

VOLONTE DU MALADE OPPOSEE A L'INTERET DU MALADE PROVOCATION A UNE REFLEXION HERETIQUE

par Gérard MEMETEAU*

La protection de la personne humaine impose le respect de sa volonté libre et éclairée lorsqu'il s'agit d'accomplir des actes portant sur son corps. Cependant, l'abstraction du principe fait conduire à des conséquences néfastes pour l'intéressé. Une protection efficace de ce dernier peut exiger parfois qu'il soit passé outre un refus de soins. A quelle conditions et à l'aide de quelles procédures?

Before any art may be performed on an individual, the very notion of protection of the human person implies that prior free and enlightened consent be obtained. However, observance of this principle in an absolute manner could lead to harmful consequences for the person concerned. Indeed, under certain circumstances, the concept of protection of the individual could, according to the author, justify disregarding a refusal of treatment. This article explores the conditions under which necessary treatment could be imposed.

*. Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Poitiers, Chargé d'enseignement de droit médical à la Faculté de Médecine.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	268
I- LA LOGIQUE DU SYSTEME POSITIF	271
A - L'interdiction d'imposer un traitement	271
1) Le principe	271
2) La sanction	274
B - Le droit de retrait	277
1) L'absence de sanction	277
2) Le droit de se nuire	281
II - UNE TENTATIVE DE RUPTURE DE LA LOGIQUE?	283
A - L'idée du refus abusif de soins	283
1) L'intérêt public	284
2) L'intérêt privé	285
B - L'intérêt de la personne malade	289
1) La volonté de protéger l'être humain	289
2) La mise en oeuvre	295

INTRODUCTION

Le traitement médical des individus dépourvus de la faculté de consentir aux actes les intéressant paraît obéir à des principes éprouvés. Le malade incapable est représenté par les proches désignés par la loi du 3 janvier 1968¹ ou par les règles de l'autorité parentale², les difficultés les plus ordinairement rencontrées résidant soit dans les distinctions assez subtiles entre les actes bénins et les actes graves³, soit dans les palliatifs des refus de soins de la part des représentants qualifiés⁴ ou les incertitudes devant des choix thérapeutiques contestés⁵. La nécessité d'une représentation peut d'ailleurs être écartée par l'admission d'une majorité médicale anticipée, dont l'article 43 alinéa 2 du *Code de déontologie médicale* suggère l'idée, et que reconnaissent des législations étrangères, britannique⁶, québécoise⁷ ou autres encore sous des régimes de

-
1. V.g. T.G.I. Brest, 25 avril 1978, D. 1978. 697 (note C. Geoffroy).
 2. V. déjà Trib. civ. Seine, 31 décembre 1928, J.C.P. 1929, o. 250.
 3. T.G.I. Paris, 6 novembre 1973, Gaz. Pal. 23 avril 1974 (note Barbier); R. Legeais «L'autorité parentale», *Rep. Notariat/De-frénois* 1973, no 89; C. Colombet, «L'autorité parentale, commentaire loi 4 juin 1970», D. 1971. chron. 1. spéc. no 69.
 4. H. de Touzalin «Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort» J.C.P. 1974, 2672; A. Deis «Le juge des enfants et la santé des mineurs», J.C.P. 1983, 3125; C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, L.G.D.J. 1984 p. 112 et s. 320 et s.) comp. en droit québécois *Couture-Jacquet c. The Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221, (Cour d'appel).
 5. Nancy, 3 décembre 1982, Gaz. Pal. 1984.2. (note A. Dorsner-Dolivet); J.C.P. 1983, 20081, (obs. G. Raymond); Réf. Paris, 6 et 19 mai 1987, «Coudert»; J.C.P. 1988, nos observations.
 6. S.R. Speller, *Law of Doctor and patient*, London, H. K. Lewis éd., 1973, p. 28 et s.
 7. A. Bernardot et R.P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Ed. R.D.U.S., 1980, no 153 et s.; P.-A. Crépeau, «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien», (1974) R. du B. can. p. 247 et s.; M. Ouellette, *Droit de la famille*, Montréal, Ed. Thémis, 1984, p. 222, *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P-35; a. 43.

Common law⁸ ... Le malade capable mais inconscient n'est pas moins entouré par ceux que la Cour de cassation désigne comme étant ses protecteurs naturels⁹ et qui exercent sur sa personne une autorité de fait puisant sa légitimité dans l'intérêt, l'affection, portés au sujet. «Le silence de la loi laisse place ici à une sorte de droit naturel établi en équité. Les personnes qui assurent, en fait, avec des marques évidentes, d'affection et d'attachement, la garde, l'entretien, la protection du malade ...»¹⁰ prendront les décisions médicales appelées par l'état de la personne, sur les indications et avec les informations du médecin. Ce dernier est même habilité à intervenir de sa seule initiative si, en une situation d'urgence et d'inconscience temporaire du malade, il ne peut joindre utilement ces divers représentants¹¹; la jurisprudence en atteste¹².

L'article 12 alinéa 1er du projet de loi 20 sanctionné le 15 avril 1987 (Québec/Assemblée Nationale) dispose, dans le même sens que le consentement n'est plus requis en cas d'urgence et lorsque la vie du patient est en danger, sauf (c'est notre interprétation du texte) lorsque le médecin prétend imposer ce que l'on qualifie habituellement des «traitements extraordinaires» ou «disproportionnés» c'est-à-dire ces soins que ni le droit ni la morale n'obligent à donner ni à réclamer.

-
8. M. Sommerville «Le consentement à l'acte médical», Commission de réforme du droit du Canada, Ministère de l'approvisionnement, Hull, 1980, à la p. 80.
 9. Cass. Civ., 8 novembre 1955, J.C.P. 1955.9014 (obs. R. Savatier). V. aussi Cass. civ. 1ère, 15 mars 1966, D. 1966, som. 79.
 10. R. Savatier, J.-M. Auby et H. Péquignot, *Traité de Droit médical*, Paris, (Litec, 1956) no 244; J. Pradel, *La condition civile du malade*, Paris, L.G.D.J. 1963, no 60 et 62; J.-L. Baudouin et M.H. Parizeau, «Réflexions juridiques et éthiques sur le consentement au traitement médical», (1987) *Médecine/Sciences* 3, p. 8.
 11. F. Chabas, «Le corps humain et les actes juridiques en droit français», 1975 XXVI, *Trav. Assoc. H. Capitant, Le corps humain et le droit*, p. 236.
 12. Ex. Paris, 20 février 1946, D. 1948.337 (note E. de Lagrange); Douai, 10 juillet 1946, D. 1936.351; Trib. civ. Nîmes, 20 octobre 1953, J.C.P. 1954.8222 (obs. Clavel); Rouen, 17 décembre 1970, D. 1971.152 (note R. Savatier); (1971) R.T.D.C., 861, (obs. Durry).

Ces solutions doivent peu à la loi, car même celles des 3 janvier 1969 et 4 juin 1970 et l'article 94 nouveau du Code de la famille et de l'aide sociale, n'apportent pas de réponses directes à la question de la protection médicale du sujet, même encore si la réforme du droit des incapables majeurs s'était voulue un témoignage de collaboration - dans sa préparation et sa mise en oeuvre - des juristes et des médecins, animés par un commun idéal d'humanisme. Elles doivent davantage à la jurisprudence et à la doctrine, dont la contribution à l'édification du droit médical a été déterminante. C'est là une constatation qui, en fin de réflexion, sera à rappeler ... Ce sont également ces autorités qui ont dégagé une autre règle, la règle de principe, celle qui interdit de porter atteinte à l'intégrité du corps humain sans le consentement libre, éclairé et préalable de la personne et dont une des conséquences est l'obligation de respecter les refus de consentement, dussent-ils équivaloir à une demande indirecte de mort¹³. «Si le malade capable et conscient refuse l'acte envisagé, le médecin ne peut que s'incliner» note M. le Doyen Auby¹⁴. Seulement, même adossée à des principes juridiques et humanitaires de la plus haute valeur et inspirée par le respect sans faille de la personnalité et de la volonté humaine («droit à l'autodétermination du patient»), la logique juridique peut parfois se retourner contre l'intérêt de celui qu'elle voulait protéger. Toutes les logiques recèlent ce danger. Il a fallu que les tribunaux rompissent celle du secret médical: «Attendu que les juges du fond ont relevé à bon droit que l'obligation de respecter le secret médical est édictée en la matière dans l'intérêt du malade et qu'elle ne saurait être opposée à celui-ci quand la détermination de ses droits dépend des renseignements recherchés»¹⁵.

Le danger est ici de découvrir une discordance, pour ne pas écrire une opposition, entre la volonté et l'intérêt du patient. Ce

-
13. G. Méméteau, «La demande de mort du malade», *Jus medicum VII Actes 5^o Congrès mondial Dr. méd. Univ. de Gand*, 1982, p. 215 et s. et réf.
 14. J.M. Auby, *Le droit de la santé*, Paris, PUF/Thémis, 1981, p. 322; R. Nerson, *Le respect par le médecin de la volonté du malade*, Mélanges Marty, 1978, P. 854.
 15. Cass. Soc., 1er mars 1972, Bull. V, no 162; Gaz. Pal. 1973, 1, 22 (note DOLL), D. Thouvenin, *Le secret médical et l'information du malade*, Lyon, Presses Univ. Lyon, 1982; N-J Mazon, *Le secret professionnel des praticiens de santé*, Vigo éd., 1988.

hiatus ne serait pas sans risques pour l'intéressé puisqu'il creuserait un fossé entre le repli du malade sur des positions bientôt investies par la mort et, si nous pouvons conserver l'image guerrière que il est vrai le Code pourtant fort civil, ne se refuse pas (article 540), les assauts du corps médical s'efforçant d'apporter des soins obstinément refusés. Derrière l'apparence des certitudes juridiques, que nous-mêmes enseignons et publions, se dissimule l'impuissance thérapeutique. Là git une difficulté concrète des rapports entre le droit et la médecine, qui ne serait que curiosité doctrinale si, comme beaucoup de médecins ont pu l'observer et le déplorer, elle ne contribuait à mettre en péril la santé de quelques personnes objectivement capables et apparemment conscientes mais émettant des volontés estimées déraisonnables parce que contraires à leur intérêt de santé. Il faudra tenter de lui apporter une solution, ce que d'autres ont d'ailleurs sagement essayé de réaliser¹⁶.

I- LA LOGIQUE DU SYSTEME POSITIF

A - L'interdiction d'imposer un traitement

1) Le principe

«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. Cette dernière règle est universellement reconnue, mais des discussions concernent plusieurs de ses limites»¹⁷. La jurisprudence affirme cette exigence: «le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir, au préalable, obtenu l'assentiment du malade»¹⁸. «Comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade

16. A. Dorsner-Dolivet et Scemama, «Le placement dit volontaire, ou la bonne conscience par les textes», J.C.P. 1985. 32092.

17. Voir Savatier et al., *supra*, note 10 au no. 247.

18. Cass. Civ., 29 mai 1951, D. 1952, 43 (note R. Savatier); S.1953. 1.41 (note Nerson); Gaz. Pal. 1951. 2. 114; J.C.P. 1951. 6421, (obs. Perrot); Rambaut, «Le rôle de la volonté en matière médicale», thèse de doctorat, Université de Paris XII, 1981.

avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ...»¹⁹. On s'épuiserait à multiplier les références, jurisprudentielles ou doctrinales que livrent tous les ouvrages spécialisés²⁰, et il suffira de rappeler que le respect de la volonté du malade appartient au fonds commun des législations sanitaires. On le retrouve en droit britannique²¹, espagnol²², belge²³, canadien²⁴, entre autres ... C'est une règle exprimée également en morale: «Le médecin, disait le Pape Pie XII, n'a pas à l'égard du patient de droit séparé ou indépendant; en général, il ne peut agir que si le patient l'y autorise explicitement ou implicitement, directement ou indirectement».

La Cour d'appel du Québec juge que «cette obligation s'impose avec une rigueur presque absolue dans le cas où le malade est majeur, doué de discernement et physiquement comme mentalement apte à jauger toutes les composantes du problème qui le confronte et à prendre une décision qui, tout en étant subjective, n'est pas déraisonnable»²⁵. La Commission des questions sociales et de la santé du Conseil de l'Europe a constaté que «le droit du malade de refuser un traitement constitue la base de la jurisprudence dans le domaine du traitement médical»²⁶.

-
19. Cass. req., 28 janvier 1942, D.C. 1942, 63.
 20. V. par exemple A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, L.G.D.J. 1960, (préface G. Levasseur) no 503 et s.
 21. Voir Speller, *supra*, note 6 à la page 16 etc.
 22. J. Diez-Diaz, *Los derechos fisicos de la personalidad derecho somatico*, Madrid, Ed. Santillana, 1963, p. 201 et s.; C.M. Romeo Casabona, *El medico ante el derecho*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985, p. 46.
 23. X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles, Larcier éd., 1982, (préface F. Rigaux), no 602; R. Dierkens, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Paris, Masson éd., 1966, préface J. Rostand, no 62 et s.
 24. Voir Somerville, *supra*, note 8, art. 19 *Code civil du Québec*.
 25. *Couture-Jacquet c. Montreal Children's hospital*, [1986] R.J.Q. 1227.
 26. Voir Dijon, *supra*, note 23 à la p. 423 n. 31.

Le Comité européen de l'hospitalisation privée a précisé dans sa déclaration de la Baule du 6 juin 1979 le fondement du principe: «Le respect de la personne humaine et de son droit sur son propre corps entraîne la reconnaissance de son droit à accepter ou à refuser toute prestation de diagnostic ou de traitement après une information adéquate destinée à lui permettre de prendre cette décision».

L'universalité de la règle exigeant l'assentiment du patient à l'acte médical s'explique donc - et s'impose - par le droit de toute personne au respect de son propre corps, de son intégrité physique, dans la situation statutaire de droit public autant que dans la relation contractuelle de droit privé. C'est aussi une question de respect de la dignité de l'être humain, et l'on peut y voir, à la charge du praticien, une obligation professionnelle d'ordre général²⁷. Le malade, seul, apprécie la qualité de sa propre vie (sic art. 4 des Principes d'éthique médicale européenne, 6 janvier 1987). Confirmant cette prérogative du patient de sélectionner les valeurs pour lui prééminentes, on écrit que, «puisque le patient insiste de plus en plus pour que ce soit lui qui, en dernière analyse, fasse le choix, on doit admettre qu'il puisse refuser consciemment l'aide ou le soutien de la science ou de la technologie médicale et qu'il puisse par choix délibéré préférer une vie quantitativement plus courte mais qualitativement plus riche, à une existence prolongée mais de qualité inacceptable à ses yeux»²⁸. Ce point est à la frontière de la liberté de conscience et de la liberté de religion.

Le *Code de déontologie médicale* (article 7) reprend l'affirmation (sic art. 2.03.28 et 2.03.29 du *Code de déontologie du médecin du Québec*). Ce texte ne constitue qu'un règlement (décret 79.506 du 28 juin 1979), et l'on pourrait aussi bien s'interroger sur les possibilités législatives d'altérer le principe en cause, qui n'est pas de ceux que l'article L-257 du *Code de la sécurité sociale* qua-

27. Cass. civ. 1ère, 27 octobre 1953, D. 1953, 658; v. aussi M. Torrelli, *Le médecin et les droits de l'homme*, Paris, Berger-Levrault, 1983, p. 132 et s.

28. C.R.D.C., doc. travail no 28, 1982, «Euthanasie aide au suicide et interruption de traitement», p. 7; v. aussi, p. 42 et s. S. Nootens, «Le droit du patient de refuser un traitement, (conférence F.M.O.Q. Hull, 5 juin 1986, inédit): «Les tribunaux privilégient ... la valeur matérielle, morale, spirituelle et religieuse propre à chaque individu».

lifie de fondamentaux. Seule une loi, à l'exclusion d'un règlement, exprimât-il la quintessence de la morale professionnelle, peut imposer un acte sur le corps humain, et cette compétence exclusive a été affirmée par la décision du Conseil Constitutionnel du 18 janvier 1978 relative à l'institution du contrôle médical des arrêts de maladie: l'institution de l'examen contradictoire des salariés «est régulière si elle est mise en oeuvre par le pouvoir législatif». On en déduirait aisément la conséquence tirée du caractère impératif d'autres dispositions régissant la médecine préventive: le refus du salarié de subir la visite médicale (de contrôle) constituerait une cause réelle et sérieuse de licenciement²⁹. Ajoutons que la loi elle-même ne pourrait pas imposer des contraintes abusives, des traitements inhumains ou dégradants prohibés par la Déclaration Universelle des Droits de l'homme du 10 décembre 1948, le Pacte International des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les principes d'éthique médicale européenne. Le législateur n'a pas, en droit et en morale, tout pouvoir sur ses sujets. Les principes de respect de l'intégrité corporelle et de la vie privée, de la liberté individuelle, y incluse la liberté religieuse (que l'on pense aux témoins de Jéhovah), imposent ces diverses dispositions du droit positif ouvrant à la personne une suffisante autonomie par rapport au double pouvoir médical et politique. Il n'est presque pas besoin d'en énoncer l'importance individuelle et sociale. Ces règles sont connues; elles sont de force considérable puisque le médecin qui les oublierait, encourrait de multiples sanctions.

2) La sanction

Le médecin tient son pouvoir d'intervenir sur le corps humain de deux consentements, celui du patient et celui du législateur. Le consentement du client ne peut être donné que dans les limites des interventions utiles pour le sujet, diagnostiques, préventives ou curatives. Au-delà de ces frontières d'ordre public, il est inopérant, le contrat médical devient nul, les infractions d'atteinte volontaire à l'intégrité physique sont accomplies³⁰. M. Dierkens écrit: «Le but

29. Cass. Soc., 29 mai 1986, Gaz. Pal. 1986.II. pan. 184.

30. Cass. Crim., 1er juillet 1937, Sirey 1939.I.193, (note Tortat); D.H. 1937, 537; Cass. Crim., 9 nov. 1961, Bull. no 872; Gaz. Pal. 1962.I.104; J.C.P. 1962.12777, (obs. R. Savatier); T.G.I.

de l'atteinte à l'intégrité corporelle doit être le bien-être et la plus-value de la personne qui en fait l'objet. En son absence, l'intervention médicale s'écarte de sa destination normale et unique et ne sera donc plus justifiée». Certes, la notion de traitement et d'acte thérapeutique n'est pas figée ...

Mais le médecin ne peut agir sans consentement à l'intérieur même de l'enceinte de l'ordre public. Il commettrait encore ce faisant une infraction pénale volontaire. Assurément, on a soutenu en doctrine le caractère simplement involontaire de l'infraction commise dans une intention curative³¹, mais il y a sans doute dans cette interprétation emprise de mansuétude, sinon opportune en fait, une confusion entre l'intention pénale et le mobile. Objectivement, l'intention demeure de porter atteinte à l'intégrité de la personne alors que le sujet refuse cet attentat même pénalement profitable³². Certes encore un arrêt³³ a qualifié de blessures involontaires une intervention chirurgicale réalisée en l'absence de faute technique mais sans avoir obtenu du patient ni de sa famille un consentement éclairé. Mais, cette décision ne paraît pas déterminante, car le délit des articles 319 ou 320 du Code pénal se commet, de la part du médecin, pendant le temps du travail sur la personne, alors que la décision de se passer de l'assentiment de l'intéressé est antérieure à l'action technique, même si elle lui est intellectuellement liée. C'est ce que juge la Cour de cassation lorsqu'elle sanctionne le défaut d'avertissement préalable, question en rapport avec celle de la recherche du consentement: «l'avertissement préalable constituant une obligation professionnelle d'ordre général, antérieur à l'intervention médicale ou chirurgicale et distincte de celle-ci, le manquement

Paris, 3 juin 1969, D. 1970.136 (note J.P.); Paris, 18 janvier 1974, D. 1974. 196. (Concl. Granjon); C. Hennau-Hublet, *L'activité médicale et le droit pénal ...*, Paris, Bruylant-L.G.D.J. 1987, no 34.

31. C. Hennau-Hublet, th. précitée, note 30, no 641, avec nuances; A. Dorsner-Dolivet, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence à propos de la chirurgie*, Paris, L.G.D.J., 1986 (préface P. Raynaud) no 112.
32. V. M. Véron, «La responsabilité pénale du médecin», in *Traité de Dr. Médical* sous la direction de L. Melennec, Paris, Maloine 1984, T. 3, p. 18.
33. Rouen, 26 février 1969, J.C.P. 1971, 16849 (obs. Brunet).

à une telle obligation ne saurait justifier une poursuite devant la juridiction répressive aux termes de l'article R. 40 du Code pénal qui concerne nécessairement les seules défaillances du praticien dans l'exécution des soins qu'il a accepté de donner au malade ...»³⁴, même si l'autorité d'un arrêt de la Chambre *civile* n'est que relative en matière *criminelle* ... il a été écrit que «le médecin qui porterait atteinte au corps d'un malade sans le consentement de celui-ci, et en dehors des cas où l'urgence l'autorise à se passer de ce consentement, commettrait le délit de coups et blessures volontaires»³⁵. Il n'est pas non plus impossible d'envisager, selon les circonstances de fait, des infractions de violation de domicile et de séquestration arbitraire ...

Le droit disciplinaire atteindrait également ces comportements: le refus interdit au médecin «sauf le cas de danger immédiat pour la vie ou la santé de la patiente, de passer outre la volonté ainsi clairement exprimée par celle-ci»³⁶. Nous reviendrons sur la réserve de la situation d'immédiat danger exprimé par la Haute juridiction, mais en l'état nous constatons qu'une sanction (en l'espèce une suspension d'exercice de six mois) frappe le médecin n'ayant pas obtenu l'accord préalable de sa cliente. Quant au droit civil, il est ici l'occasion de se poser une question d'Ecole, car la logique de la faute accomplie impose la réparation du dommage qui en est directement résulté. Assurément, la thèse est séduisante et équitable, que de soutenir qu'il n'y a point d'autre dommage que moral lorsque l'intervention forcée s'est avérée salvatrice et que sans elle le malade eût souffert un plus grand mal. Le Doyen Savatier la soutenait³⁷ «il faut d'abord poser, à cet égard, en principe que lorsqu'un traitement non valablement consenti a causé au patient un dommage certain, le médecin ne peut échapper à la réparation de ce dommage qu'en prouvant l'existence d'un bienfait essentiel procuré au malade grâce à l'intervention imposée. La preuve est à sa charge...». Il écrivait aussi «cette faute n'engendre pas de responsabilité

34. Cass. Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1969, Bull. I, no 276; D. 1970.85; Gaz. Pal. 1970.I.49.

35. Voir Savatier et al., *supra*, note 10 au n. 330. Sic C.R.D.C., document de travail no 26, 1980, «Le traitement médical et le droit criminel», p. 20 et s.

36. Cons. Etat, 27 janv. 1982, D. 1982.I.R.275 (note Penneau); Bull. Ordre Nat. avril 1983, 51.

37. Note D. 1955. 249, sous Cass. civ. 1, 28 décembre 1954.

si, en fait, l'intervention imposée a tourné au bien incontestable du malade. Même quand le mal causé par une faute médicale a été atténué, pour le malade, par certains bénéfices tirés par lui de cette faute, la tendance de la jurisprudence est de les compenser». On comparera avec l'analyse du Doyen Carbonnier sur le mensonge médical: «On dira que la responsabilité disparaît parce qu'il n'y a plus de préjudice. Il y a le préjudice moral d'avoir été frustré de la vérité»³⁸. La responsabilité civile impose de constater un préjudice: dans la pesée du forçement de la volonté et de la guérison finale, où se situe-t-il? S'il existe, est-il plus grave que symbolique?

Enfin, en attendant le juge qui consacrera l'ingratitude de l'heureux guéri malgré lui, ajoutons que l'arrêt du 28 janvier 1942 accablait le chirurgien de l'hôpital public ayant opéré en l'absence de consentement: «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 proprement médicaux, et qui constitue *une faute personnelle* se détachant de l'exercice des fonctions que l'administrateur des hospices a qualité pour régler»³⁹.

La probabilité de l'intervention de sanctions aussi variées devait trouver son corollaire dans l'affirmation du droit pour le médecin de se retirer.

B - Le droit de retrait:

1) L'absence de sanction

L'article 39 du *Code de déontologie médicale* dispose:

- « Hors les cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité ou à des obligations d'assistance, un médecin a toujours le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles.

Le médecin peut se dégager de sa mission, à condition de ne pas nuire de ce fait à son malade, de s'assurer que celui-ci sera soigné et de fournir à cet effet les renseignements utiles.

38. Note sous Paris, 7 mars 1952, J.C.P. 1952.7210.

39. V. aussi Amiens, 28 fév. 1958, J.C.P. 1958.10532.

Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée».

Ainsi s'affirme la faculté de retrait du praticien dont le patient refusera les soins (sic. *Code de déontologie des chirurgiens dentistes*, art. 26; *Code de déontologie des sages-femmes*, art. 31). Si le praticien, en présence du refus délibéré du malade, a le devoir de s'abstenir «car le recours à la force lui est interdit»⁴⁰, il ne peut que s'incliner et ne commet pas de faute en se dégageant de sa mission, tout en essayant d'assurer la continuité des soins⁴¹, les auteurs du *Traité de droit médical* résumaient la solution: les prescriptions du médecin «ne s'imposent point au malade. Le médecin n'a, sur ce dernier, aucun droit coactif. Son ministère est de conseil et d'assistance seulement. Son seul droit, si ses prescriptions ne sont pas suivies, est le refus de continuer ses soins».

Si le praticien prend acte de la décision négative de son patient, il ne commet plus le délit de refus d'assistance à une personne en péril, alors même que l'état de l'intéressé aurait exigé un secours. Dans son arrêt du 8 juillet 1952⁴², la Cour d'appel de Paris avait déjà reconnu «que les devoirs du médecin ont pour corollaire les obligations du malade; que le médecin a le droit de refuser ses soins lorsque le malade n'accepte pas de se soumettre aux prescriptions du praticien; comme le malade a le droit de changer de médecin lorsqu'il n'entend pas se soumettre aux dites prescriptions». Il s'agissait d'un arrêt statuant en application de l'article 65 § 2 du Code pénal, observation faite de ce qu'il n'y avait pas en la cause de péril imminent et constant et de ce que les précautions utiles avaient été négligées par la patiente sous sa «seule responsabilité». Pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, l'infraction prévue par le texte précité ne saurait être retenue à l'encontre d'un médecin, dès lors qu'il est constaté que la thérapeutique adéquate, ordonnée par lui, n'a pas été appliquée en raison du refus

40. Note Dubois, sous Trib. civ. Seine, 16 mai 1935, S. 1935.2.202.

41. Voir Auby, *supra*, note 14 a la p. 322; Savatier et al., *supra*, note 10 au n. 282; Dijon, *supra*, no 23 au n. 606; Mémeteau, *supra*, no 13 au n. 554; *Abrégé de droit médical*, Paris, Litec, 1986, p. 106 et «La demande de mort du malade», *Jus medicum*, VII, actes 5^o Congrès mondial Dr. médical, p. 217; Paris, 8 juillet 1952, *Gaz. Pal.* 1952, 2, 128.

42. *Ibid.*

obstiné et même agressif du malade de se soumettre aux soins prescrits, «le malade ayant d'ailleurs signé un certificat constatant ce refus»⁴³. Sans doute le médecin doit-il «s'efforcer d'obtenir la bonne exécution du traitement» (sic. art. 37 du *Code de déontologie*), mais cette obligation déontologique tombe devant la résistance du malade, qui écarte en même temps l'obligation légale d'apporter un secours médicalement utile.

Pour autant, le refus de soins doit être éclairé comme doit l'être l'assentiment au traitement et une obligation d'information et de conseil s'impose au praticien de façon symétrique⁴⁴. Le praticien a le devoir de rappeler au malade la nécessité du traitement, de l'informer des conséquences normalement prévisibles de son attitude. A défaut, il «fait preuve d'une indifférence constituant une négligence professionnelle coupable engageant sa responsabilité» civile⁴⁵. En principe, la Cour de cassation demande au malade de prouver l'absence d'assentiment à l'acte médical; exigera-t-elle du malade ou de ses ayants-cause qu'ils prouvent que le médecin a méconnu une demande de soins, ou au contraire demandera-t-elle au médecin d'établir le refus de l'intéressé? Les articles 7 et 42 du Décret du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des Centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, prévoient la signature par l'hospitalité d'un document constatant son attitude, et l'on avait préconisé de «faire signer au malade une déclaration de refus, pour qu'on ne puisse imputer à faute une abstention thérapeutique à coup sûr funeste»⁴⁶, mais d'une part il n'est point évident qu'un malade refusant des soins accepte d'en couvrir la preuve par écrit (cep. l'affaire jugée le 3 janvier 1973) d'autre part l'exigence générale d'un écrit pénaliserait le praticien en faisant peser sur lui, en l'absence de cet instrument, une présomption d'abstention fautive, et enfin elle serait de nature à introduire dans le «colloque singulier»

43. Cass. crim., 3 janvier 1973, D. 1973. I R 13.

44. S. Nootens, «Face à la maladie mortelle, deux décisions possibles et leurs implications juridiques», (1982) 12 R.D.U.S. 433.

45. Toulouse, 15 février 1971, Gaz. Pal. 2 juin 1972.

46. Vidal, Bull. Ordre nat. 1952, 18 et 31; de Gaudart d'Aallaine, de Vernejoul, David, Lortat-Jacob, «Etudes des conditions morales d'application des nouveaux procédés chirurgicaux», 1er congrès int. morale méd. 1955, Masson éd. T.I., p. 132.

des attitudes incompatibles avec le tact et l'humanité dont le médecin doit normalement user avec ses patients⁴⁷.

Ce devoir d'humanité pouvait s'accomplir en dépit du retrait du médecin, qui ne se réalise que sur les chemins de l'acte médical. En un temps où se développent les idées de l'accompagnement humain et affectif du malade, surtout du mourant, comme complément, ou remplacement, de l'intervention thérapeutique, il serait simpliste de résumer le comportement éthique du médecin à un départ, un abandon. La jurisprudence intervenue en matière d'abstention délictueuse suggère d'ailleurs le devoir d'apporter au patient, *usque ad mortem*, au moins un réconfort moral, une assistance même dénuée d'efficacité curative. Cette obligation ne subsiste-t-elle pas, là où celle de soigner à même le corps s'efface? Il se peut encore que l'apparent respect de la volonté du patient s'accompagne de l'espoir d'un retour libre à une meilleure décision, le médecin doit se tenir à portée de saisir ces nouvelles réflexions du malade; il est en faute de s'éloigner *ab irato* ou trop promptement.

A l'obligation d'information posée par les tribunaux judiciaires, les juridictions disciplinaires auraient-elles ajouté un devoir de prescription efficace, quitte à ce que la personne n'en tienne pas compte? La section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins avait infligé une sanction à un praticien n'ayant prescrit à un malade refusant de se soumettre à un traitement utile, qu'un traitement simplement «palliatif». Le Conseil d'Etat voit dans cette oeuvre une erreur de droit⁴⁸. La logique du système jurisprudentiel est respectée: la prescription objectivement insuffisante, qui pourrait en d'autres circonstances s'avérer fautive (disciplinairement et civilement), n'est pas condamnable. Celui qui peut se retirer sans commettre une infraction pénale peut a fortiori conseiller un traitement inefficace sans commettre de faute disciplinaire. Finalement, cette logique, qui est celle du respect de la volonté de la personne dans le souci de protéger celle-ci contre toute atteinte indue s'achève dans la reconnaissance du droit de se nuire à soi-même. Que deviennent donc les Ecritures: «Aie recours au médecin, car le

47. Concl. Labetoulle, (1981) Revue trimestrielle de droit et science sociale, p. 417.

48. Cons. Etat, 6 mars 1981, (1981) Revue trimestrielle de droit et science sociale, 407 (note Dubois) et 413 (concl. Labetoulle).

Seigneur l'a créé, lui aussi, ne l'écarte pas, car tu as besoin de lui» (Eccles. 38,12)?

2) Le droit de se nuire

Le suicide ne constitue plus une infraction, et il ne trouve plus de sanction (indirecte) que dans le droit des assurances. La question serait plutôt de réprimer l'incitation à cet acte licite⁴⁹, ce que réalise la loi française du 31 décembre 1987 (nouveaux articles 318-1 et 318-2 du Code pénal). On sait que l'article 224 du Code criminel canadien réprime l'incitation et l'aide au suicide, que celui-ci s'ensuive ou non; le projet de réforme à ce jour en cours ne supprime pas cette incrimination. Faute d'acte principal punissable, il ne peut non plus y avoir de complicité répréhensible⁵⁰ et l'on ne peut saisir la passivité du spectateur qu'au titre du défaut d'assistance à personne en péril, «coupable de n'avoir pas, le pouvant, retenu et détourné du suicide l'auteur et victime de celui-ci»⁵¹. Seul en tout cas un véritable comportement suicidaire autorise, en milieu hospitalier, des mesures de contention: «Les mesures propres à limiter les mouvements ne doivent être prises qu'en cas de nécessité, le respect de la plus grande liberté du malade étant la règle». La peur presque panique du pouvoir médical l'emporte sur la protection du sujet (en clinique psychiatrique). La liberté est érigée en mythe.

Qui peut le plus, peut le moins: la personne dispose du pouvoir de compromettre sa santé en refusant les traitements utiles, et la proposition de loi déposée le 6 avril 1978 par le Sénateur Caillaudet, relative au droit de vivre sa mort (sic) développait les conséquences de ce pouvoir en son article 1er: «Tout majeur ou mineur émancipé, sain d'esprit, a la faculté de déclarer sa volonté qu'aucun moyen médical ou chirurgical autre que ceux destinés à calmer la souffrance ne soit utilisé pour prolonger artificiellement sa vie s'il est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique incurable». L'article 4 de la proposition déposée par M. d'Hose devant la Chambre belge des

49. T.G.I. Paris, 25 janvier 1984, D. 1984. 486 (note Mayer) et 23 janvier 1985, D. 1985. 418, (note B. Calais); B. Calais, *La mort et le droit*, D. 1985. chron. 83.

50. Cass. Crim., 23 avril 1971, Bull. no 116 p. 301; Rev. Sc. crim. 1972, 114 (note Levasseur).

51. Vouin et M.L. Rassat, *Droit pénal spécial*, (5e éd.) no 185.

représentants le 21 janvier 1985 préconisait une réforme identique⁵². C'est sous l'intitulé «le droit à la mort» que l'on présente l'article 5 de la déclaration de Tokyo interdisant l'alimentation forcée du prisonnier faisant la grève de la faim «lorsque ce prisonnier est en état de poser un jugement conscient et rationnel sur son acte»⁵³.

Un pas de plus sur le chemin de ce droit conduit à l'action de *wrongful life* par laquelle un sujet né frappé d'une affection fait grief à ses parents de ne pas lui avoir procuré l'avortement et leur réclame l'indemnisation de son préjudice de vie. «Le demandeur compare, en somme, son existence et le néant. Il prétend que la vie qu'il connaît en étant handicapé, anormal, est en elle-même un dommage et que sa situation antérieure, i.e. le non-être, lui était infiniment supérieur. La négligence du défendeur ayant eu pour effet de lui donner la vie (ou de la lui conserver) il demande réparation»⁵⁴. Ces actions sont rejetées par les tribunaux et même, certaines législations les prohibent par principe (ex. en Angleterre, le *Congenital Disabilities (Civil liability) Act* de 1976⁵⁵. Ces réclamations reposent sur un sophisme, mais elles expriment le droit-exacerbé - de préférer la mort à une vie de maladie ou d'anormalité.

Droit? On s'est posé la question. Parler de droit à la mort est se placer au coeur d'une contradiction qui nie la relation avec autrui sans laquelle il n'y a pas de droit tout en la revendiquant. «Tirer du droit à la vie un droit d'être exaucé lorsqu'on demande la mort, c'est littéralement s'approprier le bien qu'est la vie puisqu'on se reconnaît sur elle l'*abusus* caractéristique du propriétaire (cf. art. 544 du Code civil), mais c'est aussi s'approprier la relation elle-même, puisqu'on demande à autrui - dans une relation donc - de

-
52. X. Dijon, «Entre le droit et la mort: proposition pour éviter et récuser l'euthanasie», *J. des Trib.* 19 et 26 janvier 1985, add. notre étude la proposition Caillavet, in (1978) *Revue trimestrielle de droit et science sociale*, cf. p. 15, 303, «Les raisins verts».
53. In H. Anrys, «La problématique de la déontologie médicale dans la protection des droits du malade - un inventaire des positions médicales», *Cons. Europe* 27-1 1984.
54. M. Ouellette, *Droit et science*, Montréal, Ed. Thémis, 1986, p. 78.
55. B.M. Knoppers, *Conception artificielle et responsabilité médicale: une étude de droit comparé*, Montréal, Ed. Yvon Blais, 1986, p. 202 et s.

poser un acte qui supprimera toutes les relations»⁵⁶. Ou bien on lui reproche de n'avoir pas posé cet acte.

Bien entendu, le droit ne peut sans se nier, accorder crédit à ces réclamations, même s'il constate son impuissance à punir l'auto-destruction, et il a plutôt tendance à protéger le sujet contre les égarements de sa volonté. En réalité la thèse du respect sans nuances de la volonté enferrme l'analyste dans un cercle vicieux. Construite pour protéger la personne humaine, elle finit par protéger sa destruction par refus de soin en obligeant le spectateur pouvant et désirant intervenir à attendre que l'évènement s'accomplisse. Elle devient aisément le paravent - la bonne conscience- de toutes les passivités et indifférences au sort d'autrui. On entend soutenir que, si l'on secourait par force le malade qui ferme sa porte, «on serait poursuivi» (sic). «Dès lors, la formulation nette du refus des soins prend valeur de menace et dissuade de jeter sur la motivation du sujet, son avenir prévisible, un regard plus attentif.» Les articles 675 et 680 du Code civil, et 533 et s. du Code civil du Bas-Canada disent assez qu'il ne faut pas regarder chez son voisin!

II - UNE TENTATIVE DE RUPTURE DE LA LOGIQUE?

«Peut-on au nom d'une liberté - qui en la matière est toujours illusoire dans la mesure où elle n'exprime pas une volonté pleine et entière - permettre à un individu d'opposer aux soins une force d'inhibition qui le conduira inévitablement, sinon à sa destruction, du moins à une dégradation de son état?»⁵⁷.

Des exemples de traitements forcés montrent que le principe d'autonomie de la personne malade ne constitue plus un absolu. Ne peut-on en concevoir une solution satisfaisante à la fois pour le respect des libertés individuelles et pour l'intérêt du malade?

A - L'idée du refus abusif de soins

C'est aussi bien l'intérêt public que l'intérêt privé de la personne ou d'autrui qui autorise à passer outre un refus abusif de traitement, ou du moins à le sanctionner.

56. Voir Dijon, *supra*, note 52 au n. 80.

57. Voir Dorsner-Dolivet et Scemama, *supra*, note 16.

1) L'intérêt public

L'utilitarisme juridique suscite les plus légitimes méfiances; il ne serait point tolérable de sacrifier les droits de la personne humaine sur son propre corps à l'intérêt de la société ou de tiers particuliers. De sujet, l'homme deviendrait objet (ex. tout le problème de l'expérimentation ...). C'est donc avec prudence que l'on présentera des hypothèses de traitements contraints en marge du profit exclusif du patient.

En premier lieu, l'intérêt social a permis d'imposer des actes médicaux au sujet ne les sollicitant pas. On sait que les conducteurs suspects d'être en état d'imprégnation alcoolique peuvent subir un examen après prise de sang, et que les alcooliques dangereux pour autrui sont placés sous la surveillance de l'autorité sanitaire, un placement aux fins de traitement pouvant être prononcé par le Tribunal de Grande Instance (art. L. 355-4 et s., Code de la santé publique). Quant aux toxicomanes, les articles L. 628-1 et s., L. 355-15 et s. Code de la santé publique permettent de leur imposer une cure de désintoxication ou une surveillance médicale. Le droit applicable à cette catégorie de délinquants/victimes est en voie de réforme.

Bien entendu, la loi du 30 juin 1838 (v. art. L. 333 et s. Code de la santé publique), autorise le placement des malades mentaux, «volontaire» ou «d'office» et organise ainsi un traitement forcé. C'est un thème connu, que celui des possibles internements abusifs⁵⁸.... Les malades vénériens sont passibles de mesures contraignantes (*quid, de lege ferenda*, des victimes du SIDA?) Enfin, l'imposition de vaccinations obligatoires procède de l'atteinte aux droits de la personne et de la famille, même si un système d'indem-

58. J. Prévault, *L'internement administratif des aliénés*, Paris, L.G.D.J., 1955 (préface M. Garçon); Guibert, *Liberté individuelle et hospitalisation des malades mentaux*, Paris, Litec, 1974, (préface F. Terre); G. Mémeteau, «Remarques sur les aspects médicaux de l'internement abusif des malades mentaux», (1975) *Rev. Trim. Dr. san. et soc.* 141.

nisation de plein droit compense cet interventionisme (art. L. 10-1 Code de la santé publique)⁵⁹.

On constatera que la loi - seule compétente à l'exclusion du pouvoir réglementaire pour porter atteinte aux libertés - n'impose que des traitements et non des pénalités même si le traitement prévu par l'article L. 628-1 du Code de la santé publique peut être, d'une certaine façon, considéré comme une peine de substitution. Indirectement, les dispositions limitant la consommation d'alcool, de tabac, imposant le port de la «ceinture de sécurité», prévoyant le traitement des eaux potables, des normes de qualité des aliments, des habitations ... constituent des atteintes au droit de ne pas veiller sur sa propre santé. Elles font partie de «mesures réglementaires ayant pour objectif d'aider le citoyen à prendre en charge la protection de sa santé»⁶⁰.

2) L'intérêt privé

En second lieu, l'intérêt privé de tiers a paru imposer à la personne des contraintes thérapeutiques.

Une certaine jurisprudence, discutable en son principe car elle pourrait ouvrir la voie à divers chantages, tend à considérer comme abusif le refus d'une victime de recevoir les soins susceptibles d'améliorer son état. Des arrêts imposent «de rechercher si la victime avait pu, par sa faute, se priver d'une chance d'amélioration ou de survie, en n'acceptant pas sciemment les soins que nécessitait son état; qu'une telle faute doit être retenue pour la réparation du préjudice subi lorsque ce refus a concouru à la réalisation du dommage»⁶¹. Ou encore: «Le refus par la victime d'un accident im-

59. V.L.: F. Moderne, «Un nouveau progrès législatif dans la réparation des conséquences dommageables des vaccinations obligatoires», (1986) Revue trimestrielle de droit et science sociale, cf. p. 15, 583.

60. Marcus-Helmons et Haumont, rapport belge, «Le médecin et les droits de l'homme», Cons. Europe, 28 nov. 1983, p. 18.

61. Cass. crim., 30 octobre 1974, D. 1975. 178 (note R. Savatier); J.C.P. 1975, 28038 (obs. Mourgeon); Gaz. Pal. 1975.I.67; Lyon, 6 juin 1975, Gaz. Pal. 1975.2.610 (note D.S.); R.T.D. civil 1975.712 (obs. Durry); D. 1976.415 (note R. Savatier); J.C.P. 1976.183222 (obs. L.M.).

putable à un service public de subir une opération ne présentant aucun danger et susceptible d'améliorer son état, constitue une faute de l'intéressé, de nature à motiver une diminution de l'indemnité à laquelle il aurait normalement droit»⁶². Fort heureusement d'autres décisions, appréciant plus justement l'intérêt financier du responsable et de son assureur d'une part, le droit à l'intégrité corporelle et à la dignité de la victime d'autre part, se tiennent sur un chemin plus classique:

«il convient d'ajouter qu'il n'est possible ni d'imposer une intervention à un malade lucide, ni de reprocher à un malade son opposition à une exploration et à une intervention subjectivement inquiétantes, alors que s'il se trouve devant une alternative dont le terme le meilleur objectivement lui paraît insupportable, l'origine en incombe à l'auteur responsable des lésions initiales et de leur développement. Le choix, dont le refus d'exploration et d'intervention est un des termes, ne doit pas être jugé d'une manière objective, mais au contraire en tenant compte des conditions dans lesquelles se trouve le malade au moment de son option. La seule limite qui puisse être posée à ce principe se situe dans l'excès qui consisterait à refuser des examens et des soins anodins. En l'espèce, une exploration comportant une trépanation avec anesthésie locale pouvait être considérée comme insupportable par un blessé naturellement anxieux, incompetent pour comprendre le danger de son opposition, et inaccessible aux informations données par ses médecins. En conséquence, l'intégralité des séquelles résultant du traumatisme initial et de la méningite subséquente, doit être indemnisée par les défendeurs»⁶³.

62. Cons. préf. Limoges, 27 fév. 1953, Gaz. Pal. 1953.1.250.

63. T.G.I. Paris, 13 mai 1981, J.C.P. 1982.19 887 (obs. Chabas). v. aussi Angers, 12 janv. 1955, J.C.P. 1955.8531; Chambéry, 22 déc. 1947, D. 1948.172; Poitiers, Ch. civ. 28 nov. 1986 inédit; cf. P.J. Doll, «Convient-il de tenir compte du refus délibéré de la victime de se passer d'une chance d'amélioration de son état ou de survie, dans le calcul des dommages et intérêts revendiqués par ses ayants-cause?», Gaz. Pal. 1975.I. doct. 331.

Il n'en demeure pas moins que, quelles que soient les indispensables réserves apportées par le jugement cité, le principe de l'imposition à la victime de certains examens ou soins dans l'intérêt patrimonial d'autrui est maintenu. On retrouve en d'autres droits des jurisprudences analogues, avec le critère du refus raisonnable ou déraisonnable⁶⁴. Cet intérêt patrimonial conduirait encore à d'autres atteintes au droit de la personne, par exemple des «acharnements thérapeutiques» destinés à éviter le jeu des articles du Code civil relatifs aux comorientes, ou bien, indépendamment de la référence à la théorie des comourants, plus largement, à retarder le moment de l'ouverture d'une succession ... On a dit que des nécessités politiques avaient mené à de telles attitudes ...

L'intérêt moral de tiers n'est-il pas propre, sinon à imposer directement des traitements, du moins à en sanctionner civilement le refus? Certaines décisions célèbres voient dans le refus des soins qui permettraient à un époux de surmonter des carences intimes⁶⁵ des motifs suffisants de divorce pour faute, et des auteurs découvrent dans l'état conjugal un devoir d'entretien de la santé: «La liberté civile de ne pas se soigner dans la mesure où on l'admet encore pour le célibataire, cesserait-elle pour la personne mariée, lorsque son refus est de nature à altérer l'équilibre de la vie conjugale. C'est ce que décide une jurisprudence constante qui n'hésite plus désormais à reprocher à un époux de n'avoir pas fait les efforts nécessaires pour remédier utilement à son état pathologique»⁶⁶.

Enfin, l'intérêt de santé d'un autre individu est susceptible de conduire à des impositions de soins. Même si jusqu'à ce jour les tribunaux français ont rejeté des demandes de traitements sur une femme enceinte dans l'intérêt de l'enfant *in utero*⁶⁷, des auteurs se sont interrogés sur les possibilités de faire autoriser ces soins

64. Ainsi, en Common Law: *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146.

65. Cass. Civ. 2, 16 décembre 1963, D. 1964.227; J.C.P. 1964.13 660, (obs. J.A.); (1964) R.T.D.C. 553 (obs. Desbois); Lyon, 28 mai 1956, D. 1956.646, (note A. Breton).

66. M. Culioli, «La maladie d'un époux, idéalisme et réalisme en droit matrimonial français» (1968) R.T.D.C. no 20.

67. Juge des référés Bizerte, 22 nov. 1955, D. 1957.138.

malgré l'opposition de la femme⁶⁸, tandis que l'on cite des arrêts ayant pu ordonner de telles interventions refusées par la femme enceinte mais requises par l'état de l'enfant⁶⁹.

L'article 4 de la proposition déjà citée de M. Cavaillet, et l'article 7 de la proposition de M. d'Hose, visaient à suspendre l'effet du «testament de vie», «lorsque la déclarante est en état de grossesse». N'était-ce pas reconnaître l'obligation de la mère de subir une prolongation de soins même désormais peu utiles pour elle-même, dans l'intérêt de l'enfant?

La loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, et le décret du 31 mars 1978 autorisent, sous certaines réserves il est exact, des prélèvements sur un sujet mineur. S'il exprime son refus, celui-ci sera «toujours respecté», mais s'il ne l'exprime pas, ou ne peut émettre une volonté, l'acte lui sera imposé avec le seul consentement des représentants légaux et celui d'un comité. Il ne s'agit même plus d'un traitement, mais d'une atteinte grave à sa personne, discutable comme permettant des détournements du consentement et de faciles chantages à l'affection!

Dans de telles conditions, peut-on encore sérieusement écarter l'idée de traitements forcés sur la personne dans son propre et exclusif intérêt? Il ne faut plus que raisonner a fortiori, l'hypothèque morale pesant sur la plupart des interventions forcées en faveur de tiers étant alors levée. Seule la recherche du bien-être

68. P.-A. Crépeau, «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux et chirurgicaux selon le droit civil canadien» (1974) R. du B. can. 251, et Jus medicum VI, 41 et s.; R.P. Kouri, «Réflexion sur le statut juridique du fœtus» (1980-1981) 15 R.J.T. 193. Opposer: Dekeuwer-Défossez obs. J.C.P. 1982.19732 et A. DEISS, «Le juge des enfants et la santé du mineur» J.C.P. 1983, 3125; G. Mémeteau, «Le Comité National consultatif d'éthique et l'enfant conçu», in *la vie prénatale, biologie, morale et droit*, Paris, Téqui éd. 1986, (préface Card. E. Gagnon), p. 67.

69. V. J. Mignon, «L'enfant à naître est-il une personne protégée par la loi?», *Conc. méd.* 25 sept. 1982, 5063; B.M. Knoppers, «Modern birth technology and human rights», (1985) 33, *The American J. of Comp. Law* 1, et thèse précitée note 55 spéc. p. 178 et s.

de la personne malade sera désormais poursuivie, à l'exclusion de tout autre intérêt.

B - L'intérêt de la personne malade

Si parfois le refus de consentir à des traitements dans l'intérêt de la société ou de tiers est considéré comme abusif, l'exercice de la liberté individuelle ayant pour limite l'intérêt des tiers, on comprend qu'il devienne nuisible pour la personne, et, ayant mesuré la portée de l'exigence du consentement éclairé, on peut découvrir des palliatifs du refus.

1) La volonté de protéger l'être humain

Refuser de porter atteinte à l'intégrité corporelle de la personne, même dans son intérêt, contre sa volonté, procède d'une nécessité de protection de cette personne. A côté de menaces qui émaneraient de la Puissance publique, s'élèveraient celles du «grand ordre blanc» - l'expression est du Doyen Carbonnier -, les velléités d'impérialisme médical⁷⁰, le danger de détournement du pouvoir médical. Ces considérations sont de la plus grande force, et il n'est évidemment pas question de faire autoriser une action médicale qui n'aurait pas pour finalité exclusive l'intérêt thérapeutique de la personne en cause. Les tenants de la thèse de la quasi-minorité du malade (et d'abord le Professeur Portes) ne soutenaient pas autre chose, un peu de la même façon, *mutadis mutandis*, que les partisans de la protection du consommateur, par un droit particulier d'incapacité latente⁷¹, ne cherchent que l'intérêt de celui dont le consentement libre et éclairé apparaît comme illusoire. Mais, le terrain

70. Est-il besoin de citer R. Savatier, «Impérialisme médical sur le terrain de droit, le permis d'opérer et les pratiques américaines», D. 1952. ch. 157, A. Mayrand, «Permis d'opérer et clause d'exonération» (1953) 31 Can. B. Rev. 150.

71. Cf. Y. Guyon, *Droit des affaires*, éd. no 898; C. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F. Coll. Droit fondamental, 1985, p. 92. Mlle Lussier redoute une «institutionnalisation à outrance des comportements des sujets et des autorités». *L'acte médical imposé en droit de la santé comparé*, (France, Angleterre, Etats-Unis, Canada), thèse en droit de la santé, Bordeaux, 1983, p. 478; v. aussi p. 375.

sur lequel nous nous plaçons n'est plus que celui de la protection de la personne contre elle-même, contre une manifestation de volonté aux conséquences nuisibles voire fatales.

«La thèse de l'autonomie absolue de la personne au regard des médecins conduit à une impasse»⁷². Si elle est soutenue, et consacrée en doctrine et en jurisprudence, dans le but de protéger l'individu, peut-elle contredire cette protection? Celle-ci constitue le critère d'interprétation du principe⁷³.

Or, ce dernier a été posé, sauf erreur de compréhension de cette règle prétorienne, en raisonnant sur la situation d'êtres aptes à raisonner et comprendre, majeurs, capables et conscients. M. Penneau enseigne le respect de la volonté «du patient adulte jouissant de son intégrité intellectuelle».

L'arrêt *Couture-Jacquet c. Montréal Children's hospital*⁷⁴ exprime clairement ces prémisses ainsi que la déclaration de Tokyo précitée ... C'est pourquoi les intéressés devaient être pleinement informés soit de leur état et du pronostic, ainsi que des risques normalement prévisibles d. traitement proposé, soit des conséquences de leur refus de soins. et dans des termes appropriés à leurs facultés intellectuelles⁷⁵. Seulement «des exigences trop rigoureuses en matière de consentement seraient de nature à paralyser l'initiative et l'activité bénéfique du médecin»⁷⁶, et c'est pourquoi l'on admet aujourd'hui que le médecin, dans sa recherche du nécessaire assentiment, n'est pas tenu de dénoncer à son patient tous les risques possibles de l'intervention, «sous peine de décourager le malade de

72. Voir A. Decocq, *Supra*, note 20 au no 520.

73. Voir A. Decocq, *Supra*, note 20 au no 521. J. Carbonnier, note sous Paris, 7 mars 1952, J.C.P. 1952, 7210; comp. sous le même arrêt note R. Savatier, D. 1952.367, et aussi note R. Savatier sous Cass. Civ. 1, 28 décembre 1954, D. 1955.249; P. Deschamps, «Euthanasie, refus de traitement et ordonnance de non réanimation», (*Colloque sur les problèmes médico-légaux*).

74. *supra* note 25.

75. Cass. Civ. 1ère, 21 février 1961, D. 1961.534, S. 1961.296; J.C.P. 1961.12129, (obs. R. Savatier); voir Nootens, *supra*, note 28 et 44.

76. Sic Grenoble, 5 janvier 1949, Gaz. Pal. 1949.1.216.

toute intervention utile»⁷⁷, qu'il peut dissimuler certaines informations⁷⁸. La Cour suprême du Canada admettait que le praticien a une certaine liberté d'action pour évaluer la réaction du patient à l'information⁷⁹. Ce «privilege thérapeutique», ne vise que les interventions curatives⁸⁰. Cet éloignement, justifié, de la rigueur des principes, sans aller jusqu'à l'admission du «mensonge» médical, constitue un pas sur la voie du traitement non consenti:

«On peut donc dire que l'opinion selon laquelle le médecin n'a pas à exposer à son malade les risques exceptionnels de l'intervention n'est pas démentie par la jurisprudence. Or, camoufler ces risques exceptionnels, n'est-ce pas déjà une réticence, un moyen détourné pour obtenir du patient un consentement formel distinct de ce qu'eût été sa volonté réelle, s'il avait été exactement renseigné? Une réponse affirmative s'impose. Et, dès lors, on peut affirmer que, par ce biais, les auteurs, même partisans de l'autonomie absolue de la personne au regard des médecins, reconnaissent à ceux-ci le pouvoir d'agir sur cette personne, contre sa volonté, pour assurer la sauvegarde de sa vie ou de sa santé.

On peut, d'ailleurs, faire la contre-épreuve, lorsqu'il ne s'agit plus d'un intérêt de santé, mais d'un intérêt plus futile de la personne, tel que des préoccupations esthétiques, la tolérance disparaît: toute réticence est proscrite. Le médecin doit donner à son client des explications très

-
77. Lyon, 6 novembre 1961, D. 1962, sous 55: (1962) R.T.D.C. 640 (obs. A. Tunc).
78. Voir Savatier et al., *supra*, note 10 au 270-1. Voir Auby, *supra*, note 14 à la p. 325. Y. Thiry, «Problèmes juridiques en rapport avec l'information donnée par le médecin à son malade», in *Bull. Sté belge d'éthique et de morale médicale* 6/1977, 21.
79. *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192 (en Common Law) voir B.M. Knoppers «Vérité et information de la personne» (1987) 18 R.G.D. 819 et s. spéc. 838.
80. Voir Somerville, *supra*, note 8 à la p. 13 et 17; M. Somerville, «Structuring the issues in informed consent», (1981) 26 R.D. McGill 740. Voir A. Bernardot et R.P. Kouri, *supra*, note 7 au no 187.

complètes; les décisions et les auteurs sont formels sur ce point».

Ainsi, dès 1960, M. Decocq pouvait-il interpréter une jurisprudence qui n'a point été infirmée par la suite⁸¹. Par ailleurs, ainsi que nous l'avons déjà lu (notes 35, 36), l'urgence est présentée comme justification de l'intervention sans le consentement. Un arrêt rendu en matière disciplinaire par le Conseil d'Etat dispose que «... ce refus interdisait au docteur, sauf le cas de danger immédiat pour la vie ou la santé de la patiente, de passer outre sa volonté clairement exprimée par celle-ci»⁸². L'éminent commentateur de la décision redoute que la réserve incidemment écrite n'ouvre «la porte à tous les laxismes» et affirme que le «patient reste libre, en toute hypothèse, d'accepter, s'il le désire, le destin qui se présente à lui». Cette opinion est classique et prudente; elle est sage. Mais il convient de raisonner sur le cas du sujet exprimant un refus essentiellement formel, *dans un état de conscience apparente alors qu'en réalité il est mentalement incompetent pour peser les données de sa situation*. Ou encore, sa raison est perturbée au point que les apparences de la conscience n'existent même plus aux yeux de tout partenaire - surtout médecin - moyennement attentif. On est en présence d'une personne qui pourrait relever des dispositions de la loi du 3 janvier 1968, qui, en matière patrimoniale, pourrait invoquer à son profit les dispositions de l'article 489 du Code civil: «pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit ...». La question est de savoir si l'on se contentera de l'apparence de son refus de traitement, si l'on se retranchera derrière le fantôme de son acceptation de son état. De la même façon que l'on recherche un assentiment raisonnable aux soins, ainsi l'on devrait exiger un raisonnable refus de ces soins, en s'inclinant uniquement devant une volonté lucide et éclairée que, en communion avec les autres auteurs, nous ne tentons pas de forcer. La doctrine et la jurisprudence ont affiné le concept de consentement; il leur a peut-être manqué d'affiner celui de refus⁸³, même si la Commission de réforme du Droit du Canada a

81. Voir Decocq, *supra*, note 20 à la p. 376, no 519.

82. *Supra*, note 36 à la p. 274.

83. *Supra*, note 43 et 45.

relevé que «la capacité est l'élément majeur et essentiel du consentement *comme du refus de traitement*» (c'est nous qui soulignons)⁸⁴.

«La Commission estime (-) qu'il ne faut conclure à l'incapacité d'un individu que s'il lui est impossible de comprendre la nature, les risques, les avantages du traitement et les autres choix possibles en la matière. Le caractère raisonnable du choix ou la qualité du processus mental ne doivent pas entrer en ligne de compte, si cette habileté de compréhension existe. La maladie mentale, l'arriération mentale ou l'internement ne devraient jamais suffire en eux-mêmes à conclure à l'incapacité de quelqu'un. La Commission est consciente du fait qu'à l'égard de certains traitements, on pourrait faire valoir la nécessité d'une compréhension subjective manifeste ...».

Mme Somerville suggère de distinguer, en matière de consentement aux traitements médicaux ou de refus, «two forms of competence relevant to the law, legal and factual competence. The latter is the more important with respect to the law of informed consent to medical treatment»⁸⁵. Si l'on ne s'attache qu'à la légalité externe de l'émission de volonté en tenant compte de la «capacité» du sujet, le refus devient une formule vide de sens ne tranquilisant que ceux qui, en fin de compte, oublient que le droit civil a toujours distingué la volonté déclarée et la volonté réelle, la volonté formelle et l'absence de consentement. «Consent could quickly become a meaningless formule, rather than a protection of a person's rights to autonomy and inviolability ...» écrit Mme Somerville.

L'inconscience du malade autorise la prise de décision par ses protecteurs naturels ou son médecin. Il pourrait être imaginé de

-
84. Commission de réforme du droit du Canada, «Le traitement médical et le droit criminel», précité, p. 77 et 79. Sans doute faut-il référer la notion d'incapacité à la définition livrée in Commission de réforme du droit du Canada, document *de travail no 28*, 1982, «Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement», p. 65: «par personne incapable, nous entendons ici tout être humain qui, par la suite d'un défaut d'âge, d'un état d'inconscience temporaire ou permanente, ou d'un handicap, est dans l'impossibilité de manifester sa volonté et de prendre une décision éclairée et perd donc ainsi sa faculté de choisir».
85. M. Somerville, «Refusal of medical treatment in captive circumstances» (1985) R. du B. can. 61.

donner à cet état une interprétation qui recouvrirait les impossibilités intellectuelles d'apprécier sa propre situation et de refuser les soins en pleine lucidité. C'est déjà un peu ce qui est admis lorsque, par une interprétation extensive des termes de la loi de 1838 il est procédé au placement des aliénés dangereux *pour eux-mêmes* (comparer articles 26 et suivants du projet de loi 20 québécois, précité) et privés de l'assistance de leurs protecteurs naturels⁸⁶.

Le refus de soins émanant d'une personne d'esprit perturbé et en fait incapable de raisonnement «La Commission estime (-) qu'il ne faut conclure à l'incapacité d'un individu que s'il lui est impossible de comprendre la nature, les risques, les avantages du traitement et les autres choix possibles en la matière. Le caractère raisonnable du choix ou la qualité du processus mental ne doivent pas entrer en ligne de compte, si cette habileté de compréhension existe. La maladie mentale, l'arriération mentale ou l'internement ne devraient jamais suffire en eux-mêmes à conclure à l'incapacité de quelqu'un. La Commission est consciente du fait qu'à l'égard de certains traitements, on pourrait faire valoir la nécessité d'une compréhension subjective manifeste ...» ne devrait sans doute pas être pris en considération lorsqu'il entraîne un danger grave pour la santé de l'intéressé. C'est, dans un domaine voisin, ce qui a été admis par la jurisprudence lorsqu'elle a jugé que l'individu dont le placement sous curatelle était sollicité ne pouvait se prévaloir de son refus d'examen par le médecin-spécialiste, lequel ne pouvait pas se saisir de lui et l'examiner de force⁸⁷. Certes les décisions ainsi intervenues encourent gravement la critique en ce qu'elles permettent une diminution de la capacité civile sans examen effectif de la personne, ce qui nous semble contraire tant aux principes du droit civil qu'à ceux du droit médical, mais elles établissent que la Cour de cassation ne pouvait plus être hostile à la prise de mesures intéressant la personne malgré le refus de celle-ci.

86. Voir Guilbert, *supra*, note 58 au nos 41 et s.

87. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janvier 1972, D. 1072.373, (note Contamine-Raynaud); Defrénois 1972, 761, (note Massip); Cass. Civ. 1, 10 juillet 1984, Dalloz 1984.547 (note Massip); Gaz. Pal., 22 novembre 1985, pan. 11.

2) La mise en oeuvre

A supposer acquise l'idée d'une protection médicale forcée du majeur capable mais concrètement inhabile à apprécier la gravité de son état ni la nécessité de traitements, sa traduction concrète se heurterait à d'importantes difficultés. En premier lieu, la crainte des laxismes redoutés à bon droit par M. Penneau, appellerait dit-on, la garantie de l'intervention législative, d'ailleurs souhaitée par Mmes Dorsner-Dolivet et Scemama: «Cette réforme souhaitable permettrait de recourir à la force publique pour faire hospitaliser un malade malgré son opposition». A titre comparatif, l'article 32 de la Constitution italienne dispose que «personne ne peut être astreint à suivre un traitement médical déterminé, s'il n'existe pas de dispositions législatives à ce sujet». Cependant, les hypothèses envisagées sont relativement marginales, et l'on ne légifère pas pour des espèces rares. En outre, et en évitant de se demander si le Parlement pourrait statuer sur ces difficultés avec la sérénité requise, il y aurait à craindre qu'une loi n'entame trop largement la règle imposant le respect de la volonté de la personne. Parlant des questions posées aux Comités d'éthique, M. Savatier disait: «La loi émane d'un Parlement et les réactions sentimentales d'une collectivité parlementaire sont difficiles à maîtriser et on n'est pas sûr que la loi prise par le Parlement corresponde bien à la conscience morale des gens informés»⁸⁸. Dès lors qu'un texte interviendrait pour creuser une brèche dans ce rempart protecteur des libertés, elle serait peut-être considérée comme affirmant un principe contraire même en ceint de conditions et limitations. Le trop célèbre exemple législatif contemporain est celui de la réforme de l'avortement, dont l'effet dynamique s'est avéré considérable, au point de faire parler d'un *droit* de la femme à se soumettre à une cessation volontaire de grossesse licite⁸⁹. Une autre raison fait craindre l'intervention du législateur: il convient d'éviter autant que possible les intrusions du pouvoir politique dans le domaine de la vie et de la santé humaine pour éviter sa mainmise sur la personne humaine ainsi que des dévoiements de ses intentions. Il faut éviter de lancer des passerelles entre le traitement forcé dans l'intérêt du sujet et le même traitement dans l'intérêt collectif.

88. Intervention orale, colloque CERSAMS, Poitiers, 6 décembre 1986, «L'expérimentation thérapeutique».

89. Cass. Soc., 8 juin 1983, D. 1983.I.R.390.

C'est aussi pour éviter de laisser croire à la reconnaissance de principes nouveaux que l'on peut souhaiter un silence législatif prolongé sur les questions actuelles de bio-éthique qui, du reste, ne tombent en aucune manière dans un vide juridique: l'absence d'un texte spécifique n'équivaut pas à une absence de droit! Aussi bien une loi n'est-elle pas souhaitable. L'appel aux juges, plus immédiatement réalisable, provoquerait seul des réponses nuancées et respectueuses des intérêts en présence, sans que l'on soit à même de parler d'un renversement des règles fondamentales, remède infiniment pire que le mal (juridique) sous étude. Les tribunaux ont su poser jusqu'à présent des normes suffisantes et détaillées applicables à la recherche de l'assentiment libre et éclairé au traitement; ils peuvent compléter encore ces règles s'ils le désirent.

Les juridictions de Common Law connaissent la doctrine de *parens patriae*, pouvoir passé de la main du Roi à celle du juge de veiller sur ceux qui ne peuvent le faire eux-mêmes, et exercé en faveur des incapables⁹⁰. La Cour supérieure du Québec (province de droit civil) l'a empruntée pour se prononcer sur le refus de soins d'un individu dont l'expertise révélait: «il refuse tout traitement considérant au départ qu'il n'est point malade ... il est considéré comme incompetent à pouvoir accepter ou refuser un traitement». Consciente de ce que «sa décision est ici basée sur un cas exceptionnel», la Cour a décidé: «Considérant que l'intimé souffre d'une schizophrénie paranoïde qui ne peut être traitée que par des soins psychiatriques accompagnés d'une pharmacothérapie; considérant qu'en l'absence de ces traitements, son état mental se détériorera graduellement et sans rémission; considérant que dans les circonstances, le Tribunal doit agir en *parens patriae* et substituer sa décision à celle de l'intimé. Par ces motifs, le Tribunal accueille la requête de la requérante; autorise la requérante à prodiguer à l'intimé le traitement et la thérapie psychiatrique que son état requiert, de façon contraignante, si nécessaire; déclare qu'en imposant de tels

90. Voir historique et analyse de la théorie du *parens patriae* in *re Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, spéc. p. 407 et s. On lira (p. 434): «La compétence *parens patriae* de la Couronne existe pour le bénéfice de ceux qui ne peuvent s'aider eux-mêmes, non pas pour aider ceux qui peuvent avoir le fardeau de s'en occuper». Le litige portait sur une stérilisation non thérapeutique d'une faible d'esprit. Mais, voir également les commentaires de R.P. Kouri, *L'arrêt Eve et le droit québécois* (1987) 18 R.G.D. 643.

traitement et thérapie avec la permission du Tribunal et en les exécutant suivant les règles de l'art, la requérante n'est pas susceptible d'être responsable pour les séquelles négatives que tels traitement et thérapie pourraient causer; ordonne à la requérante d'établir un comité médical spécial pour évaluer régulièrement le cas de l'intimé. Le tout sans frais⁹¹. La Cour avait pourtant pris soin de rappeler qu'un traitement médical est atteinte à la personne devant être consentie, et il était bon que cette proclamation fût aussi écrite!

Dans l'affaire *In re Eve*⁹², la Cour suprême du Canada, sous la plume de l'Hon. juge La Forest, précise la méthode de la prise de décision pour le faible mental et au profit exclusif de ce dernier: «le principal objectif du critère de la substitution de jugement est de tenter de déterminer quelle décision prendrait la personne atteinte de déficience mentale si elle étudiait sa situation comme une personne saine d'esprit, mais en tenant compte de ses déficiences comme facteur de sa décision. Ce critère permet au tribunal de tenir compte d'un certain nombre de facteurs qui portent directement sur l'état de la personne atteinte de déficience mentale. Le tribunal peut donc examiner des questions comme les valeurs de cette personne, ses croyances religieuses et ses opinions à l'égard de la société telles qu'elles sont exprimées par sa famille. Essentiellement, on tente de déterminer les intérêts et les préférences réelles du déficient. Ce critère, croit-on, reconnaît au déficient sa dignité morale et son droit à un libre choix». Il est utile, en tant qu'imposant une référence aux valeurs acceptées par le patient dans son état d'intégrité mentale.

-
91. *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438. L'affaire *In Re Karen Quinlan*, (1976) 355 A. 2d 647 serait peu pertinente car le père de cette jeune fille s'était fait désigner comme tuteur d'une part, et d'autre part il s'agirait d'une demande d'arrêt des soins «extraordinaires».
92. *Supra*, note 90 et E.W. Keyserlingk, «The Eve Decision: A Common Law Perspective» (1987) 18 R.G.D. 657.

Enfin, selon M. Kouri⁹³, «le Lakeshore general hospital a pu obtenir une ordonnance du juge Réjean Paul de la Cour supérieure, permettant l'administration de transfusion sanguine à une parturiente majeure Témoin de Jéhovah, dont l'état était grave suite à une hémorragie *post partum*».

L'article 12 alinéa 2 du projet de loi 20 précité écarte l'exigence de l'assentiment aux soins médicaux «en cas d'urgence, lorsque l'intégrité de la personne est en danger et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile», alors que l'alinéa premier ne tend à s'appliquer que dans l'hypothèse du danger vital. Il est excellent de distinguer les deux situations, l'une relevant déjà des normes dégagées par les tribunaux ainsi que, de plus, des obligations légales d'assistance à personne en péril, l'autre appelant des réponses nouvelles. Cet alinéa second, inapplicable aux traitements extraordinaires («il en est de même ...»), mériterait toutefois, tel qu'il se présente, d'être précisé. Qu'entend le législateur par impossibilité d'obtenir en temps utile le consentement de la personne? A priori, on imagine le cas du sujet actuellement inconscient, mais on peut aussi se référer à celui du sujet conscient bien que tendant à prendre sa décision, voire ayant, libre et dûment informé, refusé le traitement proposé: alors, en effet, existe bien cette impossibilité d'obtenir le consentement, de surmonter l'attitude de l'intéressé. Quel est, de même, le seuil du danger pour l'intégrité de la personne, à franchir pour mettre en oeuvre le texte? *Per se*, l'état de maladie compromet cette intégrité. Même limité à l'urgence, le projet semble emporter un peu rapidement les bannières du respect de l'autonomie du patient. C'est plus, d'ailleurs, question de nuances et de précisions, que de principe. L'article 15 alinéa 2 impose l'autorisation du tribunal «si le majeur inapte à consentir refuse catégoriquement de recevoir les soins, sauf s'il s'agit de soins usuels ou d'un cas d'urgence». L'idée de limiter l'autonomie du médecin par le contrôle judiciaire est heureuse, et nous la faisons nôtre, mais elle est, d'une part, en pratique anéantie par l'exclusion de l'appel au juge dans les situations les plus fréquentes, celle, soit des soins usuels (faut-il lire: soins «ordinaires?»), soit de l'urgence, celle-ci pouvant n'appeler que les soins «usuels». D'autre part,

93. R.P. Kouri, «L'influence de la Cour Suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois» (1984) 44 R. du B. 851 et s. spéc. 852, et «La causalité et l'obligation de renseigner en droit médical québécois» (1987) 17, R.D.U.S. 493.

l'article 19 alinéa 2 prévoit que le tribunal «qui doit statuer sur une demande d'autorisation relative ... à des soins», doit, «sauf impossibilité, recueillir l'avis de la personne concernée et, à moins d'un motif grave, respecter son refus». On ne peut comprendre ce motif grave que par référence aux dispositions de l'article 12 («l'intégrité de la personne est en danger»). Mais, comme l'article 15 dispense de la procédure judiciaire en ce cas d'urgence, ce qui est dangereux, on sent mal comment le texte visé peut jouer. Le respect du refus de la personne semble édicté pour les situations dépourvues d'urgence et de gravité, (combinaison des articles 12 § 2, 15 § 2, 19 § 2), ce qui n'est point novateur, et en même temps (rapprochement des articles 15 § 2 et 19 § 2) d'inaptitudes du majeur à consentir, donc, logiquement à refuser (on ne peut balkaniser l'aptitude à émettre une volonté), ce qui est, en toute déférence, incohérent!

Quoi qu'il en soit, le projet offre le mérite d'une tentative d'approche et de résolution de problèmes posés par le refus obstiné de traitement émis par un sujet mentalement perturbé et mettant, de ce fait, sa santé en danger important et durable. Il s'intègre dans le courant «vitaliste», certes parfois critiqué; il confirme que le sujet dont nous considérons le sort n'est plus à même de juger de sa «qualité de vie». Lorsque la pensée est déstructurée, y a-t-il encore «qualité de la vie»?

En droit français, quel juge interviendrait? Qui le saisirait? Quels seraient ses pouvoirs?

La réponse la plus simple, et qui limiterait l'utilité de cette étude, serait de provoquer le placement sous le régime de la tutelle de la personne en cause. Alors, les solutions prévues relativement au consentement à l'acte médical pour le compte et le profit de l'incapable majeur viendraient à s'appliquer naturellement. Il ne serait donc même plus besoin d'imaginer de solution de substitution. Or, tous les faibles mentaux ne bénéficient pas de cette mesure civile dont l'oubli guide vers des procédures judiciaires. De plus, il n'est point évident que la seule incohérence médicale constitue une cause d'incapacité, si elle n'établit pas une *altération* des facultés mentales, alors surtout que les modalités du traitement médical sont indépendants du régime de protection des intérêts civils (art. 490-1 C. civil).

Il semble évident que, pour statuer sur le sort d'un majeur capable, ni le juge des enfants ni le juge des tutelles n'ont de

compétence, et qu'il faut se tourner vers le tribunal de grande instance⁹⁴. Cette juridiction de droit commun trouve ici une compétence naturelle même en l'absence de texte particulier, ce qui n'interdit pas, par analogie avec d'autres systèmes protecteurs des faibles mentaux, d'emprunter à d'autres procédures des règles de saisine.

Une difficulté résiderait dans le choix possible du tribunal de grande instance ou du juge des référés pour se prononcer sur le fond du litige, savoir l'ordre ou l'autorisation d'accomplir sur la personne des actes thérapeutiques. Dans l'affaire *Coudert*, le juge des référés de Paris, en ses ordonnances des 6 et 19 mai 1987, s'était contenté de décider une expertise et un complément d'expertise, sans enjoindre de prolonger ou de cesser un traitement discuté (nos obs. à paraître J.C.P. 1988). L'article 808 N.C.P.C. attribue compétence au juge des référés en cas d'urgence mais seulement pour ordonner une mesure ne se heurtant à aucune contestation sérieuse. Or, il semble évident que la mise en cause des droits du malade sur son intégrité corporelle et sa vie privée soulève de plein droit une difficulté sérieuse, ainsi que la soulève aussi le choix d'un traitement parmi d'autres possibles, dès lors que la volonté du sujet opposant présente les apparences même trompeuses de la lucidité. Le tribunal de grande instance doit donc être saisi. En revanche, au vu de l'article 809 N.C.P.C. autorisant le juge des référés à prescrire les mesures conservatrices pour prévenir un dommage imminent, ce magistrat serait habilité à ordonner ou autoriser provisoirement le traitement nécessaire en l'attente de la décision au fond du tribunal ou, du moins, du dépôt du rapport d'expertise, le Tribunal ayant seul à décider des soins dans une perspective durable ou irréversible. Les articles 788 et s. N.C.P.C. réglant la procédure d'urgence deviendraient particulièrement applicables. La Cour d'appel de Paris⁹⁵, a adopté cette distinction en jugeant d'une part que le juge des référés pouvait faire cesser le trouble manifestement illicite tenant à un maintien indû en milieu hospitalier spécialisé, mais que seul le tribunal pouvait imposer au sujet des obligations thérapeutiques portant atteinte à sa liberté.

Le juge des tutelles peut être saisi par le conjoint du malade, ses ascendants, descendants, frères et soeurs, le curateur et le

94. Voir Dorsner-Dolivet et Scemama, *supra*, note 16.

95. Paris, 23 septembre 1987, D. 1987.I.R.225.

ministère public. Le médecin traitant, les autres parents, alliés et amis voisins peuvent informer le juge de la cause qui justifierait l'ouverture de la tutelle (article 493 du Code civil). Ces diverses personnes, le médecin traitant mis à part, appartiennent au groupe des protecteurs naturels auxquels l'arrêt du 8 novembre 1955 accordait compétence pour décider, en matière thérapeutique, du sort du malade incapable de fait⁹⁶. Il serait possible, dans la même intention protectrice du sujet refusant les soins nécessaires, de leur conférer la qualité d'agir devant le juge des référés ou le T.G.I. Le médecin-traitant et le Procureur de la République auraient particulièrement compétence pour agir, le risque d'inaction et d'indifférence des autres personnes n'étant pas mince.

Enfin, le juge saisi n'aurait pas à étendre au cas présent un consentement antérieurement accordé à un autre traitement. L'assentiment aux soins est spécifique⁹⁷ et le refus actuel montrerait suffisamment la caducité d'accords antérieurs. Certes, on a pu évoquer l'admission en matière médicale du consentement implicite⁹⁸ que curieusement l'Avis rendu le 23 février 1987 par le Comité consultatif national d'éthique a semblé consacrer en des termes discutables, mais il y a là une dangereuse fiction, ainsi qu'un retour implicite vers la confusion entre le consentement au contrat médical et l'assentiment aux actes de soins: cette idée conduit logiquement à la dispense de celui-ci sous prétexte de l'existence de celui-là. Le juge aurait à autoriser le médecin à imposer ses soins au patient, ce qui constituerait par conséquence nécessaire un fait justificatif des violences à commettre pour réaliser ces traitements. Car une coercition minima s'imposera à l'évidence et là réside la véritable difficulté d'application des principes nouveaux et nuancés suggérés, et l'on ne pourrait sans paradoxe faire autoriser des violences incompatibles avec le respect dû à la personne humaine, et qui demeure-

96. R. Savatier et al, *supra*, note 10 aux nos 243-244.

97. Trib. civ. Liège, 27 novembre 1889, D.P. 1891.2.282.

98. Trib. Seine, 31 décembre 1928, J.C.P. 1929, p. 250; Cass. civ. 1, 27 octobre 1982, Gaz. Pal. 1984.1.176; v. Bouvier, «Le consentement à l'acte thérapeutique, réalités et perspectives» J.C.P. 1986.3249; Gobert, «Les incidences juridiques des progrès juridiques des progrès des sciences biologiques et médicales sur le droit des personnes», Colloque génétique, procréation et droit, Actes Sud éd. 1985, p. 161 et s. spéc. p. 167.

raient pénalement et disciplinairement punissables. La décision judiciaire devrait au vu des circonstances du fait délimiter le champ des actes permis et des initiatives prohibées. Des juges des enfants autorisant des traitements sur des mineurs ont assorti leurs décisions de l'exécution provisoire. Il s'est même trouvé un juge autorisant un avortement avec cette exécution (sic) provisoire! L'article 514 § 2 N.C.P.C. accorde le bénéfice de cette mesure aux ordonnances de référés, dont on peut prévoir la fréquente intervention vu l'urgence inhérente aux situations présentées. Il pourrait s'avérer dangereux de faire exécuter sans recours efficace des interventions aux conséquences définitives. Comment faire utilement infirmer en appel une ordonnance ayant autorisé une opération chirurgicale effectivement réalisée? Le jeu de cette mesure procédurale serait ainsi parfois excessif.

Une discussion sur la nécessité ou sur les modalités des traitements s'élèverait certainement entre le demandeur et le malade défendeur nécessairement assisté d'un conseil. Les tribunaux s'interdisent par principe, depuis un arrêt du 21 juillet 1862, de se prononcer sur les querelles médicales et par suite le juge serait inhabile à trancher entre des positions médicales opposées exprimées devant lui. Une expertise s'imposerait donc et le doute sur la nécessité de l'intervention, donc de la prise de risques pour le malade dans son intérêt, devrait imposer le rejet de la demande, comme l'imposerait également la proposition de traitements trop dangereux (référence à la règle de la raison proportionnée) au lieu de soins dits classiquement «extraordinaires» c'est-à-dire de thérapeutique que le sujet écrit légitimement pour refuser dans son état de connaissance suffisante (en ce sens article 20 projet de la loi 20 du Québec précité). Le traitement ne peut être détourné, même sur le faible mental, de sa finalité propre, et doit demeurer un acte poursuivant le bien-être exclusif du patient. «C'est donc dans la seule hypothèse où l'on évite à autrui une mort imminente (nous ajouterions: ou une détérioration grave et durable de la santé) tout en lui ouvrant une survie appréciable qu'on peut être justifié de le secourir malgré lui. La contrainte momentanée est alors sans importance si on la compare au bienfait procuré. Ainsi, c'est dans les rares cas où le malade a pratiquement tout à gagner et rien à perdre que le médecin peut sauver la vie de son patient contre son gré»⁹⁹.

99. Voir Mayrand, *supra*, note 70 au no 40.

Il faudrait également éviter de confondre le refus par le sujet de tout traitement utile avec son libre choix de traitements contestés, à peine de mettre en cause la double liberté de l'intéressé et du médecin déjà choisi¹⁰⁰.

M. Keyserlingk va jusqu'à écrire: «Lorsqu'un patient devenu incapable ou incohérent a exprimé clairement et en toute connaissance de cause ses désirs quant à l'application, la continuation ou la cessation d'un traitement médical, lorsqu'il était encore capable et cohérent, le droit doit établir clairement que ces désirs doivent être respectés»¹⁰¹. Ces propos semblent dans le droit fil des reconnaissances des «testaments de vie» (sic) et consacrent le caractère obligatoire du refus de soins anticipés, ce qui appelle des réserves, quoi qu'il en soit, il demeure essentiel de ne pas confondre l'incohérence dommageable avec l'originalité ou même l'anormalité, qui ne permettent aucune coercition et relèvent des libertés privées.

Enfin, la protection de l'intérêt total du sujet conduirait-elle à l'imposition d'une obligation civile accrue? «Le médecin répondrait des suites fâcheuses du traitement dont il aurait pris l'initiative à la place du malade sans avertir et éclairer celui-ci»¹⁰². Ainsi, le manque d'information préalable à l'assentiment éclairé ne permet pas de prendre une décision éclairée et de motiver un refus éventuel; il devient la cause exclusive du dommage constitué par la réalisation du risque qui aurait dû être signalé¹⁰³, indépendamment de la réali-

100. Comp. avec Nancy, 3 décembre 1982, Gaz. Pal. 1984 (note A. Dorsner-Dolivet), v. aussi M. Ouellette, *Droit de la famille*, Montréal, Ed. Thémis, 1984, p. 223 note 208: «Ne constitue pas un refus abusif non plus qu'un abus d'autorité parentale, le fait pour les parents d'exiger une seconde opinion médicale avant de consentir à une intervention chirurgicale sur la personne de l'enfant mineur». A notre sens, l'affaire *Couture-Jacquet c. Montreal Children's hospital*, [1986] R.J.Q. 1221; analyse de E.W. Keyserlingk, (1987) 2 R.D. McGill 413 aurait pu se résoudre plus simplement par la comparaison entre soins ordinaires et soins extraordinaires (cf. *in Re Karen Quinlan*), qui eût conduit à une solution d'ailleurs identique.

101. E.W. Keyserlingk, (1987) 32 R.D. McGill 413.

102. Voir Savatier, *supra*, note 10 au no 281.

103. Cass. civ. 1, 11 février 1986, Bull. 1, no 24, p. 21; D. 1987.I.R.25, (note Penneau).

sation de fautes techniques dans l'imposition du traitement. Mais ce n'est pas exactement la difficulté, car la décision judiciaire exclurait toute faute autre que celle commise en infligeant des violences excessives pour vaincre la résistance de la personne ou en appliquant le traitement lui-même. Elle ne permettrait pas non plus de se référer au quasi-contrat de gestion d'affaires pour prononcer sur les conséquences des actes soit inutiles soit maladroitement entrepris. Une autre raison d'écarter ce quasi-contrat est l'opposition du géré même si l'on admet en jurisprudence qu'il peut y avoir gestion d'affaires lorsque l'opposition du maître est injustifiée¹⁰⁴. La spontanéité de la gestion d'affaires est effacée par le jugement intervenu.

Il y a en morale une obligation peu rappelée actuellement de recevoir les soins utiles et non extraordinaires, limitant le droit du patient sur son propre corps¹⁰⁵. Le droit n'ira pas jusqu'à parler d'obligation en ce sens du malade, car il n'impose pas de sanctions en cas de refus. En revanche, ne méconnaîtrait-il pas sa fonction en acceptant sans bénéfice d'inventaire des règles d'abord protectrices de la personne humaine mais ensuite et face à des situations exceptionnelles, dans leur logique abstraite, pernicieuses?

104. V. Flour et Aubert, *Les obligations II*, no 510.

105. Pie XII, Alloc. aux chirurgiens des forces armées, 13 février 1945, et lettre de la Secrétairerie d'Etat aux fraternités espagnoles des Saints Côme et Damien, octobre 1957.