

# LE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ DU PATIENT

Autodétermination ou paternalisme?

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques  
pour obtenir le grade de docteur en droit  
par

OLIVIER GUILLOD

1986

IMPRIMERIE PAUL ATTINGER SA, NEUCHÂTEL

LE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ DU PATIENT  
Autodétermination ou paternalisme?

Monsieur Olivier GUILLOD est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme?»

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, 27 mai 1986.

Le doyen de la Faculté de droit  
et des sciences économiques

Denis MAILLAT

Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body.

*Justice Cardozo, 1914*

On peut (...) assimiler le patient à un mineur et le médecin à un père ou un tuteur.

*Louis Portes, 1949*

## REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont d'abord à M. Jacques-Michel Grossen, qui a su stimuler mon intérêt et élargir mes horizons. Sa disponibilité, ses précieux conseils et sa confiance ont été inestimables.

Merci aussi à M. Henri-Robert Schüpbach pour le temps qu'il m'a consacré et pour ses remarques critiques.

Qu'il me soit permis enfin de remercier de leur soutien affectueux ou amical Laurence, mes parents, Phil et mes collègues assistants.

# TABLE DES MATIÈRES

Abréviations principales .....	13
Introduction .....	17
<b>PREMIÈRE PARTIE: NOTIONS GÉNÉRALES .....</b>	<b>21</b>
Chapitre 1: La notion de consentement dans le cadre de la relation médecin-patient .....	23
§ 1.1. Particularités et qualification juridique du lien unissant le patient au médecin .....	23
§ 1.2. Les dilemmes du médecin et du juriste – Ethique, règles de l'art et droit .....	25
§ 1.3. La notion et les fonctions du consentement .....	29
§ 1.4. Brève perspective historique .....	31
Chapitre 2: Les fondements juridiques du consentement éclairé .....	37
§ 2.1. En Suisse .....	37
A. Les sources formelles .....	37
B. Les fondements matériels .....	38
§ 2.2. Aux Etats-Unis .....	41
A. Les sources formelles .....	41
B. Les fondements matériels .....	42
§ 2.3. Les limites du consentement .....	44
A. Discussion générale .....	44
B. Une illustration: le refus d'un traitement vital .....	49
Chapitre 3: La forme du consentement .....	53
§ 3.1. Le principe et la pratique en Suisse .....	53
§ 3.2. Le principe et la pratique aux Etats-Unis .....	55
§ 3.3. Faut-il changer la pratique actuelle? .....	57
Chapitre 4: Les conséquences de l'invalidité du consentement éclairé ..	61
§ 4.1. Principes généraux de la responsabilité civile du médecin en droit suisse .....	61
§ 4.2. Principes généraux de la responsabilité civile du médecin en droit américain .....	63
§ 4.3. La faute .....	68
A. La notion et la mesure de la faute .....	68

B.	La preuve de la faute .....	71
	<i>a) En cas de faute technique</i> .....	71
	<i>b) En cas de violation du devoir d'obtenir le consentement éclairé</i> ...	76
§ 4.4.	Le lien de causalité .....	80
	A. En cas de faute technique .....	80
	B. En cas de violation du devoir d'obtenir le consentement éclairé	83
§ 4.5.	Le préjudice .....	92
	A. Généralités .....	92
	B. Tort moral en cas de coma irréversible de la victime .....	94
	C. Réparation lorsque le risque qui s'est réalisé n'avait pas à être dévoilé .....	97
	D. Réparation en cas de consentement hypothétique .....	100
	E. Réparation en l'absence de dommage matériel .....	101

## DEUXIÈME PARTIE: LE CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ DES PATIENTS MAJEURS ET CAPABLES .....

103

### Chapitre 1: Le libre consentement .....

105

#### § 1.1. Généralités .....

105

#### § 1.2. Les cas de tromperie .....

106

#### § 1.3. Les cas de pressions .....

109

##### A. Par le médecin .....

109

##### B. Par des tiers .....

113

##### C. Du milieu .....

114

### Chapitre 2: Le consentement éclairé: le devoir d'information du médecin

119

#### § 2.1. Le sujet de l'obligation d'informer .....

119

##### A. Le principe général: devoir du médecin traitant .....

119

##### B. La délégation de l'obligation d'informer .....

119

##### C. Le fractionnement de l'obligation d'informer .....

122

#### § 2.2. Le titulaire du droit à être informé .....

124

##### A. Le principe général: droit exclusif du patient .....

124

##### B. Les prérogatives accordées au conjoint .....

124

##### C. Les prérogatives accordées à des tiers .....

126

#### § 2.3. L'étendue du devoir d'information .....

127

##### A. Recherche d'un critère .....

127

###### *a) En Suisse* .....

128

###### *b) En Allemagne* .....

130

###### *c) En France* .....

131

###### *d) Aux Etats-Unis* .....

131

###### *e) Au Canada* .....

138

###### *f) En Angleterre* .....

139

B.	Eléments à révéler au patient	140
a)	<i>En Suisse</i>	140
b)	<i>En Allemagne</i>	143
c)	<i>En France</i>	144
d)	<i>Aux Etats-Unis</i>	145
e)	<i>Au Canada</i>	148
f)	<i>En Angleterre</i>	149
C.	Les risques à dévoiler	149
a)	<i>En Suisse</i>	149
b)	<i>En Allemagne</i>	152
c)	<i>En France</i>	154
d)	<i>Aux Etats-Unis</i>	157
e)	<i>Au Canada</i>	160
f)	<i>En Angleterre</i>	160
§ 2.4.	Les modalités d'exécution du devoir d'information	161
A.	Généralités	161
B.	Evaluation de la situation actuelle	162
C.	Comment améliorer la situation actuelle	165
§ 2.5.	Les limitations au devoir d'information	173
A.	Généralités	173
B.	La renonciation du patient	175
C.	L'urgence et l'incapacité de fait du patient	178
a)	<i>En général</i>	178
b)	<i>L'extension de l'opération</i>	182
D.	Le privilège thérapeutique	186
a)	<i>Notion et application</i>	186
b)	<i>Appréciation critique</i>	192

TROISIÈME PARTIE: LE CONSENTEMENT DES PATIENTS MINEURS ET INTERDITS		199
Chapitre 1: Généralités		201
Chapitre 2: Le consentement des patients mineurs		205
§ 2.1.	Les critères objectifs: l'âge, l'émancipation, la nature du traitement	205
§ 2.2.	Le critère subjectif: le discernement	209
A.	La notion	209
B.	L'application	215
a)	<i>En cas de traitement « ordinaire »</i>	215
b)	<i>En matière de contraception</i>	218
c)	<i>En matière d'avortement</i>	223
d)	<i>En cas de don d'organe</i>	226
§ 2.3.	Consentement au contrat et consentement au traitement: la question du paiement des honoraires	230

§ 2.4. La résolution de situations conflictuelles .....	234
A. Conflit entre la volonté du mineur et la volonté légale .....	235
B. Conflit entre la volonté du mineur et la volonté des parents ..	237
C. Conflit entre la volonté des parents et la volonté légale .....	238
D. Conflits liés au secret médical .....	246
Chapitre 3: Le consentement des patients interdits .....	249
§ 3.1. Quelques particularités de la situation des interdits par rapport à celle des mineurs .....	249
§ 3.2. Les conséquences de ces particularités .....	251
A. La capacité de consentir des patients interdits .....	251
B. Les limites du pouvoir de décision du tuteur .....	254
C. Le critère de décision .....	256
Conclusions .....	259
Annexes: 1. Formule de consentement de l'Hôpital Cantonal de Bâle ..	263
2. Ohio Revised Code, § 2317.54 .....	264
3. Formule de consentement d'un hôpital américain .....	266
4. Formule de consentement d'un hôpital de Boston .....	267
5. Formule de consentement proposée in Science, vol. 152, n° 372 (22 avril 1966) .....	268
Bibliographie .....	269

## ABRÉVIATIONS PRINCIPALES

A.	Atlantic Reporter [USA]
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series [USA]
A.C.	Law Reports, Appeal Cases [GB]
A.D.2d	Appellate Division, Second Series [N.Y.]
Ala.	Alabama
Alas.	Alaska
All E.R.	All England Reports [GB]
A.L.R.	American Law Reports [USA]
A.L.R.2d	American Law Reports, Second Series [USA]
A.L.R.3d	American Law Reports, Third Series [USA]
Alta.	Alberta
AMA	American Medical Association
AMM	Association médicale mondiale
Ann.	Annotated
Ariz.	Arizona
Ark.	Arkansas
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral [CH]
B.C.	British Columbia
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch [RFA]
BGH	Bundesgerichtshof [RFA]
BGHSt.	Entscheidungen des BGH in Strafsachen [RFA]
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen [RFA]
BIZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung [CH]
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [CH]
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation [FR]
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [RFA]
C.A.	Court of Appeal [GB, CAN]
Cal.	Californie
Cal. App. 2d	California Appellate Reports, Second Series
Cal. App. 3d	California Appellate Reports, Third Series
Cal. Rptr.	California Reporter
Cass. civ.	Cour de cassation civile [FR]
CC	Code civil [CH]
CCI	Code civil italien
C.C.L.T.	Canadian Cases on the Law of Torts [CAN]
CE	Conseil des Etats [CH]
Cert.	Certiorari
CFR	Code of Federal Regulations [USA]
Cir.	Circuit
CN	Conseil national [CH]

CO	Code des obligations [CH]
Colo.	Colorado
Conn.	Connecticut
CPS	Code pénal suisse
D. ... Chron.	Recueil Dalloz, partie Chroniques [FR]
D. ... I.R.	Recueil Dalloz, partie Informations Rapides [FR]
D. ... J.	Recueil Dalloz, partie Jurisprudence [FR]
D. ... Somm.	Recueil Dalloz, partie Sommaires [FR]
D.C.	District of Columbia
Del.	Delaware
DHEW	Department of Health, Education and Welfare [USA]
D.L.R. (2d)	Dominion Law Reports, Second Series [CAN]
D.L.R. (3d)	Dominion Law Reports, Third Series [CAN]
DRiZ	Deutsche Richterzeitung [RFA]
F.	Federal Reporter (Recueil des arrêts des 11 Cours d'appel fédérales) [USA]
F.2d	Federal Reporter, Second Series [USA]
FAO	Feuille d'avis officielle [Genève, Vaud]
FDA	Food and Drug Administration [USA]
FDCA	Food, Drug and Cosmetic Act [USA]
Fed. Reg.	Federal Register [USA]
F.F.	Feuille fédérale [CH]
FJS	Fiches juridiques suisses
Fla.	Floride
Foro Ital.	Foro Italiano [ITA]
F. Supp.	Federal Supplement (Recueil des arrêts des Cours de district fédérales) [USA]
Ga.	Georgia
Gaz. Pal.	Gazette du Palais [FR]
Haw.	Hawaii
H.C.	High Court [GB, CAN]
H.L.	House of Lords [GB]
Ida.	Idaho
Ill.	Illinois
Ind.	Indiana
J.A.M.A.	Journal of the American Medical Association [USA]
J.C.P.	Jurisclasseur Périodique [FR]
J.O.	Journal officiel [FR]
JT	Journal des Tribunaux [CH]
JW	Juristische Wochenschrift [RFA]
JZ	Juristenzeitung [RFA]
Kan.	Kansas
KG	Kammergericht [RFA]
Ky.	Kentucky
La.	Louisiane
LG	Landesgericht [RFA]
L.Q.R.	Law Quarterly Review [GB]
Ma.	Massachusetts
Md.	Maryland
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht [RFA]

Me.	Maine
MedR	Medizinrecht [RFA]
Mich.	Michigan
Minn.	Minnesota
Misc.	Miscellaneous Reports [N.Y.]
Misc.2d	Miscellaneous Reports, Second Series [N.Y.]
Miss.	Mississippi
M.L.R.	Modern Law Review [GB]
Mo.	Missouri
Mont.	Montana
N.C.	North Carolina
N.D.	North Dakota
N.E.	Northeastern Reporter [USA]
N.E.2d	Northeastern Reporter, Second Series [USA]
Neb.	Nebraska
N.E.J.M.	New England Journal of Medicine [USA]
Nev.	Nevada
N.H.	New Hampshire
N.J.	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift [RFA]
N.M.	New Mexico
N.W.	Northwestern Reporter [USA]
N.W.2d	Northwestern Reporter, Second Series [USA]
N.Y.	New York
N.Y.S.	New York Supplement
N.Y.S.2d	New York Supplement, Second Series
OG	Obergericht [CH]
Okla.	Oklahoma
OLG	Oberlandesgericht [RFA]
OMS	Organisation mondiale de la santé
Ont.	Ontario
Ore.	Oregon
P.	Pacific Reporter [USA]
P.2d	Pacific Reporter, Second Series [USA]
Pa.	Pennsylvanie
P.R.	Porto Rico
Q.B.D.	Queen's Bench Division [GB]
Que.	Québec
RDS	Revue de droit suisse
RG	Reichsgericht [RFA]
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen [RFA]
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [RFA]
R.I.	Rhode Island
RPS	Revue pénale suisse
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois [CH]
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence [CH]
Sask.	Saskatchewan
S.C.	South Carolina
S.C.C.	Supreme Court of Canada

S.C.R.	Supreme Court Reports [CAN]
S.Ct.	Supreme Court Reporter [USA]
S.D.	South Dakota
S.E.	Southeastern Reporter [USA]
S.E.2d	Southeastern Reporter, Second Series [USA]
SJ	Semaine judiciaire [CH]
So.	Southern Reporter [USA]
So.2d	Southern Reporter, Second Series [USA]
Stat.	Statute
StGB	Strafgesetzbuch [RFA]
Supp.	Supplement
S.W.	Southwestern Reporter [USA]
S.W.2d	Southwestern Reporter, Second Series [USA]
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas
U.S.	United States Supreme Court Reports [USA]
U.S.C.	United States Code
U.S.L.Ed.	Supreme Court Reports, Lawyers' Edition [USA]
v.	versus
Va.	Virginia
VersR	Versicherungsrecht [RFA]
VESKA	Association suisse des établissements hospitaliers
Vt.	Vermont
Wash.	Washington
Wis.	Wisconsin
W.L.R.	Weekly Law Reports [GB]
W.Va.	West Virginia
W.W.R.	Western Weekly Reports [CAN]
Wyo.	Wyoming

## AVERTISSEMENTS

Cette étude tient compte de la jurisprudence et des ouvrages parus jusqu'au 31 décembre 1985.

Les ouvrages inclus dans la bibliographie ne sont cités que par le nom de l'auteur et la date de parution.

Les citations en langue étrangère n'ont pas été traduites quand elles étaient brèves ou présentaient des particularités propres à la langue d'expression. Les passages plus longs ont été traduits dans le texte, mais jamais dans les notes.

Le médecin doit-il dévoiler au patient les risques d'un traitement banal? Peut-il se contenter du consentement d'une jeune fille de quatorze ans pour pratiquer un avortement? Comment doit-il agir quand un patient refuse une transfusion de sang salvatrice? Peut-il parfois se satisfaire du consentement du conjoint ou des proches du patient? Est-il tenu de révéler un diagnostic de cancer? Dans quelle mesure est-il responsable d'un défaut d'information du patient? Peut-il se défendre en disant que tous les praticiens ont la même attitude que lui? Doit-il informer les parents des soins donnés à leur enfant? Certaines interventions exigent-elles un consentement écrit du patient? Peut-il confier l'information du malade à une infirmière?

Voilà quelques-unes des innombrables questions auxquelles le médecin est quotidiennement confronté. Il les résout en conscience et à l'aide des préceptes de nature déontologique enseignés depuis le temps d'Hippocrate. Mais le médecin n'en a pas l'apanage: le juriste doit se les poser aussi.

Ces questions ont un dénominateur commun: le consentement éclairé du patient. Le sujet n'a pourtant pas encore fait couler beaucoup d'encre en Suisse. Jusqu'en 1980, la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral consistait, en matière civile, en sept petites lignes!<sup>1</sup> La doctrine était rare aussi. Le consentement à l'acte médical était le plus souvent abordé dans le cadre d'ouvrages généraux sur les droits de la personnalité ou sur la responsabilité du médecin.<sup>2</sup> Une étude approfondie du sujet paraissait donc souhaitable *hic et nunc*.

Les questions liées au consentement éclairé sont de celles qui transcendent les frontières. La médecine est elle-même bien plus internationale que le droit. Etudier un phénomène universel sous l'angle étroit d'un seul système de normes nationales semblait dès lors peu satisfaisant. L'analyse comparative s'imposait, d'autant plus que la théorie du consentement éclairé a connu récemment d'importants développements dans certains pays.

Aux Etats-Unis, les tribunaux ont rendu des centaines de décisions dans les vingt-cinq dernières années (dont plus de quatre cents arrêts publiés de cours d'appel depuis 1980). Emboîtant le pas aux magistrats, la doctrine a consacré d'innombrables études au consentement éclairé.<sup>3</sup> Dans une certaine mesure, le Canada a été entraîné dans le sillage de son voisin.<sup>4</sup> En Europe, seule l'Allemagne

<sup>1</sup> ATF 66 II 34, 36. Depuis lors, le nombre d'arrêts a triplé: voir ATF 105 II 284 et ATF 108 II 59. Les trois arrêts sont en français.

<sup>2</sup> Voir notamment Bucher, 1956; Hinderling, 1963; Grossen, 1974; Ott, 1978; Ney, 1979.

<sup>3</sup> Caroline Kaufmann, *Informed consent and patient decisionmaking: two decades of research*, 17 *Social Science and Medicine* 1657 (1983) note, p. 1658s, la croissance exponentielle du nombre de publications depuis 1960. Charlotte Kenton, *Informed consent bibliography*, DHEW Publications, Washington, 1976 et 1982, fournit environ huit cents titres, de mai 1974 à juillet 1982!

<sup>4</sup> Voir notamment Rozovsky, 1977, p. 165.

a connu une évolution comparable, depuis la fin des années soixante.<sup>5</sup> La France et l'Italie en sont encore aux premiers pas. En Angleterre, il a fallu attendre 1985 pour que la Chambre des Lords s'occupe de la question.<sup>6</sup> Les diverses expériences étrangères peuvent être profitables, comme modèle ou comme mise en garde, dans l'élaboration d'une conception judicieuse du consentement éclairé en droit suisse.

La problématique du consentement à l'acte médical est sous-tendue par deux notions-clefs. La première est la liberté de décision de l'individu, volontiers appelée droit à l'autodétermination.<sup>7</sup> La seconde est l'engagement moral et professionnel du médecin de soigner et si possible de guérir. Entre les deux, un conflit peut surgir. Il se résume à un antagonisme entre la notion subjective de liberté personnelle du patient et la notion objective — ou du moins objectivée — d'intérêt ou de bien du patient.<sup>8</sup> Les deux notions ne se recouvrent en effet pas nécessairement, bien que la première vise en général à promouvoir la seconde.

Chaque ordre juridique a tendance à donner la priorité à l'une ou à l'autre de ces deux notions. On peut ainsi discerner deux conceptions différentes. La première peut être appelée *autodéterministe*. Elle place au sommet de l'échelle des valeurs le droit de chaque individu à décider librement du sort de son propre corps. L'ordre juridique cherche alors à promouvoir le pouvoir de décision de chaque individu et le protège contre les ingérences de tiers. Le droit américain a traditionnellement adhéré à cette vue, au niveau théorique en tout cas. L'autre conception peut être appelée *paternaliste*. Elle met l'accent sur l'intangibilité et l'indisponibilité du corps humain, considéré comme une valeur en soi, comme une sorte de bien social à préserver. L'ordre juridique cherche plutôt à protéger l'individu dans son intégrité physique, contre les atteintes de tiers mais aussi de lui-même. L'efficacité du consentement s'en trouve plus limitée. Le droit suisse notamment a adopté cette optique.

Cette différence de conception a eu des répercussions dans l'analyse du consentement éclairé. Les juristes américains se sont préoccupés d'abord de la nature et de l'étendue de l'information que le médecin doit communiquer au patient.<sup>9</sup> Il s'agissait en somme de déterminer précisément les données minimales qui doivent permettre au patient de faire un authentique choix. En Suisse au contraire, on était soucieux avant tout de s'assurer que le consentement était donné librement et par une personne capable de discernement. Ce souci dénote la volonté de préserver le patient de décisions estimées déraisonnables. Notre droit part en effet de l'idée qu'une personne ayant toutes ses facultés agira, en l'absence de contrainte, conformément à son intérêt objectif. Il voit donc plus facilement une présomption d'incapacité dans l'irrationalité d'une décision. Cette

<sup>5</sup> Il suffit de lire les cahiers périodiques de droit médical de la Neue Juristische Wochenschrift pour s'en convaincre.

<sup>6</sup> *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors and others* [1985] 1 All E.R. 643.

<sup>7</sup> Que l'on peut sommairement définir comme la Commission présidentielle américaine: «Le droit de l'individu de définir et de poursuivre sa propre vision de ce qui est bon»: President's Commission, vol. 1, 1982, p. 51.

<sup>8</sup> Ott, 1978, p. 136 et Wilhelm, 1981, p. 15, 24 parlent d'un conflit *voluntas/salus* ou *voluntas aegroti/salus aegroti*.

<sup>9</sup> La définition du consentement éclairé que donnait Myers, 1967, p. 1396, est significative: «Informed consent, therefore, concerns the extent to which a doctor must disclose risks inherent in a contemplated method of treatment.» De même, Waltz/Scheuneman, 1970, p. 643, relevaient qu'en jurisprudence américaine, «cases have paid scant attention to the consent element of the informed consent concept.»

divergence initiale d'analyse s'est ensuite estompée. Sans doute s'est-on rendu compte aujourd'hui que les deux aspects de la question (consentement et information) sont indissociables.

Ce travail examinera essentiellement, outre le droit suisse qui en est bien sûr le noyau, les solutions dégagées en droit américain. Plusieurs raisons justifient ce choix. Le droit américain est le droit le plus développé dans ce domaine. Il appartient à une tradition juridique différente, qui s'appuie historiquement sur les précédents judiciaires et non pas sur des codifications. Il a retenu, au niveau conceptuel, l'approche autodéterministe du consentement. La comparaison n'en prenait que plus de valeur. Elle montrera qu'en fin de compte, malgré leur divergence de principe, les deux droits ont retenu des solutions pratiques assez proches. Sur quelques points essentiels, d'autres droits seront analysés aussi, en particulier les droits français, allemand, anglais et canadien. Ils serviront tantôt à illustrer un principe, tantôt à inspirer une solution.

Après avoir posé le problème en termes généraux et passé en revue les notions fondamentales, j'étudierai successivement le consentement éclairé des patients majeurs et capables de discernement, des patients mineurs et des patients interdits.

PREMIÈRE PARTIE  
NOTIONS GÉNÉRALES

§ 1.1 Particularités et qualification juridique du lien unissant le patient au médecin

On entend souvent dire que le médecin «exerce un véritable ministère»<sup>10</sup> et qu'il faut «avoir la vocation» pour être un bon médecin. Sa prestation est assurément à nulle autre pareille, et ses rapports avec le patient sont d'une grande complexité. Le contrat médical est sans doute l'un des contrats dont le contenu moral, affectif et psychologique est le plus riche. Comme le remarquait justement un auteur, «le droit est bien incapable d'en rendre intégralement compte et d'en définir entièrement la nature».<sup>11</sup>

Le caractère unique de la relation médicale tient aussi à son objet, à son fondement principal et à la répartition de pouvoirs inégale entre les parties.

L'activité médicale entre en contact avec ce que l'être humain a de plus immédiat et de plus tangible, son propre corps. Elle vise à préserver ou à restaurer ce qu'il a de plus précieux, sa vie et sa santé.<sup>12</sup> Pour réaliser cet objectif, le médecin doit s'introduire dans la sphère privée du patient et même souvent porter atteinte à sa liberté sinon à son intégrité corporelle. En principe, ces atteintes sont commises pour écarter un mal plus grave. Mais le résultat escompté ne peut jamais être garanti : la médecine n'est pas une science exacte ni le médecin un homme infallible.<sup>13</sup> Plusieurs écoles existent d'ailleurs au sein de la profession médicale et leur approche de la maladie diffère parfois largement. On a dès lors admis depuis longtemps que le médecin n'est tenu qu'à une obligation de moyens et non de résultat envers le patient.<sup>14</sup> En d'autres termes, l'objet du contrat médical est le *traitement* du patient, non sa *guérison*.<sup>15</sup>

Puisque la médecine est un mélange d'art et de science, la personnalité du médecin — son sens moral, ses connaissances scientifiques, ses qualités humaines — est primordiale. L'élément personnel occupe effectivement une place centrale dans le contrat médical ; on dit du reste qu'il est conclu *intuitu personae*.<sup>16</sup> Il est

<sup>10</sup> Par exemple Dérobert, 1974, p. 138.

<sup>11</sup> Blondel, cité in Vidal/Carlotti, 1955, p. 78.

<sup>12</sup> Selon la fameuse définition de l'Organisation mondiale de la santé, «la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité». Voir le préambule de la constitution de l'OMS, reproduite in OMS — Documents fondamentaux, 19<sup>e</sup> éd., Genève, 1968.

<sup>13</sup> Voir notamment les commentaires d'auteurs rapportés par Ney, 1979, p. 495s note 11. Le Tribunal fédéral parle quant à lui «des imperfections de la science et de la faillibilité humaine» : par exemple ATF 105 II 284, 285.

<sup>14</sup> Suivant la distinction classique qu'avait faite René Demogue dans son volumineux *Traité des obligations en général*, tomes I à VII, Paris, 1923-1933, spécialement tome V (1925) n° 1237 et tome VI (1931) n° 599.

<sup>15</sup> Le point semble unanimement admis : voir en particulier Zepos/Christodoulou, 1978, p. 12 et leurs références.

<sup>16</sup> Voir notamment Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 211s; Ney, 1979, p. 48.

important (le succès du traitement peut en dépendre) que le patient ait pleine confiance dans son médecin, car il lui confie le pouvoir immense de manier son corps et parfois son esprit.

Plusieurs principes découlent de cette caractéristique fondamentale de la relation médicale. Le libre choix du médecin<sup>17</sup> et la faculté du patient de mettre fin en tout temps à la relation médicale en sont des exemples, de même que la rareté, en Suisse à tout le moins, de formules écrites de consentement : là où la confiance règne, l'écrit est superflu, voire suspect. D'autre part, on attache grand prix à l'indépendance du médecin, considérée comme un gage de confiance pour le malade. Elle existe quand «chacun de ses actes professionnels est déterminé seulement par le jugement de sa conscience et les références à ses connaissances scientifiques, avec, comme seul objectif, l'intérêt du malade».<sup>18</sup>

La confiance que le patient place en son médecin est d'autant plus nécessaire que, lors de la consultation initiale, il ne connaît souvent pas l'affection dont il souffre et encore moins la nature exacte de la prestation que va fournir le médecin. L'ignorance des choses médicales fait inévitablement du malade la partie la plus faible dans la relation médicale<sup>19</sup>; il se remet littéralement entre les mains du médecin. Il est le profane face à l'initié, mais souvent aussi le naufragé face au sauveteur. Amoindri physiquement et moralement, il demande de l'aide, il a besoin de l'intervention d'un médecin pour recouvrer sa pleine santé. Tant au niveau psychologique que cognitif, le patient est donc dans une évidente position d'infériorité.<sup>20</sup>

Cette constatation a constitué le fondement et la justification du paternalisme médical qui a prévalu tout au long de ce siècle dans nos sociétés occidentales.<sup>21</sup> Pareille attitude ne fait pourtant qu'accroître la dépendance et l'infantilisation du malade et ne constitue par conséquent pas une réponse adéquate (même si elle est plus aisée en pratique) au problème des relations médecin-patient. Je soutiens qu'il est préférable d'envisager la relation médicale comme une entreprise commune, où les décisions sont prises ensemble et fondées sur le respect et la confiance mutuels.

Le rapport de force inégal entre patient et médecin est peut-être la caractéristique majeure de leur relation. Il est corrigé dans une certaine mesure par le droit, dont l'une des responsabilités est de protéger la partie faible. Le droit accorde par exemple une latitude plus grande au patient de refuser de conclure un contrat médical et surtout de s'en défaire; il met à charge du médecin une obligation

<sup>17</sup> Ce principe est dans une certaine mesure battu en brèche (souvent pour des raisons financières) dans le milieu hospitalier, où le patient choisit l'établissement mais pas forcément le médecin ou le chirurgien.

<sup>18</sup> Selon la définition de Klotz, reprise par J.-L. Lortat-Jacob, R. Villey, M. Guéniot, Responsabilité personnelle du médecin, in Deuxième congrès international de morale médicale, Paris, 1966, tome I, p. 181, 204. Sur ce point, voir aussi J. Debray, R. Villey, De l'indépendance du médecin, in Premier congrès international de morale médicale, Paris, 1955, p. 89ss; P. Belot, Responsabilité et indépendance, in Deuxième congrès international de morale médicale, Paris, 1966, tome II, p. 255ss.

<sup>19</sup> Les anglophones parlent volontiers à ce propos de «unequal bargaining position»: par exemple Katz/Capron, 1975, p. 84.

<sup>20</sup> Sur ce thème, on trouvera de nombreuses observations dans les rapports présentés aux deux congrès internationaux de morale médicale, 1955 et 1966, *passim*.

<sup>21</sup> Pour des développements, voir Martin Pernick, The patient's role in medical decisionmaking: a social history of informed consent in medical therapy, in President's Commission, vol. 3, 1982, p. 1ss.

active d'informer le malade et de recueillir son consentement.<sup>22</sup> Cette double obligation a d'ailleurs souvent été décrite comme un processus de redistribution des pouvoirs destiné à rééquilibrer le rapport médecin-malade.<sup>23</sup>

Les traits marquants de la relation médicale, en particulier la conclusion *intuitu personae*, le fondement dans la confiance du patient, la continuité, l'indépendance du médecin, son obligation de moyens et la faculté du patient de rompre le contrat unilatéralement en tout temps, ont rendu sa classification juridique difficile, dans notre pays comme ailleurs. En droit suisse, le contrat médical fut d'abord, sous l'empire du Code fédéral des obligations de 1881, qualifié de contrat de travail.<sup>24</sup> Suite à l'adoption, en 1912, du Code des obligations actuel, le Tribunal fédéral, après quelques hésitations, l'a finalement rangé dans le mandat, à défaut d'autre qualification satisfaisante.<sup>25</sup> Certains actes médicaux (confection et pose de prothèses, chirurgie esthétique, examens de laboratoire, analyse de sang) font certes plutôt penser au contrat d'entreprise ou à une obligation de résultat. S'agissant des travaux techniques qu'effectue un dentiste, le Tribunal fédéral retenait l'application du contrat d'entreprise.<sup>26</sup> Mais il vient de changer sa jurisprudence et de réaffirmer la qualification de mandat pour l'ensemble de l'activité médicale.<sup>27</sup>

## § 1.2 Les dilemmes du médecin et du juriste — Ethique, règles de l'art et droit

Un ophtalmologue américain, conformément aux canons de sa spécialité, n'avait pas administré à une jeune patiente un test de la pression interne de l'œil propre à déceler un éventuel glaucome. (Ce test ne se pratiquait à titre de routine que sur les patients âgés de plus de quarante ans.) Mal lui en prit puisqu'il ne décela pas assez tôt l'existence d'un glaucome qui causa d'irréparables lésions à la vue de sa

<sup>22</sup> «Le médecin donc qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation de ses obligations de mandataire ou une atteinte à des droits absolus et, partant, un délit civil»: ATF 108 II 59, 62 (mes italiques).

<sup>23</sup> Voir en particulier George Annas, *Informed consent: when good medicine may not be good law*, 1 *Medical Legal News* 3 (1973); Stone, 1979, p. 322.

<sup>24</sup> Par exemple ATF 18 340; ATF 34 II 36.

<sup>25</sup> Cette nouvelle position avait été rendue possible par l'adjonction, dans la définition du mandat, de la précision suivante: «ou à rendre les services qu'il a promis». Voir Thélin, 1943, p. 17, qui note que le choix du Tribunal fédéral s'est fait par élimination. Voir notamment ATF 53 II 419; ATF 105 II 284.

<sup>26</sup> ATF 61 II 106; voir aussi Schroedter, 1982, p. 22ss.

<sup>27</sup> ATF 110 II 375. La doctrine dominante appuie cette solution. Voir notamment Loeffler, 1945, p. 7; Lotz, 1968, p. 108; Ott, 1978, p. 8; Ney, 1979, p. 31; Nægeli, 1984, p. 71. En Allemagne, le contrat médical est qualifié de *Dienstvertrag* (articles 611ss BGB). En France, on estime qu'il s'agit d'un contrat *sui generis*: Cass. civ., 20 mai 1936, D. 1936 J. 88; Pharaon, 1961, p. 42; Penneau, 1977, p. 23. La Belgique a retenu la même solution: Anne Meinertzhagen-Limpens, *La responsabilité civile des médecins en droit belge*, in *Rapports belges au X<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1978, p. 685, 689. En Italie, il s'agit d'un contrat de prestation d'œuvre intellectuelle (articles 2229ss CCl): L. Bianchi d'Espinosa, S. Zhara Buda, *La responsabilité médicale en Italie*, *Revue internationale de droit comparé* 28 (1976), p. 531, 532. Le problème se pose en des termes différents en *common law*, où il ressortit à la théorie générale des contrats. La question serait plutôt de déterminer dans chaque cas d'espèce s'il y a bien un contrat. Je me bornerai à relever que tant l'Angleterre que les États-Unis ont une approche délictuelle plutôt que contractuelle de la responsabilité civile du médecin. Pour d'autres éléments de droit comparé, voir Zepos/Christodoulou, 1978, p. 7ss; Giesen, 1981, p. 157ss.

patient. Saisi d'une demande en dommages-intérêts, le tribunal estima que le test, simple et peu coûteux, aurait dû être effectué même si les normes de la profession ophtalmologique ne l'imposaient pas.<sup>28</sup>

Lors d'une intervention à l'oreille (ablation du tympan et chirurgie plastique), un médecin allemand se heurta à un risque imprévu dû à la position inhabituelle du nerf facial. Bien qu'il n'eût pas évoqué cette hypothèse avec le patient au préalable, il estima de son devoir de poursuivre l'opération. Le bon sens semblait être de son côté, et la plupart des médecins auraient agi de même. Il toucha alors malencontreusement le nerf facial, provoquant une paralysie de la moitié du visage du malade. Celui-ci l'actionna en responsabilité avec succès. Le tribunal jugea que le chirurgien aurait dû interrompre l'opération (car il pouvait le faire sans danger) pour exposer la nouvelle situation au patient et recueillir son consentement.<sup>29</sup>

Ces deux affaires mettent en lumière les différentes normes, les unes éthiques, les autres déontologiques (souvent appelées règles de l'art) et les dernières juridiques, qui servent à guider, puis à juger le comportement du médecin. Ces différents systèmes normatifs, caractérisés par leur source, leur nature et leur but, varient parfois dans leur contenu. Cette pluralité de règles s'appliquant au même comportement est l'une des raisons principales des controverses et de la méfiance qui existent entre juristes et médecins.<sup>30</sup>

Le droit reflète en général la morale qui prévaut au sein d'une société. Dans des milieux spécifiques (en particulier dans les professions dites libérales), il est aussi le reflet des règles déontologiques élaborées par les membres de ces professions. Ceux-ci jouissent en quelque sorte d'une présomption de sagesse, qui repose en grande partie sur leur somme de connaissances. Les règles de l'art sont, il est vrai, «illuminatrices» et non pas «directrices»<sup>31</sup>: elles éclairent le médecin dans ses décisions, mais elles ne sont pas sanctionnées directement devant les tribunaux ordinaires. En d'autres termes, leur respect n'exonère pas automatiquement le praticien de sa responsabilité civile ou pénale. En pratique pourtant, les règles de la profession médicale n'ont jusqu'à présent guère été disputées devant les tribunaux. Certains pays, comme la Suisse, les ont même incorporées à leur droit, en définissant par exemple la faute comme la violation d'une règle de l'art.<sup>32</sup>

Or, la faculté de définir les canons de son propre comportement est susceptible d'abus. Toute pratique ayant subsisté assez longtemps est élevée de ce seul fait au rang de règle de l'art. Ce processus d'autojustification ne permet pas de garantir la protection des intérêts de toutes les parties. C'est pourquoi le droit conserve la fonction importante de vérifier la «validité» et l'«opportunité» des règles déonto-

<sup>28</sup> Helling v. Carey, 519 P.2d 981, 984 (Wash. 1974): «The precaution of giving this test to detect the incidence of glaucoma to patients under 40 years of age is so imperative that irrespective of its disregard by the standards of the ophthalmology profession, it is the duty of the courts to say what is required to protect patients under 40 from the damaging results of glaucoma.» Voir aussi Richard Pearson, The role of custom in medical malpractice cases, 51 Indiana Law Journal 528 (1976) dont l'article fut inspiré par cette affaire.

<sup>29</sup> BGH, NJW 1977 337.

<sup>30</sup> Voir en particulier sur ce point René Savatier, 1959, p. 234ss; Dominique Thouvenin, Ethique et droit en matière biomédicale, D. 1985 Chron. 21.

<sup>31</sup> Selon les termes proposés par Fletcher (*illuminators*, opposé à *directors*), cité in Beecher, 1970, p. 215.

<sup>32</sup> ATF 105 II 284, 285 et les références données. Voir aussi ATF 98 Ia 508, où le Tribunal fédéral adopte les Directives de l'ASSM pour la définition et le diagnostic de la mort.

logiques par rapport à son propre cadre d'analyse. Ce qui est juste ou bon d'un point de vue déontologique n'est pas nécessairement licite ou acceptable juridiquement.<sup>33</sup> Ainsi se trouve rappelée la primauté de la norme juridique.

L'éthique médicale a été dominée par un grand principe depuis le temps d'Hippocrate: le médecin doit avoir comme première préoccupation la santé du patient et doit donc s'abstenir de tout acte qui pourrait lui nuire.<sup>34</sup> Le comportement du médecin et, plus généralement, son optique de la relation avec le patient se trouvent conditionnés par cette finalité impérieuse: guérir le patient. Le médecin a naturellement tendance à subordonner toute autre valeur à la réalisation de cet objectif primordial. Cette attitude a d'importantes implications, dont le paternalisme n'est pas la moindre. Pour soi-disant assurer ou simplement favoriser leur guérison, les médecins ont placé les patients sous une forme de tutelle commode que le droit ne peut pas admettre simplement parce qu'elle reflète l'opinion dominante au sein du corps médical.

A cause de son caractère normatif, le droit s'adapte assez mal à l'extrême diversité des situations médicales individuelles.<sup>35</sup> Ses règles ont d'autre part un caractère réparateur (normes de responsabilité) dans le domaine médical. Elles interviennent après l'action, à l'inverse des principes éthiques qui la guident. La notion même de responsabilité est de ce fait comprise différemment par les médecins et par les juristes.<sup>36</sup> Le juriste se demande, *post facto* et en connaissance de toutes les circonstances (en particulier le résultat), dans le confort feutré de son cabinet, si le médecin doit répondre d'un accident ou d'un échec. Si le juriste détermine les responsabilités, le médecin, lui, les prend: il doit décider, puis agir, parfois d'urgence, presque toujours seul.<sup>37</sup> Or, le diagnostic reste fondamentalement « un choix entre des hypothèses » et le traitement « un choix entre des risques ».<sup>38</sup>

Le principal dilemme qui se pose au juriste est de savoir si l'on doit systématiquement faire confiance au sens moral et à la conscience professionnelle de tous les médecins. Sans vouloir faire offense au corps médical — il en irait de même pour toute profession — la réponse est négative. Le droit a dès lors la tâche de

<sup>33</sup> Voir, outre les deux affaires rapportées, *Townsend v. Kiracoff*, 545 F. Supp. 465 (Colo. 1982), où il est dit, p. 468: « The plaintiff would still be entitled to prove at trial that the entire community's custom is negligent. »

<sup>34</sup> Voir notamment le Serment de Genève de l'Association médicale mondiale, de 1948: « Je considérerai la santé de mon patient comme mon premier souci. » La formule fut souvent reprise par la suite, par exemple dans la Déclaration d'Helsinki/Tokyo (1964/1975) concernant les recherches biomédicales sur l'être humain. Tous les Codes et Déclarations d'éthique médicale importants sont réunis dans Archibald Duncan, Gordon Dunstan, Richard Welbourn, *Dictionary of medical ethics*, Londres, 1981.

<sup>35</sup> Ce fossé entre le droit et les réalités médicales a été souvent souligné, tant par des juristes que par des médecins. Voir notamment Perrin, 1979, p. 2ss, qui parle de « hiatus inévitable » qui constitue « une circonstance atténuante que plaident les juristes ».

<sup>36</sup> Voir notamment Campbell/Higgs, 1982, p. 71ss; Savatier, 1959.

<sup>37</sup> « Il n'est pas souhaitable que le médecin ait l'esprit fixé sur sa responsabilité juridique si l'on veut qu'il assume vraiment sa responsabilité médicale. (...) La crainte des crûis peut le pousser à s'en tenir aux gestes anodins, ou aux seuls gestes couverts par la plus stricte orthodoxie, à s'interdire toute tentative qui ne soit pas assurée du succès; ou bien, au contraire, à prescrire démesurément, pour donner l'impression « d'avoir tout fait »: Lortat-Jacob/Villey/Guéniot, *supra* note 18, p. 182. Ce genre d'évolution s'est produit aux Etats-Unis dans les années septante en particulier. Voir spécialement sur ce point la contribution de E. Donald Shapiro, *The history of medical malpractice in the United States and its effect upon medical practice*, in Wood, 1977, p. 6ss.

<sup>38</sup> Lortat-Jacob/Villey/Guéniot, *supra* note 18, p. 186, 187.

développer des mécanismes légaux dont la fonction première est préventive plutôt que punitive.

L'expérience américaine dans le domaine de la recherche médicale fournit une bonne illustration du rôle que le droit peut être appelé à jouer. Le XX<sup>e</sup> siècle a vu l'expansion formidable de la médecine expérimentale. Ce phénomène a entraîné l'émergence d'une classe de médecins qui sont des chercheurs plutôt que des praticiens. Leur éthique dévie de l'éthique médicale traditionnelle: l'intérêt scientifique remplace, au sommet de l'échelle des valeurs, l'intérêt thérapeutique du patient. Ce dernier est envisagé davantage comme un objet de recherche que comme une personne humaine.<sup>39</sup> C'est ainsi que des chercheurs se crurent autorisés à pratiquer toute une gamme d'expérimentations pourtant en contradiction flagrante avec l'éthique médicale la plus élémentaire. L'une des plus scandaleuses fut assurément la *Tuskegee Syphilis study*.<sup>40</sup> Afin d'étudier le cours naturel de la maladie, plus de quatre cents Noirs, tous pauvres et sans éducation, ont été, de 1932 à 1972, délibérément privés de traitement efficace (notamment de pénicilline, disponible en 1953 déjà) contre la syphilis. Aucune information ne leur a jamais été donnée sur la nature de leur mal ni sur la recherche dont ils étaient les objets involontaires. On leur disait seulement qu'ils étaient malades parce qu'ils avaient du «mauvais sang».

La révélation de telles expériences provoqua de fortes réactions qui ont abouti à l'adoption de dispositions fédérales réglementant en détail la recherche médicale. Elles posent des exigences strictes concernant le consentement libre et éclairé des sujets et créent des commissions de surveillance qui doivent approuver les projets de recherche. Cette réglementation semble avoir eu une influence décisive sur le respect des droits des sujets. Comme un expérimentateur le faisait remarquer récemment, le changement entre les années cinquante et quatre-vingts tient à une seule préposition: «When I was a young investigator, we did research *on* people. Today, we only do research *with* people.»<sup>41</sup>

Ces brèves considérations mettent en lumière l'importance du consentement éclairé. Cette exigence apparaît en effet comme la règle juridique préventive la plus significative pour les patients. Et le consentement émerge clairement comme la pierre angulaire de l'édifice complexe que constitue la relation médicale.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> P. Laget, *Expérimentation et médecine*, in Eck, 1968, p. 301s, a écrit: «On est en droit de craindre que le médecin purement expérimentateur ne finisse par considérer que la seule règle de morale professionnelle consiste à ne pas faire souffrir et à ne pas nuire sur le plan physique, sans beaucoup se soucier de «l'éminente dignité» du malade, sans songer à ce qu'il peut y avoir d'humiliant pour celui-ci à être traité comme un bipède plus commun et moins coûteux qu'un primate anthropomorphe, mais simplement moins commode à manipuler car on est contraint à user pour lui de quelques ménagements.» Il est bon aussi de se rappeler la conclusion de Hinderling, 1963, p. 77: «Der Jurist läuft Gefahr, nur den Menschen zu sehen und nicht die Krankheit. Umgekehrt darf der Arzt nicht in den Fehler verfallen, über der Krankheit den Menschen zu vergessen.»

<sup>40</sup> Pour tous les détails de l'affaire, voir J. Jones, *Bad blood*, New York, 1981. Pour un résumé, voir McClellan, 1982, p. 81ss. Pour d'autres expériences contraires à l'éthique, voir l'article de Henry Beecher, *Ethics and clinical research*, 274 N.F.J.M. 1354 (1966), qui eut un grand retentissement dans les milieux médicaux.

<sup>41</sup> Mortimer Lipsett, cité in Fletcher, 1983, p. 187.

<sup>42</sup> Pickle, 1983, p. 51! a écrit que: «There are no other concepts in law, involving the relationship between a professional and non professional, that would require more attention than consent to health care.»

Deux étapes successives de la relation médicale, qui impliquent toutes deux un accord du patient, doivent être bien distinguées : la conclusion du contrat de soins d'une part, le consentement au traitement d'autre part.<sup>43</sup> En allant consulter le médecin de son choix, le patient manifeste sa volonté de conclure un contrat de soins. Mais l'accord initial de se faire traiter, contre paiement d'honoraires, ne donne pas au médecin un blanc-seing général et permanent. Au contraire, il doit à chaque fois recueillir l'assentiment du patient à l'acte médical envisagé. Ce consentement est autonome par rapport à la volonté initiale de se faire soigner. Avec son corollaire, le devoir d'informer du médecin, il constitue une précision apportée progressivement au contrat original.<sup>44</sup>

La notion de consentement a une double connotation : celle de connaissance et d'assentiment.<sup>45</sup> Le premier aspect suppose la réception d'informations sur l'objet du consentement. Le second implique l'expression de la volonté (qui présuppose le discernement) quant à l'objet expliqué.<sup>46</sup> Cela signifie que le consentement ne couvre que ce qui a été exposé. En d'autres termes, le médecin n'est en principe pas habilité à agir en dehors des actes visés par le consentement.<sup>47</sup> En outre, l'accord général à n'importe quel traitement ne serait pas valable.<sup>48</sup>

Spécifique quant à son objet, le consentement doit aussi être actuel : dans la règle, il ne peut pas être donné pour l'avenir.<sup>49</sup> Actuel ne signifie toutefois pas ponctuel. Le consentement doit être envisagé comme un processus étalé dans le temps<sup>50</sup>, comme le devoir continu d'information du médecin. Cette conception me paraît importante dans la mesure où elle fait mieux ressortir le caractère actif du consentement et surtout que le patient reste toujours libre d'«arrêter de consentir». <sup>51</sup> Il est en effet admis unanimement que le consentement est librement révoquant.<sup>52</sup>

La doctrine suisse alémanique s'est demandé si le consentement était un acte juridique (*Rechtsgeschäft*) ou une action juridique (*Rechtshandlung*).<sup>53</sup> Selon l'opinion dominante parmi les civilistes, il s'agit d'un acte juridique.<sup>54</sup> Mais la question

<sup>43</sup> Dans le même sens, Thélin, 1943, p. 39; Ney, 1979, p. 67s; Somerville, 1979, p. 36.

<sup>44</sup> Thélin, 1943, p. 39; Lotz, 1968, p. 114; Ney, 1979, p. 67; Somerville, 1979, p. 36.

<sup>45</sup> Dans ce sens, Watz/Scheuneman, 1970, p. 643, qui parlent de *awareness et assent*. De même, Bucher, 1956, p. 129, remarque-t-il : «Man kann nur in etwas einwilligen, das man kennt.»

<sup>46</sup> Il serait donc plus juste de parler de «choix éclairé» car c'est une expression neutre qui ne présume pas de la décision.

<sup>47</sup> ATF 108 II 59. L'extension imprévue d'une intervention pose des problèmes délicats : voir *infra*, p. 182ss.

<sup>48</sup> Bucher, 1956, p. 129; Grottsch, 1973, p. 38; Orr, 1978, p. 143; Ney, 1979, p. 98.

<sup>49</sup> Bucher, 1956, p. 129. Il faut réserver le testament biologique : voir *infra*, p. 181.

<sup>50</sup> De même, Somerville, 1979, p. 35s, parle du consentement «as a continuing requirement, not something which is achieved once and for all», ou d'un «on-going process».

<sup>51</sup> Selon la formule de Somerville, 1979, p. 36.

<sup>52</sup> Notamment Hinderling, 1963, p. 70; Grottsch, 1977, p. 139; Orr, 1978, p. 32.

<sup>53</sup> Selon Engel, 1973, p. 105, l'acte juridique est «la manifestation de volonté d'une personne (ou de plusieurs) tendant à produire un effet de droit et qui produit cet effet si toutes les conditions posées par le droit objectif sont remplies». Quant à l'action juridique, c'est «un comportement (action ou omission) conforme au droit et qui entraîne des conséquences juridiques» (p. 106). Voir aussi les remarques de Hohermuth, 1979, p. 67ss.

<sup>54</sup> Peter Jäggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, Revue de droit suisse 79 (1960), II, p. 133a, 205a ss; Hinderling, 1963, p. 71; Lotz, 1968, p. 114; Orr, 1978, p. 30. Bucher, 1956, p. 108, l'admet avec quelque réserve. La solution est différente en droit pénal : Grottsch, 1973, p. 52; Bassmann, 1984, p. 56.

paraît essentiellement académique. En effet, la différence entre les deux tient à ce que le premier déploie l'effet voulu par l'auteur tandis que la seconde a l'effet prévu par la loi indépendamment de la volonté de l'auteur. La principale importance pratique existe donc au regard du consentement de mineurs et d'interdits capables de discernement : ils ne pourraient consentir valablement dans l'hypothèse de l'acte juridique alors qu'ils le pourraient dans celle de l'action juridique. Mais cette différence est annihilée par l'article 19/2 CC, qui dispose que mineurs et interdits capables de discernement peuvent, sans le consentement du représentant légal, «exercer des droits strictement personnels». Or, les droits de la personnalité (dont le consentement découle directement) ont cette nature.<sup>55</sup> En droit suisse, un mineur a donc les mêmes prérogatives dans les deux hypothèses.<sup>56</sup>

Le consentement éclairé a la fonction juridique de lever l'illicéité d'un comportement.<sup>57</sup> On lui a prêté d'autres rôles aussi, en particulier dans le monde anglo-américain.<sup>58</sup> Dans la première affaire de la *common law* à évoquer la question, le tribunal avait déclaré que cette exigence existait pour que le patient «may take courage and put himself in such a situation as to enable him to undergo the operation».<sup>59</sup> Cette fonction que j'appellerais psychologique a par la suite été souvent rappelée.

L'information et le consentement du malade ont aussi une fonction éthique importante. Ils visent à instaurer un équilibre des forces entre les parties.<sup>60</sup> Ils veulent encourager la prise de décisions rationnelles, qui correspondent à l'intérêt thérapeutique du patient. Et surtout, ils cherchent à promouvoir l'autonomie du patient, qui reste le fondement de cette exigence.<sup>61</sup>

Il s'agit là de buts idéaux dont chacun reconnaît la valeur mais difficiles à atteindre en pratique. Plusieurs auteurs américains et allemands ont soutenu qu'ils ne constituaient en réalité qu'une façade destinée à masquer un objectif plus concret et moins avouable. Pour eux, le développement récent du consentement éclairé viserait à étendre la responsabilité médicale, notamment à des situations où une faute technique est probable mais ne peut pas être prouvée.<sup>62</sup> Meisel y voit même l'une des causes de l'explosion du coût de la santé que les Etats-Unis ont connue dans les années septante.<sup>63</sup> Il argumente que les tribunaux ont beaucoup

<sup>55</sup> August Egger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band I, *Einleitung und Personenrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 1930, note 8 ad 19 CC, p. 181; Bucher, 1956, p. 1; Grotsch, 1973, p. 53.

<sup>56</sup> Il en va différemment en droit allemand, qui n'a pas de disposition analogue à notre article 19 CC: Grotsch, 1973, p. 54. Voilà sans doute l'origine de la controverse.

<sup>57</sup> Voir *infra*, p. 39ss.

<sup>58</sup> Voir notamment Annas/Glantz/Katz, 1977, p. 33ss; Jay Katz, *Experimentation with human beings*, New York, 1972, p. 523ss; Katz/Capron, 1975, p. 82ss; Strong, 1979, p. 196ss; Somerville, 1979, p. 28ss; G. Robertson, 1981, p. 108ss.

<sup>59</sup> Slater v. Baker, 95 Eng. Rep. 860 (1767).

<sup>60</sup> Dans ce sens, Annas, *supra* note 23, p. 3; Stone, 1979, p. 322.

<sup>61</sup> Certains auteurs, en particulier Katz/Capron et Somerville, ont répertorié d'autres objectifs, secondaires, que poursuivrait l'exigence du consentement du patient.

<sup>62</sup> Voir en particulier en Allemagne, Deutsch, 1983, p. 57s; Giesen, 1983, p. 70; Wachsmuth/Schreiber, 1981, p. 1985; Schönemann, Note in NJW 1980 2753, 2754. Aux Etats-Unis, William Karchmer, *Informed consent: a plaintiff's medical malpractice, wonder drug*, 31 *Missouri Law Review* 29, 51ss (1966); Meisel, 1977, p. 51ss, dont la thèse est discutée par G. Robertson, 1981, p. 109ss.

<sup>63</sup> Sur cette crise et ses causes possibles, voir aussi Jacques-Michel Grossen, Olivier Guillod, *Medical malpractice law: American influence in Europe?* 6 *Boston College International and Comparative Law Review* 1, 23ss (1983). Ils notent que la situation américaine se particularise non pas par le taux de succès des actions ouvertes contre les médecins (ce qui laisserait supposer des différences dans le droit de fond ou de procédure), mais simplement par le nombre d'actions intentées. Ils suggèrent que la profession juridique américaine, par sa structure et ses méthodes, porte une bonne part de responsabilité dans cette crise.

disserté sur l'étendue du devoir d'information mais ont complètement négligé la question de la compréhension de l'information par le patient. Or, les juges se seraient souciés de ce point crucial si l'exigence du consentement visait vraiment à promouvoir l'autonomie du patient.

Cette thèse ne peut guère être défendue dans notre pays, où le terrain n'a jamais été propice à l'extension de la responsabilité médicale.<sup>64</sup> Jusqu'à présent, les tribunaux suisses n'ont pas été enclins à admettre la responsabilité de médecins, hormis les cas de faute grossière. Cette situation laisse augurer des développements moindres en Suisse qu'aux Etats-Unis ou en Allemagne. Il est néanmoins souhaitable de définir plus clairement le consentement éclairé. Le chemin qui mène à cet objectif passe probablement par le développement de la jurisprudence, sans que l'on en arrive à la situation qu'a vécue l'Amérique. Ce sera l'occasion de réaffirmer quelques principes élémentaires, en particulier que le consentement éclairé existe pour protéger la liberté de décision et la dignité du patient et qu'il est une condition nécessaire (mais non suffisante) de la validité juridique de l'intervention médicale.

#### § 1.4 Brève perspective historique

D'un principe juridique assez vague et peu discuté, le consentement éclairé est devenu ces dernières années une sorte d'institution, abondamment analysée et controversée. Cette évolution spectaculaire appelle quelques précisions.

La notion et la valeur du consentement dans le cadre de la thérapie ont été discutées depuis longtemps par médecins et philosophes. Les écrits d'Hippocrate par exemple conseillaient de taire la plupart des choses au patient. Au XVIII<sup>e</sup> siècle en revanche, de nombreux auteurs soutenaient la liberté de choix du malade. Ce mouvement fut ensuite submergé au siècle suivant par une vague de paternalisme.<sup>65</sup>

Si les dissertations savantes des humanistes ne manquaient pas, les décisions de tribunaux étaient fort rares jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle.<sup>66</sup> De même, le débat public était-il peu vigoureux, sauf à l'occasion d'événements précis, tels que les expériences révoltantes menées aux Etats-Unis sur des esclaves noirs avec l'aval jugé suffisant de leurs maîtres, ou les excès commis au début de l'utilisation d'anesthésiques.<sup>67</sup>

Juridiquement, les développements significatifs ne sont survenus qu'à partir du XX<sup>e</sup> siècle. L'évolution la plus frappante a eu lieu aux Etats-Unis. Les premières affaires judiciaires concernaient des interventions non autorisées. Elles rappelaient la nécessité du consentement mais ne s'occupaient pas de l'information du

<sup>64</sup> La remarque est valable aussi pour la France et l'Angleterre. Voir notamment G. Robertson, 1981, p. 125 et la jurisprudence culminant dans l'arrêt *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital* [1984] 1 All E.R. 1018 (C.A.), aff'd [1985] 1 All E.R. 643 (H.L.). En France, l'association générale des sociétés d'assurance contre les accidents rapporte avoir ouvert vingt dossiers concernant des affaires où un médecin n'avait pas obtenu le consentement éclairé de son patient, pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 1980 au 31 juillet 1983: Bouvier, Note sous Cass. civ., 29 mai 1984, D. 1985 J. 281, 282.

<sup>65</sup> Pour des développements, voir Pernick, *supra* note 21, p. 4ss; Polani, 1983.

<sup>66</sup> Un juge américain condamna par exemple un médecin en 1852 pour avoir soigné un esclave contre la volonté de son maître, au motif que «the law of slavery superseded the ethics of medicine»: *Hord v. Grimes*, 52 Ky. 149 (1852). Voir aussi *Slater v. Baker*, 95 Eng. Rep. 860 (1767); Trib. corr. Lyon, 15 décembre 1859, D. 1859, 3<sup>e</sup> partie, p. 87.

<sup>67</sup> Le public prit peur en apprenant que les médecins avaient profité de l'endormissement du patient pour pratiquer certaines interventions: voir Pernick, *supra* note 21, p. 21ss.

malade.<sup>68</sup> A l'issue de la Seconde Guerre mondiale, les tristement célèbres procès de Nuremberg eurent un retentissement déterminant. Pour la première fois, l'opinion publique (pas seulement américaine d'ailleurs) était sensibilisée au problème de l'expérimentation médicale et du consentement libre et éclairé des sujets.<sup>69</sup> Retenu d'abord comme une condition fondamentale de toute recherche, le consentement a ensuite été reconnu aussi dans le cadre thérapeutique. Au cours des années cinquante, quelques décisions ont fait allusion à un devoir d'information du médecin.<sup>70</sup> Puis, dès 1960, s'amorcèrent des développements extraordinaires qui, en une quinzaine d'années, ont fait du consentement le centre d'attention du monde américain de la santé.<sup>71</sup> L'exaltation simultanée des droits fondamentaux de l'individu et la renaissance des théories globalistes de la santé ont favorisé cette rapide évolution.

Deux événements ont encore accéléré le processus. Le premier est l'adoption, au niveau fédéral, de règles détaillées sur le consentement des sujets d'expériences médicales. En 1962, suite à la tragédie de la thalidomide (dont le caractère expérimental avait été caché à bien des femmes américaines), le *Food, Drug and Cosmetic Act* fut révisé.<sup>72</sup> Les nouvelles dispositions posaient, pour la première fois, l'exigence du consentement éclairé.<sup>73</sup> Le principe fut ensuite précisé par une ordonnance détaillée de la FDA en 1967.<sup>74</sup> Parallèlement, le DHEW adopta des règles régissant toutes les recherches avec des sujets humains qu'il finançait. Un article définissait le consentement éclairé en des termes légèrement différents de ceux employés par la FDA.<sup>75</sup> Conscients des désavantages d'avoir deux blocs de

<sup>68</sup> Voir en particulier *Pratt v. Davis*, 79 N.E. 562 (Ill. 1906); *hystérectomie non consentie*; *Mohr v. Williams*, 104 N.W. 12 (Minn. 1905); opération sur la mauvaise oreille; *Rolater v. Strain*, 137 P. 96 (Okla. 1913); extraction d'un fragment d'os non autorisée. Voir encore *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (N.Y. 1914); *Hively v. Higgs*, 253 P. 363 (Ore. 1927); *Stammer v. Board of Regents*, 39 N.E. 2d 913 (N.Y. 1942); nouveau médicament contre le cancer. Mais voir *Hunter v. Burroughs*, 96 S.E. 360 (Va. 1918), qui fait allusion à l'obligation d'avertir le patient « of the danger of possible bad consequences of using a remedy » (p. 366).

<sup>69</sup> « The voluntary consent of the human subject is absolutely essential » proclame la première des dix règles du Code de Nuremberg, énoncé dans la cause *United States v. Karl Brandt & others* (1947-8) dont le texte peut être trouvé in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals* (under Control Council Law n° 10), vol II, *The Medical Case*, Washington D.C.: United States Government Printing Office 1949, p. 181s. Sur la nature de ce Code en droit international public (droit international coutumier?) et sur son éventuelle applicabilité en droit interne américain, voir *Annas/Glantz/Katz*, 1977, p. 7ss et leurs références.

<sup>70</sup> *Simone v. Sabo*, 231 P.2d 19 (Cal. 1951); *Hunt v. Bradshaw*, 88 S.E.2d 762 (N.C. 1955); *Salgo v. Leland Stanford University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (Cal. 1957); *Bang v. Charles T. Miller Hospital*, 88 N.W.2d 186 (Minn. 1958). *Wall v. Brim*, 138 F.2d 478 (5th Cir. 1943) avait déjà évoqué ce devoir.

<sup>71</sup> Ce sont deux arrêts rendus à deux jours d'intervalle qui ont servi de détonateur: *Natanson v. Kline*, 350 P.2d 1093 (Kan. 1960) et *Mitchell v. Robinson*, 334 S.W.2d 11 (Mo. 1960).

<sup>72</sup> Sur l'histoire de cet amendement, connu sous le nom de Kefauver-Harris Bill, voir en particulier *William Curran*, *Governmental regulation of the use of human subjects in medical research: the approach of two federal agencies*, 98 *Daedalus* n° 2, p. 549ss (1969). Voir aussi 44 *Fed. Reg.* 47714 (14 août 1979).

<sup>73</sup> Article 505(i) *Food, Drug and Cosmetic Act*, 21 U.S.C. 355(i).

<sup>74</sup> 32 *Fed. Reg.* 8753 (20 juin 1967), § 130.37, recodifié en 1974 pour devenir le § 310.102, 21 CFR 310.102. La réglementation s'inspirait notamment des *Ethical Guidelines for Clinical Investigations* adoptés en 1966 par l'AMA suite au pavé dans la mare lancé par Beecher, *supra* note 40, qui dénonçait vingt-deux cas de recherches contraires à l'éthique médicale. Les *Guidelines* sont reproduits in *Beecher*, 1970, p. 222.

<sup>75</sup> *Protection of Human Subjects*, § 46.103(c), 45 CFR 46.103(c), complété en 1978, 43 *Fed. Reg.* 51559 (3 novembre 1978).

normes dissemblables pour régler le même point, la FDA et le DHEW sont tombés d'accord pour unifier leurs dispositions.<sup>76</sup> La réglementation uniforme est entrée en vigueur en été 1981.<sup>77</sup>

Le second évènement est la *malpractice crisis* des années septante. Cette crise consistait en une escalade vertigineuse du coût de la santé en général, y compris des primes d'assurance responsabilité civile payées par les praticiens.<sup>78</sup> (De 1960 à 1970 par exemple, les primes que payaient les chirurgiens ont augmenté de 950%<sup>79</sup>) Bien que les actions fondées sur des défauts du consentement ne constituent que 6,6% des jugements des cours d'appel en matière de responsabilité médicale<sup>80</sup>, certains milieux ont clamé que les règles de la *common law* sur le consentement étaient l'une des causes majeures de la crise. Ces voix étaient même si fortes que plusieurs Etats ont adopté des lois, dans le but avoué de limiter la responsabilité des médecins.<sup>81</sup> Les controverses qui entouraient le consentement s'en trouvèrent avivées.

Récemment, le consentement a été au centre de plusieurs affaires de dimension nationale qui ont suscité des vagues de procès. L'une mettait en cause la campagne de vaccination lancée par le gouvernement contre la grippe porcine : le vaccin provoqua des réactions indésirables chez de nombreuses personnes.<sup>82</sup> Une autre concernait un stérilet (le *Dalkon Shield*), dont l'usage s'est révélé dangereux avec le temps.<sup>83</sup> Dans le grand débat sur l'avortement, certains législateurs ont adopté des dispositions restrictives qui détaillaient souvent l'information à fournir de façon obligatoire aux mères enceintes ; leur constitutionnalité fut attaquée devant les cours fédérales.<sup>84</sup> Enfin, les juges ont dû s'occuper d'un nombre croissant de refus de traitement, en particulier de la part de patients internés dans des établissements psychiatriques.<sup>85</sup>

L'évolution américaine n'a pas d'équivalent en Europe, si ce n'est peut-être, à un degré moindre, en Allemagne fédérale. Dans ce pays, les actions fondées sur

<sup>76</sup> Suivant en cela les recommandations de la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research dans son rapport de 1979, publié in 43 Fed. Reg. 56174 (30 novembre 1978).

<sup>77</sup> 46 Fed. Reg. 8366 et 8942 (26 et 27 janvier 1981). L'entrée en vigueur est intervenue le 27 juillet 1981. Sur cette réglementation, voir Dennis Maloney, Protection of human research subjects, New York, 1984, p. 118ss, 149ss.

<sup>78</sup> Pour quelques chiffres comparés, voir Gossen/Guillod, *supra* note 63, p. 18. En 1985, un neurochirurgien de Long Island, N.Y., doit payer 101 000 dollars par an pour s'assurer en responsabilité civile à concurrence d'un million de dollars : International Herald Tribune, 13 février 1985, p. 3.

<sup>79</sup> Shapiro, *supra* note 37, p. 7.

<sup>80</sup> Ludlam, 1978, p. 23.

<sup>81</sup> Pas moins de vingt et un Etats ont légiféré en 1975-1976 : voir les détails in Plant, 1978, p. 101. Pour l'état plus récent, voir Meisel/Kabnick, 1980 et Andrews, 1984.

<sup>82</sup> Voir en particulier McDonald v. United States, 555 F.Supp. 935 (Pa. 1983); Unthank v. United States, 533 F. Supp. 703 (Utah 1982), aff'd 732 F.2d 1517 (10th Cir. 1984); Bean v. United States, 533 F.Supp. 567 (Colo. 1980); Petty v. United States, 740 F.2d 1428 (8th Cir. 1984); Gassman v. United States, 589 F.Supp. 1534 (Fla. 1984).

<sup>83</sup> Voir par exemple Nelson v. Robins Company, 515 F.Supp. 623 (Cal. 1981).

<sup>84</sup> « With the exception of the Watergate scandal and the Viet Nam war, no issue has divided the country and its officials more dramatically than the debate over the propriety of physician's performing procedures to induce the termination of pregnancies, or, as they are commonly referred to, abortions » : Baird v. Bellotti, 450 F.Supp. 997 (Ma. 1978). Voir surtout Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 103 S.Ct 2481 (1983) et *infra*, p. 112ss.

<sup>85</sup> Voir notamment Mills v. Rogers, 457 U.S. 291 (1982); Bee v. Greaves, 744 F.2d 1387 (9th Cir. 1984); R.A.J. v. Miller, 590 F.Supp. 1310, 1319 (Tex. 1984); Weiss v. Missouri Department of Mental Health, 587 F.Supp. 1157 (Mo. 1984); Rennie v. Klein, 720 F.2d 266 (3rd Cir. 1983).

des défauts du consentement se sont multipliées dès les années soixante et le consentement est aussi devenu le problème numéro 1 du monde médical.<sup>86</sup>

En Suisse, doctrine et jurisprudence étaient pratiquement muettes jusqu'au début du siècle. En 1912, le Tribunal fédéral a discuté du consentement dans un contexte spécial: il devait trancher si, et le cas échéant à quelles conditions, on pouvait exiger du lésé qu'il se soumette à une opération de nature à diminuer le dommage. Il a jugé qu'il fallait effectuer une pesée d'intérêts entre le droit inaliénable de l'individu de disposer de son propre corps et l'obligation de ne pas augmenter le dommage. Il précisait que «le droit de disposer de son propre corps n'est pas un droit absolu» et qu'il n'existe «que dans les limites posées par l'ordre public et la moralité».<sup>87</sup> Les juges en ont conclu que l'obligation de se soumettre à une opération n'existe que si l'intervention n'offre pas de dangers ou ne cause pas de souffrances notables, si l'on peut compter avec certitude sur une amélioration sensible et si le débiteur fait l'avance des frais.<sup>88</sup>

Le problème précis de la responsabilité du médecin pour des défauts du consentement fut abordé pour la première fois par le Tribunal fédéral en 1940. Un coiffeur genevois consulte un médecin pour l'ablation de verrues qui enlaidissent sa main gauche. Le médecin y procède par diathermocoagulation (appareil de Baudoin), une intervention courante et sans dangers spéciaux (1% de risques d'accident selon les experts). Le tendon extenseur de l'annulaire est détruit en même temps que les verrues. Le coiffeur ouvre action en dommages-intérêts, en reprochant au médecin de ne pas l'avoir rendu attentif à ce risque. Les juges rejettent laconiquement son argument: «Un pareil devoir n'existait pas en l'espèce, car il y a tout lieu de croire que le patient n'eût pas renoncé à l'intervention si le praticien l'avait informé du risque normal et minime qu'il courait.»<sup>89</sup> L'arrêt est décevant dans la mesure où il élude la question de fond. Il est d'ailleurs resté largement ignoré par la doctrine.<sup>90</sup>

Quelques arrêts cantonaux ont ensuite été rendus sur le sujet.<sup>91</sup> Mais il a fallu attendre près de quarante ans pour le deuxième arrêt publié du Tribunal fédéral. Le climat est alors différent, plus propice à l'éclosion d'une véritable jurisprudence. Le consentement est en effet discuté sérieusement, tant parmi les juristes que dans le monde médical.<sup>92</sup> Le Tribunal fédéral nie, en l'espèce, le devoir

<sup>86</sup> Laufs, NJW 1976 1122; Ott, 1978, p. 33.

<sup>87</sup> ATF 38 II 235 / JT 1913 98, 102.

<sup>88</sup> Voir aussi ATF 57 II 61, 68; ATF 105 V 176, 179; Schnetzler, 1967, p. 61ss. La France a retenu une solution voisine: voir par exemple Nerson, 1978, p. 875 et ses références. Pour une discussion du problème en *common law*, voir H. Hudson, Refusal of medical treatment, 3 Legal Studies 50 (1983); Fleming, 1983, p. 226s; McQuillan v. City of Sioux City, 306 N.W.2d 789 (Iowa 1981).

<sup>89</sup> ATF 66 II 34, 36.

<sup>90</sup> Voir cependant Thilo, 1946 et ses références, p. 108s, note 4.

<sup>91</sup> RSJ 44 (1948) 326 n° 113 (OG Zurich): pas d'obligation de révéler le risque de téranie lors de l'opération du goître; SJ 84 (1962) 214 (Cour de justice civile Genève): *idem* quant au risque de perforation du sinus lors de la résection apicale d'une deuxième prémolaire; RSJ 60 (1964) 344 n° 232 (Appellationsgericht Bâle-Ville): devoir d'information sur la non prise en charge du traitement par l'assurance-maladie; RSJ 68 (1972) 311 n° 177 (Tribunal cantonal Vaud): responsabilité pour avoir pratiqué une vasectomie au lieu d'une autre opération.

<sup>92</sup> Parmi les ouvrages juridiques, voir en particulier Gross, 1977; Ott, 1978; Hohermuth, 1979; Ney, 1979; Schroeder, 1982; Ileri, 1983; Nägeli, 1984; H.-P. Meisel, 1984; Bussmann, 1984; Arzt, 1985. Parmi les articles des revues médicales, voir notamment Kaufmann, 1976; Undritz, 1980; Bernhard, 1980; Bachler, 1982. Voir en outre le Guide du malade, édité en 1981 par la Veska et d'autres associations des professions sanitaires. D'autre part, on a constaté à l'Hôpital cantonal universitaire de Genève un glissement de l'allégation d'une faute à celle d'un manque d'informations dans les réclamations déposées par les patients.

d'informer sur les risques liés à la résection partielle du côlon.<sup>93</sup> L'arrêt élucide cependant un certain nombre de points, et doit donc être considéré comme le point de départ d'une réelle théorie du consentement éclairé en droit suisse.

Une troisième affaire fut jugée par le Tribunal fédéral en janvier 1982. L'arrêt est important à la fois juridiquement et psychologiquement. Juridiquement parce qu'il précise des notions évoquées dans l'affaire précédente. Psychologiquement parce que la responsabilité du médecin pour ne pas avoir recueilli le consentement éclairé du patient est admise pour la première fois. Le médecin a été condamné pour avoir procédé à une intervention plus mutilante (mammectomie totale avec pose de prothèses) que celle à laquelle la patiente avait consenti (réduction des seins avec excision de kystes).<sup>94</sup>

Principal problème en droit médical aux Etats-Unis et en Allemagne, le consentement vient de faire une apparition timide en droit suisse. Il est douteux qu'il connaisse des développements égalant ceux constatés outre-Atlantique.

<sup>93</sup> ATF 105 II 284.

<sup>94</sup> ATF 108 II 59.

§ 2.1 En Suisse

A. Les sources formelles

Le consentement éclairé est une exigence que la jurisprudence a déduite des règles générales sur les droits de la personnalité (art. 27ss CC) et sur le mandat (art. 394ss CO) ainsi que du droit constitutionnel à la liberté personnelle.<sup>95</sup> Il n'existe en revanche aucune disposition spécifique de droit fédéral réglant directement le sujet.

Il faut tout de même signaler qu'en 1980, le conseiller national Braunschweig déposait une motion concernant les droits des patients. Elle invitait le Conseil fédéral à créer les bases légales appropriées pour améliorer le statut juridique des patients. Son texte précisait: «Il y aura lieu à cet égard de tenir compte des droits suivants: — Droits du patient à être renseigné sur sa maladie, sur le traitement envisagé ainsi que sur d'autres traitements possibles ainsi que sur les pronostics correspondants.»<sup>96</sup> Le Conseil fédéral l'accepta finalement sous la forme moins contraignante du postulat. A ma connaissance, aucune suite concrète ne lui a été donnée jusqu'à présent.

Dès la fin des années septante, quelques cantons ont, à l'occasion de la révision de leur législation sanitaire, adopté des dispositions qui traitent expressément du consentement éclairé.<sup>97</sup> Elles rappellent en général sa nécessité, précisent le rôle éventuel du représentant légal du patient et énumèrent les éléments d'information que le médecin doit fournir. Les plus récentes sont visiblement inspirées de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

A côté des sources légales, plusieurs textes d'éthique médicale, de portée générale ou restreinte à un aspect particulier des soins, insistent sur la nécessité

<sup>95</sup> ATF 105 II 284 et ATF 108 II 59.

<sup>96</sup> BO CN 1980 1388.

<sup>97</sup> A titre liminaire, on peut se demander quelle est la compétence des cantons à ce sujet! Sur ce point, voir Glaus, 1984, p. 31ss. Voir articles 21, 23, 24 et 25 de la loi vaudoise sur la santé publique, du 29 mai 1985, Feuille des avis officiels du canton de Vaud, 5 juillet 1985, p. 2177, 2179; article 11 de la loi sur les hôpitaux du canton de Bâle-Ville, du 26 mars 1981, et articles 12 et 13 de son ordonnance d'exécution, du 4 mai 1982, Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt 330.100 et 330.110; article 65 de la loi lucernoise sur la santé, du 29 juin 1981, Gesetzessammlung des Kantons Luzern 1982, p. 165; articles 56ss de l'Ordonnance saint-galloise sur l'organisation des hôpitaux, du 17 juin 1980, Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen 321.11; article 42 de l'Ordonnance schaffhouseoise sur le personnel de santé, du 30 novembre 1976, Schaffhauser Rechtsbuch II, p. 114; articles 46ss de l'Ordonnance zurichoise sur les établissements de santé cantonaux, du 28 janvier 1981, Zürcher Gesetze 48, p. 12. Voir aussi le texte d'une initiative populaire genevoise pour les droits des malades, Feuille d'avis officielle de Genève, mercredi 22 septembre 1982.

du consentement éclairé. Il s'agit notamment de diverses directives et recommandations de l'ASSM<sup>98</sup> et de codes de déontologie des associations cantonales de médecins.<sup>99</sup>

On mentionnera pour finir les efforts entrepris au sein du Conseil de l'Europe. Ceux-ci ont notamment abouti, en avril 1984, à un projet de recommandation sur les devoirs juridiques des médecins qui fait une large place au consentement.<sup>100</sup>

### B. Les fondements matériels

On a vu que le contrat de soins est qualifié en droit suisse de mandat. Aux termes de l'article 398 CO, le médecin est tenu à un devoir de diligence, qui englobe notamment l'obligation d'informer le patient et de recueillir son consentement.<sup>101</sup> Dans son dernier arrêt, le Tribunal fédéral l'a clairement dit: «Le médecin donc qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation de ses obligations de mandataire ou une atteinte à des droits absolus et, partant, un délit civil.»<sup>102</sup>

Comme le laisse entendre ce passage, le double devoir du médecin a aussi un autre fondement, plus général, que le même arrêt précise ainsi: «L'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle.»<sup>103</sup>

Le Tribunal fédéral fonde le consentement tant sur les libertés constitutionnelles que sur les droits de la personnalité.<sup>104</sup> Les unes comme les autres sont issues du même concept: la valeur intrinsèque de la personne humaine, en tant qu'entité physique et spirituelle.<sup>105</sup> On notera pourtant qu'ils envisagent la personne humaine d'un point de vue différent. Alors que les libertés constitutionnelles procèdent d'une conception de l'homme comme individu responsable, les droits de la personnalité s'inspirent plutôt d'une conception de l'homme comme individu ayant besoin de protection.<sup>106</sup>

Leur champ d'application diffère aussi. Les premières régissent les rapports de l'individu avec l'Etat ou ses organes investis de la puissance publique. Les

<sup>98</sup> Les textes adoptés par l'ASSM ont été publiés in 63 Bulletin des médecins suisses 674ss (1982). Ils concernent la recherche, l'euchanasie, les transplantations, l'insémination artificielle et la stérilisation notamment. Voir aussi les directives récentes sur la fécondation in vitro et le transfert d'embryons, publiées in 66 Bulletin des médecins suisses 1130 (1985).

<sup>99</sup> Voir par exemple l'article 20 des Règles et usages de la Société vaudoise de médecine (1971); l'article 26 du Code de déontologie de la Société des médecins du canton de Berne (1982); l'article 6 du Code de l'Association des médecins du canton de Genève (1984).

<sup>100</sup> Document du 2 avril 1984, aimablement transmis par M. Olivier Jacot-Guillarmod, chef du Service du Conseil de l'Europe à l'Office fédéral de la justice.

<sup>101</sup> ATF 105 II 284; SJ 84 (1962) p. 214, 215; Gaurtschi, 1964, p. 375ss; Ott, 1978, p. 30ss, 130ss et ses références.

<sup>102</sup> ATF 108 II 59, 62.

<sup>103</sup> ATF 108 II 59, 62. Voir aussi RSJ 44 (1948) n° 113, p. 326, 329 (OG ZH): «Die Aufklärungspflicht des Arztes kann — wenn wie hier ein Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient nicht besteht — ihren rechtlichen Grund nur darin haben, dass die Einwilligung des Kranken die Rechtswidrigkeit eines körperlichen Eingriffs nur dann auszuschliessen vermag, wenn sie nicht auf Grund unrichtiger Vorstellung des Kranken (z. B. über die Gefährlichkeit des Eingriffs) gegeben worden ist.»

<sup>104</sup> Ce double fondement est pratique en ce qu'il permettrait à la juridiction de droit public du Tribunal fédéral de s'exercer.

<sup>105</sup> Voir en particulier Gross, 1977, p. 107ss; Müller, 1964, p. 85.

<sup>106</sup> Sur ce point, voir en particulier Müller, 1964, p. 6ss.

seconds en revanche protègent l'individu dans ses relations avec les particuliers. Entre les deux, le cloisonnement n'est cependant pas hermétique. On admet que le juge s'inspire des règles sur les libertés constitutionnelles quand il interprète les droits de la personnalité.<sup>107</sup>

Le droit à la liberté personnelle est un droit constitutionnel non écrit que le Tribunal fédéral a expressément reconnu en 1964. A l'origine, il visait à garantir la liberté physique, «c'est-à-dire la libre disposition de son propre corps»<sup>108</sup>, qui s'exprime en particulier par la liberté de mouvement et par le droit à l'intégrité corporelle. Une année plus tard, la liberté personnelle a été notablement étendue, pour englober «l'exercice de la faculté personnelle d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir d'après cette appréciation».<sup>109</sup> Comme le Tribunal fédéral l'a souvent répété depuis lors, la liberté personnelle garantit toutes les libertés qui constituent les manifestations élémentaires de l'épanouissement de la personne humaine.<sup>110</sup> Elle apparaît donc aujourd'hui comme l'expression du principe d'autonomie individuelle, soit comme le droit à l'autodétermination.

L'exigence du consentement découle tout aussi directement des droits de la personnalité : l'intégrité corporelle fait l'objet d'une protection spéciale de l'ordre juridique. Elle est en effet l'un des attributs essentiels de la personne humaine, au même titre que l'honneur ou la vie privée par exemple.<sup>111</sup>

Les droits de la personnalité sont des droits subjectifs et strictement personnels qualifiés habituellement d'extrapatrimoniaux, d'absolus et d'inaliénables. On entend par là qu'ils n'ont, en soi, aucune valeur pécuniaire, que chacun est tenu de les respecter et qu'ils ne peuvent pas être transférés ni cédés.<sup>112</sup> Ils doivent toutefois être cernés plus précisément si l'on veut appréhender clairement le concept et les limites du consentement. C'est alors que des conceptions différentes se font jour.

Traditionnellement, la démonstration suivante est offerte pour justifier le consentement.<sup>113</sup> La protection de la personnalité s'étend à tous les aspects fondamentaux de la personne, en particulier à son corps. Elle fonde ainsi un droit à l'intégrité corporelle, qu'exprime le principe d'invulnérabilité (ou d'intrangibilité) du corps humain. Ce principe fait de toute intervention médicale une atteinte illicite à l'intégrité corporelle. Mais l'illicéité de l'activité du médecin est levée lorsque existe un motif justificatif (*Rechtfertigungsgrund*), dont le plus important est le consentement du lésé.<sup>114</sup>

<sup>107</sup> Voir sur ce problème Müller, 1964, p. 160ss; Gross, 1977, p. 40ss; Hohermuth, 1979, p. 60ss et leurs références. Une *Drittwirkung* directe de la liberté personnelle constitutionnelle me paraît inutile. D'une part, l'article 28 CC offre une protection étendue des intérêts personnels, dont elle ne dresse pas une liste exhaustive. D'autre part, l'article 27 CC reconnaît implicitement le principe de la liberté personnelle: voir notamment Egger, *supra* note 55, note 1 ad 27 CC; Gross, 1977, p. 107.

<sup>108</sup> ATF 89 I 92 / JT 1964 111, 114.

<sup>109</sup> ATF 90 I 29; ATF 97 I 839 / JT 1973 514, 515.

<sup>110</sup> ATF 104 Ia 35; ATF 107 Ia 52.

<sup>111</sup> Voir en général Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 129ss; Grossen, 1974, p. 75ss; Grossen, 1960, p. 1a ss; Jäggi, 1960, p. 133a ss.

<sup>112</sup> Voir en général Grossen, 1974, p. 77; Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 132ss, et la discussion de Kayser, 1971. Si on ne peut pas renoncer au droit lui-même, on peut en revanche renoncer à son exercice.

<sup>113</sup> Notamment Grossen, 1974, p. 83; Petitpierre, 1976, p. 576; Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 135.

<sup>114</sup> Le nouvel article 28 CC a codifié la règle à son alinéa 2: «Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.» Comme le dit Page, 1983, p. 52, le consentement n'a, dans cette conception, «que l'effet (et la fonction) de suppression de l'illicéité d'un comportement».

Le schéma rappelle la construction faite en droit pénal par le Tribunal fédéral. Il affirme que l'intégrité corporelle est protégée pour elle-même et que l'activité médicale constitue le délit de lésions corporelles (art. 123 et 125 CPS) ou de voies de fait (art. 126 CPS), même si elle est effectuée selon les règles de l'art et couronnée de succès. Pour échapper à la responsabilité pénale, le médecin doit donc impérativement recueillir le consentement du malade.<sup>115</sup> Cette construction a sans doute été influencée par la jurisprudence allemande, qui a jugé depuis fort longtemps que l'intervention médicale constitue une *Körperverletzung* au sens de 823 BGB, respectivement 223 StGB.<sup>116</sup>

La conception prédominante des droits de la personnalité ne me satisfait pas entièrement. Elle rabaisse le consentement à quelque chose d'essentiellement passif, à une simple permission. Elle donne l'impression qu'il ne sert que l'intérêt du médecin, puisqu'il l'exonère de sa responsabilité. Cette impression est renforcée par la qualification de « fait justificatif ». On risque alors de perdre de vue que, par essence, le consentement est autre chose : il est d'abord la manifestation de la volonté du malade, à laquelle le droit attribue ensuite certaines conséquences.

L'approche défendue par Eugen Bucher me paraît préférable. Dans deux ouvrages, cet auteur a soutenu de façon convaincante que la volonté de l'individu est l'essence des droits de la personnalité et constitue la valeur réellement protégée.<sup>117</sup>

La protection de la personnalité consiste en un devoir imposé à chacun de s'abstenir de porter atteinte aux attributs essentiels (corps, honneur, intimité, etc.) d'un individu. En vertu des droits de la personnalité (des droits subjectifs qui reposent donc sur l'idée centrale de la volonté du sujet<sup>118</sup>), il appartient à l'individu lui-même de décider, dans chaque cas, s'il veut que ce devoir soit respecté. Il apparaît ainsi comme le « normsetzendes Subjekt »<sup>119</sup> : c'est sa propre volonté qui délimite concrètement les contours de la protection de sa personnalité. Comme le souligne Bucher, il faut bien distinguer les droits de la personnalité (*Persönlichkeitsrechte*) des biens de la personnalité (*Persönlichkeitsgüter*). Il y a atteinte aux droits lorsque la volonté protégée de l'individu n'est pas respectée à l'égard de biens (l'intégrité corporelle par exemple) placés sous son empire. L'intervention du médecin porte donc atteinte à un bien de la personnalité (le corps humain) mais elle ne viole pas les *droits* du malade tant et aussi longtemps qu'il y a consenti.<sup>120</sup>

Dans cette optique, la volonté du sujet est à la fois l'élément clef et le bien protégé. Or, cette volonté s'exprime à travers le consentement. Celui-ci, par

<sup>115</sup> « Ce qui est déterminant, c'est le consentement du patient » : ATF 99 IV 208 / JT 1974 IV 132, 134.

<sup>116</sup> Notamment Reichsgericht, 31 mai 1894, RGSi 25, 375; BGH, 28 novembre 1957, BGHSr 11, 112; BGH, 9 décembre 1958, BGHZ 29, 46; BGH, 16 janvier 1959, BGHZ 29, 176. Cette conception est de plus en plus combattue par la doctrine : voir Winkhaus, 1970, p. 6ss; Lotz, 1968, p. 112s; Gross, 1977, p. 140. Pour des éléments plus larges de droit comparé, voir Zepos/Christodoulou, 1978, p. 32s.

<sup>117</sup> « Das Wesen der Persönlichkeitsrechte erschöpft sich in dem Schutz der Willensherrschaft der Persönlichkeit über die Persönlichkeitssphäre » : Bucher, 1956, p. 124. Voir aussi Eugen Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965.

<sup>118</sup> Bucher, 1956, p. 100. Il définit ainsi le droit subjectif : « Ein subjektives Recht ist von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft ».

<sup>119</sup> *Id.*, p. 71, et plus loin, p. 101 : « Der Wille des Berechtigten stellt hinsichtlich des Rechtsgutes die massgebende Norm auf. Verletzung des Willens ist hier Verletzung einer Norm. » Voir encore p. 117.

<sup>120</sup> *Id.*, p. 99ss.

définition, est nécessaire pour exclure l'illicéité puisqu'elle consiste justement en une atteinte à la volonté de l'individu vis-à-vis des biens de la personnalité. Quand on parle de protection de l'intégrité corporelle, on ne vise dès lors pas tant celle-ci comme telle, mais bien plutôt la volonté présumée de l'individu de s'opposer à toute atteinte à son intégrité physique.<sup>121</sup>

Cette différence de conception des droits de la personnalité peut paraître superflue dès l'instant où, en pratique, le résultat est identique : le consentement du patient est nécessaire et présuppose l'information par le médecin. La seconde approche me paraît toutefois plus satisfaisante intellectuellement, car plus cohérente. Elle montre que les droits de la personnalité visent toujours à protéger la même valeur : la liberté de décision de l'individu dans des matières personnelles qui ne sont, elles-mêmes, que le théâtre où se réalise le droit à l'autodétermination.

La conception «volitive» des droits de la personnalité apporte donc deux nuances. Premièrement, elle donne au principe d'intangibilité du corps humain une coloration différente de celle qui lui est reconnue d'habitude. Au lieu de préserver abstraitement l'intégrité corporelle, le principe protège avant tout la liberté de décision sur son propre corps.<sup>122</sup> Secondement, le consentement prend un caractère plus actif : il n'est plus une simple autorisation ou tolérance, mais l'expression directe de la volonté du malade.<sup>123</sup> On ne le voit plus comme un instrument qui sert les intérêts du médecin, mais comme le garant de l'autonomie du patient.

## § 2.2 Aux Etats-Unis

### A. Les sources formelles

Le principe du consentement éclairé est d'origine jurisprudentielle, c'est-à-dire qu'il fait partie de la *common law*. A l'heure actuelle, tous les Etats américains ont une jurisprudence en la matière.<sup>124</sup>

En plus de ce droit prétorien, une majorité d'Etats s'est dotée de dispositions légales. Sans tenir compte des lois spéciales qui définissent le consentement dans

<sup>121</sup> Il en va de même pour tous les autres biens de la personnalité (honneur, vie privée, ...): c'est toujours, à travers eux, la même valeur qui est protégée, soit la volonté de la personne. D'ailleurs les biens de la personnalité n'ont pas de contours précis et objectivement définissables: il n'y a pas un certain honneur, une certaine santé, unique et semblable pour chacun. Comme le remarque Gross, 1977, p. 138: «Im freiheitlichen Staat gibt es kein verordnetes Glück.» Ainsi, le droit doit pouvoir s'exercer même à l'encontre de l'intérêt qu'il est censé protéger. Petrin, 1979, p. 11 l'a bien senti quand il affirme: «On ne peut pas à la fois exprimer le primat du libre arbitre et dire qu'il ne doit s'exercer que d'une manière raisonnable.» Voir aussi sur ce point Bucher, 1956, p. 126ss.

<sup>122</sup> Il se rapproche alors de la conception prévalant dans les pays de *common law*. Voir à ce sujet l'intéressante discussion de Somerville, 1979, p. 8ss, qui compare *common law* et *civil law*.

<sup>123</sup> Le consentement est alors vraiment ce que Gross, 1977, p. 139, appelle «aktualisierte Selbstbestimmung». De même Somerville, 1979, p. 29, admet l'importance de voir le consentement comme quelque chose d'actif. Se référant à Jonas, qui décrit le consentement «as not being a permission but a willing», et à Crépeau, qui le définit «as a matter of judgment and will», elle écrit: «These statements imply the necessity for some positive element in the concept and purpose of consent, rather than seeing its function simply as a neutralizing of liability which would otherwise be present.»

<sup>124</sup> Voir *infra*, p. 133ss et notes 179 à 185.

le cadre de procédures médicales spécifiques (avortement ou stérilisation par exemple), trente Etats au moins ont actuellement une législation réglant certains aspects du consentement éclairé.<sup>125</sup>

Deux approches principales ont été suivies par les législateurs. La première consiste à énumérer les éléments d'information qui doivent être fournis au patient, puis à déclarer qu'une formule signée du patient attestant que ladite information a été donnée constitue une présomption de consentement.<sup>126</sup> La seconde expose les éléments constitutifs de l'action en responsabilité, puis précise les exceptions à l'exigence du consentement éclairé.<sup>127</sup> Quelques lois combinent aussi les deux approches.<sup>128</sup>

A l'échelon fédéral, il existe, comme on l'a vu, des dispositions détaillées qui définissent les conditions de validité du consentement dans le domaine de la recherche médicale. D'autre part, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* a approuvé en 1982 un *Model Health-Care Consent Act*, dont l'adoption a été recommandée à tous les Etats.<sup>129</sup> Cette loi-modèle ne constitue pas du droit positif tant qu'elle n'a pas été incorporée dans le droit d'un Etat, ce qui, à ma connaissance, n'est pas encore survenu.

Outre cet enchevêtrement de règles jurisprudentielles, de normes du droit des Etats et de dispositions de droit fédéral, il existe de nombreux textes d'éthique médicale, adoptés par l'*American Medical Association* et d'autres organisations du secteur de la santé.<sup>130</sup> Presque tous ces codes, recommandations, déclarations et catalogues de droits parlent du consentement éclairé.

## B. Les fondements matériels

Parmi les centaines de décisions de Cours d'appel qui ont discuté du consentement éclairé, une minorité seulement en a évoqué le fondement juridique.<sup>131</sup> A chaque fois, les juges ont fait allusion à l'une ou à l'autre (et parfois aux deux) des notions suivantes: le droit à l'autodétermination et le devoir de diligence particulière du médecin, appelé *fiduciary duty*.

En plus de ces deux principes cardinaux, le *right of privacy* est parfois évoqué. Il s'agit d'un droit constitutionnel reconnu en tant qu'extension (*penumbra*)

<sup>125</sup> Pour les références complètes de ces lois, voir Rosoff, 1981, p. 76ss; President's Commission, vol. 3, 1982, p. 206ss; Andrews, 1984, p. 178s.

<sup>126</sup> Par exemple en Iowa, Iowa Code Ann. § 147.137 (West Supp. 1983-1984) et en Ohio, Ohio Rev. Code Ann. § 2317.54 (1981).

<sup>127</sup> Par exemple dans le Vermont, Vt. Stat. Ann., titre 12, § 1909 (Supp. 1983).

<sup>128</sup> Par exemple dans l'Etat de Washington, Wash. Rev. Code Ann. § 7.70.050 (Supp. 1983). Pour une analyse détaillée de toutes les législations étatiques, voir Andrews, 1984, p. 178ss; Rosoff, 1981, p. 76ss; Ludlam, 1978, p. 41ss; President's Commission, vol. 3, 1982, p. 206ss; Meisel/Kabnick, 1980, p. 421ss.

<sup>129</sup> Cette loi est reproduite in extenso par Theodore LeBlang, Uniform Law Commissioners' Model Health-Care Consent Act: an overview, 4 *Journal of Legal Medicine* 479 (1983). Pour une appréciation critique de cette loi, voir les opinions opposées de Pickle, 1983, p. 501ss et de Capron, 1983, p. 513ss.

<sup>130</sup> Voir par exemple le Code d'éthique de 1980 de l'AMA (reproduit in Giesen, 1981, p. 455); le *Patient's Bill of Rights*, de l'*American Hospital Association*, in 47 *Hospitals* 41 (1973); le document intitulé *Patient's rights in long-term care facilities*, de l'*American Health Care Association*, in *AHCA Journal*, septembre 1981, p. 55ss; Duncan/Dunstan/Welbourn, *supra* note 34, *passim*.

<sup>131</sup> Pour des précisions, voir Annas/Glantz/Katz, 1977, p. 33. Voir par exemple *Wooley v. Henderson*, 418 A.2d 1123 (Me. 1980) et *LaCaze v. Collier*, 434 So.2d 1039 (La. 1983).

d'autres garanties plus spécifiques inscrites dans le *Bill of Rights*.<sup>132</sup> Ce droit est invoqué de manière essentiellement défensive: pour légitimer le refus d'un traitement par exemple, ou (en matière d'avortement et de stérilisation notamment) pour empêcher une intrusion de l'Etat dans la sphère de décision intime de l'individu.<sup>133</sup> Un de ses aspects principaux est le «droit d'être laissé tranquille». Il inclut, selon un juge éminent, «a great many foolish, unreasonable, and even absurd ideas which do not conform, such as refusing medical treatment even at great risk».<sup>134</sup>

Le droit à l'autodétermination est en général considéré comme la source principale du *consentement*. Comme le relevait un tribunal: «The right of self-determination (...) has developed as the most important ingredient in the law on this subject.»<sup>135</sup> L'idée que chaque individu est libre de décider du sort de son propre corps est en effet un principe fondamental dans la *common law*.<sup>136</sup> Elle a été réaffirmée à de nombreuses reprises, et dans des domaines divers, par les tribunaux. Le principe d'autonomie individuelle occupe donc une place indéniable au sommet de l'échelle des valeurs dans l'ordre juridique des États-Unis.<sup>137</sup>

Le droit américain part de l'idée que chaque individu agira conformément à ses propres intérêts.<sup>138</sup> Il reconnaît un droit à l'intégrité corporelle comparable à la conception «volitive» exposée en droit suisse. Dans la tradition juridique américaine, l'inviolabilité du corps humain est en effet clairement l'expression du principe d'autonomie individuelle.<sup>139</sup> Il interdit d'attenter à l'intégrité physique d'un individu sans son consentement. En d'autres termes, il protège la volonté de l'individu plus que son corps. Au début du siècle, un juge affirmait à cet égard que «le premier et le plus important des droits du citoyen libre, qui sous-tend tous les autres — le droit à l'inviolabilité de sa personne, en d'autres termes le droit à soi-même — est le sujet d'une acceptation universelle; ce droit interdit

<sup>132</sup> Voir notamment *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 163 (1973); *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52, 58 (1976). La Cour suprême a reconnu un droit constitutionnel à l'intégrité corporelle fondé soit sur le quatrième amendement (par exemple in *Schermer v. California*, 384 U.S. 757, 770 (1966), soit sur le *right of privacy* (comme dans l'arrêt de la Cour suprême du New Jersey in *In re Quinlan*, 355 A.2d 647, 663). Le droit a été défini comme «the right of every individual to the possession and control of his own person, free from all restraint or interference of others, unless by clear and unquestionable authority of law»: *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 9 (1968).

<sup>133</sup> Prosser, 1984, p. 117.

<sup>134</sup> Chief Justice Burger, alors juge auprès d'une Cour d'appel, se référant à Justice Brandeis, *Application of the President & Directors of Georgetown College, Inc.*, 331 F.2d 1000, 1017 (D.C.Cir. 1964, dissenting opinion).

<sup>135</sup> *Gerety v. Demers*, 589 P.2d 180, 190 (N.M. 1978). Voir aussi *Sard v. Hardy*, 379 A.2d 1014, 1019 (Md. 1977), déclarant: «The fountainhead of the doctrine of informed consent is the patient's right to exercise control over his own body.» De même Riga, 1977, p. 177, l'appelle «the heart and objective of informed consent».

<sup>136</sup> «Anglo-American law starts with the premise of thorough-going self-determination. It follows that each man is considered to be master of his own body»: *Natanson v. Kline*, 350 P.2d 1093, 1104 (Kan. 1960); voir aussi *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979) et, pour le droit américain, Prosser, 1984, p. 112 et 190; *Katz/Capron*, 1975, p. 80. Pour le droit anglais, voir Robertson, 1981, p. 108 et Skegg, 1974, p. 514.

<sup>137</sup> Cette situation aurait des origines socio-culturelles selon R. Fox, *Some social and cultural factors in American society conducive to medical research on human subjects*, in *Clinical investigation in medicine: legal, ethical and moral aspects*, I. Ladimer, R. Newman (Eds.), Boston, 1963, p. 81, 107.

<sup>138</sup> Comme le souligne Somerville, 1979, p. 8.

<sup>139</sup> Somerville, 1979, p. 9.

nécessairement à un médecin ou à un chirurgien, aussi adroit et éminent soit-il, (...) de porter atteinte *sans permission* à l'intégrité physique de son patient».<sup>140</sup>

Pour justifier surtout le *devoir d'informer*, les juges américains ont invoqué le devoir spécial de diligence qui incombe au médecin en raison de sa position à l'égard du patient. Selon les principes généraux de la *common law*, tout individu est tenu d'agir, dans ses relations avec les tiers, avec la diligence dont ferait preuve une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances.<sup>141</sup> A défaut, il répond des dommages provoqués par son comportement: il est coupable d'une *negligence*, qui est l'une des causes reconnues de la responsabilité délictuelle. Un homme de métier (ingénieur, avocat, médecin par exemple) doit bien sûr agir, lui, avec la compétence et la prudence que l'on attend dans son domaine d'un praticien moyen agissant raisonnablement.<sup>142</sup> Mais le médecin se voit imposer un devoir plus étendu, du fait de la particularité de la relation médicale. Celle-ci se caractérise, on l'a vu, par une disparité de pouvoirs inévitable entre parties. Le droit américain l'a reconnue et a voulu atténuer la dépendance forcée du patient. Il a donc imposé au médecin un devoir exprès d'agir pour le bien du patient et de sauvegarder ses intérêts: c'est le *fiduciary duty*.<sup>143</sup> Il oblige en particulier le médecin à dévoiler toutes informations pertinentes concernant le traitement (nature, risques, conséquences, alternatives) et à obtenir le consentement du malade.<sup>144</sup> Le médecin qui ne remplirait pas cette obligation commettrait une *negligence*.

Un fondement juridique double, à la fois dans les droits fondamentaux de l'individu et dans la relation médicale, existe tant aux Etats-Unis qu'en Suisse. Mais il ressort mieux en droit américain que l'exigence du consentement n'existe pas pour protéger les intérêts du médecin, mais pour mettre en œuvre les droits du patient.

### § 2.3 Les limites du consentement

#### A. Discussion générale

Déterminer de façon abstraite et normative les limites du consentement est une tâche impossible. Elles résultent d'une pesée d'intérêts propre à chaque cas d'espèce.<sup>145</sup> La question surgira dès lors plus loin dans ce travail, à l'occasion de l'examen de situations particulières. Pour l'instant, de brèves considérations générales suffiront.

<sup>140</sup> Pratt v. Davis, 118 Ill. App. 161, 165 (1905) [mes italiques], aff'd, 79 N.E. 562 (1906). Voir aussi Harnish v. Children's Hospital Medical Center, 439 N.E.2d 242 (Ma. 1982).

<sup>141</sup> Prosser, 1984, p. 174ss; Fleming, 1983, p. 101ss.

<sup>142</sup> Prosser, 1984, p. 185ss; Fleming, 1983, p. 104ss; Dugdale/Stanton, 1982, p. 197ss; Jackson/Powell, 1982, p. 204ss.

<sup>143</sup> Pour une discussion du *fiduciary duty* du médecin, voir notamment Natanson v. Kline, 350 P.2d 1093, 1101 (Kan. 1960) et Hunter v. Brown, 434 P.2d 1162 (Wash. 1971).

<sup>144</sup> En l'absence de *fiduciary duty*, il n'existe pas d'obligation active d'informer le cocontractant: le consentement est valable dès que son auteur connaît la nature de l'acte, même s'il en ignore les conséquences: voir Somerville, 1979, p. 12 et ses références. En Angleterre, la Cour d'appel a expressément rejeté la notion de *fiduciary duty* en tant que fondement juridique du consentement éclairé: Sidaway v. Bethlem Royal Hospital [1984] 1 All E.R. 1018, 1029 (per Dunn L.J.), 1031 (per Brown-Wilkinson L.J.).

<sup>145</sup> Grossen, 1960, p. 23a; Hotz, 1967, p. 45s.

L'affirmation que le consentement découle directement des droits de la personnalité, envisagés comme les garants de la liberté de décision, ne signifie pas que cette liberté soit sans limites. Au droit à l'autodétermination, on oppose certaines notions juridiques fondamentales<sup>146</sup> qui peuvent priver le consentement d'effet. Autrement dit, la volonté de l'individu n'est pas souveraine et ne constitue pas le seul critère d'admissibilité des actes médicaux. Ce point est reconnu en Suisse comme aux Etats-Unis.

Le Tribunal fédéral a déclaré «que le droit de chacun de disposer de son propre corps n'est pas un droit absolu, qu'il n'existe que dans les limites tracées par l'ordre public et la moralité».<sup>147</sup> Plusieurs auteurs ont exprimé la même idée en disant que le consentement est valable tant et aussi longtemps qu'il n'est pas contraire à l'article 27 CC, qui «marque donc les limites du principe *volenti non fit injuria*».<sup>148</sup>

L'article 27 CC parle en effet de la loi et des mœurs comme limites de l'autonomie individuelle. La référence à la loi est claire. Dans un vieil arrêt, le Tribunal fédéral avait expliqué que le principe *volenti non fit injuria* «ne peut être admis que dans les cas où le consentement du lésé enlève au fait de celui qui cause le dommage le caractère d'un acte *illicite*, et non pas dans ceux dans lesquels (comme par exemple dans le duel) l'action de l'auteur du dommage reste illícite — et peut-être même punissable — malgré le consentement du blessé».<sup>149</sup> En plus des dispositions légales expresses, l'article 27 CC vise les principes ou les valeurs sur lesquels s'est construit notre ordre juridique, par exemple le respect de la vie et de l'intégrité corporelle. Ces valeurs font du reste partie aussi des «mœurs» dont parle l'article 27 CC.<sup>150</sup> Reconnues de manière abstraite et générale, elles se dressent face à la volonté individuelle et viennent par conséquent la limiter.<sup>151</sup> Mais la loi n'interdit pas l'automutilation, ni le suicide<sup>152</sup> (même s'ils

<sup>146</sup> Selon l'expression de Bucher, 1956, p. 151.

<sup>147</sup> ATF 57 II 61, 67. Pour une définition de l'ordre public en jurisprudence, voir notamment ATF 38 I 484 et ATF 102 la 574, 581.

<sup>148</sup> Grossen, 1960, p. 20a; voir aussi Grossen, 1974, p. 84; Hinderling, 1963, p. 33; Gross, 1977, p. 109; Künzler, 1951, p. 26ss.

<sup>149</sup> ATF 20 1011, 1016.

<sup>150</sup> On laissera de côté la controverse, toute théorique, de savoir si les mœurs constituent un «ausserrechtliches Normensystem» (notamment Bucher, 1956, p. 204ss, 218ss) ou non (notamment Gross, 1977, p. 143ss). Il suffit de constater que les mœurs sont des valeurs extrajuridiques à l'origine, qui ont ensuite été intégrées dans la constitution et les lois.

<sup>151</sup> On a prétendu, sans être très convaincant, que 28 CC protège l'individu contre les atteintes de tiers tandis que 27 CC le protège contre lui-même (par exemple Künzler, 1951, p. 21; Pierre Tuor, Le Code civil suisse, 2<sup>e</sup> éd. française par Henri Deschenaux, Zurich, 1950, p. 71; contra, Grossen, 1960, p. 20a). S'il existe une différence entre les deux articles, il faut à mon sens la voir ailleurs. 28 CC protège les intérêts de l'individu lui-même (notamment en lui octroyant des moyens d'action, à l'article 28a CC). 27 CC protège en revanche, au-delà des intérêts des particuliers, ceux de la société. En effet, les limites que l'article 27 CC impose à l'autonomie personnelle se fondent sur l'ordre public et les bonnes mœurs qui, ensemble, constituent ce que j'appellerais l'«ordre social». Elles sont destinées à protéger les intérêts objectifs ou, selon une formule ambiguë, «bien compris» de l'individu. Or, toute détermination normative d'intérêts individuels aliène par définition leur nature véritable et en fait des valeurs sociales. En cela, l'article 27 CC est un mécanisme d'autoprotection de la société. En retirant du pouvoir de décision individuel certains biens sur lesquels s'est construit l'ordre juridique, il les «absolutise» et assure ainsi la préservation des fondements sociaux.

<sup>152</sup> Sous réserve du Code pénal militaire (art. 95). En Angleterre, le suicide a tout de même été incriminé jusqu'en 1961! D'autre part, la distribution dans ce pays du *Guide to Self-Deliverance* de l'association EXIT suscita bien des remous et même un procès où la société était accusée d'incitation au suicide: Attorney General v. Able and Others [1984] 1 All E.R. 277 (Q.B.D.).

sont réprouvés par les mœurs). Elle interdit une aliénation aussi grave des biens essentiels de la personnalité aux tiers, qui ne peuvent dès lors plus se prévaloir du consentement de l'intéressé.<sup>153</sup>

A titre provisoire, on peut donc dire que le consentement est inopérant lorsque les atteintes consenties sont trop graves, soit lorsqu'elles mettent en danger la vie ou provoquent des lésions graves ou permanentes.

Le respect de la vie et de l'intégrité physique est profondément ancré dans notre droit, qui a toujours accordé une place privilégiée au corps humain, pour deux raisons au moins. D'une part, le corps est éminemment concret; il est donc facile de constater les atteintes qui lui sont portées. D'autre part, il est le «support de la personne»<sup>154</sup>; cela lui confère «en quelque sorte, un caractère sacré».<sup>155</sup>

Quelques auteurs érigent même le respect de la vie en un dogme intouchable, qui prime toujours la volonté individuelle.<sup>156</sup> Cette position «absolutiste» est à mon sens trop schématique. Elle écarterait la volonté d'un adulte pleinement capable qui, en toute connaissance de cause, refuse une transfusion de sang vitale en raison de ses convictions religieuses. Elle ignorerait aussi la volonté du malade incurable qui, consciemment et délibérément, refuse les procédés extraordinaires destinés à prolonger son existence.

Des nuances doivent être faites. On peut tirer des deux exemples proposés un critère de distinction fondé sur la notion de *volonté active* et de *volonté passive*.<sup>157</sup> La volonté active implique la faculté de faire ce que l'on veut (au niveau interne) et de permettre qu'il nous soit fait ce que l'on veut (au niveau externe). Elle sous-entend une *action*, personnelle ou de la part d'un tiers. La volonté passive implique la faculté de refuser de faire ce que l'on ne veut pas (au niveau interne) et de refuser qu'il nous soit fait ce que l'on ne veut pas (au niveau externe). Elle sous-entend une *abstention*, personnelle ou de la part d'un tiers. En principe, la volonté active externe doit s'effacer devant le respect de la vie: on ne peut pas demander, de façon juridiquement valable, à autrui de nous enlever la vie. A l'inverse, la volonté passive externe devrait l'emporter sur le respect de la vie: le droit doit admettre la liberté de l'individu de choisir la mort (liberté qu'il reconnaît implicitement en n'incriminant pas le suicide) en tant que terme d'un processus naturel. Il n'habilite en principe pas l'individu à permettre au tiers de hâter, provoquer ou remplacer artificiellement ce processus naturel. La distinction proposée reste sommaire et appellerait d'autres nuances encore selon les cas d'espèce.<sup>158</sup>

<sup>153</sup> Künzler, 1951, p. 64. En droit pénal, l'articulation est la même: voir en particulier Paul Logoz, Commentaire du Code pénal suisse, partie générale, 2<sup>e</sup> éd., Neuchâtel, 1976, p. 166s: «Le consentement de la victime ne peut être invoqué comme fait justificatif qu'à propos d'infractions dirigées contre un bien individuel dont l'intérêt général permet de laisser la libre disposition à celui auquel ce bien appartient.»

<sup>154</sup> Nerson, 1970, p. 672.

<sup>155</sup> Jean Carbotniet, Droit civil I, Paris, 1955, p. 159.

<sup>156</sup> Notamment Egger, *supra* note 55, note 28 ad 27 CC; Künzler, 1951, p. 67. Sans être aussi catégoriques, les autres auteurs vont dans le même sens.

<sup>157</sup> Bucher, 1956, p. 126, fait une distinction voisine entre «frei im aktiven Sinn» et «frei im passiven Sinn».

<sup>158</sup> Chaque situation étant unique dans ce domaine, il faut se garder d'un dogmatisme étroit, comme l'exprimait Roger Nerson, De la protection de la personnalité en droit privé français, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIII, Paris, 1963, p. 60, 73: «Le principe (de l'inviolabilité du corps humain) ne doit pas servir à justifier les manifestations d'un individualisme excessif et ombrageux car dans certains cas, pour sauver la personne humaine, il faut sacrifier le principe.» Sur la question de

L'intégrité corporelle est protégée dans des limites plus floues, qui varient au gré des circonstances. Parmi celles-ci, la plus importante est sans doute la finalité de l'atteinte. L'exercice d'un droit est bien sûr conditionné par son but. Le droit de disposer de son propre corps est accordé avec la présupposition que l'individu l'exercera à des fins positives, pour protéger son intégrité physique et sa santé et épanouir ainsi sa personnalité. L'art médical poursuit le même objectif, qui est du reste l'une de ses légitimations. Mais le but thérapeutique<sup>159</sup> ne doit pas être un prétexte pour se passer du consentement du malade. La justification juridique principale de l'activité médicale demeure le consentement, non pas le but thérapeutique.

Le but de l'atteinte peut néanmoins rendre le consentement au même acte efficace dans un cas, sans valeur juridique dans un autre. Que l'on pense par exemple à l'amputation d'un bras : pratiquée pour empêcher une gangrène de se propager, elle est valablement autorisée par le malade ; consentie pour toucher des prestations d'assurance ou pour échapper à la conscription, elle est illicite et son auteur en répond tant civilement que pénalement.

Pour important qu'il soit, le but thérapeutique ne légitime pas tout acte médical. Il faut en outre que les soins prodigués soient appropriés (c'est-à-dire propres à atteindre le but visé) et qu'ils ne causent pas de lésions ni ne comportent de risques hors de proportion avec le mal à combattre et le résultat escompté.<sup>160</sup> Soigner un rhume de cerveau ne nécessite pas une trépanation !

Ces considérations amènent à énoncer une autre formule pour exprimer les limites du consentement : il est valable chaque fois que les atteintes portées à l'intégrité corporelle sont faites en vue d'un but légitime et par des moyens appropriés et proportionnés.

En définitive, la position du droit suisse peut s'exprimer ainsi : notre droit est enclin à nier la validité et l'efficacité du consentement quand le patient met en péril sa vie, sa santé ou son intégrité physique dans une mesure qui paraît totalement injustifiée par les avantages qu'il attend de l'intervention.<sup>161</sup>

De son côté, la *common law* s'est ralliée au postulat avancé par John Stuart Mill au siècle dernier, selon lequel le droit n'a pas pour fonction de protéger l'individu contre lui-même. Mill a écrit que « la seule raison pour laquelle le pouvoir peut légitimement être exercé à l'égard d'un membre d'une communauté civilisée contre sa volonté est de prévenir un dommage à des tiers. Son propre bien, soit physique soit moral, n'est pas une justification suffisante. Il ne peut légitimement

<sup>159</sup> L'euthanasie, voir en particulier Pedrazzini, 1982; Monika Burkart, *Das Recht, in Würde zu sterben — ein Menschenrecht: eine verfassungsrechtliche Studie zur Frage der menschenwürdigen Grenze zwischen Leben und Tod*, thèse, Zurich, 1983; Liliane Decurtins, *Angst vor Ärzten. Niemand muss um jeden Preis leben*, Berne, 1984; Peter Noll, *Diktate über Sterben und Tod*, Zurich, 1984; Michel Rossinelli, *Le premier et le dernier des droits, in Droits des patients — quel diagnostic?* Berne, 1984, p. 117ss.

<sup>159</sup> Sur cette notion, voir en particulier von Blarer, 1942, p. 63ss; Griot, 1921, p. 56; Gross, 1977, p. 147ss; Künzler, 1951, p. 79; Ney, 1979, p. 66.

<sup>160</sup> Le critère de la proportionnalité est important. Le moyen mis en œuvre devrait être « das schonendste Mittel »: Grossen, 1960, p. 30a; von Blarer, 1942, p. 127; Ney, 1979, p. 503. Voir aussi Paris, 13 janvier 1959, J.C.P. 1959 II 11142 obs. René Savatier, affirmant que le médecin doit refuser d'opérer s'il y a disproportion manifeste entre risques et bienfaits attendus; Françoise Bouvier, Note sous Cass. civ., 29 mai 1984, D. 1985 J. 281, 283.

<sup>161</sup> Comparer avec l'article 5 CCI intitulé *Atti di disposizione del proprio corpo*: « Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. »

être contraint à faire ou à tolérer quelque chose parce que cela serait mieux pour lui, parce que cela le rendrait heureux ou parce que, de l'avis des autres gens, cela serait sage ou même juste.<sup>162</sup>

Le droit américain a reconnu l'adage *volenti non fit injuria* comme un principe fondamental.<sup>163</sup> Que l'atteinte portée au corps d'autrui soit considérée comme *battery* ou *negligence*, le consentement du lésé exonère l'auteur. Dans le premier cas parce qu'il enlève le caractère illicite de l'atteinte; dans le second, par la théorie qui veut que celui qui consent assume les risques de l'intervention.<sup>164</sup>

Les tribunaux américains laissent à l'individu le soin de forger son propre destin, à tout le moins tant que ses décisions ne violent pas l'ordre public.<sup>165</sup> Cette notion limite en effet la validité du consentement: comme en droit suisse, le consentement à son meurtre, à un duel, à une rixe ou à une mutilation sans indication médicale est invalide.<sup>166</sup> Mais en dehors de ces hypothèses, les juges sont plus enclins que les nôtres à faire primer le droit à l'autodétermination quand il entre en conflit avec la protection de la vie ou de l'intégrité physique.<sup>167</sup>

Des valeurs similaires sont reconnues en droit américain et en droit suisse. Les deux systèmes se distinguent simplement par le poids différent qu'ils leur attribuent. Le droit américain attache une importance plus grande au droit de disposer de son propre corps. Il protège la liberté de choix indépendamment des connotations de bien ou de mal liées à son exercice. Le droit suisse est plus paternaliste. Il entend préserver l'individu d'atteintes de tiers, même consenties, en considérant que la santé de chaque individu est une sorte de bien social à protéger.

Dans les deux droits, les limites du consentement restent floues, et leur évaluation malaisée. Théoriquement, la faculté de consentir à des atteintes à sa propre intégrité physique est plus large en droit américain.<sup>168</sup> En pratique toutefois, les limites véritables, liées à des critères à la fois juridiques et moraux, sont moins différentes d'un droit à l'autre que la théorie le laisserait imaginer.<sup>169</sup>

<sup>162</sup> John Stuart Mill, *Utilitarianism, Liberty, Representative government*, édité par H.B. Acton, Londres, 1972, p. 73.

<sup>163</sup> Prosser, 1984, p. 112; Fleming, 1983, p. 73.

<sup>164</sup> Prosser, 1984, p. 112, 480ss; Fleming, 1983, p. 73, 264ss; Michael Hertz, *Volenti non fit injuria: a guide*, in *Studies in the Canadian tort law*, L. Klar (Ed.), Toronto, 1977, p. 101ss.

<sup>165</sup> Prosser, 1984, p. 112; Annas/Glantz/Katz, 1977, p. 51, parlent d'actes considérés comme « a breach of the peace » or a violation of « public policy ».

<sup>166</sup> Prosser, 1984, p. 122s. L'interdiction de la mutilation remonte à l'époque lointaine où la couronne britannique faisait valoir un intérêt à l'aptitude au combat de ses sujets et punissait dès lors ceux qui mutilaient leur corps.

<sup>167</sup> « The attitude of the courts has not in general been one of paternalism. Where no public interest is contravened, they (...) are not concerned with protecting him from his own folly in permitting others to do him harm »: Prosser, 1984, p. 112.

<sup>168</sup> Dans ce sens, Somerville, 1979, p. 7, comparant *common law* et *civil law*. Elle met en exergue le fait qu'en *common law*, l'expérimentation sans but thérapeutique n'est pas en soi illicite. Celle-ci est certes illégitime en France (voir Jean-Marie Auby, *Les essais de médicaments sur l'homme*, Paris, 1977, p. 74; Rouzioux, 1978, p. 113 et la jurisprudence qu'ils citent) mais cela semble être une particularité française. Il est tout sauf sûr que la même position serait adoptée en Suisse, ne serait-ce que parce que l'expérimentation scientifique existe depuis longtemps et représente une étape indispensable dans la mise au point de nouveaux médicaments.

<sup>169</sup> Somerville, 1979, p. 7s, parvient à la même conclusion: « In summary, all relevant jurisdictions recognize a principle of autonomy or self-determination, the limits of which depend on public policy. (...) Traditionally, these limits are wider at Common than Civil Law but in practice (...) the actual limits may not be very different. »

La jurisprudence américaine en matière de refus de traitement est intéressante à plus d'un titre. Elle illustre la diversité d'opinion et les hésitations des juges face aux limites à assigner à l'autonomie du patient. S'adressant à des situations extrêmes, elle met le mieux en relief les détails qui démarquent l'optique des tribunaux américains de celle qui serait vraisemblablement adoptée par les cours de notre pays.

Longtemps considéré comme une forme de suicide<sup>170</sup>, le refus d'un traitement salvateur n'a pas donné lieu à des procédures judiciaires jusque dans les années soixante. Depuis lors, les tribunaux ont dû à maintes reprises trancher la question de savoir si un adulte pleinement capable était libre de refuser tout traitement, fût-il nécessaire pour lui sauver la vie. Les premières affaires concernaient les témoins de Jéhovah qui refusaient des transfusions de sang.<sup>171</sup> D'autres suivirent, dans lesquelles les patients rejetaient des moyens artificiels de survie. Enfin, de nombreuses affaires récentes ont mis en scène des patients en milieu psychiatrique qui refusaient des médicaments psychotropes.<sup>172</sup> Cette dernière catégorie ne sera pas discutée ici: elle ne concerne pas des traitements vitaux et relève plus de la capacité du patient que des limites à son autonomie.

Dans l'une des premières affaires à secouer le monde judiciaire américain, une jeune femme de vingt-cinq ans, mère d'un enfant de sept mois, refusait une transfusion sanguine vitale. Le tribunal ordonna aux médecins de procéder à la transfusion, arguant du tort que sa décision causait à des tiers. Il déclara que la patiente n'était pas en droit d'abandonner son bébé ni d'exposer les médecins à des poursuites pour ne pas lui avoir sauvé la vie.<sup>173</sup>

D'autres tribunaux ont en revanche respecté des refus de transfusion de sang vitales. Dans un cas, il s'agissait d'une jeune femme de vingt-trois ans, sans enfants.<sup>174</sup> Dans un autre, le patient, âgé de trente-quatre ans, était père de deux jeunes enfants; le tribunal prit soin de noter qu'il avait pris des dispositions financières adéquates pour ses enfants, montrant par là que la conception «alimentaire» de la paternité n'est pas morte!<sup>175</sup>

<sup>170</sup> Shaub, 1980, p. 627.

<sup>171</sup> Voir notamment Davis, 1980, p. 38s.

<sup>172</sup> Voir *supra*, p. 33 note 85 et, en outre, A.E. v. Mitchell, 724 F.2d 864 (10th Cir. 1983); Annas/Densberger, 1984, p. 561ss; Lynn Almeleh, Abraham Lurie, The right of psychiatric patients to refuse treatment, 3 Medicine & Law 49 (1984); Joseph Bloom, Larry Faulkner, Victor Holm, Richard Rawlinson, An empirical view of patients exercising their right to refuse treatment, 7 International Journal of Law & Psychiatry 315 (1984); Phil Brown, Psychiatric treatment refusal, patient competence, and informed consent, 8 International Journal of Law & Psychiatry 83 (1985).

<sup>173</sup> Application of the President & Directors of Georgetown College, 331 F.2d 1000 (D.C. Cir. 1964), cert. denied, 377 U.S. 978 (1964); voir aussi Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson, 201 A.2d 537 (N.J. 1964), cert. denied, 377 U.S. 985 (1964); transfusion imposée à une mère enceinte; Powell v. Columbian Presbyterian Medical Center, 267 N.Y.S.2d 450 (N.Y. 1965): transfusion imposée à la mère de six enfants, qui n'objectait pas aux transfusions mais refusait de signer l'autorisation.

<sup>174</sup> In Re Melideo, 390 N.Y.S.2d 523 (N.Y. 1976) où la Cour admit cependant la validité du raisonnement tenu dans Geotgetown.

<sup>175</sup> In Re Osborne, 294 A.2d 372 (D.C. Cir. 1972). On peut se demander si la décision aurait été différente s'il s'était agi de la mère? Voir aussi In Re Brooks, 205 N.E.2d 435 (Ill. 1965) et d'autres affaires citées in Davis, 1980, p. 89.

Il est frappant de constater que même les jugements qui infirmaient la décision du patient ne remettaient pas vraiment en cause son droit de refuser la transfusion. Au contraire, les juges le reconnaissaient d'abord implicitement, puis cherchaient des échappatoires dans les circonstances d'espèce. La liberté du patient était restreinte par des éléments extérieurs, qui jouaient le rôle que jouerait la protection intrinsèque de la vie humaine en droit suisse. La valeur de la vie humaine est parfois mentionnée aussi, mais pas à titre principal. Une cour du New Jersey a par exemple fait allusion à l'intérêt de l'Etat à sauvegarder la vie humaine, sans le définir ni le justifier autrement.<sup>176</sup>

La jurisprudence sur le refus de moyens artificiels de prolonger la vie a affirmé beaucoup plus clairement le droit de rejeter un traitement vital. L'une des décisions ayant eu le plus grand impact concernait un patient leucémique de soixante-sept ans, doté d'un quotient intellectuel de dix (équivalent à un âge mental d'environ deux ans et huit mois). L'hôpital voulait lui administrer une chimiothérapie agressive, qui s'accompagne d'effets secondaires importants; son tuteur la refusait. La Cour suprême du Massachusetts reconnut d'abord le droit d'un adulte capable de refuser n'importe quel traitement: «Le droit constitutionnel à la vie privée, comme nous le concevons, est une expression du caractère sacré du libre choix individuel et de l'autodétermination en tant qu'éléments constitutifs fondamentaux de la vie. La valeur de la vie ainsi perçue est amoindrie non pas par une décision de refuser un traitement, mais par l'omission d'accorder à un être humain capable le droit de choisir.»<sup>177</sup> Elle affirma ensuite que ce droit appartenait aussi aux incapables, pour lesquels il devait être exercé par un représentant légal.

La cour précisa pourtant que le droit de l'individu devait être mis en balance avec l'intérêt de l'Etat à la sauvegarde de la vie humaine, à la protection de tiers innocents, à la prévention du suicide et à la préservation de l'intégrité éthique de la profession médicale. *In casu*, elle jugea ces intérêts insuffisants pour contrecarrer le choix du patient. Le premier parce que le patient était incurable et le traitement ne pouvait que prolonger son existence. Le deuxième parce que le patient n'avait pas d'enfants. Le troisième parce que l'Etat n'a un intérêt à prévenir que l'autodestruction irrationnelle et parce que le refus d'un traitement n'équivaut pas à un suicide (puisque la mort survient au terme d'un processus naturel et non pas d'un *death-producing agent*). Le dernier parce que l'éthique médicale n'exige pas la prolongation de la vie à tout prix, mais reconnaît qu'un mourant a plus besoin de chaleur humaine et de réconfort que d'un traitement dilatoire et parce que le droit du patient l'emporte de toute façon sur des considérations institutionnelles.

Depuis lors, de nombreux tribunaux ont suivi ce type d'analyse, même dans des situations n'impliquant pas une maladie incurable.<sup>178</sup> Lorsque le patient est incapable de discernement, la décision n'a pas toujours été semblable à celle rendue dans l'affaire *Saitekewicz*. Lorsqu'il est capable, sa volonté est respectée,

<sup>176</sup> John F. Kennedy Memorial Hospital v. Heston, 279 A.2d 670 (N.J. 1971).

<sup>177</sup> Superintendent of Belchertown v. Saitekewicz, 370 N.E.2d 417, 426 (Ma. 1977). Voir aussi *In Re Spring*, 399 N.E.2d 493 (Ma. 1979); *Baron*, 1984, p. 585ss.

<sup>178</sup> Voir notamment *Satz v. Perlmutter*, 362 So.2d 160 (Fla. 1978) aff'd, 379 So.2d 359 (Fla. 1980); *In Re Severn*, 425 A.2d 156 (Del. 1980); *Matter of Welfare of Colyer*, 660 P.2d 738 (Wash. 1983); *In Re Conroy*, 190 N.J. Supcr. 453 (N.J. 1983), reversed, *International Herald Tribune*, 19/20 janvier 1985, p. 3.

mais la question tourne alors souvent sur le point de savoir s'il a vraiment une pleine capacité de discernement. Un tribunal du New Jersey a respecté le refus d'un patient de septante-deux ans, atteint de gangrène aux deux jambes, d'une double amputation qui comportait peu de risques et un pronostic favorable et sans laquelle il allait mourir en quelques semaines.<sup>179</sup> Un autre du Massachusetts confirma de même le droit d'une patiente de septante-sept ans de refuser l'amputation de sa jambe droite gangrénée, au péril de sa vie.<sup>180</sup>

Récemment, la Cour suprême du New Jersey a rendu un arrêt très favorable à l'autonomie du patient. Six des sept juges ont estimé qu'un patient, qu'il soit capable ou non (auquel cas un représentant légal agira pour lui), peut décider que les tubes servant à son alimentation soient tétitisés. A leurs yeux, il ne fallait faire aucune distinction «between a feeding tube and a respirator», soit entre des moyens naturels et artificiels de prolonger la vie.<sup>181</sup>

Malgré un manque relatif d'unanimité (bien compréhensible quand on connaît la diversité sociale et morale des Etats américains), je crois discerner à travers la jurisprudence américaine une évolution de pensée plus vaste. Aujourd'hui, les juges se soucient moins de l'idée abstraite d'existence, mais beaucoup plus de la notion de qualité et de dignité de la vie humaine. Le premier souci est particulièrement net concernant les malades incurables ou plongés dans un coma irréversible. Il s'est traduit par l'adoption dans de nombreux Etats de *living will statutes* qui permettent à l'individu de formuler des directives anticipées sur la façon dont il aimerait être traité en pareille occurrence.<sup>182</sup> Le second se retrouve dans toutes les décisions qui affirment la primauté de la volonté individuelle et reconnaissent le droit de refuser n'importe quel traitement.<sup>183</sup>

Les tribunaux suisses se montreraient certainement plus enclins à protéger la vie d'un patient, fût-ce contre sa volonté. Les juges invoqueraient sans doute l'article 27 CC et se dispenseraient de faire appel à des éléments extrinsèques tels que la protection de l'intégrité éthique du corps médical. La pesée d'intérêts opposerait plus spécifiquement la volonté du malade et la valeur de la vie humaine, protégée comme bien juridique abstrait.<sup>184</sup> L'élargissement de l'autonomie individuelle noté aux Etats-Unis commence toutefois à se faire sentir en Suisse aussi. Il ne semble toucher pour l'instant que les malades qui sont

<sup>179</sup> In Re Quackenbush, 383 A.2d 785 (N.J. 1978); la gravité de l'atteinte à l'intégrité corporelle que constitue une amputation fut un élément déterminant.

<sup>180</sup> Lane v. Candura, 376 N.E.2d 1232 (Ma. 1978).

<sup>181</sup> In Re Conroy, International Herald Tribune, 19/20 janvier 1985, p. 3. La cour cassa la décision unanime de l'instance inférieure, qui avait jugé que le retrait du goutte-à-goutte gardant un patient incapable en vie constituait un homicide.

<sup>182</sup> De telles lois existent en Alabama, Arkansas, Californie, District de Columbia, Delaware, Idaho, Kansas, Nevada, Nouveau-Mexique, Caroline du Nord, Oregon, Texas, Vermont, Washington et Géorgie. Voir *infra*, p. 181 et note 571.

<sup>183</sup> La majorité de la doctrine approuve cette position: voir notamment Rosoff, 1981, p. 265; Annas/Densberger, 1984, p. 565, 584; Davis, 1980, p. 115; Veatch, 1984, p. 429; Paul Appelbaum, Loren Roth, Treatment refusal in medical hospitals, in President's Commission, vol. 2, 1982, p. 411ss.

<sup>184</sup> Gross, 1977, p. 136ss, estime qu'un refus n'est pas valable si la vie du patient est en jeu. Cette position est jugée trop absolutiste notamment par Hinderling, 1963, p. 54s, Ott, 1978, p. 29 et Nægeli, 1984, p. 146ss. Ce dernier auteur est d'avis que le refus ne doit pas être respecté quand il va à l'encontre des principes fondamentaux de notre ordre juridique et social. Il fait allusion aussi au devoir d'entretien des parents à l'égard de leurs jeunes enfants.

incurables.<sup>185</sup> Prédire la décision d'un tribunal helvétique dans un cas limite reste difficile, ne serait-ce que parce qu'elle dépend finalement dans une large mesure des options morales personnelles du juge.

La meilleure évaluation comparée des limites du consentement dans les pays de *common law* et dans ceux de droit écrit est fournie en quelques mots par Somerville: «The principle of inviolability does apply at Common Law but under an autonomy preserving rationale, whereas at Civil Law it applies in its life and health preserving capacity.»<sup>186</sup>

<sup>185</sup> L'évolution du débat en matière d'euthanasie le montre. Voir les Directives de l'ASSM à ce sujet. En France, Nerson, 1970, p. 576, remarque que «l'invocabilité a pour conséquence l'indisponibilité du corps humain» mais il concède à la page précédente «un recul du principe de l'indisponibilité du corps».

<sup>186</sup> 1979, p. 9.

## § 3.1 Le principe et la pratique en Suisse

Le principe de la liberté de la forme s'applique dans notre pays, comme aux Etats-Unis du reste.<sup>187</sup> Le consentement peut donc être écrit, oral ou tacite. Le Tribunal fédéral a expressément admis qu'il pouvait résulter d'actes concluants en déclarant: «Le demandeur a tacitement consenti à cette intervention puisque après avoir été informé et avoir été préparé à cet effet, il n'a formulé aucune objection ni demandé d'explications au défendeur.»<sup>188</sup>

Admettre sans limites la validité du consentement tacite me paraît critiquable. Cela revient en effet à poser une présomption générale de consentement. Or, la crainte de contredire le médecin est suffisamment répandue pour qu'il se justifie de restreindre la portée de l'adage «qui ne dit mot consent».

Il serait judicieux d'opérer une distinction, du type de celle qui a été préconisée en France<sup>189</sup>, entre actes médicaux courants et actes médicaux importants. Les premiers englobent les actes utiles ou nécessaires au patient qui ne l'exposent à aucun risque sérieux. Pour eux, le consentement tacite (en pratique l'absence d'objections) suffit. L'assentiment se déduit de la consultation initiale, qui comporte implicitement une adhésion anticipée à de tels actes, sauf manifestation expresse d'une volonté contraire. Les seconds comportent une atteinte certaine et grave à l'intégrité corporelle. Ils ne sont admissibles qu'avec le consentement exprès du patient.<sup>190</sup> Ainsi en irait-il d'une intervention qui suppose une anesthésie générale.

La difficulté tient alors à délimiter les deux catégories d'actes médicaux. Dans un contexte certes différent, le Tribunal fédéral a fait une distinction dont on peut s'inspirer. Il a affirmé: «Le médecin, en principe, a l'obligation d'informer son patient sur la nature et les risques des traitements qu'il entend appliquer, à moins qu'il ne s'agisse d'actes courants, sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle.»<sup>191</sup>

La distinction proposée par les juges fédéraux pour délimiter le devoir d'information devrait être utilisée pour fixer la frontière entre consentement exprès et

<sup>187</sup> Ott, 1978, p. 136; Grotsch, 1973, p. 37; Thélin, 1943, p. 45; Bucher, 1956, p. 147; RSJ 44 (1948) n° 113, p. 326, 328 (OG ZH). Le principe est largement admis à l'étranger aussi, notamment en Angleterre, en France et en Allemagne: voir Giesen, 1981, p. 174 et ses références à la note 205; Cass. civ., 29 mai 1984, D. 1985 J. 281 note Bouvier.

<sup>188</sup> ATF 105 II 284, 286.

<sup>189</sup> Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 224.

<sup>190</sup> Ney, 1979, p. 69 admettait cette solution en droit suisse, mais il ne fut pas suivi par le Tribunal fédéral.

<sup>191</sup> ATF 108 II 59, 61. Ce passage me paraît malheureux dans la mesure où il signifie, *a contrario*, que le médecin n'a pas d'obligation d'informer quand il s'agit d'actes courants sans danger particulier et n'impliquant qu'une atteinte temporaire (mais grave peut-être!) à l'intégrité physique.

tacite. Dans tous les cas où le Tribunal fédéral admet l'obligation d'informer, un consentement exprès serait nécessaire. Dans tous ceux où il nie le devoir d'informer, un consentement tacite suffirait. Mais, pour ne pas s'opposer à un acte, encore faut-il en avoir connaissance. Le médecin reste donc tenu de dire au patient la nature et les éventuelles conséquences de l'acte envisagé, même s'il est courant.

Si le principe de la liberté de la forme existe en Suisse comme aux Etats-Unis, la pratique des deux nations diverge considérablement. On verra que l'usage de formules écrites est très répandu aux Etats-Unis. Dans notre pays au contraire, la forme écrite n'est que rarement employée; le consentement est, en principe, donné oralement.<sup>192</sup>

Les médecins, comme la doctrine juridique, paraissent en majorité opposés à la forme écrite.<sup>193</sup> Leur argument principal consiste à dire que l'existence d'un écrit sape inévitablement la confiance qui doit présider aux relations médecin-patient.<sup>194</sup> Thélin est même virulent sur ce point: il estime que la forme écrite «est contraire au principe même de toute activité médicale, car cette dernière est essentiellement fondée sur la confiance du malade en son médecin»; il déclare en outre qu'elle est «contraire à l'éthique»<sup>195</sup>, ce qui est une affirmation quelque peu hardie. Il est reproché aussi aux formules écrites (en général préimprimées) de manquer de la souplesse nécessaire. Elles sont anonymes et standardisées, alors que l'information devrait être individualisée, taillée sur mesure.

D'autre part, la formule écrite doit être *spécifique*. Elle doit être propre à une intervention, dont elle précise la nature, les risques et les conséquences. Une formule tout à fait générale serait dénuée d'effets juridiques en droit suisse.<sup>196</sup>

L'emploi, juridiquement nécessaire, de formules détaillées offre aux médecins l'avantage d'une certaine sécurité, en tant que moyen de preuve futur. Mais elles présentent aussi quelques risques. En premier lieu, elles peuvent servir à rapporter aussi bien la preuve positive (telle information a été donnée au patient) que la preuve négative (telle autre, ne figurant pas sur le formulaire écrit, ne lui a pas été communiquée). En outre, si l'usage de formules écrites se répandait, les tribunaux en viendraient à inférer de l'absence de document écrit que le médecin n'a pas rempli son devoir d'information. Enfin, les formules seraient occasionnellement sujettes à interprétation. Les juges leur appliqueraient le principe de la confiance, qui veut qu'une déclaration de volonté a le sens que le destinataire doit lui donner, raisonnablement et de bonne foi, en tenant compte de toutes les circonstances.<sup>197</sup> Comme les formules sont en général stéréotypées, elles seraient interprétées contre leur rédacteur (hôpital ou médecin).<sup>198</sup> L'interprétation *in dubio*

<sup>192</sup> Ney, 1979, p. 97. Récemment, quelques hôpitaux ont commencé à employer des formules écrites. Voir en particulier le document utilisé à l'Hôpital cantonal de Bâle (Annexe 1). L'usage de la forme écrite se répand en Allemagne.

<sup>193</sup> Ott, 1978, p. 139, affirme au contraire que l'opinion des médecins est très partagée. Voir d'autre part l'expérience relatée par Ganzoni, 1983, p. 1297ss.

<sup>194</sup> Ney, 1979, p. 98; Ott, 1978, p. 138; Pharaon, 1961, p. 19.

<sup>195</sup> 1943, p. 45.

<sup>196</sup> Bucher, 1956, p. 129; Ney, 1979, p. 98; Ott, 1978, p. 143; Grottsch, 1973, p. 38. Voir aussi W. Weissaert, *Schriftliche Einwilligung vor ärztlichen Eingriffen*, Bayerisches Ärzteblatt 27 (1972) p. 1034, 1040ss, avec de nombreux exemples; Kern/Laufs, 1983, p. 41; OLG Celle, NJW 1979 1251, 1252.

<sup>197</sup> Voir notamment Ney, 1979, p. 99 et, plus généralement, Engel, 1973, p. 151ss, 165ss, 231ss avec d'abondantes références.

<sup>198</sup> ATF 97 II 355 / JT 1972 375, 377 et les arrêts cités; Engel, 1973, p. 168.

*contra stipulatorem* s'imposerait d'autant plus que l'auteur de la formule fait figure de spécialiste face au patient généralement ignorant des choses médicales.

La situation rappelle fortement celle des contrats d'adhésion (conditions générales de contrats d'assurance par exemple).<sup>199</sup> Un plaideur américain a d'ailleurs soulevé la question. Il prétendait que la formule de consentement qu'il avait signée était sans valeur parce qu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion. Le tribunal a admis qu'il existait une inégalité de forces entre parties, ce qui constitue le premier élément d'un tel contrat. Il a nié en revanche le caractère exorbitant du contrat, qui est le second élément indispensable. A son avis, les termes n'étaient ni inconnus du patient ni déraisonnables.<sup>200</sup> Un juge suisse arriverait probablement à un résultat analogue.

### § 3.2 Le principe et la pratique aux Etats-Unis

En droit américain, le consentement n'a pas à être donné dans une forme particulière.<sup>201</sup> Il peut donc résulter d'actes concluants, tout comme en Suisse.<sup>202</sup> L'affaire suivante, où se succèdent un consentement écrit, une révocation orale et un consentement tacite, en est une illustration. Quelques heures avant une rhizotomie à laquelle il avait consenti par écrit, le patient déclare à l'infirmière qu'il n'en veut plus. Mention du refus est faite dans le dossier médical, mais le chirurgien ne peut semble-t-il pas en être averti, et il procède à l'opération comme prévu initialement. Le patient, sous médicament, n'objecte à aucun moment, lors même que l'intervention réclame un dialogue continu avec le chirurgien. Le tribunal a retenu que le silence du patient valait consentement tacite.<sup>203</sup>

Dans la pratique hospitalière, il est cependant devenu courant d'employer des formules écrites.<sup>204</sup> Cet usage est le fruit d'une réaction d'autodéfense du corps médical contre le nombre croissant d'actions en responsabilité. Plusieurs législateurs ont soutenu les efforts des médecins et adopté des lois qui leur sont favorables. La plupart disposent que la signature par le patient d'une formule répondant aux exigences légales crée une présomption de consentement.<sup>205</sup> Le poids de la présomption varie: en Floride, elle ne peut être renversée que s'il y a eu «fraudulent misrepresentation of a material fact» lors de la signature<sup>206</sup>; en

<sup>199</sup> Voir notamment Pierre Engel, Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations, RDS 102 (1983), II, p. 1, 40ss et ses références, p. 41 note 55.

<sup>200</sup> *Rumple v. Bloomington Hospital*, 422 N.E.2d 1309, 1313 (Ind. 1981), notant: «An «unconscionable contract» has been defined to be such as no sensible man not under delusion, duress or in distress would make, and such as no honest and fair man would accept.»

<sup>201</sup> *President's Commission*, vol. 3, 1982, p. 197; Rosoff, 1981, p. 281; *Hernandez v. United States*, 465 F.Supp. 1071 (Kan. 1979). Certaines provinces du Canada (Québec, Ontario, Saskatchewan notamment) exigent la forme écrite en milieu hospitalier: *Somerville*, 1979, p. 44s; *Giesen*, 1981, p. 174.

<sup>202</sup> Par exemple *Haywood v. Allen*, 406 S.W.2d 721 (Ky. 1966); *Granum v. Berard*, 422 P.2d 812 (Wash. 1967).

<sup>203</sup> *Busalacchi v. Vogel*, 429 So.2d 217 (La. 1983).

<sup>204</sup> *President's Commission*, vol. 1, 1982, p. 108; *Malone*, 1983, p. 108; Rosoff, 1981, p. 284ss. Voir aussi Annexes 3 et 4.

<sup>205</sup> *Meisel/Kabnick*, 1980, p. 467ss; *Malone*, 1983, p. 111ss. L'Ohio reproduit intégralement dans la loi un modèle de formule: Annexe 2.

<sup>206</sup> *Fla. Stat. Ann.* § 768.46(4) (a) (West Supp. 1983). La Géorgie, l'Idaho, la Louisiane, le Maine, la Caroline du Nord, l'Ohio et l'Utah notamment ont une disposition analogue.

Iowa, elle peut être renversée par tous moyens.<sup>207</sup> Aucune de ces lois n'impose la forme écrite, mais il est clair qu'elles incitent les praticiens à y recourir.

La forme écrite est aujourd'hui solidement implantée en milieu hospitalier. Elle est bien acceptée: un récent sondage a révélé que la majorité des médecins et du public estiment qu'un document écrit facilite la communication entre médecins et malades.<sup>208</sup> On lui prête aussi l'avantage de favoriser la compréhension du patient et d'offrir au médecin un moyen de preuve commode. Mais la forme écrite n'est pas une garantie absolue: les tribunaux ont rappelé que le patient est toujours admis à prouver qu'il n'a en réalité pas reçu l'information mentionnée sur la formule.<sup>209</sup>

La formule de consentement doit aussi être spécifique. Comme en droit suisse, elle doit renseigner de manière précise et compréhensible sur l'intervention envisagée.<sup>210</sup> C'est dire que le médecin ne peut en principe pas s'écarter de la procédure décrite. Les hôpitaux américains avaient pris l'habitude de faire signer au patient, lors de l'admission, une *blanket consent form*, soit une formule générale couvrant tous les actes qu'un médecin pouvait être amené à faire.<sup>211</sup> De tels documents ont été jugés sans valeur, car trop vagues.<sup>212</sup>

On a vu à propos du droit suisse les inconvénients liés à la forme écrite. En particulier, il existe un réel danger que les juges présument qu'un risque non mentionné a été tu (alors même qu'il a pu être révélé oralement). Les médecins ont cherché à s'en prémunir par la rédaction de documents toujours plus détaillés. Cette évolution n'a pas été unanimement saluée comme un progrès.<sup>213</sup> Les détracteurs de cette solution lui adressent deux critiques principales:

1° La forme risque de remplacer la substance. L'information nécessaire est certes condensée sur une page, mais on ne veille pas à ce que le patient la lise, encore moins la comprenne. L'obtention du consentement devient trop souvent aux Etats-Unis un acte purement rituel, anonyme et anodin.<sup>214</sup> Un patient rapporte par

<sup>207</sup> Iowa Code Annot. § 147.137 (West Supp. 1983-1984). Hawaii, le Kentucky, Washington notamment ont adopté la même approche.

<sup>208</sup> Louis Harris, John Boyle, Paul Brounstein, Views of informed consent and decisionmaking: parallel surveys of physicians and the public, in President's Commission, vol. 2, 1982, p. 17ss, 25.

<sup>209</sup> Notamment Pegram v. Sisco, 406 F.Supp. 776 (Ark. 1976); Sard v. Hardy, 379 A.2d 1014 (Md. 1977); Wasem v. Laskowski, 274 N.W.2d 219 (N.D. 1979).

<sup>210</sup> La législation de quelques Etats (Ohio, Iowa, Texas...) précise les risques qui doivent être dévoilés. En Ohio, il s'agit de: mort, dommages au cerveau, quadriplégie, paraplégie, perte de fonction d'un membre ou d'un organe, cicatrices défigurantes: voir Annexe 2.

<sup>211</sup> George Annas, The rights of hospital patients, New York, 1975, p. 69, donne l'exemple suivant tiré de la pratique d'un hôpital américain: «I, the undersigned, hereby grant permission for the administration of any anesthetic to, and for the performance of any operation upon myself as may be deemed advisable by the surgeon in attendance.» Voir aussi les exemples donnés par Savatier, 1952, p. 158; Faesch, 1956, p. 100; Ott, 1978, p. 139.

<sup>212</sup> Rogers v. Lumbermens Mutual Casualty Co., 119 So.2d 649 (La. 1960); Cross v. Trapp, 294 S.E.2d 446, 460 (W.Va.1982); Rosoff, 1981, p. 283ss; Goldsmith, 1982, p. 5. Sont de même considérées inadmissibles les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité qui figurent parfois dans les formulaires que les hôpitaux font signer au patient lors de son admission: Tunkl v. Regents of University of California, 383 P.2d 441 (Cal. 1963); Tatham v. Hoke, 469 F.Supp. 914 (N.C. 1979) où la responsabilité était limitée à \$ 15 000.

<sup>213</sup> En poussant les choses à l'absurde, on en arriverait à des formulaires du genre de celui reproduit in Science, vol. 152, n° 372 (22 avril 1966): voir Annexe 5. Voir aussi sur ce point Ravitch, 1973, p. 164ss.

<sup>214</sup> Notamment Annas/Glantz/Katz, 1977, p. 41; Somerville, 1979, p. 45.

exemple s'être entendu dire: «Signez ça, que l'on puisse commencer!»<sup>215</sup> Le caractère routinier de l'obtention du consentement décourage la majorité des patients de lire attentivement les formules.<sup>216</sup> Malgré sa commodité, la formule écrite ne devrait donc jamais supplanter le dialogue avec le patient.

2° Le patient n'ose plus se rétracter. En droit américain aussi, le patient reste toujours libre de retirer son consentement.<sup>217</sup> Or, la signature d'un document dissuade assurément le patient de le faire, car il se sent lié par son accord écrit. Il peut penser également qu'un nouvel écrit est nécessaire, en quoi il aurait tort: la révocation peut intervenir sous n'importe quelle forme.<sup>218</sup> Les formules devraient donc préciser la liberté du malade de retirer en tout temps son accord, par écrit, ostalement voire par actes concluants. En réalité, cet avertissement est rarement donné. Il n'empêcherait de toute façon pas que l'écrit contribue à dissuader le patient de changer d'avis.

### § 3.3 Faut-il changer la pratique actuelle?

La situation actuelle n'est pas pleinement satisfaisante, ni en Suisse ni aux Etats-Unis. En l'absence de documents écrits, la preuve du consentement éclairé tourne en général à un examen de la crédibilité des parties, qui ont souvent un souvenir très différent des événements.<sup>219</sup> L'emploi de formules écrites à signer devient vite un rituel sans substance et n'a finalement pas grande valeur probatoire. Il vaut dès lors la peine de s'interroger sur l'existence éventuelle d'autres solutions, qui permettraient de conserver l'information transmise sans créer de routine ni altérer le rapport de confiance entre médecin et patient.

On pourrait imaginer que le dialogue médical se déroule en présence d'un tiers, dont le témoignage serait au besoin requis. Deux difficultés devraient alors être surmontées: d'une part, les réticences du patient face à l'intrusion d'un tiers dans un entretien qui porte souvent sur des éléments intimes; d'autre part, les risques de partialité du témoin. Laisser le malade choisir la personne résoudre la première difficulté, mais pas la seconde. Un proche n'offrirait pas des garanties suffisantes d'impartialité au médecin en cas de litige ultérieur. A l'inverse, un médecin-assistant, une infirmière ou une secrétaire serait probablement tenté d'appuyer les dires de son patron. Il faudrait donc que le patient choisisse un tiers «neutre» (aumônier, conseiller des patients). Il reste que le procédé altère inévitablement le rapport de confiance et n'offre qu'une garantie limitée, en raison déjà de la faillibilité de la mémoire humaine et de la mortalité.<sup>220</sup>

<sup>215</sup> Bradford Gray, *Human subjects in medical experimentation — A sociological study of the conduct and regulation of clinical research*, New York, 1975, p. 218.

<sup>216</sup> Cassileth/Zupkis/Sutton-Smith/March, 1980, p. 896, rapportent par exemple que 40% seulement des patients lisent attentivement la formule.

<sup>217</sup> Notamment Annas, *supra* note 211, p. 74; Somerville, 1979, p. 45.

<sup>218</sup> *Idem*. Une mention écrite du retrait du consentement est évidemment une précaution utile pour le médecin.

<sup>219</sup> Certains mécanismes inconscients de défense peuvent soit altérer les facultés mnémoniques, soit oblitérer certains souvenirs pénibles. Par exemple, des patients à qui un diagnostic de cancer avait été révélé ont juré leurs grands dieux un an plus tard, en toute honnêteté, qu'un pareil diagnostic ne leur avait jamais été communiqué (information du Dr B. Ruedi).

<sup>220</sup> L'étude de George Robinson, Avraham Merav, *Informed consent: recall by patients tested postoperatively*, 22 *Annals of Thoracic Surgery* 209, 210s (1976) a bien mis en lumière le phénomène naturel d'oubli après quelques mois. C'est la raison pour laquelle Cushing, 1984, p. 37, 39 met en doute l'utilité de la présence d'une infirmière lors du dialogue médical.

Une autre solution consisterait à mentionner dans le dossier médical l'information communiquée. A cause de son caractère unilatéral, cette démarche n'offrirait pourtant pas une sécurité suffisante au patient. D'une part, les mentions inscrites au dossier pourraient toujours être retouchées après coup, afin de les faire coïncider avec une certaine version des faits. De telles manipulations existeraient aux Etats-Unis, à en croire les stupéfiants exemples rapportés par un célèbre avocat californien. Il révèle qu'en plus de dossiers réécrits, altérés ou effacés, des radiographies, des résultats de tests et d'autres documents sont « perdus » ou détruits.<sup>221</sup> D'autre part, le patient se heurterait à bien des difficultés pour avoir accès à son dossier médical.<sup>222</sup>

De meilleures garanties de preuve pourraient être fournies en demandant à un tiers (de préférence un proche du malade) d'assister au dialogue puis d'attester par sa signature la véracité des inscriptions au dossier. Cet aménagement ne supprimerait bien sûr pas les problèmes d'accès au dossier. Il est critiquable surtout parce qu'il revient à employer une formule de consentement que l'on fait signer, sans justification sérieuse, à un proche plutôt qu'au patient lui-même.<sup>223</sup>

On a suggéré aussi d'enregistrer la conversation entre médecin et patient.<sup>224</sup> Ce moyen aurait certes une valeur probatoire plus grande qu'un simple écrit, et se prête plus difficilement à des manipulations. Mais il suppose évidemment l'accord exprès du patient et du médecin. Or, on peut douter qu'il soit bien accueilli, car il introduit dans la relation médicale une dose de méfiance plus forte encore qu'un écrit.

Une dernière proposition me semble plus prometteuse, à tout le moins en milieu hospitalier : c'est l'emploi de cassettes vidéo.<sup>225</sup> Bien conçues, elles faciliteraient non seulement la compréhension du patient mais fourniraient aussi un moyen de preuve commode. Il suffirait aux juges de visionner la cassette pour savoir si une certaine information a effectivement été donnée.<sup>226</sup>

Une première conclusion s'impose : il n'existe aucune solution-miracle, valable en toute hypothèse et propre à satisfaire les médecins comme les malades. L'emploi de moyens audiovisuels est impraticable en médecine quotidienne. L'enregistrement du dialogue serait mal accueilli et inciterait à la méfiance. Les mentions dans le dossier n'offrent aucune garantie, ni la participation d'un tiers.

Une seconde conclusion se déduit de la première : aucune solution ne doit remplacer le dialogue médecin-patient, qui reste la pierre angulaire de leur relation. Une solution fondée que sur l'écrit ne me paraît dès lors pas recommandable en Suisse.<sup>227</sup> Un écrit peut cependant s'ajouter avec profit au dialogue, en

<sup>221</sup> Sanford Gage, *Alteration, falsification and fabrication of records in medical malpractice actions*, 1981 *Medical Trial Technique Quarterly* 476. La note introductive de l'éditeur précise : « Even attorneys representing physicians and hospitals in malpractice actions admit that the practice of alteration of medical records occurs not infrequently! » La mise à jour de la supercherie permet au patient d'obtenir des dommages-intérêts punitifs en Californie.

<sup>222</sup> Sur ce sujet délicat, voir par exemple Teresa Giovannini, *L'accès au dossier médical*, 44 *Hôpital Suisse* n° 12, p. 38ss (1980); *Protection des données dans le domaine médical*, Rapport d'une Commission instituée par l'Office fédéral de la justice, Berne, 1984.

<sup>223</sup> Sur ce point, voir Ott, 1978, p. 137ss.

<sup>224</sup> Noramnt Bailey, 1978, p. 282.

<sup>225</sup> Il est recommandé par de nombreux auteurs, surtout américains : voir *infra*, p. 171 et note 493.

<sup>226</sup> L'un des premiers auteurs à suggérer ce moyen, Beloud, 1972, p. 124, écrivait : « It has been said that one picture is worth one thousand words. One effective videotape might be worth a zero malpractice suit. »

<sup>227</sup> Voir aussi les remarques de Walder, 1983, p. 592s; H.-P. Meisel, 1984, p. 171ss.

particulier pour les interventions qui sont dénuées de but thérapeutique direct. C'est le cas notamment des traitements expérimentaux et des interventions facultatives telles que stérilisations volontaires ou opérations de chirurgie esthétique. Sur ce point, Ney souligne avec raison que « la forme écrite peut préserver le patient de l'irréflexion ou de la légèreté dans une décision concernant un acte qui, s'il n'est pas nécessaire, n'en est pas moins parfois dangereux ».<sup>228</sup>

La pratique suisse actuelle, où le patient consent oralement, me paraît finalement la solution la plus satisfaisante. Mais il faudrait encourager le recours à des brochures d'information écrites et à des moyens audiovisuels, en plus des explications verbales.

<sup>228</sup> Ney, 1979, p. 98.

§ 4.1 Principes généraux de la responsabilité civile du médecin en droit suisse

A titre préliminaire, il faut rappeler qu'il n'existe pas, en droit suisse, de loi spéciale réglant la responsabilité de droit privé du médecin.<sup>229</sup> La tâche a donc échu à la jurisprudence de déduire des règles générales du CO les principes qui gouvernent ce domaine.<sup>230</sup>

La qualification de mandat donnée au contrat médical a pour conséquence principale que le médecin ne promet pas un résultat déterminé (guérison, succès de l'opération) mais s'engage simplement à prodiguer des soins diligents.<sup>231</sup> Ce principe cardinal, reconnu en droit étranger aussi<sup>232</sup>, est justifié par le fait que la médecine n'est pas une science exacte. Tout traitement comporte une part variable d'aléas, due avant tout à l'unicité de chaque malade en tant qu'entité psychophysique. Cette réalité empêche le médecin, fût-il le meilleur, de garantir le résultat de la thérapie.

Les obligations contractuelles du médecin se divisent schématiquement en deux grandes catégories<sup>233</sup>:

1° Celles qui concernent le traitement proprement dit. Le médecin doit prendre les mesures indiquées pour soigner le malade et éviter tout ce qui pourrait nuire à cet objectif. Il doit poser le diagnostic, choisir la thérapie appropriée et administrer avec diligence le traitement, sans s'aventurer dans des spécialités qui dépassent sa compétence.

2° Celles qui ont trait au respect de la personnalité du patient. Le médecin doit informer le malade des éléments déterminants du traitement (diagnostic, nature et risques du traitement, pronostic) puis recueillir son consentement. Il est d'autre part tenu au secret professionnel.<sup>234</sup>

Les obligations que le contrat de soins impose au médecin coïncident avec le devoir général de respecter la vie et l'intégrité physique d'autrui.<sup>235</sup> En général, la

<sup>229</sup> Il faut réserver les lois cantonales sur la santé publique et la médecine hospitalière. En l'absence de dispositions cantonales, la responsabilité de droit public s'apprécie selon les règles du CO, appliquées à titre supplétif (art. 61 CO).

<sup>230</sup> La nature jurisprudentielle du droit médical est une constante des droits européens: voir Dieter Giesen, *La responsabilité par rapport aux nouveaux traitements et aux expérimentations*, in *La responsabilité civile des médecins*, 5<sup>e</sup> Colloque de droit européen, Lyon, juin 1975, Paris, 1976, p. 63ss. Pour des éléments plus complets de droit comparé, voir Zepos/Christodoulou, 1978; Giesen, 1981; Deutsch/Schreiber, 1985.

<sup>231</sup> Article 398 CO. Voir ATF 105 II 284; Ney, 1979, p. 56; Lotz, 1968, p. 120; Stauffer, 1979, p. 42s; Merz, 1980, p. 62; von der Mühl, 1981, p. 297.

<sup>232</sup> Zepos/Christodoulou, 1978, p. 12 et leurs références.

<sup>233</sup> Voir en général Ney, 1979, p. 112ss; Ott, 1978, p. 26ss.

<sup>234</sup> Voir en général Boll, 1983; Ney, 1979, p. 117ss; Graven, 1975, p. 1729ss.

<sup>235</sup> Dans ce sens, Petitpierre, 1976, p. 570; Ott, 1978, p. 16.

violation d'une obligation contractuelle constitue donc aussi un acte illicite. C'est le cas par exemple si le médecin n'applique pas correctement un traitement aux rayons X, qui cause des brûlures au patient.<sup>236</sup> De même si une intervention pratiquée sans consentement provoque quelque lésion.<sup>237</sup> Ainsi s'expliquent en droit suisse le cumul des responsabilités et, partant, le concours des actions délictuelle et contractuelle.<sup>238</sup> Cette solution n'est pas typiquement helvétique, puisque l'Allemagne, l'Angleterre, l'Italie et les Etats-Unis notamment la retiennent aussi.<sup>239</sup>

Les deux voies diffèrent sur quelques points, en particulier sur la responsabilité pour les auxiliaires (l'art. 101 CO n'admet pas la preuve libératoire prévue à l'art. 55 CO)<sup>240</sup> et sur la prescription (art. 60 et 127 CO, prévoyant respectivement un et dix ans).<sup>241</sup> En outre, le fardeau de la preuve est théoriquement différent. Dans l'action *ex delicto*, le patient doit prouver l'illicéité de l'acte dommageable, la faute, le lien de causalité adéquate et le dommage. Dans l'action *ex contractu*, il doit établir la violation d'une obligation contractuelle, le rapport de causalité adéquate et le dommage, la faute étant présumée. En d'autres termes, il appartient au médecin de prouver que la violation d'une obligation contractuelle ne constitue pas *in casu* une faute (au sens subjectif) s'il veut s'exculper. Cependant, la jurisprudence a imposé au patient d'établir l'imprudence ou la négligence pour démontrer l'inexécution, puisque le médecin est tenu à une obligation de moyens et non pas de résultat. Elle a ainsi modifié la répartition du fardeau de la preuve et l'a fait concorder avec celui de l'action délictuelle. Dès lors, la notion de violation d'une obligation contractuelle se recouvre en pratique avec celle de faute.<sup>242</sup>

Si le patient est décédé, ses ayants droit ne peuvent réclamer une perte de soutien ou un tort moral que par le biais de l'action délictuelle, à défaut d'être personnellement liés par un rapport contractuel avec le médecin.<sup>243</sup> Hormis cette hypothèse, l'action contractuelle est, en pratique, intentée plus souvent, car elle apparaît de prime abord plus favorable. Mais il est parfois malaisé de qualifier l'action intentée, car les tribunaux négligent de le faire, considérant sans doute que les preuves à rapporter sont identiques. La distinction classique entre les deux actions a donc un côté artificiel.

Comme mandataire, le médecin répond en principe de toute faute. Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a toutefois tempéré le principe «pour

<sup>236</sup> L'accident ne serait pas rare, à en juger par le nombre d'arrêts rendus: RSJ 17 (1920-21) n° 181, p. 234; ATF 53 II 419; SJ 80 (1958) p. 475; RSJ 56 (1960) n° 14, p. 43; BIZR 71 (1972) n° 60, p. 161.

<sup>237</sup> Par exemple RSJ 68 (1972) n° 177, p. 311; ATF 108 II 59.

<sup>238</sup> Gautschi, 1964, notes 30a ss ad 398 CO; Engel, 1973, p. 508ss; Ott, 1978, p. 16; von der Mühl, 1981, p. 289.

<sup>239</sup> Mais ni la France, ni la Belgique, où la responsabilité est en principe uniquement contractuelle: Grossen/Guillod, *supra* note 63, p. 5s, notes 37 à 42. Pour des cas possibles de responsabilité délictuelle, voir Harichaux-Ramu, 1984, Fasc. 440-1, n° 18ss, p. 6s.

<sup>240</sup> Pour des détails, voir Engel, 1973, p. 498ss et ses références.

<sup>241</sup> La prescription de l'action délictuelle peut aussi être de cinq ans, voire davantage, en vertu de l'article 60/2 CO: voir Engel, 1973, p. 386ss; Ney, 1979, p. 220ss.

<sup>242</sup> Gautschi, 1964, notes 23c et 26b ad 298 CO; Stauffer, 1979, p. 45; Metz, 1980, p. 81; von der Mühl, 1981, p. 290ss; ATF 34 II 32, 34; SJ 80 (1958) p. 475, 484. Ott, 1978, est d'un autre avis: il écrit, p. 18: «Diese verschieden geregelte Beweislast entscheidet in der Praxis sehr häufig, ob ein Schaden gedeckt werden muss oder nicht. (...) Aus der Sicht des Patienten ist es somit bedeutend günstiger, gegen den Arzt aus Vertrag vorzugehen zu können.»

<sup>243</sup> Gautschi, 1964, note 32b ad 398 CO; Ott, 1978, p. 17; Petitpierre, 1976, p. 570.

tenir compte des imperfections de la science et de la faillibilité humaine». <sup>244</sup> Il estime que «la responsabilité du médecin n'est pas engagée pour de simples méprises, qui sont dans une certaine mesure inhérentes à l'exercice d'une profession où les opinions peuvent être aussi multiples et diverses. Il répond en revanche en cas d'erreur manifeste, de traitement évidemment inapproprié, de violation claire des règles de l'art ou d'ignorance des données généralement connues de la science médicale». <sup>245</sup>

La formule du Tribunal fédéral est assez proche de celle adoptée en France, où le médecin doit donner «des soins consciencieux, attentifs, conformes aux données acquises de la science et aux règles consacrées par la pratique médicale». <sup>246</sup> Mais, contrairement à la jurisprudence française, le Tribunal fédéral utilise des termes qui aboutissent en pratique à limiter la responsabilité du médecin à la faute grave uniquement. <sup>247</sup> Les juges suisses sont ainsi arrivés à la solution qui existe en Italie de par la loi. En effet, l'article 2236 CCl, inséré dans le chapitre sur les professions intellectuelles, dispose que le débiteur de la prestation intellectuelle ne répond pas de dol ou de faute grave lorsque l'objet du contrat implique la résolution de problèmes techniques d'une difficulté particulière. <sup>248</sup> Or, la Cour de cassation italienne a considéré que l'activité médicale tombait sous le coup de cette disposition. <sup>249</sup>

A un double point de vue, la jurisprudence suisse a donc atténué la responsabilité civile du médecin: en modifiant le fardeau de la preuve et en exigeant, entre les lignes, la commission d'une faute grave. Les médecins bénéficient ainsi d'un traitement préférentiel qui paraît inéquitable pour les autres professions.

#### § 4.2 Principes généraux de la responsabilité civile du médecin en droit américain

Aux États-Unis aussi, il a incombé aux tribunaux de définir la responsabilité du médecin. La jurisprudence laisse apparaître des flottements, voire des désaccords, sur la nature de la responsabilité, qu'elle découle de la violation de règles de l'art (*malpractice*) ou de défauts du consentement.

<sup>244</sup> ATF 105 II 284, 285. L'atténuation de la responsabilité aurait aussi pu être justifiée en droit par référence à l'article 99/2 CO, qui admet, en dérogation au principe exprimé au premier alinéa, que la responsabilité est plus ou moins étendue «selon la nature particulière de l'affaire».

<sup>245</sup> ATF 105 II 284, 285, se référant à ATF 70 II 209, 66 II 36, 64 II 205, 53 II 424s, 93 II 21, 92 II 21. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a déclaré: «On doit se demander si la faute du juge ne devrait pas être limitée aux cas d'erreur grossière et manifeste, comme pour l'avocat, le notaire ou le médecin»: ATF 79 II 424, 438 (mes italiques).

<sup>246</sup> Notamment Cass. civ., 20 mai 1936, D. 1936 J. 88; Ney, 1979, p. 160 et ses références.

<sup>247</sup> Voir en particulier von der Mühl, 1981, p. 290. Voir aussi SJ 69 (1947) p. 497, 505s, où la Cour de justice civile de Genève déclare que la jurisprudence fédérale restreint à l'excès la responsabilité médicale.

<sup>248</sup> L'article 2236 CCl, intitulé *Responsabilità del prestatore d'opera*, dispose: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.»

<sup>249</sup> Notamment 1961 Foro Italiano I 282; 1965 Foro Italiano I 98. Voir aussi Bianchi d'Espinosa/Zhara Buda, *supra* note 27, p. 537 et, plus généralement, La responsabilité medica, A. Giuffrè (Ed.), Milan, 1982.

On considère d'ordinaire que la relation liant médecin et patient est fondée sur un contrat, exprès ou, le plus souvent, tacite.<sup>250</sup> Le praticien s'engage à traiter le malade avec la diligence requise jusqu'à l'expiration des relations contractuelles. En l'absence de promesse spécifique, il n'est pas tenu à une obligation de résultat<sup>251</sup>, mais au devoir général de soins dont les traits ont été esquissés à propos du droit suisse.

Comme dans notre droit, l'exécution défectueuse d'obligations contractuelles peut constituer un délit civil. L'ordre juridique américain impose au médecin un *affirmative duty of care*. C'est pourquoi les juges estiment que la relation médecin-malade relève à la fois du droit des contrats et des actes illicites.<sup>252</sup> Ils admettent donc le concours des actions contractuelle et délictuelle.

En cas de *malpractice*, les patients préfèrent intenter l'action aquilienne pour *negligence*, car elle est dans l'ensemble plus favorable. Elle leur permet notamment d'obtenir des dommages-intérêts punitifs et une indemnité pour tort moral.<sup>253</sup> En revanche, le fardeau de la preuve est analogue: quelle que soit l'action, le patient doit établir les manquements du médecin, le lien de causalité et le dommage.<sup>254</sup>

Parfois, la nature de l'action ouverte n'est pas précisée. Appelés à la qualifier, les juges ont considéré dans leur majorité qu'elle était délictuelle. La Cour d'appel pour le 5<sup>e</sup> Circuit a par exemple déclaré: «En principe donc, nous considérons une action pour *malpractice* comme étant de nature délictuelle, que le devoir découle d'une relation contractuelle ou n'ait aucune origine dans un contrat.»<sup>255</sup> Mais quand la promesse d'un résultat ou d'une intervention précise n'est pas tenue, l'action est dans la règle contractuelle.<sup>256</sup>

La frontière entre responsabilité délictuelle et contractuelle n'est pas clairement tracée aux Etats-Unis.<sup>257</sup> Elle a fait l'objet de querelles doctrinales qui me paraissent essentiellement académiques. En effet, quelle que soit sa nature juridi-

<sup>250</sup> Cartwright v. Bartholomew, 64 S.E.2d 323 (Ga. 1951); Lyons v. Grethet, 239 S.E.2d 103 (Va. 1977). Stephen Gruber, The implied contract theory of malpractice recovery, 6 Willamette Law Journal 275 (1970).

<sup>251</sup> Par exemple Gowan v. United States, 601 F.Supp. 1297 (Ore. 1985); Todd v. United States, 570 F.Supp. 670 (S.C. 1983); Lemke v. United States, 557 F.Supp. 1205 (N.D. 1983).

<sup>252</sup> Prosser, 1984, p. 660ss. Voir aussi Berry v. Druid City Hospital, 333 So.2d 796 (Ala. 1976).

<sup>253</sup> Elle est en revanche moins favorable en général sur le point de la prescription. Pour une évaluation comparée des deux actions, voir Prosser, 1984, p. 664ss.

<sup>254</sup> Dessi v. United States, 489 F.Supp. 722 (Va. 1980); Prosser, 1984, p. 239; Fleming, 1983, p. 285.

<sup>255</sup> Kozan v. Comstock, 270 F.2d 839, 844 (5th Cir. 1959); voir aussi Billings v. Sisters of Mercy of Idaho, 389 P.2d 224, 230 (Ida. 1964), déclarant: «The gist of a malpractice action is negligence». L'action contractuelle est surtout retenue en Alabama, Floride, Illinois et Louisiane: Gruber, *supra* note 250, p. 275ss. Au Canada, Azard, 1958, p. 25, déclare que «la responsabilité contractuelle, en matière médicale, produit, en bonne partie, l'effet d'un principe vide, sans applications essentielles».

<sup>256</sup> Stewart v. Rudner, 84 N.W.2d 816 (Mich. 1957): médecin ne pratique pas la césarienne promise; Bailey v. Harmon, 222 P. 393 (Colo. 1924): médecin s'est engagé à faire de sa patiente «a model of harmonious perfection»! Pour un cas discuté, voir Guilmet v. Campbell, 188 N.W.2d 601 (Mich. 1971). Voir ce général Kevin Tierney, Contractual aspects of malpractice, 19 Wayne Law Review 1457 (1973); Carol Bonebrake, Contractual liability in medical malpractice, 24 DePaul Law Review 213 (1974); Georg Birnbaum, Express contracts to cure: the nature of contractual malpractice, 50 Indiana Law Journal 361 (1975); R. Epstein, Medical malpractice: the case for contract, 1 American Bar Foundation Reserve Journal 87 (1976).

<sup>257</sup> La doctrine classique opérait une distinction entre la *nonfeasance*, qui entraînait une responsabilité *ex contractu*, et la *misfeasance*, qui fondait une responsabilité *ex delicto*: Prosser, 1984, p. 655s, 658ss. Cette dichotomie, trop schématique et pas toujours applicable, est critiquée. Voir encore William Prosser, The borderland of tort and contract, in Selected topics of the law of torts, Ann Arbor, 1953, p. 380ss.

que, la responsabilité du médecin a toujours pour fondement l'idée de faute<sup>258</sup>, qui n'est rien d'autre qu'un comportement «falling short of standards expected by law». Or, la notion de «legal duty of care»<sup>259</sup> est indépendante de la nature de la responsabilité.

On a énoncé de la manière suivante le principe de la responsabilité pour *malpractice*: «Un médecin est tenu envers le patient de posséder et d'exercer le degré raisonnable de compétence et de diligence que possèdent et exercent d'ordinaire les médecins moyens et de bonne réputation qui appartiennent au même système général ou à la même école de traitement dans la même localité ou dans une localité comparable.»<sup>260</sup> Le droit américain est à cet égard très proche du droit anglais, dont la position est exprimée ainsi dans *Bolam v. Friern H.M.C.*: «Le critère est celui de l'homme de métier ordinaire qui exerce et affirme posséder cette qualification particulière. Il n'est pas nécessaire qu'un individu possède le plus haut degré de compétence pour ne pas risquer d'être trouvé négligent. Selon une règle bien établie, il suffit qu'il exerce la compétence habituelle d'un homme ordinaire qui pratique la discipline en cause.»<sup>261</sup>

Ces formules mettent en relief que les médecins eux-mêmes définissent dans une très large mesure les critères de leur responsabilité. Elles montrent aussi la nécessité de recourir à des experts pour établir la faute. Il s'agit là pour le patient d'un obstacle majeur, car les médecins-experts n'incriminent pas volontiers un confrère.

Des controverses ont existé aussi sur le fondement de l'action intentée pour des défauts du consentement.<sup>262</sup>

Les décisions de la première moitié du siècle considéraient l'action comme un cas de *battery*.<sup>263</sup> C'est un des nombreux *torts* reconnus par la *common law*, qui est réalisé dès que l'intégrité physique d'un individu est intentionnellement touchée sans son autorisation. Dans ce type d'action, le demandeur doit simplement établir qu'il n'a pas consenti au contact, sans avoir à prouver ni dommage ni rapport causal.<sup>264</sup> Par exemple, le médecin qui guérirait le patient sans son assentiment serait coupable de *battery*. Il devrait dédommager le patient (les dommages-intérêts pouvant être symboliques), y compris pour le préjudice qui était totalement imprévisible.<sup>265</sup> Dans les cas graves, l'auteur peut même être astreint à verser des dommages-intérêts punitifs.

<sup>258</sup> A l'exception de la Suède et de la Nouvelle-Zélande (voir Giesen, 1981, p. 192ss, 265; Deutsch/Schreiber, 1985, p. 683ss), le point est une constante des droits des pays occidentaux: voir André Tunc, La responsabilité civile, in Deuxième congrès international de morale médicale, Paris, 1966, tome 1, p. 23ss, 25; Giesen, *supra* note 230, p. 63s; Deutsch/Schreiber, 1985. L'introduction de la responsabilité causale et d'un système d'assurance a été suggérée par plus d'un auteur: voir en particulier Albert Ehrenzweig, Compulsory «Hospital-Accident» insurance: a needed first step toward the displacement of liability for medical malpractice, 31 University of Chicago Law Review 279 (1964); André Tunc, L'assurance tous risques médicaux, in Eck, 1968, p. 161ss.

<sup>259</sup> Zepos/Christodoulou, 1978, p. 4.

<sup>260</sup> Walter Wadlington, Jon Waltz, Roger Dworkin, Law and medicine, Mineola, 1980, p. 319.

<sup>261</sup> [1957] 2 All E.R. 118, 121 (Q.B.D.). En 1838 déjà, Chief Justice Tindal déclarait dans *Lanphiet v. Phipps* (1838) 8 C.&P. 475, 478: «Every person who enters a learned profession undertakes to bring to the exercise of it a reasonable degree of care and skill.»

<sup>262</sup> Voir à ce sujet Norrie, 1983, p. 229ss; Recher, 1976/77, p. 696ss; Riskin, 1975, p. 580ss; Plant, 1968, p. 639ss; A. Davis, Duty of doctor to inform patient of risks of treatment: battery or negligence? 34 Southern California Law Review 217 (1961).

<sup>263</sup> Voir les affaires citées *supra* p. 32 note 68. Elles sont commentées notamment par Powell, 1961, p. 189ss; Oppenheim, 1962, p. 249ss; Kelly, 1960, p. 405ss.

<sup>264</sup> Prosser, 1984, p. 39ss; Fleming, 1983, p. 23ss; Gerety v. Demers, 589 P.2d 180 (N.M. 1978).

<sup>265</sup> Ray v. Scheibert, 484 S.W.2d 63 (Tenn. 1972).

En 1957, McCoid écrivit un article qui allait se révéler déterminant pour les développements futurs de la question.<sup>266</sup> Il estimait que le médecin était tenu de communiquer raisonnablement tous les aspects décisifs du traitement (en particulier le diagnostic, la nature du traitement, ses risques et les alternatives). Surtout, il proposait que la responsabilité de ce chef soit jugée selon les principes appliqués dans les actions pour *negligence*. Il s'agit d'un autre *tort*, non intentionnel celui-ci, fondé sur la violation d'une obligation générale de diligence.<sup>267</sup>

La même année, une cour californienne admettait implicitement ce principe<sup>268</sup>, suivie dès 1960 par un nombre croissant de juridictions. Les juges ont estimé qu'il s'agissait plutôt d'un cas où le médecin ne respectait pas son devoir de diligence que d'un cas où il s'écarterait volontairement de l'autorisation donnée par le patient.<sup>269</sup>

Derrière cette réorientation de la jurisprudence se cachent à mon sens des motifs de politique juridique.<sup>270</sup> L'action pour *battery* paraissait sans doute inappropriée car le médecin était censé agir de bonne foi et sans intentions hostiles. On craignait qu'ils ne souffrit des stigmates sociaux d'une condamnation pour *battery*, dont l'origine est pénale. D'autre part, les polices d'assurance responsabilité civile ne couvraient souvent pas les *torts* intentionnels. Enfin, l'action pour *battery* semblait trop avantageuse pour le patient, en particulier concernant le fardeau de la preuve et l'obtention possible de dommages-intérêts punitifs.<sup>271</sup>

Dans les années septante, plusieurs législateurs ont emboîté le pas aux magistrats. Ils ont adopté des dispositions qui prévoient que le patient ne peut agir que pour *negligence*.<sup>272</sup>

La position de presque tous les Etats américains est aujourd'hui la suivante. L'action est pour *negligence* chaque fois que le patient connaissait, en termes généraux, la nature du traitement. Sont des instances de *battery* les seuls cas où le médecin est intervenu sans aucun consentement, quand il a administré un autre traitement que celui qui avait été accepté, quand il a réalisé que le patient ne comprenait absolument pas les implications de l'intervention et lorsqu'un autre médecin que celui qui était prévu est intervenu, à l'insu du patient.<sup>273</sup>

Deux Etats au moins maintiennent une position originale. La Pennsylvanie continue d'appliquer les principes du *tort* de *battery* aux actions intentées en matière de consentement.<sup>274</sup> Le régime est avantageux pour les patients, qui sont dispensés de rapporter la preuve d'un lien causal.<sup>275</sup> Il a toutefois la conséquence

<sup>266</sup> McCoid, 1957, p. 381ss.

<sup>267</sup> On parle de «reasonable standard of care»: voir en général Dugdale/Stanton, 1982; Jackson/Powell, 1982.

<sup>268</sup> Salgo v. Leland Stanford University Board of Trustees, 317 P.2d 170 (Cal. 1957).

<sup>269</sup> Natanson v. Kline, 350 P.2d 1093 (Kan. 1960); DiFilippo v. Preston, 173 A.2d 333 (Del. 1961); Schenker v. Binns, 466 N.F.2d 131 (Ma. 1984). Voir aussi Prosser, 1984, p. 190; Plant, 1978, p. 95; Plant, 1968, p. 648ss; Telf, 1985, p. 437ss.

<sup>270</sup> Dans le même sens, Recher, 1976/77, p. 701s.

<sup>271</sup> Un auteur propose justement l'octroi de dommages-intérêts punitifs pour assurer un meilleur respect de l'autonomie du patient: McClellan, 1982, p. 81ss.

<sup>272</sup> Par exemple l'Arizona et le Texas; voir les références in Andrews, 1984, p. 163ss.

<sup>273</sup> Cobbs v. Grant, 502 P.2d 1, 8 (Cal. 1972); Perna v. Pirozzi, 457 A.2d 431 (N.J. 1983); Pugsley v. Privette, 263 S.E.2d 69 (Va. 1980).

<sup>274</sup> Gray v. Grunnagle, 223 A.2d 663 (Pa. 1963); Cooper v. Roberts, 286 A.2d 647 (Pa. 1971); Sauro v. Shea, 390 A.2d 259 (Pa. 1978); Gallegor v. Felder, 478 A.2d 34 (Pa. 1984).

<sup>275</sup> Voir les critiques de Lynne Heckert, Informed consent in Pennsylvania—the need for a negligence standard, 28 Villanova Law Review 149 (1982), qui trouve la jurisprudence injuste pour les médecins et préconise l'adoption de la théorie de la *negligence*.

bizarre d'empêcher (contrairement à ce qui est admis dans les autres Etats<sup>276</sup>) le patient d'agir dans l'éventualité de préjudices causés par un médicament, au motif que le médecin n'a pas touché le corps du malade.<sup>277</sup>

De son côté, la Géorgie a toujours refusé de reconnaître au patient une cause d'action quand le médecin ne l'informe pas adéquatement. La jurisprudence affirme avec constance que «the informed consent doctrine is, however, not a viable principle of law in this State».<sup>278</sup> Aux termes de la législation géorgienne, le seul devoir du médecin est de dévoiler les grandes lignes du traitement.<sup>279</sup> Elles n'incluent ni ses risques ni ses alternatives. Le principe est applicable même à des procédures purement facultatives, telles que des stérilisations volontaires.<sup>280</sup> Une révision de la loi, visant à élargir l'information que le médecin doit fournir, a été discutée par le parlement de Géorgie en 1983.<sup>281</sup> Elle n'a, pour l'instant, pas abouti.

De nombreux auteurs ont proposé de changer le fondement de la responsabilité pour les défauts du consentement. Par exemple, Maldonado recommande un système de responsabilité causale; Halligan propose de se fonder davantage sur le *tort de deceit*; Riskin suggère une action nouvelle de nature hybride, où la preuve de la causalité serait facilitée.<sup>282</sup> De grands bouleversements ne doivent à mon sens pas être attendus prochainement de la part des juges ou des législateurs américains. Même si certains auteurs ont cru apercevoir dans la jurisprudence une évolution vers un système de responsabilité causale<sup>283</sup>, l'idée de faute n'est pas près de disparaître comme fondement de la responsabilité médicale.

Les tribunaux canadiens et anglais ont adopté une position analogue à celle qui prédomine aux Etats-Unis. Le fondement principal de l'action est donc le *tort de negligence*. Une action pour *battery* n'est admise qu'en l'absence totale de consentement<sup>284</sup>, comme dans les quelques affaires suivantes: un médecin ampute une main sans consentement<sup>285</sup>; un autre, passant outre aux objections du malade, lui injecte un anesthésique dans le bras<sup>286</sup>; un chirurgien opère le dos alors que le patient avait consenti à une intervention à l'orteil<sup>287</sup>; un jeune patient, entré à l'hôpital pour se faire enlever les amygdales, en ressort circoncis.<sup>288</sup>

<sup>276</sup> Sharp v. Pugh, 155 S.E.2d 108 (N.C. 1967); Marsh v. Arnold, 446 S.W.2d 949 (Tex. 1969); Hamilton v. Hardy, 549 P.2d 1099 (Colo. 1976); Perkins v. Windsor Hospital, 455 A.2d 810 (Vt. 1982); Harbeson v. Patke Davis, Inc., 746 F.2d 517 (9th Cir. 1984).

<sup>277</sup> Malloy v. Shanahan, 421 A.2d 803 (Pa. 1980).

<sup>278</sup> Hyles v. Cockrill, 312 S.E.2d 124 (Ga. 1983). Voir aussi Fox v. Cohen, 287 S.F.2d 272 (Ga. 1981); Butler v. Brown, 290 S.E.2d 293 (Ga. 1982); Simpson v. Dickson, 306 S.E.2d 404 (Ga. 1983); Holbrook v. Schatten, 299 S.E.2d 128 (Ga. 1983). En Angleterre, la Chambre des Lords vient d'énoncer le même principe dans Sidaway v. Bethlem Royal Hospital [1985] 1 All F.R. 643: «English law did not recognise the doctrine of informed consent.»

<sup>279</sup> Ga. Code Ann. § 88-2906 (Supp. 1984): «The general terms of treatment.»

<sup>280</sup> Robinson v. Parrish, 720 F.2d 1548 (11th Cir. 1983).

<sup>281</sup> Robert Berg, The great «informed consent» debate: should the disclosure of risks and alternatives by physicians be standard pre-operating procedure? 72 Journal of the Medical Association of Georgia 285 (1983).

<sup>282</sup> Maldonado, 1976, p. 609; Halligan, 1980, p. 9s, 25ss; Riskin, 1975, p. 580, 600ss. Sur la notion de *deceit*, voir Prosser, 1984, p. 728ss; Estate of Leach v. Shapiro, 469 N.E.2d 1047 (Ohio 1984).

<sup>283</sup> Notamment Burstein, 1975, p. 195ss; Meisel, 1977, p. 143ss, qui trouve le système dangereux; Simpson, 1981, p. 182s, qui émet des craintes pour l'autonomie du patient.

<sup>284</sup> Cela inclut le consentement à une autre intervention que celle pratiquée et le consentement obtenu par dol: voir notamment Somerville, 1981b, p. 742ss.

<sup>285</sup> Mulloy v. Hop Sang [1935] 1 W.W.R. 714.

<sup>286</sup> Allan v. Mount Sinai Hospital (1980) 109 D.L.R.3d 634.

<sup>287</sup> Schweizer v. Central Hospital (1974) 53 D.L.R.3d 494.

<sup>288</sup> Affaire citée par Bristow, J. in Chatterton v. Gerson [1981] 1 All E.R. 257, 265 (Q.B.D.).

La Cour suprême canadienne a jugé en 1980 que le patient doit agir pour *negligence* quand il a consenti à un acte médical du genre de celui qui a été effectué.<sup>289</sup> Elle motiva son opinion ainsi: « Je ne comprends pas comment on peut dire que le consentement était vicié par la non-communication des risques au point de faire de l'opération ou d'un autre traitement une atteinte non justifiée, non consentie et intentionnelle à l'intégrité physique du patient. (...) Le défaut d'information sur les risques existants, aussi grave soit-il, devrait être jugé pour *negligence* plutôt que pour *battery*. »<sup>290</sup>

De même en Angleterre, la Cour d'appel a jugé que seule l'action pour *negligence* était ouverte lorsque le patient « is informed in broad terms of the nature of the procedure ». <sup>291</sup> Cette position vient d'être confirmée dans un arrêt faitier, *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital*<sup>292</sup>, dont les considérants attestent le poids des préoccupations de politique juridique.

### § 4.3 La faute

#### A. La notion et la mesure de la faute

La responsabilité du médecin a deux sources distinctes: la violation des règles de l'art et la violation de l'obligation de recueillir le consentement éclairé. Par là, on veut assurer à la fois la qualité technique et scientifique des soins et leur validité éthique et humaine. Dans le premier cas, la faute est concrète et se traduit le plus souvent par un résultat tangible: par exemple, les rayons X, mal dosés, causent des brûlures. Dans le second, elle est en quelque sorte abstraite, sans suite matérielle directe: le défaut d'information ne lèse évidemment pas l'intégrité physique. Il faut alors déterminer si cette différence justifie l'adoption de critères distincts pour mesurer la responsabilité.

La violation des règles de l'art médical se présente sous deux formes principales: soit le praticien s'écarte sans justification du traitement consacré, soit il applique la thérapie appropriée, mais de manière imprudente ou négligente.

Quelle que soit l'hypothèse, la responsabilité est toujours évaluée par rapport à la notion clef du médecin raisonnable, prudent, diligent, nanti d'une expérience et de connaissances moyennes.<sup>293</sup> Cette figure juridique du médecin-type dérive de l'ancienne notion de *bonus pater familias* dégagée par les jurisconsultes romains. Elle est objective et abstraite, en ce sens que les circonstances personnelles au médecin en cause (qualités et défauts individuels, surmenage passager, etc.) ne

<sup>289</sup> *Reibl v. Hughes* (1980) 114 D.L.R.3d 1, 10 per Laskin, CJ: « An act of the general nature which is performed by the defendant. »

<sup>290</sup> *Ibidem*; voir aussi *Hopp v. Lepp* (1980) 112 D.L.R.3d 67 (S.C.C.).

<sup>291</sup> *Chatterton v. Gerson* [1981] 1 All E.R. 257, 265 (Q.B.D.). Le juge Bristow ajoute: « It would be very much against the interests of justice if actions which are really based on a failure by the doctor to perform his duty adequately to inform were pleaded in trespass », partageant ainsi les soucis des juges américains.

<sup>292</sup> [1984] 1 All E.R. 1018, 1026, per Sir John Donaldson, MR; 1029, per Dunn, L.J.; 1032, per Browne-Wilkinson, L.J. Voir l'excellent commentaire de Kennedy, 1984, p. 454ss. L'arrêt de la Cour d'appel a été confirmé par la Chambre des Lords: [1985] 1 All E.R. 643.

<sup>293</sup> Le médecin-type est défini en des termes très proches dans tous les pays étudiés: voir Zepos/Christodoulou, 1978, p. 14ss; Giesen, 1981, p. 162s; Grossen/Guillot, *supra* note 63, p. 7ss.

son en principe pas prises en considération.<sup>294</sup> Elle n'est toutefois pas une abstraction pure, mais une figure dynamique, qui varie dans le temps, dans l'espace et selon la nature particulière de l'affaire.<sup>295</sup> Des experts appelés à exposer les canons de la profession la précisent dans chaque cas. Mais le critère est normatif: il exprime ce que les médecins devraient raisonnablement faire, et non pas ce qu'ils font en pratique.<sup>296</sup> En d'autres termes, le juge se réserve le droit de dire que les usages de la profession, en général déterminants, manquent, dans un cas particulier, de la sagesse ou de la prudence nécessaires.

Les tribunaux (qu'ils soient suisses, américains, allemands, anglais, français ou canadiens<sup>297</sup>) se demandent donc comment aurait agi le modèle légal du médecin moyen s'il avait été confronté aux mêmes circonstances que le médecin en cause. Cette comparaison se trouve au cœur de l'appréciation de la responsabilité. La jurisprudence en a déduit de nombreuses règles particulières, dont voici quelques exemples: le spécialiste est tenu à un plus haut degré de compétence et de connaissances que le généraliste<sup>298</sup>; le praticien doit se tenir au courant des développements de sa discipline<sup>299</sup>; le généraliste est tenu d'adresser le patient à un spécialiste quand le traitement dépasse ses propres compétences<sup>300</sup>; le médecin ne répond pas d'erreurs dont les conséquences dommageables n'étaient pas encore connues à l'époque.<sup>301</sup>

Le médecin peut violer de deux manières aussi son devoir de recueillir le consentement éclairé: soit il omet d'obtenir l'accord du patient, soit il ne l'informe pas de manière suffisante.

Les cas où le médecin néglige complètement d'obtenir le consentement ou pratique une autre intervention que prévu ne posent à vrai dire guère de problèmes. La faute est évidente puisque le consentement est en principe toujours nécessaire.<sup>302</sup> Le médecin ne pourrait s'exonérer qu'en établissant des circonstances exceptionnelles qui l'habilitaient à intervenir, par exemple une situation d'urgence.

<sup>294</sup> Cuendet, 1970, p. 95; Loeffler, 1945, p. 50ss; pour des éléments de droit comparé, Zepos/Christodoulou, 1978, p. 16ss.

<sup>295</sup> Cuendet, 1970, p. 92; Pharaon, 1961, p. 61; Ney, 1979, p. 157.

<sup>296</sup> Ney, 1979, p. 156; Cuendet, 1970, p. 90ss; Cass. civ., 1<sup>er</sup> juillet 1958, D. 1958 J. 600; Gates v. Jensen, 595 P.2d 919 (Wash. 1979); Townsend v. Kiracoff, 545 F.Supp. 465 (Colo. 1982) Zepos/Christodoulou, 1978, p. 18s.

<sup>297</sup> Cuendet, 1970, p. 92; Shikret v. Annapolis Emergency Hospital Assoc., 349 A.2d 245 (Md. 1975); OLG Celle, VersR 1977 258; Bolam v. Friern H.M.C. [1957] 2 All E.R. 118 (Q.B.D.); Philippe Le Tourneau, La responsabilité civile, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1982, § 1390, p. 442; Badger v. Surkan (1973) 32 D.L.R.3d 216 (Sask. C.A.).

<sup>298</sup> ATF 64 II 205; ATF 66 II 34; Connelly v. Katz, 689 P.2d 728 (Colo. 1984); Scarano v. Schnoor, 323 P.2d 178 (Cal. 1958); BGH, VersR 1979 376; Hucks v. Gole (1968) 118 New Law Journal 469 (C.A.); Cass. civ., 25 mars 1968, Bull. 1968 I 186; Kapur v. Marshall (1978) 85 D.L.R.3d 566 (Ont. H.C.).

<sup>299</sup> ATF 66 II 34; ATF 70 II 207; Cummings v. Fondak, 122 Misc.2d 913 (N.Y. 1983); BGH, VersR 1978 542; Bolam v. Friern H.M.C. [1957] 2 All E.R. 118 (Q.B.D.); Toulouse, 26 mai 1939, Gaz. Pal. 1940 J. 61; McCormick v. Marcotte (1971) S.C.R. 18.

<sup>300</sup> ATF 67 II 23; Seneris v. Haas, 291 P.2d 915 (Cal. 1955); Derr v. Bonney, 231 P.2d 637 (Wash. 1951); RG, JW 1938 2203; Cass. civ., 8 juillet 1980, Bull. 1980 I n° 210; Vail v. McDonald (1976) 66 D.L.R.3d 530 (S.C.C.).

<sup>301</sup> ATF 64 II 205; ATF 93 II 21; Shack v. Holland, 389 N.Y.S.2d 988 (N.Y. 1976); BGH, NJW 1975 2245; Roe v. Minister of Health [1954] 2 Q.B. 66 (Q.B.D.); Trib. civ. Nantes, 20 janvier 1925, Gaz. Pal. 1925 J. 553; McLean v. Weir (1977) 5 W.W.R. 609 (B.C.S.C.).

<sup>302</sup> RSJ 68 (1972) n° 177, p. 311 (TC Vaud): vasectomie pratiquée au lieu d'une autre intervention; Trib. civ. Seine, 25 janvier 1949, Gaz. Pal. 1949 J. 217; chirurgien opère la fausse hanche; Paris, 22 février 1943, cité in Penneau, 1977, p. 57: dentiste arrache la fausse canine.

La responsabilité pour le défaut d'information a en revanche donné lieu à d'abondantes controverses. Trois critères ont en effet été avancés pour mesurer l'étendue de l'information due au patient. Sans doute par analogie avec le principe qui gouverne la responsabilité pour faute technique, un premier courant<sup>303</sup> a estimé que le médecin devait dévoiler au patient ce que révélerait le *médecin-type* façonné par la théorie juridique. On retrouve donc le critère abstrait, objectif et normatif défini précédemment. Il s'appuie toujours sur les usages de la profession (sauf lorsqu'ils sont contraires à la prudence ou à la diligence élémentaires) et requiert par conséquent l'avis d'experts. Il s'agit là pour le patient d'un obstacle sérieux, qui devient insurmontable quand une poignée seulement de spécialistes pratiquent l'intervention en cause.<sup>304</sup>

Ce critère «professionnel», reflet du paternalisme médical, se heurte à une objection bien plus fondamentale. Pour être authentique, le choix du malade, expression directe du droit à l'autodétermination, doit reposer sur toutes les données qui ont une signification pour lui personnellement. C'est pourquoi un deuxième courant<sup>305</sup> a prétendu que le médecin ne devait pas se contenter de dévoiler ce que le médecin-modèle révélerait. Au contraire, le praticien doit fournir tout renseignement de nature à influencer la décision du patient, considéré dans son *individualité*. Selon cette optique subjective, l'étendue de l'information n'est plus à établir par expert, mais dépend de la personnalité de chaque patient.

Cette solution paraît seule compatible avec le respect total de l'autonomie du patient. Aux yeux de certains, elle est cependant inéquitable pour le médecin, puisque le témoignage du malade, peut-être teinté de sentiments d'amertume ou de revanche, prend une importance capitale. C'est l'une des raisons pour lesquelles un troisième courant<sup>306</sup> a retenu une solution intermédiaire. Celle-ci consiste à exiger la révélation de tous les éléments d'information pertinents pour la décision

<sup>303</sup> Ce courant est, chronologiquement, le premier aux Etats-Unis, dès *Natanson v. Kline*, 350 P.2d 1093 (Kan. 1960). Peu d'auteurs le soutiennent (voir par exemple *Plant*, 1978), mais une majorité des juridictions américaines le suit aujourd'hui encore: voir des détails *infra*, p. 133 et note 179. C'est aussi la position de la jurisprudence anglaise: *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All E.R. 118 (Q.B.D.); *Chatterton v. Gerson* [1981] 1 All E.R. 257 (Q.B.D.); *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital* [1984] 1 All E.R. 1018 (C.A.), [1985] 1 All E.R. 643 (H.L.).

<sup>304</sup> Pour des illustrations frappantes, voir *Gaston v. Hunter*, 588 P.2d 326 (Ariz. 1978); *Llera v. Wisner*, 557 P.2d 805 (Mont. 1976); *Ritz v. Florida Patients Compensation Fund*, 436 So.2d 987 (Fla. 1983).

<sup>305</sup> Cette position est prônée par plusieurs auteurs américains: *Capron*, 1974; *Seidelson*, 1976; *Katz*, 1977; *Trichter/Lewis*, 1981 notamment. Elle n'a toutefois été adoptée que par une juridiction aux Etats-Unis, l'Oklahoma: *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979). Voir à ce sujet *Karen Ivy, Medical malpractice: a subjective approach to informed consent in Oklahoma*, 15 *Tulsa Law Journal* 665 (1980).

<sup>306</sup> C'est la solution retenue par un nombre croissant de juridictions américaines, suite à *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972). Pour des détails, voir *infra*, p. 134 et note 180. C'est essentiellement la position de la jurisprudence canadienne aussi: voir *Hopp v. Lepp* (1980) 112 D.L.R.3d 67 (S.C.C.); *Reibl v. Hughes* (1980) 114 D.L.R.3d 1 (S.C.C.); *White v. Turner* (1981) 120 D.L.R.3d 269 (Ont. H.C.). La situation est moins claire dans les pays d'Europe continentale, où la question n'est du reste pas posée tout à fait dans les mêmes termes. La jurisprudence allemande retient en général des solutions qui préservent l'autonomie individuelle, en dépit d'allusions à la notion de «verständiger Patient»: voir notamment *Giesen*, 1983, p. 62 et ses références, et, pour des détails, *infra*, p. 130. La France comme la Suisse mettent l'accent sur l'obligation du médecin de mettre le patient à même de consentir en toute connaissance de cause. Les tribunaux parlent d'«information simple, intelligible et loyale»: ATF 105 II 284, 288; *Cass. civ.*, 5 mai 1981, *Gaz. Pal.* 1981 Panor. 352. La jurisprudence française insiste particulièrement sur des critères de raison; on peut penser que dans les deux pays, c'est le critère du patient raisonnable qui serait retenu, en dépit de la place accordée aux usages de la profession médicale. Voir des développements *infra*, p. 128ss, 131.

d'un *patient raisonnable*. Le juge doit déterminer quelles informations sont susceptibles d'influencer le choix d'un patient-modèle, raisonnable, avisé, aux réactions normales et à l'intelligence moyenne. (Cette figure juridique, abstraite et objective, est en somme le pendant de celle du médecin-type.) Il ne s'occupe pas de l'individu en cause, avec ses craintes, ses aspirations, ses phobies, en bref avec sa constitution psychologique propre et unique. Comme la précédente, la troisième optique épargne au patient l'écueil de la preuve par expertise. Mais elle ne concrétise pas le droit à l'autodétermination. Elle s'est dégagée du paternalisme médical, mais elle risque d'instaurer un paternalisme judiciaire!

La question de la faute, qui se confond en grande partie avec la délimitation du devoir d'informer, est l'une des plus importantes et des plus délicates à résoudre. Elle sera reprise et développée dans la seconde partie de ce travail.

## B. La preuve de la faute

### a) En cas de faute technique

Bien souvent, la répartition du fardeau de la preuve est l'élément décisif des procès en responsabilité médicale.<sup>307</sup> En cas de faute technique, le lésé doit établir l'inobservation d'une règle de l'art (*Kunstfehler*), le dommage et le lien de causalité.<sup>308</sup> En droit suisse, il s'agit d'une altération du fardeau normal de la preuve dans l'action contractuelle. Dans un arrêt de 1958, la Cour de justice de Genève le soulignait en ces termes: «La jurisprudence a, au profit des médecins, atténué la rigueur du principe légal en imposant en fait au patient non seulement la preuve de l'existence d'un lien de causalité adéquat entre le traitement médical et la lésion mais encore la preuve de l'existence d'une faute dans le traitement, au lieu de se borner, le lien de causalité étant établi, à autoriser le médecin à fournir une preuve libératoire.»<sup>309</sup>

Cette solution constitue un handicap indéniable pour le lésé. Il se heurte principalement à des obstacles de deux ordres:

1° La difficulté de rapporter de façon directe et incontestable la preuve de la faute médicale. Le patient est en général un profane; de toute manière, il est souvent sous anesthésie générale au moment des faits. Les témoins sont difficiles à trouver: soit le traitement s'est effectué en l'absence de tiers, soit il est pratiqué en équipe, et les participants se tiennent à une discrétion absolue sur les événements qui ont pu se passer. En outre, le cours détaillé de l'intervention n'est pas systématiquement rapporté dans le dossier médical (auquel le patient n'a pas facilement accès.) On ne doit en tout cas pas s'attendre à ce que la négligence de l'auteur même du dossier y soit mentionnée.<sup>310</sup>

2° La nécessité de l'expertise pour établir les manquements du médecin. Pas plus que le patient, le juge n'a ordinairement les connaissances nécessaires pour les apprécier. Or, les experts font souvent preuve d'une solidarité excessive à l'égard de leurs collègues. Tunc affirme par exemple que des médecins lui ont avoué qu'ils estimaient de leur devoir d'aboutir à des conclusions favorables à leurs

<sup>307</sup> Voir en général D. Franzki, 1982; De Lousanoff, 1982; H. Franzki, 1984.

<sup>308</sup> ATF 105 II 284, 285s. Il en va de même en droit étranger: Giesen, 1981, p. 259ss, note 900.

<sup>309</sup> SJ 80 (1958) 475, 484.

<sup>310</sup> Voir aussi Ney, 1979, p. 227ss; Zepos/Christodoulou, 1978, p. 28s.

confrères.<sup>311</sup> Certes, le tribunal peut s'écarter de l'opinion des experts.<sup>312</sup> Mais le principe de la libre appréciation des preuves est trop théorique pour corriger efficacement la situation: en pratique, le juge ne s'écarte des conclusions de l'expert que si elles heurtent manifestement le sens commun ou le sens de l'équité, ce qui arrive rarement.

Reconnaissant la position délicate du patient, les tribunaux ont cherché à atténuer parfois la sévérité des règles de preuve, afin de placer les deux parties sur un pied d'égalité.<sup>313</sup> En Suisse, en Allemagne, en France comme en Angleterre, au Canada et aux Etats-Unis, le patient peut bénéficier d'un allègement du fardeau de la preuve. En principe, le simple échec n'est pas une indication suffisante de la faute.<sup>314</sup> Toutefois, quand il apparaît que le médecin ne peut pas ne pas avoir commis de faute (en raison notamment de la nature du dommage survenu), le juge peut se contenter de cet indice pour admettre la responsabilité. Il est bien sûr toujours loisible au médecin de démontrer que, contrairement aux apparences, il n'a en l'espèce commis aucune faute.

Un tel raisonnement a été occasionnellement tenu en Suisse. Un chirurgien avait ligaturé la carotide au lieu de l'artère thyroïdienne lors d'une opération du goitre. Le Tribunal fédéral en déduisit qu'il n'avait pas agi avec la diligence voulue et ajouta: «Dans ce cas, le fardeau de la preuve se déplace, et la présomption de négligence qui pèse sur le défendeur ne peut être détruite que s'il établit que, vu les circonstances particulières du cas, sa méprise ne lui est pas imputable à faute».<sup>315</sup> Les juges avaient raisonné de manière identique dans une affaire où le médecin avait oublié un tampon dans la plaie à l'issue d'une opération du goitre.<sup>316</sup>

<sup>311</sup> Tunc, *supra* note 258, 1966, p. 29. En Allemagne, le juge fédéral W. Dünz, 1974, p. 16, note aussi la partialité des médecins-experts; voir aussi BGH, NJW 1975 1463. A long terme, cette attitude sera à mon sens néfaste au corps médical. La crédibilité des experts ne cessera de diminuer et les juges auront tendance, ne serait-ce que par réaction, à prendre des conclusions opposées. Les Américains parlent de «conspiracy of the silence»: Salgo v. Leland Stanford University, 159 Cal. App.2d 560, 568 (Cal. 1957); Kapuchinsky v. United States, 248 F.Supp. 732, 744 (S.C. 1966); Winkjer v. Herr, 277 N.W.2d 579 (N.D. 1979); Melvin Belli, An ancient therapy still applied. The silent medical treatment, 1 Villanova Law Review 250 (1956); David Armstrong, Medical malpractice—The «locality rule» and the «conspiracy of silence», 22 Southern California Law Review 810 (1970). Dans Hoffman v. Lindquist, 234 P.2d 34, 46 (Cal. 1951), l'un des juges déclarait dans son opinion dissidente: «Anyone familiar with cases of this character knows that the so-called ethical practitioner will not testify on behalf of a plaintiff regardless of the merits of his case. This is largely due to the pressure exerted by medical societies and public liability insurance companies. (...) The plaintiff is relegated, for his expert testimony, to the occasional lone wolf or heroic soul, who, for the sake of truth and justice has the courage to run the risk of ostracism by his fellow practitioners and the cancellation of his public liability insurance policy.» La situation s'est améliorée depuis lors. A en juger par les annonces dans certaines revues (par exemple Trial, mai 1983, p. 122ss), il y aurait aujourd'hui quelques meutes de loups ou un regain d'héroïsme!

<sup>312</sup> Ney, 1979, p. 231ss; ATF 70 II 207, 209; Louis Mélenec, Jean Sicard, Traité de droit médical, tome 7: L'expertise médicale — Le médecin devant la justice, Paris, 1981, p. 41.

<sup>313</sup> Les Allemands parlent de *Waffengleichheit*: voir notamment H. et D. Franzki, *Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess*, NJW 1975 2225ss; BGH, NJW 1984 1823.

<sup>314</sup> Ney, 1979, p. 163; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 115; Cass. civ., 13 juillet 1949, D. 1949 J. 423; BGH, NJW 1972 1102; BGH, VersR 1978 542; Crawford v. Anagnostopoulos, 387 N.E.2d 1064 (Ill. 1979); Cohen v. United States, 540 F.Supp. 1175 (Tex. 1982); Todd v. United States, 570 F.Supp. 670 (S.C. 1983); Hucks v. Cole (1968) 118 New Law Journal 469 (C.A.); Whitehouse v. Jordan [1980] 1 All E.R. 650 (C.A.), [1981] 1 All E.R. 267 (H.L.); Holmes v. Board of Hospital Trustees of City of London (1978) 81 D.L.R.3d 67 (Ont. H.C.)

<sup>315</sup> ATF 70 II 207, 211 (c'était une action délictuelle). Les experts parlaient d'un «fait très regrettable» qu'on «ne saurait qualifier d'omission de faute professionnelle» (p. 209).

<sup>316</sup> ATF 30 II 304. Voir aussi deux cas analogues: RSJB 74 (1938) p. 286ss (Cout d'appel, Berne); BIZR 71 (1972) p. 329 n° 110 (OG Zurich; affaire pénale).

La Cour de justice de Genève a suivi la même démarche dans le cas d'un médecin qui avait fait des applications excessives de rayons X sur les mains d'une jeune pianiste souffrant d'excès de transpiration. Les brûlures consécutives lui interdisaient définitivement toute activité manuelle, en particulier l'exercice de son art. La Cour a retenu la responsabilité du praticien, car il n'était pas parvenu à prouver l'absence de faute.<sup>317</sup> Plus récemment, l'*Obergericht* de Zurich a adopté aussi ce point de vue. Pour soigner des varices, un médecin décide d'injecter un produit nécrosant. Il manque la veine à détruire, mais pique l'artère tibiale postérieure, ce qui nécessite par la suite l'amputation du pied droit. Le tribunal a admis que le médecin n'avait pas rempli convenablement ses obligations contractuelles et il a exigé de sa part la preuve libératoire de l'absence de faute. Les juges en ont profité pour plaider en faveur de l'application uniforme des règles de preuve qui découlent de l'article 97 CO aux médecins comme aux autres professions libérales.<sup>318</sup>

En France, la responsabilité médicale est, faut-il le rappeler, uniquement contractuelle et le médecin est tenu à une obligation de moyens. Il appartient au patient d'établir les manquements du médecin.<sup>319</sup> Mais les tribunaux ont parfois tempéré la règle en recourant à la notion de *faute virtuelle*.<sup>320</sup> Selon cette théorie, la négligence est présumée lorsque les circonstances (spécialement le résultat) font clairement apparaître que le médecin a dû être négligent. Il lui incombe alors de démontrer que les apparences sont trompeuses et qu'il n'a commis aucune faute.<sup>321</sup>

D'importants développements sont survenus en Allemagne<sup>322</sup>, où les tribunaux ont adopté une attitude plus pragmatique et plus flexible. Insistant sur le droit constitutionnel du patient à être mis sur un pied d'égalité avec la partie adverse, ils lui ont accordé un allègement, voire un renversement du fardeau de la preuve.<sup>323</sup> Le patient doit avancer les faits qui établissent, *prima facie*, la responsabilité du médecin. Celui-ci peut faire valoir tous moyens pour ébranler la

<sup>317</sup> SJ 80 (1958) 475, 484: «Lorsqu'une circonstance est établie qui dans la règle, implique une faute du médecin ou de ses auxiliaires, ce serait aggraver à l'excès le fardeau de la preuve mis à la charge du patient que d'exiger qu'il prouve comment s'est produit le fait qui est à l'origine du dommage. C'est au médecin d'apporter la preuve libératoire et d'établir qu'un fait qui, dans la règle, implique une faute dont il doit répondre, ne lui est, dans le cas particulier, pas imputable à faute.»

<sup>318</sup> BIZR 78 (1979) p. 202 n° 83. L'arrêt suscita quelques réactions en doctrine: voir en particulier Ralph Steyert, Zur Haftung des Arztes. Kritische Bemerkungen zum Fatscheid des Zürcher Obergerichts vom 15. Februar 1979, RSJ 77 (1981) p. 109 et la réponse de Atlay Ileri, Zur Haftung des Arztes. Eine Entgegnung, RSJ 77 (1981) p. 333. Voir aussi RSJ 79 (1983) p. 376 n° 65 (Bezirksgericht Zurich).

<sup>319</sup> Savatier/Auby/Savatier/Péguignot, 1956, p. 290; Penneau, 1977, p. 132; Harichaux-Ramu, 1984, Fasc. 440-1, n° 43ss, p. 9s. Si le médecin était tenu à une obligation de résultat, il y aurait une présomption de faute en cas d'échec.

<sup>320</sup> En particulier Penneau, 1977, p. 77, 133 et ses références. La Cour de cassation semble toutefois assez réticente.

<sup>321</sup> Penneau, 1977, p. 80. C'est pourquoi des auteurs ont parlé de glissade vers l'obligation de résultat: P. Matlin, Le danger: la «glissade» vers l'obligation de résultat, 2<sup>e</sup> Congrès international de morale médicale, 1966, tome II, p. 301ss; Boyer-Chammard/Monzein, 1974, p. 82.

<sup>322</sup> Ils ont suscité une littérature abondante: voir notamment Rolf Strürmer, Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozess, NJW 1979 1225; Gottfried Baumgärtel, Das Wechselspiel der Beweisverteilung im Arzthaftungsprozess, in Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, Munich, 1980, p. 93ss; Kesselring, 1981; Dieter Giesen, Arzthaftungsrecht im Umbruch (III): Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung seit 1974, 37 JZ 448 (1982); D. Franzki, 1982; De Lousanoff, 1982; H. Franzki, 1984.

<sup>323</sup> «Beweiserleichterungen, die bis zur Umkehr gehen können»: voir en particulier BGH, NJW 1978 2337.

conviction initiale du juge. S'il y réussit, il appartient au patient de prouver définitivement la négligence. Parfois, les juges vont plus loin et renversent complètement le fardeau. Selon le *Bundesgerichtshof*, le renversement peut être justifié dans trois hypothèses. Premièrement, quand le médecin a commis une faute grave qui entraîne généralement le type de préjudice subi par le patient.<sup>324</sup> L'oubli de corps étrangers dans l'organisme à l'issue de l'opération en est une illustration.<sup>325</sup> Deuxièmement, quand le médecin empêche ou rend difficile à l'excès l'administration de la preuve. Il ne tient par exemple pas convenablement le dossier médical.<sup>326</sup> Enfin, lorsque le tribunal estime qu'il doit en être ainsi pour d'impératives raisons d'équité.<sup>327</sup> Mais il faut souligner qu'il n'y a aucun automatisme dans l'application de ces principes.

Les pays de *common law* n'ont pas échappé à la tendance de faciliter la preuve exigée du patient. Les tribunaux anglais, canadiens (y compris ceux du Québec<sup>328</sup>) et de la plupart des États américains<sup>329</sup> ont admis l'application de la règle *res ipsa loquitur* dans les procès en responsabilité médicale.<sup>330</sup> Pour invoquer la règle avec succès, le demandeur doit en principe établir trois éléments: le préjudice subi n'arrive pas, selon la connaissance que chacun a du cours ordinaire des choses, sans négligence de quelqu'un; l'agent ou l'instrument causal était sous le contrôle exclusif du défendeur; le lésé n'a pas contribué à la survenance du dommage.<sup>331</sup>

<sup>324</sup> BGH, NJW 1978 2337; BGH, VersR 1978 764; BGH, NJW 1979 1933; BGH, NJW 1983 2080; OLG Celle, VersR 1976 1178.

<sup>325</sup> Par exemple BGH, 13 décembre 1951, BGHZ 4, 138.

<sup>326</sup> En omettant de le tenir, en l'altérant ou en le détruisant. Voit BGH, NJW 1978 2337; OLG Karlsruhe, VersR 1978 549.

<sup>327</sup> BGH, NJW 1978 2337. La jurisprudence très souple du BGH a été approuvée par le BVerfG dans un arrêt du 25 juillet 1979, NJW 1979 1925. Le BGH en a ensuite pris acte: BGH, VersR 1980 428. Selon Dunz, juge au BGH, cité in Giesen, 1981, p. 390, note 947, les réticences du BGH à renverser, à titre général, le fardeau de la preuve pourraient s'estomper à cause de l'attitude des experts qui blanchissent trop systématiquement leurs collègues.

<sup>328</sup> On sait que le Québec est une enclave de droit écrit au sein de la *common law*, à laquelle ressortit la règle *res ipsa loquitur*. Voir Elder c. King (1957) Que. C.B.R. 87 (Cour d'appel); Mellen c. Dr. X (1957) Que. C.B.R. 389 (Cour d'appel); Azard, 1958, p. 275s.

<sup>329</sup> La règle n'est pas admise dans tous les États: la Floride l'a exclue par législation, l'Alabama la refuse en matière de responsabilité médicale, la Caroline du Sud ne la reconnaît pas jurisprudentiellement [Todd v. United States, 570 F.Supp. 670 (S.C. 1983)]. Pour des détails, voir Prosser, 1984, p. 256ss; Hirsh/Shapiro/Lustig, 1984, p. 428; Thomas Eaton, *Res ipsa loquitur* and medical malpractice in Georgia: a reassessment, 17 Georgia Law Review 33 (1982).

<sup>330</sup> Voir en général les auteurs cités par D. Franzki, 1982, p. 187ss, auxquels on peut ajouter Hirsh/Shapiro/Lustig, 1984, p. 410ss; Roger Johnson, *Medical malpractice. Doctrines of res ipsa loquitur and informed consent*, 37 University of Colorado Law Review 182 (1965); C.A. Wright, *Res ipsa loquitur*, in *Studies in Canadian tort law*, Toronto, 1968, p. 41; P.S. Atiyah, *Res ipsa loquitur* in England and Australia, 35 M.L.R. 337 (1972). La règle a suscité des commentaires parfois acerbes. Ainsi, Lord Shaw déclarait-il dans Baillard v. N.B.Ry. (1923) S.C. 43, 56: «If it had not been in Latin, nobody would have called it a principle!» Un juge américain lui fait écho: «It adds nothing to the law, has no meaning which is not more clearly expressed for us in English, and brings confusion to our legal discussions. It does not represent a doctrine, is not a legal maxim, and is not a rule»: Bond, C.J., dissenting in *Potomac Edison Co. v. Johnson*, 152 A. 633 (Md. 1930).

<sup>331</sup> Prosser, 1984, p. 244; Warnick v. Giron, 290 N.W.2d 166 (Minn. 1980); Walski v. Tiesenga, 381 N.E.2d 279 (Ill. 1978); Jones v. Harrisburg Polyclinic Hospital, 437 A.2d 1134 (Pa. 1981); Lemke v. United States, 557 F.Supp. 1205 (N.D. 1983); Guebard v. Jabaay, 452 N.E.2d 751 (Ill. 1983); Martel v. Hotel-Dieu Sr-Valier (1969) 14 D.L.R.3d 445 (S.C.C.); Zimmet v. Ringrose (1979) 89 D.L.R.3d 646 (Alta. S.C.); Mahon v. Osborne [1939] 1 All E.R. 535 (C.A.); Cassidy v. Ministry of Health [1951] 1 All E.R. 574 (C.A.).

La règle fut par exemple appliquée dans une affaire où un linge d'environ 80 centimètres sur 45 (!) avait été oublié dans l'abdomen.<sup>332</sup> Elle est en revanche exclue dans l'hypothèse d'erreur de diagnostic ou de choix d'un traitement inapproprié, parce qu'il s'agit d'une appréciation purement médicale. Sa portée est en outre atténuée par deux principes communément appelés *calculated risk rule* et *bad result rule*.<sup>333</sup> Le premier signifie que la survenance d'un risque connu inhérent au traitement n'autorise pas à présumer la faute. Le second pose qu'un échec ou un mauvais résultat ne suffit pas pour conclure à la faute quand il pouvait arriver même si le médecin faisait preuve de toute la diligence requise. Encore faut-il préciser qu'il n'existe aucune règle absolue qui définirait le champ d'application exact de la maxime *res ipsa loquitur*. Les juges disposent donc d'une grande marge d'appréciation.<sup>334</sup>

L'affaire suivante en est une bonne illustration. Suite à une mammectomie droite, une patiente consulte un chirurgien pour la pose d'une prothèse. En moins d'un an, il procède à cinq opérations successives, qui échouent toutes du fait que la taille ou l'emplacement de la prothèse est manifestement inapproprié. L'expert entendu déclare que la conduite du chirurgien est «within the acceptable realm of their profession». Le premier juge refuse donc d'y voir une présomption de faute, lors même qu'un second chirurgien a obtenu entre-temps un excellent résultat du premier coup. En appel, la décision est cassée, et le chirurgien condamné.<sup>335</sup>

L'effet de la règle *res ipsa loquitur* varie suivant les juridictions. Dans la majorité des Etats américains<sup>337</sup> et au Canada<sup>338</sup>, elle permet simplement au juge de présumer la négligence du médecin. Mais si, à l'issue de l'administration des preuves, il n'est pas convaincu de la négligence, il doit rejeter l'action du patient. Le doute profite en somme au médecin. Les tribunaux anglais en revanche<sup>339</sup>, suivis par quelques

<sup>332</sup> Jefferson v. United States, 77 F.Supp. 706 (Md. 1948), aff'd 178 F.2d 518 (4th Cir. 1949), aff'd 340 U.S. 135 (1950). Pour des affaires du même genre (appelées «foreign body cases»), voir Smith v. Graves, 672 S.W.2d 787 (Tenn. 1984); Martin v. Amboy General Hospital, 250 A.2d 40 (N.J. 1969); Funk v. Bonham, 183 N.E. 312 (Ind. 1932) où la cour déclara: «A surgeon is charged, as a matter of law, with the duty to remove sponges used in the operation, which sponges will not be of use in the abdomen after the operation»; Dryden v. Surrey C.C. [1936] 2 All E.R. 535 (K.B.D.); Elder v. King (1957) Que. C.B.R. 87 (Cour d'appel). Voir enfin les cas rapportés par Zezos/Christodoulou, 1978, p. 27 note 255 et par Joseph Askew, Foreign objects and doctor's liability, 3 North Carolina Central Law Journal 185 (1971).

<sup>333</sup> Le premier fut créé par la Cour suprême de Californie dans Farber v. Olkon, 254 P.2d 520 (Cal. 1953). Le second le fut par la Cour suprême du Tennessee dans Butler v. Molinski, 277 S.W.2d 448 (Tenn. 1955). Voir par exemple Silverson v. Weber, 372 P.2d 97 (Cal. 1962).

<sup>334</sup> Ils paraissent n'utiliser la règle qu'avec circonspection. Hirsh/Shapiro/Lustig, 1984, p. 428, notent aussi qu'elle a été sévèrement restreinte au cours de la dernière décennie et concluent: «If it is supposed to speak for plaintiffs in malpractice cases, it does so in a whisper.»

<sup>335</sup> Toppino v. Herhahn, 673 P.2d 1318 (N.M. 1983).

<sup>336</sup> Toppino v. Herhahn, 673 P.2d 1297 (N.M. 1983). La cour d'appel adopta l'opinion dissidente d'un des premiers juges, qui estimait que chacun se rendait compte «that a surgeon does not place a breast implant almost under the arm, or inches above or below the line of the remaining breast, nor does he balance a grapefruit on one side with a lemon or a deflated balloon on the other» (p. 1323).

<sup>337</sup> William Prosser, *Res ipsa loquitur* in California, in Selected topics of the law of torts, Ann Arbor, 1953, p. 302ss; Fleming, 1983, p. 296; Zezos/Christodoulou, 1978, p. 29.

<sup>338</sup> Wright, *supra* note 330, p. 41ss; Fleming, 1983, p. 296; Temple v. Terrace Co. (1966) 57 D.L.R.2d 631.

<sup>339</sup> Henderson v. Jenkins & Sons [1970] A.C. 282 (H.L.). La question est toutefois controversée: voir Salmond and Heuston on the Law of torts, 18<sup>e</sup> éd. par R.F.V. Heuston et R.S. Chambers, Londres, 1981, p. 225s. Pour le tour de la question, voir Fleming, 1983, p. 298s. Voir aussi Clark v. McLennan

juridictions américaines<sup>340</sup>, voient dans cette règle un véritable *renversement* du fardeau de la preuve. Si le médecin ne parvient pas à prouver l'absence de faute, il est tenu pour responsable: le doute profite au patient.

Tous les pays étudiés accordent donc au patient un allègement, voire un renversement du fardeau de la preuve, en présence de circonstances comparables. Le procédé semble utilisé plus fréquemment en Allemagne et aux Etats-Unis. Il est parfois employé dans des situations moins typiques au Canada.<sup>341</sup> En Angleterre, comme en France, il est appliqué avec beaucoup de circonspection. Lord Denning, par ailleurs un adversaire acharné de l'élargissement de la responsabilité médicale<sup>342</sup>, a par exemple affirmé: «It is not right to invoke against [the physician]... the maxim *res ipsa loquitur* save in an extreme case.»<sup>343</sup> Une attitude similaire règne en Suisse, où la décision de l'*Obergericht* zurichois pourrait toutefois relancer le débat.

Dans ce contexte, Ney a fait une suggestion qui n'est pas dénuée d'intérêt. Il propose de mettre à charge du praticien la preuve libératoire quand le patient a subi une lésion corporelle imputable directement à l'intervention du médecin. A l'inverse, il incomberait au patient de prouver la faute en cas de résultat déficitaire de la thérapeutique, quand il n'est pas reproché au médecin «un acte intempestif ou maladroit», mais «une inaction, une attente ou le choix d'une méthode inefficace».<sup>344</sup>

Ce double régime du fardeau de la preuve satisferait certes le sens de l'équité, mais il est discutable au niveau strictement juridique. Je craindrais en outre qu'il ne change pas grand-chose à la situation actuelle. D'une part, la première hypothèse englobe les situations où le patient a aujourd'hui le moins de peine à établir la faute et où il peut bénéficier d'un allègement de preuve. D'autre part, la ligne de démarcation entre les deux cas est mal définie et se prête à de subtiles distinctions. Le juge pourrait aisément ranger une affaire dans la seconde catégorie plutôt que dans la première. Cela constituerait néanmoins une ouverture en direction d'une répartition plus équitable du fardeau de la preuve.

#### b) En cas de violation du devoir d'obtenir le consentement éclairé

Les règles de preuve qui viennent d'être énoncées pour la faute technique sont-elles applicables aussi aux situations où le médecin n'a pas obtenu le consentement éclairé du patient? En d'autres termes, la nature et l'origine différentes de cette obligation appellent-elles une autre répartition du fardeau de la preuve?

Les pays étudiés n'ont pas tous répondu de la même façon. En France, la Cour de cassation considère depuis un arrêt de 1951 qu'il appartient au patient «de rapporter la preuve que ce dernier (le médecin) a manqué à cette obligation

[1983] 1 All E.R. 416 (Q.B.D.), où le fardeau de la preuve fut renversé non pas sur la base de *res ipsa loquitur* mais parce que le médecin s'était écarté sans raison du mode orthodoxe de traitement.

<sup>340</sup> Selon Prosser, 1984, p. 258s, la règle renverse le fardeau de la preuve en Louisiane et parfois au Colorado et au Mississippi; elle renverse simplement le fardeau de l'allégation en Indiana, Caroline du Nord, Montana et Californie.

<sup>341</sup> Fleming, 1983, p. 290. Mais la preuve libératoire est alors plus facile à faire: le médecin peut avancer toute explication «consistent with negligence and no negligence»: *Wilcox v. Cavan* (1975) 50 D.L.R.3d 687 (S.C.C.); *Nesbitt v. Holt* (1953) 1 S.C.R. 143.

<sup>342</sup> Voir ses considérants dans *Whitehouse v. Jordan* [1980] 1 All E.R. 650, 659 (C.A.) et son ouvrage *The discipline of law*, Londres, 1979, p. 237ss.

<sup>343</sup> *Hucks v. Cole* (1968) 118 New Law Journal 469, 472 (C.A.).

<sup>344</sup> Ney, 1979, p. 187ss, 227s; voir aussi Thélin, 1943, p. 50ss.

contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait ou en ne sollicitant pas son consentement à l'opération». <sup>345</sup> Cette position est approuvée par la majorité de la doctrine. <sup>346</sup>

Dans une jurisprudence constante, les tribunaux d'Allemagne exigent au contraire que le médecin prouve le consentement éclairé. L'exigence dérive du postulat fondamental (aujourd'hui critiqué en doctrine) que toute intervention médicale constitue une atteinte illicite à l'intégrité corporelle. Le consentement est donc nécessaire pour lever l'illicéité du traitement. En tant que fait justificatif, c'est un moyen de défense que le médecin doit prouver. <sup>347</sup>

Les juridictions de *common law* ont décidé dans le même sens que les tribunaux français. Conformément aux règles générales sur le fardeau de la preuve dans les actions pour *negligence*, le patient doit prouver que le médecin a négligé de l'informer ou de recueillir son consentement. <sup>348</sup>

En Suisse, la question est encore controversée. La majorité des auteurs adopte la solution allemande, mais admet souvent une preuve *prima facie* qui revient pratiquement à faire supporter le fardeau de la preuve au patient. <sup>349</sup> Ney opte au contraire pour la solution française. <sup>350</sup> Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé expressément, mais il semble rejoindre la position de Ney, à tout le moins pour l'action contractuelle. <sup>351</sup>

La querelle n'est pas seulement byzantine. Bien souvent, la solution du litige tourne autour de la crédibilité des dépositions contradictoires du patient et du médecin. La partie qui supporte le fardeau de la preuve risque donc d'être déboutée chaque fois que ses moyens de preuve ne sont pas plus convaincants que ceux de son adversaire.

La doctrine me paraît omettre des distinctions nécessaires. La première consiste à traiter séparément l'action délictuelle et l'action contractuelle. Si le patient agit *ex contractu*, il lui appartient de prouver que le médecin ne l'a pas informé, respectivement n'a pas recueilli son consentement. Il s'agit en effet de deux obligations contractuelles dont il doit établir l'inexécution.

Si le patient intente l'action aquilienne, la question se corse. S'agissant d'un devoir «immatériel» (dans le sens qu'il ne se traduit pas par un résultat concret), la preuve directe, qu'elle soit négative ou positive, est presque impossible. Le juge

<sup>345</sup> Cass. civ., 29 mai 1951, D. 1952 J. 53 note R. Savatier, modifiant la jurisprudence de l'arrêt Mercier, 20 mai 1936, D. 1936 J. 88. Voir aussi Cass. civ., 1<sup>er</sup> juillet 1964, D. 1964 J. 625; Cass. civ., 11 janvier 1966, D. 1966 J. 266; Cass. civ., 8 octobre 1974, Gaz. Pal. 1975 J. 273; Cass. civ., 29 mai 1979, Gaz. Pal. 1979 Somm. 417; Lyon, 25 juin 1980, Gaz. Pal. 1981 Somm. 36.

<sup>346</sup> Kornprobst, 1957, p. 429ss; J. Malherbe, Médecine et droit moderne, Paris, 1969, p. 116; Doll, 1972, p. 431; Penneau, 1977, p. 132; Le Tourneau, *supra* note 297, p. 271. Voir cependant les critiques de René Savatier, Note sous Cass. civ., D. 1952 J. 54; Perrot, Note au J.C.P. 1951 II 6421; Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 229s.

<sup>347</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 171s; Engisch/Hallermann, 1970, p. 10; BGH, NJW 1976 363; BGH, MedR 1985 168.

<sup>348</sup> Prosser, 1984, p. 191; Karp v. Cooley, 493 F.2d 408 (5th Cir. 1974); Wooley v. Henderson, 418 A.2d 1131 (Me. 1980); Salmond/Heuston, *supra* note 339, p. 220.

<sup>349</sup> H.-P. Meisel, 1984, p. 168ss; Ileri, 1983, p. 66; Ott, 1978, p. 37; Hinderling, 1963, p. 74s; Thilo, 1946, p. 110; Loeffler, 1945, p. 17. Dans un arrêt non publié du 4 février 1985, le Tribunal cantonal de Nenchâtel a jugé que «si le patient nie avoir été informé, on ne saurait lui imposer de faire la preuve — négative — qu'il n'a pas été informé. Il incombe donc en principe au praticien de prouver l'information». Il admet toutefois une preuve par indices, faite en l'espèce sur la base d'éléments bien minces.

<sup>350</sup> 1979, p. 95.

<sup>351</sup> ATF 105 II 284; ATF 108 II 59.

doit se contenter d'indices. Or, il est assurément plus aisé de rapporter des indices positifs (par exemple une mention dans le dossier médical ou la présentation d'une cassette vidéo) que des indices de l'inexistence d'un fait. D'autre part, on peut soutenir un argument cher aux juristes anglo-américains<sup>352</sup> : lorsqu'un traitement cause un préjudice, il est plus équitable d'en faire supporter les conséquences économiques à ceux qui ont fourni les soins (médecins et hôpitaux) et à leurs assurances, car ils peuvent plus facilement en absorber les coûts que les patients.

Mais il ne s'agit là que de considérations d'opportunité. En droit, l'analyse doit être affinée et conduit à une seconde distinction, également négligée par la doctrine, entre la preuve du consentement et la preuve de l'information. La preuve du consentement incombe en principe au médecin. Celle de l'information est au contraire à la charge du patient.

Selon la conception encore dominante, toute intervention médicale est en principe une atteinte illicite à l'intégrité physique. Le médecin doit donc prouver le consentement, à titre de motif justificatif. Le point de départ me semble discutable; il est spécialement sujet à caution lorsque le médecin prescrit simplement des médicaments, si agressifs soient-ils. On ne peut guère admettre, sans se torturer les méninges, que la seule rédaction d'une ordonnance constitue une atteinte illicite à l'intégrité corporelle. C'est en effet le patient lui-même qui avale les pilules (sauf en cas de médication forcée bien sûr) et qui « commet » ainsi le fait générateur du dommage. Appliquerait-on alors un régime différent selon qu'un même remède a été administré oralement ou par injection?<sup>353</sup>

Même si l'on admet sans réserve le postulat que « jeder ärztliche Eingriff (...) ist (...) im Prinzip ein Delikt, solange nicht ein Rechtfertigungsgrund bewiesen ist »<sup>354</sup>, la preuve de l'information reste à charge du patient. Pour être valable, le consentement doit réunir trois conditions essentielles : être *libre*, *éclairé*, et émaner d'un individu capable de *discernement*. Ces trois qualités n'ont pas à être prouvées par le médecin. Il appartient au patient qui allègue que son consentement n'est pas éclairé de le prouver, comme il devrait prouver qu'il était incapable de discernement ou que le médecin lui a extorqué son accord par des pressions illicites. En d'autres termes, le consentement est présumé authentique et pleinement valable. Celui qui en allègue les défauts doit les établir. On notera qu'il en va de même selon les règles générales en matière contractuelle. Une manifestation de volonté (le consentement en est une) est réputée valable, soit faite librement et en connaissance de cause. Tout vice qui l'affecterait doit être démontré par celui qui s'en prévaut.

En résumé, il appartient au patient de prouver le défaut de consentement ou d'information dans l'action contractuelle. Quand l'action délictuelle est intentée, le médecin doit établir le consentement et le patient doit prouver ses éventuels défauts (spécialement le manque d'information).

La preuve du consentement est dans la règle facile à rapporter. A l'inverse, la preuve du manque d'information est beaucoup plus délicate. Faut-il alors accorder au patient un allègement, voire un renversement du fardeau à certaines conditions, comme dans l'éventualité de la faute technique?

<sup>352</sup> L'argument est souvent employé dans la théorie des *torits*: Fleming, 1983, p. 8s et ses références; Prosser, 1984, p. 24s. L'idée est à l'origine des propositions de responsabilité causale.

<sup>353</sup> Le médecin a pourtant les mêmes devoirs, en particulier d'éclairer le patient sur les effets secondaires sérieux des médicaments prescrits. Voir en général Metz, 1980, p. 64ss, 69.

<sup>354</sup> H.-P. Meisel, 1984, p. t69.

La réponse est ici négative. Comme la violation de l'obligation ne se manifeste pas concrètement, il n'y a aucune place pour une preuve *prima facie*. Aucun fait tangible, aucun résultat objectif ne révèle la faute du médecin; elle ne peut donc pas simplement être présumée. Un renversement du fardeau se justifie encore moins.

La preuve que doit faire le patient est impossible à rapporter de manière directe et indubitable. Les juges ne doivent donc pas se montrer trop rigoureux. Comme en France, ils rechercheront tous indices propres à établir les circonstances qui ont entouré l'acte médical.<sup>355</sup> Si les affirmations du patient sont corroborées par la pratique du médecin de taire certains risques par exemple, elles devraient être acceptées. Si le dossier médical ne mentionne rien, les juges devraient admettre plus facilement aussi les allégations du patient. Le médecin a en effet le devoir de tenir un dossier complet du patient, qui inclut les faits déterminants se rapportant à l'obtention du consentement.<sup>356</sup> L'*Obergericht* de Zurich l'avait expressément admis dans un arrêt de 1945: il avait jugé qu'un dentiste devait tenir un dossier comprenant tous les éléments dont aurait besoin un confrère pour reconstruire *a posteriori* le déroulement du traitement.<sup>357</sup>

Une preuve facilitée n'a, à ma connaissance, jamais été admise non plus dans les juridictions de *common law*. Comme plusieurs affaires l'ont montré, la preuve dépend de la crédibilité des parties. Le premier juge joue un rôle capital aux Etats-Unis, puisque les faits qu'il a retenus ne seront modifiés en appel que s'ils sont manifestement irréconciliables avec les preuves administrées.<sup>358</sup>

A cet égard, l'attitude adoptée par une cour fédérale est intéressante. Le patient affirmait ne pas avoir été mis au courant des risques de l'intervention. De son côté, le médecin (qui ne se rappelait pas spécifiquement la conversation avec le demandeur, intervenue il faut le préciser sept ans auparavant) ne pouvait qu'affirmer que sa pratique consistait à dévoiler les risques de l'intervention. Les juges ont préféré la version du demandeur en expliquant qu'«une opération est une question de routine pour la plupart des médecins, tandis qu'elle représente une décision lourde de sens pour le patient. A l'évidence, dans une situation non urgente comme en l'espèce, le médecin ne va pas se rappeler les événements précédant l'intervention aussi vivement que le patient».<sup>359</sup> Mais la liberté du premier juge apparaît bien aussi dans un arrêt où la version du médecin fut

<sup>355</sup> Ney, 1979, p. 95ss; Kornprobst, 1957, p. 433s; Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 228; Trib. civ. Seine, 23 juin 1953, Gaz. Pal. 1953 J. 220.

<sup>356</sup> Cette obligation est prescrite en général dans des dispositions cantonales: voir par exemple article 87 de la Loi vaudoise sur la santé publique, du 29 mai 1985, Feuille des avis officiels du canton de Vaud, 5 juillet 1985, p. 2177; article 16 de l'Ordonnance d'exécution de la loi bâloise sur les hôpitaux, du 4 mai 1982, Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt 330.110; article 62/1 de l'Ordonnance saint-galloise sur l'organisation des hôpitaux, du 17 juin 1980, Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen 321.11. Ce devoir est reconnu à l'étranger aussi: en Allemagne, le médecin doit consigner dans le dossier l'anamnèse, le diagnostic, les informations données au patient, le consentement et les mesures thérapeutiques entreprises: Giesen, 1981, p. 264; BGH, NJW 1978 2337; au Canada: Ares v. Penner (1970) 14 D.L.R.3d 4 (S.C.C.).

<sup>357</sup> 44 BIZR p. 326 n° 160 (1945).

<sup>358</sup> Notamment Cunningham v. Yankton Clinic, 262 N.W.2d 508 (S.D. 1978); Hook v. Rothstein, 316 S.E.2d 690 (S.C. 1984).

<sup>359</sup> Dessi v. United States, 489 F.Supp. 722, 728 (Va. 1980). Dans le même sens, Salis v. United States, 522 F.Supp. 989 (Pa. 1981); Diack v. Bardsley (1983) 25 C.C.L.T. 159, 167, où la Cour suprême de Colombie britannique préféra le témoignage du patient qui alléguait ne pas avoir été averti du risque de parésie lié à une extraction dentaire, en notant: «I think the defendant has an unintentional bias against warning patients of this particular risk.»

préférée. Le juge estima que le patient était émotivement perturbé lors du dialogue médical parce qu'il craignait d'être atteint d'un cancer, et cette crainte était de nature à altérer sa mémoire.<sup>360</sup>

#### § 4.4 Le lien de causalité

##### A. En cas de faute technique

Pour qu'un dommage puisse être imputé à un individu, il faut qu'il existe un lien de causalité entre son comportement fautif et le préjudice. Il s'agit là d'un « Postulat der Vernunft »<sup>361</sup> que tous les pays étudiés ont accepté dans leur droit de la responsabilité civile.<sup>362</sup>

Le rapport de causalité est d'abord une question de fait, soit « une relation telle que, sans le premier événement, le second ne se serait pas produit (*conditio sine qua non*) ».<sup>363</sup> Sous peine de voir toute personne ayant joué un rôle dans la série causale tenue à réparation, le lien de causalité naturelle doit ensuite être qualifié juridiquement. C'est sur cette qualification que les divers systèmes juridiques ont des vues parfois divergentes.

Les tribunaux *helvétiques* ont adopté la théorie de la causalité adéquate, dans une formulation inspirée de Von Bar.<sup>364</sup> Selon la formule désormais célèbre du Tribunal fédéral, une cause est adéquate lorsqu'elle est de nature, dans le cours ordinaire des choses et selon l'expérience de la vie, à produire l'effet qui s'est réalisé, de sorte que celui-ci paraît en général favorisé par cette cause.<sup>365</sup> Il suffit que la cause soit objectivement propre à produire le résultat, si bien que même des conséquences singulières ou exceptionnelles peuvent être adéquates.<sup>366</sup>

Les juges *allemands* ont depuis longtemps retenu la même théorie, mais dans une formulation légèrement différente. Pour eux, est adéquate la cause qui est de nature à augmenter sensiblement la probabilité objective d'un dommage du genre de celui qui est arrivé.<sup>367</sup> La jurisprudence *française* est moins constante, empruntant aux théories de l'équivalence des conditions et de la causalité adéquate.<sup>368</sup> Elle a surtout étendu la portée de l'article 1151 du Code civil à tout le champ de la responsabilité civile et exige par conséquent que le lien de causalité soit *certain* (quant à l'auteur et à la production du dommage) et *direct*.<sup>369</sup>

<sup>360</sup> Young v. United States, 574 F.Supp. 571 (Del. 1983).

<sup>361</sup> Oftringer, 1975, p. 70.

<sup>362</sup> Giesen, 1981, p. 167; Honoré, 1971, p. 30ss.

<sup>363</sup> Deschenaux/Tercier, 1982, p. 54; voir aussi, pour les pays de *common law* et l'emploi du *but for test*, Prosser, 1984, p. 265ss; Fleming, 1983, p. 171.

<sup>364</sup> Henri Deschenaux, Norme et causalité en responsabilité civile, in Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Bâle, 1975, p. 399, 400.

<sup>365</sup> Notamment ATF 93 II 22. Voir en outre l'abondante jurisprudence citée par Oftringer, 1975, p. 77ss; Ney, 1979, p. 133. Le Tribunal fédéral utilise le *pronostic objectif rétrospectif*: voir par exemple ATF 70 II 168.

<sup>366</sup> Par exemple ATF 80 II 338.

<sup>367</sup> Notamment Honoré, 1971, p. 49, et ses références.

<sup>368</sup> Voir sur ce point Le Tourneau, *supra* note 297, p. 208.

<sup>369</sup> L'article 1151 dispose que « les dommages et intérêts ne doivent comprendre (...) que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». Voir aussi Henri, Léon et Jean Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome II, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1970, p. 785ss; Le Tourneau, *supra* note 297, p. 209ss, 226ss, Honoré, 1971, p. 40ss.

Les juridictions de *common law* utilisent en général un critère analogue et limitent la responsabilité aux conséquences directes de l'acte.<sup>370</sup> Elles ont ajouté l'exigence de la prévisibilité objective du dommage, qui vient restreindre, selon les circonstances, la réparation due par l'auteur.<sup>371</sup>

Il appartient au demandeur d'établir le lien de causalité. Cette preuve est particulièrement ardue dans les actions qui reprochent au médecin une faute technique. S'agissant d'une question essentiellement scientifique, une expertise est en principe nécessaire.<sup>372</sup> Mais il est souvent difficile d'établir d'une part que c'est un acte du médecin et non pas une réaction inévitable de l'organisme du malade qui a provoqué le dommage, d'autre part quel acte, spécifiquement, fut causal. L'exigence d'un lien de causalité absolument indubitable aboutirait à des résultats choquants, comme le montre une affaire française. Le patient avait fait un choc mortel après avoir reçu une injection d'une ampoule de vitamine B1 et une autre de thiodacaine. Actionnant le médecin, ses ayants cause alléguaient que le décès provenait de l'emploi imprudent de la vitamine B1. La responsabilité du médecin fut niée, faute de certitude du lien causal; les experts avaient affirmé que l'on ne pouvait pas déterminer si le choc mortel avait été causé par l'un ou par l'autre produit!<sup>373</sup>

En principe, les tribunaux n'exigent pas une preuve trop stricte du rapport de causalité. En Suisse, les juges se contentent dans la règle d'un faisceau d'indices confinant à la certitude. Cela revient en somme à admettre une preuve *prima facie*, lorsqu'un dommage est typique et que l'expérience de la vie et du cours ordinaire des choses permet de conclure au rapport causal.<sup>374</sup> Mais si le médecin parvient à établir la possibilité sérieuse d'une autre cause, il doit être exonéré: la simple possibilité du lien causal est insuffisante pour fonder la responsabilité.<sup>375</sup>

En Allemagne, une preuve *prima facie* (*Anscheinsbeweis*) est admise pour la causalité aux mêmes conditions qu'elle l'est pour la faute.<sup>376</sup> Il en va de même pour le renversement du fardeau: quand le médecin a commis une faute grave entraînant d'ordinaire le genre de lésion subi par le patient, ou quand il empêche l'administration normale de la preuve, le juge peut exiger qu'il établisse l'absence de causalité.<sup>377</sup>

Les juges français se contentent d'habitude de la très grande vraisemblance du lien causal.<sup>378</sup> En matière de responsabilité médicale, ils étaient allés plus loin, en

<sup>370</sup> Honoré, 1971, p. 32, 40ss. Voir par exemple *Re Polemis* [1921] 3 K.B. 560 (C.A.); *Duce v. Rouke* [1951] 1 W.W.R. 305 (S.C.C.), qui discute longuement de l'interprétation à donner à l'expression «conséquences directes» en *common law*.

<sup>371</sup> Voir en particulier *The Wagon Mound* (n° 1) [1961] A.C. 388 (Privy Council); Honoré, 1971, p. 43s; *Salmond/Heuston*, *supra* note 339, p. 510ss.

<sup>372</sup> Notamment ATF 53 II 300, 304.

<sup>373</sup> Cass. civ., 26 janvier 1966, J.C.P. 1966 IV 35.

<sup>374</sup> Voir par exemple ATF 53 II 419 / JT 1928 586, 590; ATF 59 II 434; *Engel*, 1973, p. 327; *Oftinger*, 1975, p. 81.

<sup>375</sup> *Oftinger*, 1975, p. 81; *Ney*, 1979, p. 135.

<sup>376</sup> «Aufgrund des Anscheinsbeweises kann also nicht nur von einem feststehenden Ereignis (sc. Behandlungsfehler) auf den Zusammenhang mit dem eingetretenen Erfolg (sc. Schaden), sondern auch — umgekehrt — von einem eingetretenen Erfolg (sc. Schaden) auf ein bestimmtes Ereignis (sc. schuldhafter Behandlungsfehler) als Ursache geschlossen werden»: *Franzki*, 1982, p. 47.

<sup>377</sup> Par exemple *BGH, NJW* 1970 1230; *BGH, NJW* 1978 1683; *BGH, NJW* 1978 2337; *BGH, NJW* 1981 2513. Voir aussi *Franzki*, 1982, p. 56ss, 93ss.

<sup>378</sup> *Mémetean/Mélenec*, 1982, p. 143; *Savatier/Auby/Savatier/Péquignot*, 1956, p. 301. La Cour de cassation parle de «présomptions suffisamment graves, précises et concordantes»: notamment *Cass. civ.*, 12 novembre 1968, D. 1969 Somm. 47.

s'appuyant sur la notion de perte de chances.<sup>379</sup> Selon cette jurisprudence, inaugurée par la Cour de cassation civile dans un arrêt de 1965<sup>380</sup>, le médecin était irresponsable simplement parce que son comportement fautif avait fait perdre au patient une chance de guérir ou de survivre. Comme l'a écrit Penneau, «on ne démontre pas que telle faute précise a causé tel préjudice déterminé; on prétend affirmer que, sans cette faute, le dommage — peut-être — ne se serait pas produit».<sup>381</sup> Contrairement au principe établi de la nécessité d'un lien certain de causalité<sup>382</sup>, le médecin était parfois condamné parce que sa faute avait pu causer le dommage. Cela revenait à créer une présomption de causalité, donc à renverser le fardeau de la preuve. Le procédé suscita, on s'en doute, de vives controverses en doctrine. Il fut tantôt loué pour des raisons d'opportunité et d'équité, tantôt décrié au niveau purement juridique.<sup>383</sup>

La Chambre criminelle de la Cour de cassation ne suivait pas cette jurisprudence, mais continuait d'appliquer strictement le principe *in dubio pro reo*.<sup>384</sup> Il lui arrivait néanmoins de prendre en considération le préjudice que représente la perte de chances lorsque le lien de causalité était certain.<sup>385</sup> Ces arrêts sont intéressants en ceci qu'ils sortent, à juste titre à mon sens, la notion de perte de chances du domaine de la causalité pour la placer dans celui du dommage et de la réparation. La Chambre civile paraît maintenant se rallier à cette conception. Un premier arrêt a admis l'autonomie du préjudice constitué par la perte de chances par rapport au préjudice final.<sup>386</sup> Un second a déclaré que la notion de perte de chances «ne pouvait concerner que l'évaluation du préjudice».<sup>387</sup> Que la tendance se confirme ou pas, il sera intéressant de suivre les développements de la jurisprudence française sur ce point.

Dans les pays de *common law*, la maxime *res ipsa loquitur* est utilisée tant pour la faute que pour le lien de causalité. Comme l'écrit Prosser, «la conclusion à tirer est double, que l'accident a été causé d'une manière particulière et que le

<sup>379</sup> Voir en particulier Jacques Boré, L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable, J.C.P. 1974 I 2620; René Savatier, Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé? D. 1970 Chron. 123; François Chabas, Vers un changement de nature de l'obligation médicale, J.C.P. 1973 I 2541; Bouvier, Note sous Cass. civ., 29 mai 1984, D. 1985 J. 281, 285; Harichaux-Ramu, 1984, Fasc. 440-1, n° 81ss, p. 14ss; Ney, 1979, p. 139ss; Penneau, 1977, p. 114ss.

<sup>380</sup> Cass. civ., 14 décembre 1965, D. 1966 J. 453. Voir aussi la jurisprudence citée par Harichaux-Ramu, 1984, Fasc. 440-1, n° 81, p. 14.

<sup>381</sup> 1977, p. 122.

<sup>382</sup> Est révélateur l'arrêt de la Cour de cassation civile du 1<sup>er</sup> juin 1976, J.C.P. 1976 II 18482 note Savatier, qui affirme que l'abstention du médecin «a pu (sic) contribuer à la réalisation du dommage» pour fonder la responsabilité.

<sup>383</sup> Voir le panorama des auteurs pour ou contre cette jurisprudence en Harichaux-Ramu, 1984, Fasc. 440-1, n° 84, p. 14. On peut y ajouter A. Rabut, Note sous Cass. civ., 27 janvier 1970, J.C.P. 1970 II 16422 parmi les partisans et Le Tourneau, *supra* note 297, p. 173, 226 parmi les opposants.

<sup>384</sup> Boyer-Chamhard/Monzeim, 1974, p. 99; Harichaux-Ramu, 1984, Fasc. 440-1, n° 85ss, p. 14s.

<sup>385</sup> Notamment Cass. crim., 5 janvier 1974, Gaz. Pal. 1974 J. 240; Cass. crim., 23 février 1977, Gaz. Pal. 1977 Somm. 196.

<sup>386</sup> Cass. civ., 24 mars 1981, D. 1981 J. 545 note Penneau.

<sup>387</sup> Cass. civ., 17 novembre 1982, D. 1983 I.R. 380 obs. Penneau. Sur cet arrêt, voir les remarques de Durry, in Revue trimestrielle de droit civil 1983, p. 547; Harichaux-Ramu, 1984, Fasc. 440-1, n° 89, p. 15; Bouvier, 1984, p. 284ss. Deux arrêts plus récents jettent quelque doute sur l'orientation exacte que prendra la jurisprudence: Cass. civ., 9 mai 1983, D. 1984 J. 121 note Penneau, disant que le comportement du médecin a «participé» à la réalisation du dommage; Cass. civ., 8 janvier 1985, cité in Bouvier, Note sous Cass. civ., 29 mai 1984, D. 1985 J. 281, 285, déclarant que la faute du médecin «n'est en relation de causalité qu'avec la perte d'une chance».

comportement du défendeur relatif à cette cause était négligent». <sup>388</sup> Les nuances d'application d'une juridiction à l'autre, relevées à propos de la faute, se retrouvent. <sup>389</sup> Dans certains cas, la règle permet donc de présumer la responsabilité du médecin.

D'autre part, plusieurs tribunaux américains ont admis, récemment surtout, une preuve du lien causal fondée sur la notion de perte d'une chance. <sup>390</sup> Dans la plupart des affaires, le patient était décédé, mais un comportement diligent du médecin lui aurait donné des chances de survie. Furent par exemple jugées propres à établir la causalité la réduction de 35% à 24% des chances de survie d'un enfant cancéreux, du fait du diagnostic tardif <sup>391</sup>; la privation de 20% à 40% de chances de survie <sup>392</sup>; voire la perte de n'importe quelle chance statistique de survie, «how small that chance may have been»! <sup>393</sup> Les juridictions qui ont accepté le principe de la perte d'une chance sont toutefois divisées sur la nature du dommage (la mort ou la perte de chances en elle-même) et par conséquent sur l'étendue de la réparation. <sup>394</sup> Il ne m'étonnerait pas que cette question devienne l'un des points les plus débattus de la responsabilité médicale aux Etats-Unis ces prochaines années.

### B. En cas de violation du devoir d'obtenir le consentement éclairé

Deux conceptions de la causalité existent lorsque le médecin néglige de recueillir le consentement éclairé du patient. Selon la première, retenue en Suisse comme en France et en Allemagne <sup>395</sup>, le patient doit simplement prouver un rapport de causalité entre l'acte médical et le préjudice. Selon la deuxième, adoptée par les juridictions de *common law* <sup>396</sup>, le patient doit en plus établir qu'il ne se serait pas soumis à l'intervention comme il l'a fait s'il avait été informé de manière complète.

<sup>388</sup> 1984, p. 247. Voir aussi Honoré, 1971, p. 149.

<sup>389</sup> Voir *supra*, p. 75s.

<sup>390</sup> *Thompson v. Sun City Community Hospital*, 688 P.2d 605 (Ariz. 1984); *Roberson v. Counselman*, 686 P.2d 149 (Kan. 1984); *Evers v. Dollinger*, 471 A.2d 405 (N.J. 1984); *Thornton v. Camc*, 305 S.E.2d 316 (W.Va. 1983); *Herskovits v. Group Health Co-op*, 664 P.2d 474 (Wash. 1983); *Crisler v. Spak*, 471 N.Y.S.2d 741 (N.Y. 1983). *Contra*: *Gooding v. University Hospital Building, Inc.*, 445 So.2d 1015 (Fla. 1984); *Hook v. Rothstein*, 316 S.E.2d 690 (S.C. 1984). Voir aussi un cas anglais intéressant (en dehors de la responsabilité médicale toutefois): *McGhee v. National Coal Board* [1972] 3 All E.R. 1009 (H.L.), commenté et approuvé par Ernest Weinrib, *A step forward in factual causation*, 38 M.L.R. 518 (1975).

<sup>391</sup> *Jeanes v. Milner*, 428 F.2d 598 (8th Cir. 1970). Voir aussi deux cas analogues: *Herskovits v. Group Health Co-op*, 664 P.2d 474 (Wash. 1983): diminution des chances de 39% à 25%; *O'Brien v. Stover*, 443 F.2d 1013 (8th Cir. 1971) où les chances de survie de 30% avaient été notablement diminuées.

<sup>392</sup> *Kallenberg v. Beth Israel Hospital*, 357 N.Y.S.2d 508 (N.Y. 1974)

<sup>393</sup> *James v. United States*, 483 F.Supp. 581 (Cal. 1980).

<sup>394</sup> Voir en particulier la discussion du juge Pearson dans *Herskovits v. Group Health Co-op*, 664 P.2d 474, 485ss (Wash. 1983). Voir aussi *Joseph King, Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*, 90 *Yale Law Journal* 1353 (1981); *Leon Wolfstone, Thomas Wolfstone, Recovery of damages for the loss of a chance*, 1982 *Medical Trial Technique Quarterly* 121.

<sup>395</sup> *ATF* 108 II 59, 63; *Giesen*, 1981, p. 175, 271; *Eberhardt*, 1968, p. 209ss.

<sup>396</sup> *Chatterton v. Gerson* [1981] 1 All E.R. 257 (Q.B.D.); *Reibl v. Hughes* (1979) 89 D.L.R.3d 112, 124s (Ont. C.A.), aff'd (1980) 114 D.L.R.3d 1 (S.C.C.); *Bruri v. Tatsumi*, 346 N.E.2d 673 (Ohio 1976); *Wooley v. Henderson*, 418 A.2d 1123, 1132 (Me. 1980); *Dessi v. United States*, 489 F.Supp. 722, 728 (Va. 1980).

En Suisse, le Tribunal fédéral a examiné la question de la causalité dans l'affaire la plus récente. En première instance, le Tribunal cantonal vaudois niait la causalité, au motif que la demanderesse n'avait pas établi qu'elle n'aurait pas consenti si elle avait été pleinement informée. Cette position était certainement inspirée de l'arrêt précédent du Tribunal fédéral, qui avait affirmé: «Une violation du devoir d'information en l'espèce serait d'ailleurs sans rapport de causalité avec le dommage allégué, du moment qu'une exérèse de la masse tumorale était de toute façon indiquée et qu'il n'est nullement établi, ni même vraisemblable, que le demandeur eût renoncé à l'intervention s'il avait été plus amplement renseigné.»<sup>397</sup>

Avec raison, le Tribunal fédéral remarque que la décision de la Cour cantonale «repose sur une conception erronée du fait générateur de l'obligation de réparer». Partant de la prémisse que l'intervention pratiquée sans consentement éclairé est *tout entière* contraire au droit, il en déduit que le lien de causalité doit s'apprécier entre l'intervention, considérée comme un tout indivisible, et le préjudice. Or, poursuit-il, «ce lien existe, de manière naturelle et adéquate, lorsque l'opération aboutit à un échec, c'est-à-dire à une atteinte à la vie, la santé ou l'intégrité corporelle, et qu'elle apparaît normalement propre, selon le cours ordinaire des choses, à provoquer un résultat du genre de celui qui s'est produit». Ainsi, dès que le patient établit qu'il n'aurait subi aucun préjudice si le médecin n'était pas intervenu, la causalité doit être admise. Il n'a pas à prouver au surplus «l'attitude qu'il aurait adoptée par hypothèse dans des circonstances qui ne se sont pas produites».<sup>398</sup>

On voit immédiatement que l'exigence de preuve est moindre qu'elle n'était en cas de faute technique.<sup>399</sup> En effet, chaque fois que l'intervention dans son ensemble apparaît comme la cause du préjudice, la preuve du lien de causalité est faite. En pratique, l'échec ou le résultat déficitaire du traitement suffit à établir la causalité, ce qui revient à admettre une preuve *prima facie*.<sup>400</sup>

Le Tribunal fédéral se demande ensuite si le médecin peut s'exonérer en prouvant que le patient aurait consenti au traitement même s'il avait été pleinement informé de sa nature et de ses risques. Cette question du *consentement hypothétique* me semble importante, car elle influence directement l'étendue de la responsabilité du médecin. Il est donc regrettable que les juges se soient abstenus de la trancher. Ils se sont esquivés en relevant laconiquement qu'il appartiendrait de toute manière au médecin défendeur d'établir cette circonstance et qu'il ne l'avait en l'espèce ni alléguée ni prouvée.<sup>401</sup>

La façon dont le Tribunal fédéral se pose la question (en particulier la référence à la jurisprudence allemande, qui admet le principe de cette preuve libératoire<sup>402</sup>) me fait penser qu'il accepterait ce moyen de défense du médecin. Cette position n'est pourtant guère convaincante; derrière son bon sens apparent se cache un fondement juridique discutable.

<sup>397</sup> ATF 105 II 284, cons. 6c) non publié; voir aussi ATF 66 II 36.

<sup>398</sup> ATF 108 II 59, 63.

<sup>399</sup> Le Tribunal fédéral justifie cette différence par le «fondement même de la responsabilité dans l'un et l'autre cas»: *ibidem*.

<sup>400</sup> Peut-être influencé par la jurisprudence française, le Tribunal fédéral a déclaré: «Le patient peut donc se contenter de démontrer qu'il n'aurait vraisemblablement pas été lésé dans son intégrité corporelle si son médecin s'était abstenu de l'intervention considérée, que l'opération lui a dès lors fait perdre une chance de conserver la santé»: *ibidem* (mes italiques).

<sup>401</sup> ATF 108 II 59, 64.

<sup>402</sup> Notamment BGH, NJW 1980 1333.

Contrairement à ce que suggère le Tribunal fédéral<sup>403</sup>, le consentement hypothétique n'est ni un motif justificatif ni un fait interruptif de la causalité. Il entre très exactement dans le cadre de ce que les auteurs allemands appellent « *das rechtmässige Alternativverhalten* ». <sup>404</sup> C'est l'hypothèse où, quel qu'ait été le comportement de l'auteur du dommage, le même préjudice serait de toute façon survenu. Comme l'explique Larenz, « la différence avec les cas ordinaires de survenance hypothétique du dommage consiste en ceci que ce n'est pas un autre événement, mais le débiteur (éventuel) lui-même, simplement d'une autre manière, qui aurait causé le même dommage même s'il avait agi conformément au droit. Son comportement effectif est bien la cause véritable du dommage, mais la composante qui le rend contraire au droit est sans signification pour la survenance du dommage ». <sup>405</sup>

Le comportement alternatif licite ne ressortit pas à mon avis au domaine de la causalité mais à celui de l'imputabilité du dommage. <sup>406</sup> En effet, il demeure constant que l'opération a bel et bien causé le préjudice. Aucune hypothèse élaborée *a posteriori* ne peut venir contredire ce fait. L'unique question est de savoir si le médecin doit en répondre. Les auteurs ne l'ont pas toujours envisagée dans les mêmes termes. Ils ont fait appel aux notions de rapport d'illicéité (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*), de but de protection de la norme (*Schutzzweck der Norm*) et d'imputation (*Zurechnung*). <sup>407</sup> Il me paraît plus exact de parler de manque de pertinence du caractère illicite de l'acte pour la survenance du dommage. <sup>408</sup> L'illicéité perd en effet son sens comme support de la responsabilité. C'est donc en réalité l'imputation du dommage à son auteur qui est remise en question.

Certains auteurs estiment que le comportement alternatif licite doit être pris en considération. <sup>409</sup> Ils affirment que le préjudice ne peut pas être imputé à l'auteur quand il serait arrivé exactement de la même manière en cas de comportement licite. D'autres auteurs pensent en revanche que le comportement alternatif licite ne doit pas être pris en compte, ou ne doit l'être que dans des hypothèses bien précises. <sup>410</sup> Ils soutiennent que lorsqu'un individu dispose de deux manières de se comporter, l'une licite et l'autre illicite, il doit répondre de tout préjudice s'il choisit la manière illicite d'agir.

<sup>403</sup> ATF 108 II 59, 64.

<sup>404</sup> D. Franzki, 1982, p. 126ss; Kern/Laufs, 1983, p. 160ss. Voir en général Max Gotzler, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Munich, 1977; Peter Hanau, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, Göttingen, 1971; Hellmut Wissmann, *Die Befugung auf rechtmässiges Alternativverhalten*, NJW 1971, p. 549ss. Voir aussi Pietro Trimarchi, *Condizione sine qua non, causalità alternativa ipotetica e danno*, 18 Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 1431 (1964).

<sup>405</sup> Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I: Allgemeiner Teil, 13<sup>e</sup> éd., Munich, 1982, p. 484.

<sup>406</sup> Dans ce sens, pratiquement toute la doctrine allemande, notamment: Larenz, *supra* note 405, p. 484; Gotzler, *supra* note 404, p. 139ss; Erwin Deutsch, *Haftungsrecht I: Allgemeine Lehren*, Cologne, 1976, p. 174; Josef Esser, Eike Schmidt, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, 5<sup>e</sup> éd., Heidelberg, 1976, p. 188 et les références de tous ces auteurs. Voir en outre Helmut Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht I: Allgemeiner Teil*, 2<sup>e</sup> éd., Vienne, 1980, p. 164.

<sup>407</sup> Voir par exemple Deutsch, *supra* note 406, p. 175; Wissmann, *supra* note 404, p. 550; Dieter Medicus, *Bürgerliches Recht*, 11<sup>e</sup> éd., Cologne, 1983, p. 494. Sur ces notions, voir aussi Haluk Tandogan, *De l'utilité en droit suisse des notions de rapport d'illicéité (Rechtswidrigkeitszusammenhang) et d'adéquation sociale (Sozialadäquanz)*, in Publications de l'Association de droit comparé, Ankara, 1972, n° 7.

<sup>408</sup> Dans ce sens, Larenz, *supra* note 405, p. 484; Koziol, *supra* note 406, p. 164.

<sup>409</sup> Voir les auteurs cités par Larenz, *supra* note 405, p. 484 note 14.

<sup>410</sup> Voir, en plus des auteurs cités par Larenz, *supra* note 405, p. 484 note 14, Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Berlin, 1985, p. 347.

L'analyse de la question doit à mon sens être affinée à l'aide de la notion de finalité de la norme transgressée.<sup>411</sup> Il est admissible que l'auteur puisse invoquer le comportement alternatif licite lorsque la norme violée a pour but direct et unique d'éviter un dommage tel que celui qui est survenu. Dans ce contexte, l'illicéité perd en effet toute signification dans la survenance du dommage. En revanche, ce moyen de défense n'est pas admissible quand la norme transgressée a pour fonction d'assurer le respect d'intérêts fondamentaux, tels que des garanties essentielles de procédure (droit d'être entendu par exemple) ou la liberté de décision. En pareille hypothèse, la norme assure la protection désirée en liant l'atteinte au bien juridique à l'observation d'une certaine procédure ou d'un certain comportement.<sup>412</sup> Plus qu'éviter directement un préjudice, la norme veut proscrire une manière de se comporter. Accepter comme moyen de défense le comportement alternatif licite reviendrait à donner la possibilité à chacun de ne pas respecter des garanties que la loi cherchait à imposer, donc à les vider de toute substance.

Il est manifeste que le consentement du patient entre dans la seconde catégorie de normes. Le médecin doit informer le patient et recueillir son consentement pour lui laisser la liberté de choisir, par exemple de s'accorder un temps de réflexion, de consulter un autre praticien, de refuser ou d'accepter le traitement proposé. Dès que le médecin viole son obligation, il doit répondre de tout préjudice résultant du traitement, sans avoir la possibilité de s'exonérer en invoquant le consentement hypothétique du patient.<sup>413</sup>

La solution paraîtra, il est vrai, très favorable aux patients. Mais ils se heurtent à d'autres difficultés, ne serait-ce que la preuve négative de l'absence de consentement éclairé. Un juste équilibre est ainsi maintenu entre les deux parties au procès. Admettre la solution inverse serait accepter implicitement que le médecin agisse sans informer ni solliciter le consentement du patient chaque fois que la thérapie envisagée ne paraît pas d'emblée déraisonnable. Ce serait bafouer de manière intolérable les droits de la personnalité des malades.

L'admissibilité du consentement hypothétique n'a pas été tranchée en France. Le Tribunal de Bordeaux a rendu à ce propos un jugement malheureusement confus, qui mélange plusieurs notions. Il commence par déclarer que la relation causale entre la faute du chirurgien et le préjudice est étroite lorsqu'il est certain que le patient aurait renoncé à l'intervention s'il avait été convenablement informé. Comme cette certitude fait défaut en l'espèce, il estime ensuite « qu'il convient donc d'apprécier la relation causale certaine qui rattache dans ces conditions la faute du chirurgien aux dommages résultant de l'opération avec la modération qui s'impose, compte tenu de la part d'information que les époux

<sup>411</sup> Dans ce sens, notamment Larenz, *supra* note 405, p. 485; Deutsch, *supra* note 406, p. 175; Honoré, 1971, p. 81; Wissmann, *supra* note 404, p. 550; Ernst von Caemmerer, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, Karlsruhe, 1962, p. 32ss; Koziol, *supra* note 406, p. 164, qui écrit: « Es handelt sich somit um ein Problem des Normzweckes im Bereich der Haftung für rechtswidriges Verhalten ».

<sup>412</sup> Von Caemmerer, *supra* note 411, p. 31ss; Honoré, 1971, p. 81; Deutsch, *supra* note 406, p. 175; Koziol, *supra* note 406, p. 165: « Die Berufung auf ein rechtmässiges Alternativverhalten kann hingegen keine Haftungsbefreiung rechtfertigen, wenn die Verhaltensnorm nicht so sehr die Verhütung eines Schadens im Auge hatte, sondern vor allem eine bestimmte *Verhaltensweise* ausschliessen möchte und den Eingriff in das fremde Rechtsgut unbedingt an ein bestimmtes *Verfahren* binden will. »

<sup>413</sup> Dans ce sens, Honoré, 1971, p. 81; Koziol, *supra* note 406, p. 167. Voir aussi les auteurs cités *infra* note 418.

Zettwig ont, en toute hypothèse, reçue». <sup>414</sup> Il conclut qu'il faut modérer la réparation du dommage parce que le patient supporte une part de risque proportionnelle à l'information reçue. <sup>415</sup>

À ma connaissance, la doctrine n'a pas non plus approfondi la question. En 1951, Savatier écrivait que lorsque le médecin est en faute et qu'un dommage survient, le demandeur a droit à une réparation sans qu'on puisse lui objecter qu'il «aurait pu, en fait consentir aux mêmes risques, s'il en avait été averti». <sup>416</sup> Mais le même auteur affirmait trois ans auparavant dans un commentaire d'arrêt: «Aucune responsabilité n'est donc encourue par le chirurgien si, comme il est assez vraisemblable, le malade, consulté, eût confirmé sa décision.» Il le justifiait en disant que «le fait par le chirurgien de ne pas l'avoir consulté ne présente plus aucune relation causale avec le préjudice résultant de l'opération malheureuse». <sup>417</sup>

Les juristes *allemands* se sont exprimés plus clairement. Tandis que la doctrine dominante refuse de prendre en compte le consentement hypothétique <sup>418</sup>, la jurisprudence a admis le principe de cette preuve libératoire. <sup>419</sup> Mais elle l'a subordonnée à des conditions tellement strictes que le médecin a rarement réussi à s'exonérer. <sup>420</sup> Même si elle est très vraisemblable, la seule possibilité que le patient ait consenti en cas d'information complète est jugée insuffisante. <sup>421</sup> Dès lors, chaque fois qu'un doute subsiste sur la décision qu'aurait prise le patient, le médecin ne peut pas se disculper. <sup>422</sup> Les tribunaux n'admettent pas non plus le consentement hypothétique sur la seule base d'arguments rationnels. Par exemple, l'utilité ou la nécessité objective du traitement est un élément insuffisant <sup>423</sup>, comme l'affirmation qu'un patient raisonnable, la grande majorité des patients, voire tout patient raisonnable aurait accepté le traitement. <sup>424</sup> Tous ces arguments sont incompatibles avec la liberté personnelle du patient, qui englobe celle de prendre une décision objectivement déraisonnable.

<sup>414</sup> Trib. gde inst. Bordeaux, 8 mars 1965, Gaz. Pal. 1965 J. 264, 265 (comment peut-on apprécier avec modération une relation causale certaine?).

<sup>415</sup> *Id.*, p. 266. Voir aussi Cass. civ., 5 novembre 1974, Bull. civ., 1974 I 250, faisant appel à la notion de perte de chances; Bouvier, Note sous Cass. civ., 29 mai 1984, D. 1985 J. 281, 285; Cass. civ., 11 juin 1980, cité par Le Tourneau, *supra* note 297, p. 225, déclarant que le rapport de causalité n'existe pas quand il est établi que le dommage se serait produit même en l'absence de toute faute.

<sup>416</sup> René Savatier, Traité de la responsabilité civile, tome II, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1951, p. 385 n° 782.

<sup>417</sup> Note sous Angers, 4 mars 1947, D. 1948 J. 298, 302.

<sup>418</sup> Voir en particulier von Caemmerer, *supra* note 411, p. 34ss; Deutsch, *supra* note 406, p. 175; Erwin Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965 1985, 1989; Hofmann, 1974, p. 1643; Volker Währendorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Cologne, 1976, p. 95; J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 823-826, 12<sup>e</sup> éd. par Karl Schäfer, Berlin, 1985, note 486 ad § 823, et leurs références. Contra: Franzki, 1982, p. 128; Rolf Stürmer, Die Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozess, NJW 1979 2334, 2335; Adolf Laufs, Grundlagen und Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht, in Jung/Schreiber, 1981, p. 86s; Hirsch/Weissauer, 1983, p. 42.

<sup>419</sup> Notamment BGH, NJW 1973 1688; BGH, NJW 1976 363; BGH, NJW 1980 1333; BGH, VersR 1982 168.

<sup>420</sup> Parmi celles-ci, voir BGH, NJW 1965 2005; BGH, VersR 1979 1012; BGH, NJW 1982 700; OLG Oldenburg, MedR 1983 192, confirmé par le BGH, MedR 1983 194; OLG Celle, MedR 1984 106; LG Zweibrücken, VersR 1981 1087.

<sup>421</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1966 399, 401s.

<sup>422</sup> BGH, 16 janvier 1959, BGHZ 29, 176, 187: «Ist es aber ungewiss, wie der Patient (...) sich entschieden und ob er die Einwilligung zu einem gefährlichen Eingriff erteilt hätte, so muss dies zu Lasten des ohne wirksame Einwilligung handelnden Arztes gehen.»

<sup>423</sup> BGH, NJW 1980 2751; voir aussi Giesen, 1983, p. 128.

<sup>424</sup> Respectivement OLG Celle, VersR 1981 1184; OLG Munich, NJW 1983 2642; BGH, NJW 1980 1333.

Le médecin doit donc établir que son patient aurait consenti. La preuve est évidemment difficile à rapporter. Elle fut admise une fois parce que le patient, suite à l'échec (dont il se plaignait en justice) d'une première intervention destinée à corriger son strabisme — l'ophtalmologue avait caché que le défaut de vision pouvait réapparaître après l'opération — en avait accepté une seconde de même nature.<sup>425</sup>

Quand le médecin rend son allégation très plausible, le patient ne peut pas, de son côté, se contenter de déclarer platement qu'il n'aurait pas consenti s'il avait été pleinement informé.<sup>426</sup> En règle générale, plus l'indication thérapeutique est impérative et plus le patient doit avancer des raisons précises.<sup>427</sup> Il peut alléguer par exemple qu'il aurait différé le traitement, qu'il serait allé consulter un autre médecin ou se serait confié à une autre clinique.<sup>428</sup> Comme le *Bundesgerichtshof* l'a rappelé, il importe seulement que le patient prétende «in nachvollziehbarer Weise» qu'il ne se serait pas soumis au traitement, «aus irgendwelchen — möglicherweise auch objektiv unvernünftigen — Gründen».<sup>429</sup>

Franzki résume en ces termes la jurisprudence: «Ainsi, l'objection du comportement alternatif licite ne devrait être efficace que dans les rares affaires — certainement aussi à l'avenir — où le tribunal parvient à la pleine conviction que ce patient-ci, à ce moment-là, aurait avec certitude consenti au traitement même s'il avait été informé de la manière requise.»<sup>430</sup> En définitive, les positions respectives de la doctrine dominante et de la jurisprudence ne sont pas aussi éloignées qu'il paraît de prime abord.

L'approche des juridictions de *common law* est, on l'a noté, différente. Les tribunaux américains, anglais et canadiens ont posé des exigences de preuve plus sévères. Le patient doit non seulement prouver le rapport causal entre le traitement et le préjudice, mais il doit en plus établir qu'il n'aurait pas consenti s'il avait été pleinement informé. Cette condition supplémentaire est rattachée en général au *but for test* de la causalité. Elle révèle en réalité une divergence de vue sur le fait générateur de l'obligation de réparer.

Dans l'examen de la causalité, on se heurte en effet à une difficulté conceptuelle. Le comportement fautif du médecin se divise en deux étapes, dont la première conditionne la licéité de la seconde. En premier lieu, le médecin informe le patient et recueille son consentement; puis il administre le traitement, par hypothèse conformément aux règles de l'art. Si un chirurgien remplit son double devoir initial, l'opération subséquente est conforme au droit. S'il ne le remplit pas, cette violation (illicite et fautive) rend par effet direct l'intervention ultérieure également contraire au droit. Le même acte médical est donc licite ou illicite selon le comportement préalable du médecin. En un sens, il n'y a pas superposition exacte entre la faute initiale et le fait générateur du dommage. Mais la violation de la seule obligation de recueillir le consentement éclairé n'entraîne aucun résultat

<sup>425</sup> BGH, NJW 1965 2005.

<sup>426</sup> Le patient supporte un «Substantierungspflicht»: il doit montrer qu'une information complète l'aurait amené à un véritable «Entscheidungskonflikt»: BGH, NJW 1984 1397, commenté par Deutsch, NJW 1984 1399 et par D. Bundschuh, *Arztrecht* 1984, p. 217. Voir en outre Kammergericht Berlin, *VersR* 1982 74, 75; Kern/Laufs, 1983, p. 162, 164; Hirsch/Weissauer, 1983, p. 43s.

<sup>427</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 164.

<sup>428</sup> BGH, NJW 1984 1807.

<sup>429</sup> BGH, *VersR* 1982 1142, 1143.

<sup>430</sup> Franzki, 1982, p. 130.

tangible. Elle ne peut donc pas donner lieu à réparation puisque la dernière condition de la responsabilité, l'existence d'un préjudice, fait défaut.<sup>431</sup>

Dans l'appréciation de la causalité, le Tribunal fédéral a justement déclaré que le fait générateur de l'obligation de réparer est « l'opération faite sans consentement éclairé, considérée comme un tout indivisible ». <sup>432</sup> A l'inverse, les juridictions de *common law* ne considèrent que la violation du devoir d'obtenir le consentement éclairé. Elles en tirent logiquement une exigence supplémentaire de preuve de la causalité.

La jurisprudence est toutefois divisée sur le critère à utiliser pour savoir ce qu'aurait fait le patient si l'information avait été appropriée. Les tribunaux américains en particulier ont oscillé entre une approche subjective et une approche objective. Dans les années soixante, ils appliquaient un critère subjectif. <sup>433</sup> Ils cherchaient à savoir ce que le demandeur lui-même aurait fait. Aurait-il refusé le traitement, cela établissait le lien de causalité. La solution fut critiquée: on lui reprochait surtout de dépendre trop étroitement du témoignage du patient. Or, il est bien sûr facile pour lui de prétendre après coup qu'il n'aurait pas accepté l'intervention. <sup>434</sup> Une cour fédérale fit valoir que les médecins se trouvaient « in jeopardy of the patient's hindsight and bitterness ». <sup>435</sup>

L'argument ne me convainc pas. Appliquer le critère subjectif n'équivaut pas à croire aveuglément tout ce que dit le demandeur! Le tribunal est libre d'accorder le poids qu'il veut à la déposition du patient, en gardant présent à l'esprit qu'elle est faite après qu'il a subi un préjudice. <sup>436</sup> Néanmoins, la majorité des juridictions américaines a abandonné le test subjectif au profit d'un test objectif, dans la foulée de *Canterbury v. Spence* en 1972. <sup>437</sup> Selon le nouveau critère, le demandeur doit établir qu'un patient raisonnable placé dans sa situation aurait refusé le traitement. <sup>438</sup> Pour en décider, les juges mettent en balance d'un côté l'urgence temporelle et matérielle du traitement ainsi que les avantages qui en sont attendus, de l'autre les risques qui lui sont liés.

Le test objectif de la causalité, plus favorable aux médecins, a maintenant été adopté dans la plupart des Etats américains. <sup>439</sup> La doctrine ne lui a pourtant pas

<sup>431</sup> Par exemple, un chirurgien qui néglige d'informer son patient sur l'opération projetée pour le lendemain agit contrairement au droit. Mais si le patient, juste avant l'intervention, décide abruptement de rompre le mandat et de consulter un autre médecin, le chirurgien ne pourra évidemment pas être actionné en responsabilité, sa conduite n'ayant causé aucun préjudice.

<sup>432</sup> ATF 108 II 59, 64.

<sup>433</sup> Par exemple *Natanson v. Kline*, 350 P.2d 1093 (Kan. 1960); *DiFilippo v. Preston*, 173 A.2d 333 (Del. 1961). Mais les juges n'étaient sans doute pas encore conscients du problème.

<sup>434</sup> Voir notamment *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (Cal. 1972); *ZeBarth v. Swedish Hospital Medical Center*, 499 P.2d 1 (Wash. 1972); *Sard v. Hardy*, 379 A.2d 1014 (Md. 1977); *Waltz/Scheuerman*, 1970, p. 646ss.

<sup>435</sup> *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972).

<sup>436</sup> Dans ce sens, *Seidelson*, 1976, p. 339s; *Capron*, 1974, p. 419ss.

<sup>437</sup> 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972), cert. denied, 409 U.S. 1064 (1972).

<sup>438</sup> Notamment *Fogal v. Genese Hospital*, 344 N.Y.S.2d 552 (N.Y. 1973); *Karp v. Cooley*, 493 F.2d 408 (5th Cir. 1974); *Dessi v. United States*, 489 F. Supp. 722 (Va. 1980) et les arrêts cités *supra* note 434.

<sup>439</sup> Parmi les arrêts à s'être prononcés dans ce sens récemment, voir *Wooley v. Henderson*, 418 A.2d 1123 (Me. 1980); *Harnish v. Children's Medical Hospital Center*, 439 N.E.2d 240 (Ma. 1982); *Crain v. Allison*, 443 A.2d 558 (D.C. 1982); *Todd v. United States*, 570 F.Supp. 670 (S.C. 1983); *St Gemme v. Tomlin*, 455 N.E.2d 294 (Ill. 1983); *Ritz v. Florida Patient's Compensation Fund*, 436 So.2d 987 (Fla. 1983); *LaCaze v. Collier*, 434 So.2d 1039 (La. 1983); *Hook v. Rothstein*, 316 S.E.2d 690 (S.C. 1984).

épargné ses critiques, dont la principale est l'incompatibilité avec le fondement du consentement.<sup>440</sup> En tout cas, il est frappant de constater que le droit américain, qui insiste tant sur le droit à l'autodétermination, refuse ici de reconnaître la décision individuelle du patient. Comme l'écrit Franzki, «cette jurisprudence a pour résultat que l'on refuse au patient le droit de prendre une décision «déraisonnable»».<sup>441</sup>

Les critiques doctrinales n'ont guère eu d'impact sur les juges. Depuis que la controverse existe, la Cour suprême d'Oklahoma a été la première à adopter sans équivoque le critère subjectif.<sup>442</sup> Elle a écarté l'objection que le médecin serait à la merci des patients vindicatifs en soulignant qu'il appartenait au jury d'examiner avec la réserve indiquée la crédibilité des dires du demandeur. Elle concluait avec pertinence: «Un praticien diligent peut toujours se protéger en s'assurant qu'il a dûment informé chacun des patients qu'il traite. S'il ne viole pas cette obligation, aucun problème de causalité ne se posera.»<sup>443</sup>

Cette décision, à propos de laquelle une commentatrice écrivait prématurément que «*Scott may prove to be as influential and revolutionary as was Canterbury*»<sup>444</sup>, n'a, pour l'instant, fait que très peu d'émules. Le critère subjectif est appliqué, dans un langage plus ou moins clair, dans quelques Etats seulement.<sup>445</sup> Mais plusieurs juridictions n'ont pas encore pris parti dans cette controverse.

D'autres solutions ont été avancées en doctrine. Certains auteurs ont proposé l'abandon de la preuve que le patient aurait refusé l'intervention<sup>446</sup>, rejoignant ainsi la solution des pays d'Europe continentale. D'autres ont suggéré que le patient doive simplement démontrer que l'information omise était de nature à influencer le processus de décision, chez lui ou chez un patient raisonnable.<sup>447</sup> Il s'agit alors de déterminer si le malade prendrait en considération l'information dissimulée, sans se préoccuper de savoir si elle modifierait effectivement sa décision finale. Ce *material factor test* se confondrait pratiquement avec la preuve de la faute dans les juridictions qui mesurent l'obligation du médecin à l'aune des besoins du patient.<sup>448</sup>

On notera enfin la situation spéciale qui existe dans le Vermont. Selon la législation de cet Etat, il appartient au médecin de prouver qu'un patient raisonnable et prudent placé dans la situation du demandeur aurait consenti s'il avait été

<sup>440</sup> Voir notamment Meisel, 1977, p. 11s; Bamberg, 1973, p. 913; Note, Informed consent and the dying patient, 83 Yale Law Journal 1632, 1642 (1974); Katz, 1977, p. 137; Riskin, 1975, p. 580.

<sup>441</sup> 1982, p. 181.

<sup>442</sup> Scott v. Bradford, 606 P.2d 554 (Okla. 1979).

<sup>443</sup> P. 559. Comparer avec *LaCaze v. Collier*, 434 So.2d 1039, 1049 (La. 1983), où une philosophie différente est exprimée: «The physician ought not be cast in damages in a case in which it would have been unreasonable to withhold an informed consent for treatment.»

<sup>444</sup> Ivy, *supra* note 305, p. 677.

<sup>445</sup> En particulier l'Alaska, l'Iowa et Rhode Island. Voir par exemple *Perty v. United States*, 740 F.2d 1428 (Iowa 1984). Pour un cas particulier, voir *Crisher v. Spak*, 471 N.Y.S.2d 741 (N.Y. 1983). En Caroline du Nord, un jugement dans ce sens demeurera sans lendemain en raison de la législation de l'Etat qui impose maintenant le critère objectif: *McPherson v. Ellis*, 287 S.E.2d 892 (N.C. 1982); comparer avec *Simons v. Georgiade*, 292 S.E.2d 571 (N.C. 1982).

<sup>446</sup> Notamment Katz, 1977, p. 160; Riskin, 1975, p. 600ss; Joseph Goldstein, For Harold Lasswell: Some reflections on human dignity, entrapment, informed consent, and the plea bargain, 74 Yale Law Journal 683, 691 (1975).

<sup>447</sup> Meisel, 1977, p. 110s; Meisel/Kabnick, 1980, p. 441; Riskin, 1975, p. 604ss; Capron, 1974, p. 420.

<sup>448</sup> Capron, 1974, p. 420, note 195 remarque aussi: «Materiality and causation should be treated by the same standard in part because they are inseparable concepts. For a piece of information to be material to the patient-subject's decision must mean that the decision might come out differently without that information.» Dans le même sens, *Sard v. Hardy*, 379 A.2d 1014 (Md. 1977).

informé.<sup>449</sup> On retrouve l'idée de la preuve libératoire, à charge du médecin, qui est acceptée en Allemagne.

Les juges anglais et canadiens se sont aussi heurtés au dilemme du critère approprié de la causalité. Après de longues hésitations en jurisprudence, la Cour suprême du Canada semble avoir définitivement tranché la question dans un arrêt de 1980. Elle a adopté une solution essentiellement objective, qui se décompose en deux étapes. La première consiste à apprécier si le rapport entre les risques et les avantages du traitement parle médicalement en sa faveur. L'évaluation permet d'établir qu'un patient raisonnable l'aurait ou non accepté. Dans la seconde étape, le tribunal doit prendre en compte certains facteurs propres au cas d'espèce, afin de déterminer de manière définitive si « a reasonable person in the plaintiff's position »<sup>450</sup> se serait soumise au traitement.

Ce critère ressemble au critère objectif retenu dans la majorité des juridictions américaines. Les juges canadiens semblent pourtant attacher plus d'importance à des éléments subjectifs et lui donnent ainsi une coloration plus individualiste.

En Angleterre, la question n'est pas encore définitivement tranchée. Selon le principe traditionnel des actions pour *negligence*, la jurisprudence paraît avoir appliqué un test subjectif. Suggérée notamment dans *Chatterton*<sup>451</sup>, cette solution a été confirmée du bout des lèvres dans une décision récente, où le juge prit bien soin de préciser que si le test était en réalité objectif, ses conclusions seraient les mêmes.<sup>452</sup> En réalité, comme l'observent Mason/McCall-Smith, « the subjective standard is often a thinly disguised objective standard ».<sup>453</sup> En effet, les juges évaluent la crédibilité des dires du demandeur en les passant au crible de la raison. Je ne serais donc pas surpris que les cours anglaises adoptent finalement un test objectif ou mixte de la causalité, à la manière de la Cour suprême du Canada. Les motifs de politique juridique avancés dans *Sidaway* pour justifier l'adoption du « professional standard of disclosure »<sup>454</sup> pourraient bien être « réchauffés » pour légitimer cette solution.

L'appréciation du lien de causalité est l'aspect du consentement éclairé qui distingue le plus nettement les juridictions de *common law* de celles de *civil law*. La nature des controverses qui en découlent est révélatrice. En Europe continentale, elles tournent autour de l'admissibilité de la preuve par le médecin que le patient aurait de toute façon consenti au traitement. Outre-Manche et outre-Atlantique, elles portent sur le critère selon lequel le patient doit prouver qu'il n'aurait pas consenti au traitement s'il avait été informé. La différence est sensible en pratique. Les nombreuses affaires américaines où le patient est débouté parce qu'il ne parvient pas à établir le lien de causalité le rappellent chaque année.<sup>455</sup>

<sup>449</sup> Vr. Stat. Ann. tit. 12 § 1909 (Supp. 1983), qui classe cette circonstance parmi les *défenses* à une action en responsabilité, à côté notamment du privilège thérapeutique et de la renonciation du patient à être informé. À ma connaissance, les tribunaux du Vermont n'ont rendu aucun arrêt sur la question.

<sup>450</sup> *Reibl v. Hughes* (1980) 114 D.L.R.3d 1, 35 (S.C.C.).

<sup>451</sup> *Chatterton v. Gerson* [1981] 1 All E.R. 257, 267 (Q.B.D.); voir aussi *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All E.R. 118, 124 (Q.B.D.); *Robertson*, 1981, p. 122.

<sup>452</sup> *Hills v. Porter* [1984] 1 W.L.R. 641, 647 (Q.B.D.).

<sup>453</sup> 1983, p. 120.

<sup>454</sup> *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital* [1984] 1 All E.R. 1018 (C.A.), aff'd [1985] 1 All E.R. 643 (H.L.). Voir *infra*, p. 139s.

<sup>455</sup> Par exemple *LaCaze v. Collier*, 434 So.2d 1039 (La. 1983); *Buzzel v. Libi*, 340 N.W.2d 36 (N.D. 1983); *Jackson v. State of Louisiana*, 428 So.2d 1073 (La. 1983); *Flannery v. President and Director of Georgetown College*, 679 F.2d 960 (D.C.Cir. 1982). Voir aussi l'intéressante proposition avancée par Gerald Robertson, *Overcoming the causation hurdle in informed consent cases: the principles in McGhee v. N.C.B.*, 22 *University of Western Ontario Law Review* 75 (1984).

## A. Généralités

L'existence d'un préjudice est, cela va de soi, une condition nécessaire de toute responsabilité civile, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle. Pour l'essentiel, les principes qui gouvernent la détermination du dommage et sa réparation sont très voisins dans les pays étudiés. Ils sont construits sur l'idée centrale de *restitutio in integrum*, soit de compensation de l'intégralité du préjudice.<sup>456</sup> Le patient subit en général une atteinte à son intégrité corporelle, qui lui donne droit à une réparation composée de trois éléments principaux: les frais de traitement, la perte de gain et l'atteinte à l'avenir économique.<sup>457</sup>

À cela s'ajoute parfois une réparation morale, destinée à compenser les souffrances physiques et morales.<sup>458</sup> En l'absence de paramètre précis d'évaluation, le montant de l'indemnité est laissé à l'appréciation du juge. Un tribunal américain a par exemple accordé 600 000 dollars à une patiente paralysée des membres inférieurs et dont la vessie et les intestins ne fonctionnaient plus normalement, à la suite d'un vaccin contre la grippe porcine.<sup>459</sup> En Suisse, on constate depuis quelques années une tendance assez nette à accorder des sommes plus élevées aux lésés. Une décision récente a notamment alloué 100 000 francs à ce titre.<sup>460</sup>

L'originalité majeure du droit suisse tient à l'article 44/2 CO, qui permet au juge de diminuer la réparation due quand elle exposerait le débiteur à la gêne.<sup>461</sup> Fondée sur des principes d'équité, cette faculté du juge helvétique peut se révéler importante en pratique. Les magistrats des pays de *common law* sont investis d'un pouvoir différent, mais tout aussi important. À certaines conditions, ils peuvent allouer au demandeur des dommages-intérêts allant au-delà de son préjudice effectif. Ces dommages-intérêts dits *punitifs* sont sans doute la singularité la plus frappante de la *common law* en matière de réparation du préjudice. Leur justification première réside dans le rôle dissuasif en même temps que punitif qu'ils sont censés jouer.<sup>462</sup>

Les pays de *common law* ne reconnaissent pas tous la même portée aux dommages-intérêts punitifs. En Angleterre, la Chambre des Lords a considérablement limité leur champ d'application dans un arrêt célèbre de 1964.<sup>463</sup> Ils ne jouent dès lors pas de rôle dans les affaires de responsabilité médicale. Ils sont en revanche bien établis dans la pratique judiciaire américaine, malgré les controverses

<sup>456</sup> Notamment Stoll, 1972, p. 28s, avec d'abondantes références.

<sup>457</sup> Article 46 CO. Pour les dommages en cas de décès, voir l'article 45 CO. Voir en général Oftinger, 1975, p. 191ss, 228ss; Deschenaux/Tercier, 1982, p. 226ss, 234ss; Ney, 1979, p. 192ss, 197ss. Pour les juridictions de *common law*, voir en particulier Fleming, 1983, p. 206ss.

<sup>458</sup> Voir en général Deschenaux/Tercier, 1982, p. 51s, 258ss; Ney, 1979, p. 202ss; Oftinger, 1975, p. 286ss; Fleming, 1983, p. 211ss.

<sup>459</sup> McDonald v. United States, 555 F.Supp. 935, 971s (Pa. 1983).

<sup>460</sup> ATF 108 II 422, 434. Voir à cet égard Oftinger, 1975, p. 309ss; Deschenaux/Tercier, 1982, p. 262s; Klaus Hüte, Die Genugtuung bei Tötung und Körperverletzung, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 1984.

<sup>461</sup> Le juge peut réduire la réparation en raison aussi de la légèreté de la faute de l'auteur, de la faute ou du fait concomitant de la victime ou encore du consentement de la victime. Voir en général Oftinger, 1975, p. 263ss; Deschenaux/Tercier, 1982, p. 240ss; Ney, 1979, p. 217ss.

<sup>462</sup> Ils doivent enseigner sa responsable « that tort does not pay »: *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All E.R. 367, 411 (H.L., per Lord Devlin). Stoll, 1972, p. 99, parle de « penal surcharge upon compensatory damages ». Voir aussi Prosser, 1984, p. 9.

<sup>463</sup> *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All E.R. 367 (H.L.).

qu'ils n'ont cessé de susciter.<sup>464</sup> Lorsque l'auteur d'un acte illicite a agi intentionnellement et au mépris des intérêts d'autrui, presque toutes les juridictions américaines admettent l'octroi de dommages-intérêts punitifs.<sup>465</sup> Les conditions exactes varient d'un Etat à l'autre, mais elle révèlent toutes une préoccupation semblable: la réprobation de comportements illicites délibérés, gratuits ou outrageux.<sup>466</sup>

Dans le domaine de la responsabilité médicale, les dommages-intérêts punitifs sont envisageables surtout dans les actions pour *battery*.<sup>467</sup> Ils le sont exceptionnellement aussi dans les affaires de *negligence*, à condition qu'une faute particulièrement grossière ait été commise.<sup>468</sup> Dans quelques affaires touchant au consentement, les juges ont admis le principe de l'octroi de dommages-intérêts punitifs dans des circonstances appropriées, tout en les refusant dans le cas particulier.<sup>469</sup>

Une patiente alléguait que la ligature des trompes effectuée *post partum* constituait une *battery* car elle n'y avait consenti que si l'enfant qu'elle mettait au monde était tout à fait normal, ce qui n'était pas le cas. Le tribunal admit l'action mais refusa les dommages-intérêts punitifs car aucun élément «of oppression, fraud or malice» n'était démontré.<sup>470</sup> Dans une autre affaire, un chirurgien esthétique avait effacé une vieille cicatrice sur l'abdomen de la patiente mais, ce faisant, en avait créé une autre tout aussi disgracieuse. Comme il avait assuré que le résultat serait excellent et n'avait jamais parlé des complications possibles, la patiente affirmait qu'il l'avait trompée et réclamait des dommages-intérêts punitifs. La Cour d'appel de Californie les lui refusa, estimant que la tromperie alléguée n'était pas prouvée.<sup>471</sup> Une troisième patiente reprochait au dentiste de l'avoir dolosivement induite à se faire arracher une dent de sagesse incluse en prétendant qu'elle risquait de provoquer un cancer de la mâchoire. Le tribunal jugea que le dossier ne révélait qu'une différence d'opinion entre praticiens sur la magnitude du risque de cancer. Il conclut en ces termes: «This is a question of professional judgment which, if in error, may be negligence but is generally insufficient upon which to base punitive damages.»<sup>472</sup>

<sup>464</sup> Voir en particulier Prosser, 1984, p. 11s. Des tribunaux ont dénoncé les dommages-intérêts punitifs comme «unsound in principle» [Anderson v. Dalton, 246 P.2d 853, 855 (Wash. 1952)] voire comme «a monstrous heresy» [Fay v. Parker, 16 Am. Rep. 270, 320 (N.H. 1872)]!

<sup>465</sup> Pour des détails sur la position particulière de certains Etats, voir Prosser, 1984, p. 9s; Stoll, 1972, p. 103, note 846.

<sup>466</sup> Voir Nordstrom v. Miller, 605 P.2d 545 (Kan. 1980), disant que des dommages-intérêts punitifs peuvent être alloués «whenever the elements of fraud, malice, gross negligence, or oppression mingle in the controversy». Voir aussi Restatement (Second) of Torts, § 908 (2) (1977): «Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others.»

<sup>467</sup> Prosser, 1984, p. 10, 40.

<sup>468</sup> Prosser, 1984, p. 10; voir sur ce point Paul Nussbaum, Awarding punitive damages in medical malpractice arbitration, 20 California Western Law Review 312 (1984); Sebastian v. Wood, 66 N.W.2d 841 (Iowa 1954).

<sup>469</sup> Voir par exemple Klinikin v. Heupel, 305 N.W.2d 589, 593 (Minn. 1981); Perna v. Pirozzi, 457 A.2d 431 (N.J. 1983); Rains v. Superior Court, 198 Cal. Rptr. 249 (Cal. 1984).

<sup>470</sup> Grieves v. Superior Court, 203 Cal. Rptr. 556, 560 (Cal. 1984).

<sup>471</sup> Stone v. Foster, 106 Cal. App.3d 334 (Cal. 1980). Le premier juge avait au contraire alloué 15 000 \$ à ce titre à la patiente.

<sup>472</sup> Berroyer v. Hertz, 672 F.2d 334, 341 (3rd Cir. 1982). Ici aussi, le premier juge avait accordé des dommages-intérêts punitifs. Pour d'autres cas où ils furent refusés, voir notamment Lindquist v. Ayerst Laboratories, Inc., 607 P.2d 1339 (Kan. 1980); Foy v. Greenblott, 141 Cal. App.3d 1 (Cal. 1983); Wetherill v. University of Chicago, 570 F.Supp. 1124 (Ill. 1983), à propos d'une étude expérimentale.

Cette conclusion résume l'attitude des juges américains. Ils se montrent réticents à accorder des dommages-intérêts punitifs dans les affaires où le médecin a négligé d'informer le patient.<sup>473</sup>

A l'issue de ces brèves considérations générales, quatre questions m'ont paru mériter des développements: la réparation morale en faveur d'un lésé inconscient; l'étendue de la réparation quand le risque qui s'est réalisé n'avait pas à être dévoilé, quand le consentement hypothétique du patient est établi et quand le traitement s'est soldé par un succès total.

### B. Tort moral en cas de coma irréversible de la victime

Une jeune fille de quinze ans entre à l'hôpital en mars 1972 pour une appendicectomie. A la suite d'une faute de l'anesthésiste que les juges qualifieront de grave, une anoxie survient et cause de très graves lésions au cerveau. La patiente en reste complètement invalide: paralysie de tous les membres et démence profonde, à dire d'experts. Ses facultés cognitives sont détruites, de sorte qu'elle ne peut pas être consciente de son état ni en souffrir moralement. Mais ses réelles facultés perceptrices ne sont pas clairement connues, car elle réagit notamment par des grimaces et des mimiques à des stimuli externes. En première instance, le médecin est condamné à réparer tout le préjudice matériel (plus d'un million de francs) et à verser une indemnité pour tort moral de 100 000 francs, que le Tribunal fédéral confirme.<sup>474</sup>

Le Tribunal fédéral avance deux arguments principaux pour admettre le tort moral en pareille occurrence. Tout d'abord, il retient une approche essentiellement *objective* du tort moral, contrairement à la doctrine dominante.<sup>475</sup> Relevant que des indemnités sont accordées à des personnes morales et à des individus privés de discernement, les juges fédéraux estiment qu'il faut donner la prééminence à l'aspect objectif de l'atteinte à l'intégrité corporelle. Ainsi, une réparation morale peut être accordée même en l'absence de conscience de la victime.<sup>476</sup> Les conséquences subjectives, en particulier l'absence de facultés perceptrices, n'interviennent que dans l'appréciation du montant.

Le second argument consiste à prendre en compte les souffrances des parents de la victime et les sacrifices qu'ils ont consentis et consentent encore pour elle. La condition de leur fille exige en effet une assistance permanente qu'un personnel médical ne pourrait fournir de manière aussi bénéfique, avec autant d'affection et de chaleur qu'eux. Comme dans le cas de grave invalidité, où on a soutenu<sup>477</sup> que l'indemnité pour tort moral devait permettre à la victime d'exprimer concrètement sa gratitude envers les personnes se dévouant pour elle, le Tribunal fédéral admet ici une volonté de compenser la douleur et les sacrifices des parents.

<sup>473</sup> Cette attitude est regrettée par McClellan, 1982, p. 81, qui estime que les dommages-intérêts punitifs sont un moyen de faire mieux respecter les droits des patients.

<sup>474</sup> ATF 108 II 422.

<sup>475</sup> Celle-ci estime que le tort moral présuppose une diminution subjective du bien-être, donc des souffrances physiques ou morales. Voir en particulier Pierre Tercier, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Fribourg, 1971, p. 56ss; Pierre Tercier, La réparation du tort moral en cas d'inconscience totale et définitive de la victime, RSJ 68 (1972) p. 245ss; Jäggi, *supra* note 54, p. 186a; Ney, 1979, p. 203; Ulrich Glärds, Ausgleich der immateriellen Unbill in der Militärversicherung, thèse, Berne, 1974, p. 46.

<sup>476</sup> ATF 108 II 422, 430ss.

<sup>477</sup> Notamment Ofinger, 1975, p. 308; AF 108 II 422, 433.

Je ne sais s'il faut applaudir cet arrêt, ou le critiquer. L'argumentation des juges est juridiquement discutable, mais le résultat pratique satisfait assurément le sens de l'équité. Il paraît injustifiable en effet de limiter le tort moral des proches au seul cas de décès.

Il reste qu'en droit, on sent quelques hésitations dans la manière d'argumenter du Tribunal fédéral. Il part du principe que le seul fait d'une atteinte grave à la personnalité permet à la victime d'obtenir une indemnité pour tort moral. Mais il admet ensuite que la somme à allouer dépend des conséquences subjectives de l'atteinte, en particulier de l'intensité des souffrances. Cette évaluation subjective est inévitable dans la mesure où, comme l'écrit Tercier, de même que le dommage « n'est pas l'atteinte comme telle (...) mais la diminution du patrimoine qui en découle », c'est-à-dire qu'il est appréhendé « par référence à ses incidences sur le patrimoine de la victime », de même « le tort moral ne peut être appréhendé comme tel, sans référence à la personne qui en est le support ». <sup>478</sup>

Malgré l'adoption de la thèse objective, le Tribunal fédéral est en définitive proche des partisans de la théorie subjective quand il affirme : « In modo generale, si può affermare che l'indennità per torto morale può essere ridotta in funzione del grado di coscienza e di consapevolezza della vittima. » <sup>479</sup> Il ne se distancie d'eux que dans l'hypothèse extrême du coma total et irréversible de la victime : tandis qu'ils refusent tout tort moral, il admet au contraire que la gravité objective de la lésion suffit à justifier le versement d'une indemnité. Dans sa conception, l'indemnité doit cependant être considérablement réduite. Que penser alors de l'allocation d'un montant de 100 000 francs ? N'est-il pas incohérent de déclarer que l'indemnité doit être fortement réduite et d'accorder une somme qui dépasse largement tout ce qui, à ma connaissance, a jamais été accordé par un tribunal suisse ?

Le droit français exclurait toute réparation morale en cas d'inconscience irrémédiable de la victime. <sup>480</sup> A l'inverse, les tribunaux allemands ont jugé qu'une personne comateuse avait droit à une réparation morale. <sup>481</sup> Selon eux, il se justifie toutefois de diminuer l'indemnité, car sa fonction compensatoire n'existe plus. <sup>482</sup> Enfin, les juges anglais et canadiens adoptent une vue essentiellement objective du tort moral qui les amène à accorder une indemnité à un individu plongé dans un coma définitif. <sup>483</sup>

Le montant très élevé alloué par le Tribunal fédéral s'explique sans aucun doute par le second argument, à savoir la volonté de compenser les souffrances endurées par les parents de la victime. On devine que les juges estimaient juste d'octroyer une indemnité *in casu* mais qu'ils ne savaient pas trop comment la justifier en droit. Affirmer que la situation pénible des parents doit être prise en compte dans

<sup>478</sup> Pierre Tercier, La réparation du tort moral : crise ou évolution, Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg, 1977, p. 307, 311.

<sup>479</sup> ATF 108 II 422, 433.

<sup>480</sup> Tercier, *supra* note 475, 1972, p. 247 et ses références.

<sup>481</sup> Par exemple OLG Karlsruhe, VersR 1961 287; LG Hechingen, VersR 1964 251.

<sup>482</sup> Notamment OLG Stuttgart, JZ 1971 788; BGH, VersR 1976 660.

<sup>483</sup> Par exemple H. West & Son, Ltd. v. Shephard [1963] 2 All E.R. 625 (H.L.); Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority [1979] 2 All E.R. 910 (H.L.) où il fut accordé 20 000 £. Une approche fonctionnelle, visant surtout à procurer des satisfactions de remplacement à la victime, a parfois été utilisée: Lindal v. Lindal (1981) 129 D.L.R.3d 263 (S.C.C.); Andrews v. Grand (1978) 2 S.C.R. 239. Voir aussi l'opinion de Lord Denning in Lim Poh Choo v. Camden Health Authority [1979] 1 All E.R. 332, 342 (C.A.) et plus généralement Fleming, 1983, p. 212s.

l'estimation de l'indemnité accordée à leur fille me paraît tout de même singulier. C'est peu compatible en tout cas avec les principes qui régissent la réparation du tort moral, par essence individuel. Chacun ne peut réclamer que la compensation de ses propres souffrances physiques ou morales, mais pas celles endurées par autrui.

Cette affaire illustre bien le malaise qui existe face à de telles situations. (Il s'était déjà traduit par une intervention aux Chambres en 1973.<sup>484</sup>) Il est indéniable que les proches sont frappés aussi durement qu'en cas de décès. L'équité réclame donc que leurs souffrances soient adéquatement compensées. Ne devrait-on pas alors admettre la qualité pour agir des proches en cas d'inconscience totale et définitive de la victime, comme le suggérait Tercier en 1972?<sup>485</sup> On pourrait considérer qu'il y a une lacune, à combler en vertu de l'article 1/2 CC, et dire qu'il s'agit d'une « mort psychique » qu'aucune raison impérative ne justifie de traiter différemment de la mort physique. On pourrait imaginer aussi une prétention propre des proches fondée sur l'article 47 CO.<sup>486</sup> En interprétant l'expression « lésions corporelles » comme à l'article 46 CO, soit comme « toute atteinte à l'intégrité physique ou à la santé mentale »<sup>487</sup>, on engloberait les souffrances endurées dans des cas dramatiques, en particulier quand elles se traduisent par un état dépressif. On pourrait enfin interpréter extensivement le nouvel article 49 CO, qui donne droit à une réparation morale en cas de grave atteinte à la personnalité.<sup>488</sup> Cela irait dans le sens de la révision, qui entendait alléger les conditions de la réparation morale en supprimant notamment l'exigence d'une faute particulièrement grave.

En France, une indemnité pour tort moral peut être accordée aux proches d'une personne atteinte d'une infirmité importante s'ils subissent de ce fait un préjudice moral spécialement grave.<sup>489</sup> Il s'agit d'un cas de « dommage par ricochet » où le lien de causalité conserve une telle intensité qu'il fonde un préjudice direct chez un tiers.<sup>490</sup> Le droit allemand arrive à un résultat voisin. Il accorde, de manière très restrictive il est vrai, une indemnité aux proches quand leurs souffrances morales sont si intenses qu'elles constituent une atteinte à la santé au sens du paragraphe 847 BGB.<sup>491</sup>

Il est finalement piquant de constater que le droit suisse est le seul à prévoir *expressément* la qualité pour agir des proches en cas de décès mais qu'il a le plus de peine à admettre cette qualité dans l'hypothèse d'inconscience totale et définitive de la victime. L'admettre éviterait pourtant aux tribunaux de devoir

<sup>484</sup> Postulat Dillier, BO (CE) 1973 514.

<sup>485</sup> *Supra*, note 475, 1972, p. 549.

<sup>486</sup> Tercier, *supra* note 475, 1972, p. 248s, proposait la révision de l'article 47 CO, préconisée aussi par François Gilliard, L'unification du droit de la responsabilité civile, RDS 86 (1967) II p. 258ss. Voir en outre Roberto Bernhard, Nouveautés dans la jurisprudence en matière de responsabilité civile, Bulletin des médecins suisses 64 (1983) p. 468, 470.

<sup>487</sup> Deschenaux/Tercier, 1982, p. 226.

<sup>488</sup> Tercier, *supra* note 475, 1972, p. 248s, suggérait déjà l'application large de l'ancien article 49 CO. Voir aussi Bernhard, *supra* note 486, p. 470.

<sup>489</sup> Cass. civ., 22 octobre 1946, Gaz. Pal. 1947 J. 5; Tercier, *supra* note 475, 1972, p. 249 et les références citées à sa note 38.

<sup>490</sup> Urs Winter, Die Wiedergutmachung immaterieller Beeinträchtigung bei Körperverletzung und Tötung, thèse, Berne, 1975, p. 168ss, 241 et ses références.

<sup>491</sup> Winter, *supra* note 490, p. 126s, 241 et ses références.

trouver des fondements douteux à l'octroi d'une indemnité à la victime elle-même. Sans que cela soit choquant, ils pourraient la refuser, ce qui est la solution la plus «conforme au système consacré par notre législateur».<sup>492</sup>

### C. Réparation lorsque le risque qui s'est réalisé n'avait pas à être dévoilé

Pour soigner des varices à la jambe gauche d'une patiente, un médecin allemand procède à l'injection d'un produit nécrosant dans la veine. Il en résulte une obturation de l'artère tibiale, un risque survenu à ce jour deux fois sur environ trois millions d'interventions. La patiente actionne le médecin; elle invoque une faute technique et la violation du devoir d'information. La première n'est pas retenue, car le résultat était inévitable, quelles que soient les précautions prises. La violation du devoir d'information est en revanche admise: le médecin devait éclairer sa patiente sur les risques associés à l'intervention. Mais il n'avait pas à l'avertir du risque survenu, vu son exceptionnelle rareté et le fait qu'il n'était pas mentionné dans la littérature médicale.<sup>493</sup>

En droit suisse, le médecin devrait réparer le préjudice en pareille hypothèse.<sup>494</sup> Le Tribunal fédéral admet en effet que le médecin qui viole son devoir d'information doit répondre du dommage que le traitement cause. Il suffit au patient «de démontrer qu'il n'aurait vraisemblablement pas été lésé dans son intégrité corporelle si son médecin s'était abstenu de l'intervention considérée».<sup>495</sup> Ainsi, la nature exacte du risque qui s'est réalisé n'entre pas dans les éléments que le patient doit établir.

Quand on examine l'obligation de réparer, il faut considérer l'information que le médecin devait fournir comme un tout nécessaire, sans s'attacher à chacune de ses composantes. Seule l'information *dans sa totalité* est propre à garantir la liberté de décision du patient. Il ne faut donc pas fractionner le consentement et le déclarer valable dans les limites des informations connues. Dans la formation de la volonté du patient, il y a en effet interaction entre tous les renseignements reçus, en particulier sur chacun des risques. Un authentique consentement est donc la somme des jugements de valeur émis sur chaque élément d'information. Dans ce sens, le consentement ne peut être que valable ou nul, mais jamais partiellement valable. L'information est comme un puzzle: dès qu'un morceau manque (peu importe qu'il corresponde ou non au risque qui s'est réalisé), le consentement est sans valeur.

Dans l'affaire allemande prise comme illustration, le Tribunal de première instance de Heidelberg jugea que tout défaut d'information invalidait le consentement. A son avis, et en accord avec la plupart des auteurs<sup>496</sup>, le fait que le risque

<sup>492</sup> Tercier, *supra* note 478, p. 311. Cette solution a été retenue par le Tribunal cantonal du Valais: RVJ 1968 p. 275; et par les cours françaises, en application du droit suisse: Cass. civ., 6 janvier 1971, Gaz. Pal 1971 J. 151. Pour des détails sur cette affaire, voir Tercier *supra* note 475, 1972, p. 245. Ont jugé en sens contraire l'OG de Soleure, RSJ 12 (1915-16) p. 290, la Cour d'appel de Berne, RSJB 81 (1945) p. 276, et l'OG de Lucerne, RSJ 65 (1969) p. 297.

<sup>493</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1983 2643, MedR 1983 190.

<sup>494</sup> La solution serait la même si le médecin devait dévoiler les risques A et B mais n'a dévoilé que le risque A, qui survient effectivement.

<sup>495</sup> ATF 108 II 59, 63. Bien qu'exceptionnelle, la conséquence est adéquate, selon la jurisprudence: voir notamment ATF 80 II 338; ATF 93 II 329.

<sup>496</sup> Voir la Note suivant l'arrêt in MedR 1983 190, et ses références; Schlosshauer-Selbach, 1985, p. 660ss.

qui s'est réalisé devait ou non être dévoilé au patient était sans pertinence. Le médecin devait répondre du dommage dans tous les cas. Sur recours, l'*Oberlandesgericht* de Karlsruhe a adopté la solution inverse, préconisée en particulier par Kern/Laufs.<sup>497</sup> Sa motivation est cependant originale: elle est fondée sur le but de protection de la norme. Selon les juges, le dommage est «ausserhalb des dutch den Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm gezogenen Rahmens». Ils ont nié l'obligation de réparer parce qu'elle dépend du fait de savoir «ob sich gerade die Gefahr verwirklicht hat, über welche die Patientin zu Unrecht nicht aufgeklärt worden war».<sup>498</sup>

L'argumentation du tribunal de Karlsruhe me paraît difficile à suivre<sup>499</sup> dans la mesure où il a admis au préalable que le but de protection de la norme «ist hier die Sicherung der freien Selbstbestimmung der Patientin über die Duldung eines ärztlichen Eingriffs in ihre körperliche Integrität durch ihre Aufklärung über Wesen, Bedeutung und Tragweite dieses Eingriffs».<sup>500</sup>

Certains auteurs allemands pensent aussi que le médecin ne doit pas être tenu à réparation quand il a fautivement tu un risque autre que celui qui s'est matérialisé. Mais leur justification est autre: ils soutiennent la thèse de la validité partielle du consentement, dans les limites de l'information reçue ou connue.<sup>501</sup> Derrière ce raisonnement juridique discutable se cache un motif de politique juridique. La solution inverse (la responsabilité du médecin) mènerait, affirment-ils, «zu ungerechten Ergebnissen»<sup>502</sup>: ce serait admettre que le patient puisse se prévaloir de tout défaut d'information en toute circonstance. Par exemple quand le risque survenu était inconnu du patient et du médecin, qui avait violé son devoir d'information sur un autre point. Ou quand le patient connaissait parfaitement le risque qui s'est réalisé mais aurait dû être averti d'un autre aussi. Et peut-être même quand l'intervention se solde par un succès complet. Dans cette hypothèse, le dommage fait certes défaut, mais, dans la conception qui prévaut encore en jurisprudence allemande (l'intervention médicale constitue en principe le délit de lésions corporelles), un jugement pénal ne serait pas exclu.<sup>503</sup>

Ces conséquences, taxées d'injustes ou d'insupportables, le sont-elles vraiment, dogmatiquement tout d'abord, en droit positif suisse ensuite?

<sup>497</sup> 1983, p. 151s. Cette position semble gagner du terrain dans la jurisprudence allemande la plus récente: BGH, NJW 1984 1395, estimant qu'il manque alors la «Rechtswidrigkeitszusammenhang». L'arrêt est commenté par Adolf Laufs, Bernd-Rüdiger Kern, Zum Schmerz als Gegenstand ärztlicher Aufklärung, JZ 1984 p. 629, 631. OLG Düsseldorf, MDR 1984 p. 666, niant l'obligation de réparer; BGH, 4 juillet 1984, rapporté par D. Bundschuh, Schadenersatz nur bei Aufklärungsmangel über das Risiko, das sich verwirklicht hat, Arztrecht 1984 p. 268ss; BGH, NJW 1985 676.

<sup>498</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1983 2643.

<sup>499</sup> Pour l'auteur de la note qui accompagne l'arrêt in MedR 1983 190 aussi puisqu'il écrit, p. 191: «Diese Argumentation ist in diesem Zusammenhang neu und vermag nicht zu überzeugen.» Voir aussi Walter Dunz, Wann verwirklicht sich der Schaden aus mangelhafter Aufklärung über das Behandlungsrisiko? MedR 1984 184s, qui critique la tendance de la jurisprudence à se concentrer sur la survenance du dommage et remarque: «Die Abhilfe hesteht darin, das ursächliche Verhalten selbst als rechtmässig bzw. rechtswidrig zu qualifizieren» (p. 185).

<sup>500</sup> NJW 1983 2643.

<sup>501</sup> Pour Kern/Laufs, 1983, p. 151, «soweit die Information reicht, wirkt auch die Einwilligung»; voir aussi Deutsch, *supra* note 418, p. 1989. L'argument est sans pertinence quand le risque qui est survenu était inconnu, comme dans l'illustration choisie.

<sup>502</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 152. L'auteur de la Note accompagnant l'arrêt de l'OLG Karlsruhe reconnaît aussi que la solution de la doctrine dominante est «dogmatisch sauberer» mais entraîne des «untragbaren Konsequenzen»: MedR 1983 190, 191.

<sup>503</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 152.

Un point commun relie toutes les hypothèses évoquées : d'une façon ou d'une autre, le médecin a violé son devoir d'information. Pourquoi veut-on alors absolument faire supporter au patient le préjudice dû à un acte médical auquel il n'a pas pu donner un consentement pleinement éclairé? L'objection qu'il connaissait le risque, qu'il l'a implicitement accepté et se trouve malvenu de se plaindre de sa survenance est dénuée de pertinence. Ce que le patient accepte, c'est l'intervention médicale *globalement*. Or, le manque d'information sur un seul point peut modifier sa décision et suffit donc à vicier sa volonté. Admettre dans tous les cas l'obligation de réparer ne revient en fin de compte qu'à favoriser les médecins diligents et respectueux des droits des malades. Ce résultat concorde parfaitement avec la conception actuelle de la responsabilité médicale fondée sur la faute.<sup>504</sup>

La solution est d'autant moins choquante en droit positif suisse que sa rigueur éventuelle peut être atténuée grâce à l'article 43 CO.<sup>505</sup> Selon le Tribunal fédéral, cet article investit le juge d'un large pouvoir d'appréciation pour trouver un certain équilibre entre la faute et le dommage à réparer.<sup>506</sup> Or, plusieurs motifs de réduction de la réparation peuvent intervenir ici.

Tout d'abord, le dommage survient alors que le médecin agissait *dans l'intérêt du patient*. Selon les circonstances, le médecin peut aussi invoquer la *légèreté de sa faute*. La faute légère doit être admise lorsque les données essentielles du traitement ont été communiquées, mais que l'information sur un point secondaire a été omise. De plus, la *connaissance d'un risque* peut être prise en compte pour diminuer l'étendue de la réparation, même si le consentement est par ailleurs nul et sans effet sur le principe de la responsabilité. Il n'y a là aucune contradiction. Si un individu demande une mutilation sans but légitime, son consentement n'exonère pas l'auteur de la lésion, mais le juge en tiendra compte pour diminuer équitablement la réparation due. Lorsqu'un risque connu du patient se réalise, la réparation peut être réduite aussi, mais dans des proportions moindres.<sup>507</sup> En effet, le patient consent au traitement; il ne consent pas directement à la lésion, dont la survenance est de toute manière incertaine et non voulue. Enfin, l'intervention du *hasard* ou d'une certaine fatalité dans la survenance du dommage peut aussi constituer un facteur de réduction.<sup>508</sup> La conjugaison de ces divers principes permet donc de réduire équitablement la réparation dans la plupart des cas.

*Aux Etats-Unis*, les cours paraissent unanimes à affirmer que le patient doit établir que c'est un risque fautivement tu qui est à l'origine du dommage.<sup>509</sup> La

<sup>504</sup> Dans ce sens, Schlosshauer-Selbach, 1985, p. 660, 663. Cette solution pourrait avoir un certain effet éducatif aussi.

<sup>505</sup> Le premier alinéa dispose: « Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute. » Pour une appréciation comparative de ce principe, voir Stoll, 1972, p. 140; André Tunc, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, p. 73.

<sup>506</sup> Notamment ATF 53 II 419 / JT 1928 586, 593. Voir aussi Ofinger, 1975, p. 264; Desche-naux/Terciet, 1982, p. 244.

<sup>507</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 152, donnent l'exemple du médecin qui informe le patient du risque de paraplégie, qui se réalise, mais non de la possibilité d'une issue fatale.

<sup>508</sup> Notamment ATF 89 I 483, 497 et les références citées; voir aussi Engel, 1973, p. 345; Cuendet, 1970, p. 139, 248.

<sup>509</sup> Voir notamment *Hook v. Rorhstein*, 316 S.E.2d 690 (S.C. 1984); *Ware v. Richey*, 469 N.E.2d 899 (Ohio 1983); *Harnish v. Children's Hospital Medical Center*, 439 N.E.2d 240 (Ma. 1982); *Kranda v. Houser-Norborg Medical Corporation*, 419 N.E.2d 1024 (Ind. 1981); *Wooley v. Henderson*, 418 A.2d 1123 (Me. 1980); *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979); *Hales v. Pittman*, 576 P.2d 493 (Ariz. 1978); *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972).

Cour suprême d'Oklahoma a par exemple déclaré: «Absent any occurrence of the undisclosed risk, a physician's failure to reveal its possibility is not actionable».<sup>510</sup> A ma connaissance, la jurisprudence n'a jamais approfondi ce genre d'affirmation laconique et la doctrine ne s'est pas aventurée non plus dans les méandres de la question.<sup>511</sup>

Un auteur *canadien*, Somerville, a en revanche analysé le problème avec acuité.<sup>512</sup> En extrapolant le langage de *Hopp v. Lepp* et *Reibl v. Hughes*<sup>513</sup>, elle estime que le patient pourrait obtenir réparation quand il a été lésé par la survenance d'un risque dont il avait été averti, mais qu'un autre risque lui avait été dissimulé. Apparemment, il faudrait alors que la connaissance de l'autre risque eût amené le patient à refuser l'intervention.<sup>514</sup> Dans le cadre limité de cette hypothèse, elle qualifie l'approche de *cumulative*. Elle l'oppose à l'approche *séparatiste* suivie par les tribunaux américains, qui consiste à compartimenter le consentement et à déclarer que le patient ne peut pas se plaindre d'un risque qu'il connaissait.<sup>515</sup>

#### D. Réparation en cas de consentement hypothétique

Le consentement hypothétique du patient n'exonère pas le médecin de sa responsabilité. En revanche, il pourrait être un motif de réduction des dommages-intérêts, qu'on l'envisage dans l'optique du consentement du lésé (art. 44 CO) ou de la légèreté de la faute (art. 43 CO).<sup>516</sup>

Il faut bien sûr d'abord que le consentement hypothétique du patient lui-même soit établi. A cet égard, les principes dégagés par la jurisprudence allemande<sup>517</sup> gardent toute leur pertinence en droit suisse. Une fois démontré, le consentement hypothétique est l'une des circonstances dont le juge doit tenir compte pour fixer l'étendue de la réparation. Il se rapproche de l'idée d'*acceptation du risque*, qui justifie, selon les circonstances, une réduction de la réparation.<sup>518</sup> La réduction sera la plus forte quand le patient avoue qu'il aurait consenti au traitement même s'il en avait connu tous les aspects et les risques. Mais le juge ne devrait pas aller jusqu'à refuser des dommages-intérêts, bien que l'article 44 CO prévoie cette possibilité. En effet, le consentement n'est qu'*hypothétique* et il n'aurait pas été donné à la lésion elle-même, mais à l'acte médical.<sup>519</sup>

La réduction pourrait être fondée aussi sur la légèreté de la faute du médecin. Le fait même que le malade aurait de toute façon consenti au traitement est un indice important: la faute commise n'a pas eu d'influence déterminante sur sa liberté de décision. La légèreté de la faute ne devrait pas être admise quand le

<sup>510</sup> Scott v. Bradford, 606 P.2d 554, 559 (Okla. 1979).

<sup>511</sup> Une exception est Seidelson, 1976, p. 333ss.

<sup>512</sup> Somerville, 1981a, p. 189; 1981b, p. 804s.

<sup>513</sup> (1980) 112 D.L.R.3d 67 (S.C.C.) et (1980) 114 D.L.R.3d 1 (S.C.C.).

<sup>514</sup> Somerville, 1981b, p. 804s; 1981a, p. 189.

<sup>515</sup> Somerville, 1981b, p. 804. L'approche séparatiste correspond à la thèse soutenue en Allemagne par Kern/Laufs, 1983, p. 151.

<sup>516</sup> On sait qu'en vertu de l'article 99/3 CO, les articles 43 et 44 CO s'appliquent par analogie à la responsabilité contractuelle. Voir par exemple ATF 92 II 234.

<sup>517</sup> Brièvement exposés *supra*, p. 87s.

<sup>518</sup> Sur cette notion, voir notamment Ney, 1979, p. 216 et ses références à des arrêts du Tribunal fédéral. Voir aussi Trib. gde inst. Bordeaux, 8 mars 1965, Gaz. Pal. 1965 J. 264.

<sup>519</sup> On relèvera ici une divergence entre le texte français de l'article 44 CO, qui parle de «lésion» et les textes allemand et italien, qui parlent, respectivement, de «schädigende Handlung» et de «atto dannoso».

médecin a complètement négligé d'informer le patient sur l'intervention envisagée, car la gravité de la faute est alors trop grande. En toute autre hypothèse, le juge peut réduire équitablement les dommages-intérêts alloués au patient dont le consentement hypothétique est prouvé.

### E. Réparation en l'absence de dommage matériel

Le dernier point est le plus académique: le patient peut-il émettre quelque prétention devant un juge civil lorsque le médecin ne l'a pas complètement informé mais que le traitement s'est soldé par un succès total?<sup>520</sup>

Je n'envisage ici que les situations où le devoir d'information a été violé et non pas celles où le consentement fait défaut. Par exemple, un médecin pratique par erreur une vasectomie au lieu d'une autre opération. Celle-là est, si l'on ose dire, réussie puisque le patient en reste irrémédiablement stérile. En pareil cas, il est évident que le médecin doit réparation pleine et entière, y compris une indemnité pour tort moral (que le Tribunal cantonal vaudois fixa en l'espèce à 15 000 francs).<sup>521</sup> De même, le médecin est entièrement responsable quand il pratique une intervention visant les mêmes fins mais plus mutilante que celle qu'avait acceptée le patient. C'est la situation qui a donné lieu au dernier arrêt du Tribunal fédéral: la patiente avait consenti à une opération de réduction des seins avec excision de kystes. Le médecin pratiqua une mammectomie sous-cutanée totale avec pose de prothèses, qualifiée par les juges de «plus mutilante et donc (...) différente de celle à laquelle elle avait consenti».<sup>522</sup>

La question est tout autre quand le patient connaît la nature du traitement mais n'a pas été informé de tous ses aspects. Les auteurs s'accordent à dire que la seule atteinte aux droits de la personnalité ne constitue pas un dommage au sens de l'article 41 CO quand elle n'a pas de répercussions économiques sur le patrimoine du lésé. En pareille hypothèse, disent-ils, la victime ne peut émettre qu'une prétention en réparation du tort moral, fondée sur l'article 49 CO.<sup>523</sup> Récemment révisée, cette disposition subordonne l'allocation d'une indemnité à l'existence d'une atteinte *grave* à la personnalité. Cette condition ne serait pas réalisée dans l'éventualité envisagée, de sorte que cette voie de droit, théoriquement ouverte, est sans importance pratique.<sup>524</sup>

On peut se demander par ailleurs si le coût de l'intervention ne constitue pas une diminution du patrimoine du patient.<sup>525</sup> Répondre oui ne signifie pas encore qu'il s'agisse d'un dommage dont le patient peut réclamer la réparation. D'une

<sup>520</sup> En droit français, voir notamment Méteteau/Mélenec, 1982, p. 36s et leurs références; en droit américain, voir notamment Katz, 1977, p. 160s et ses références.

<sup>521</sup> RSJ 68 (1972) n° 177, p. 311.

<sup>522</sup> ATF 108 II 59, 61. L'intervention avait en outre partiellement échoué.

<sup>523</sup> Otfinger, 1975, p. 53s; Ott, 1978, p. 82. Il en va de même en France: Harichaux/Ramu, 1984, Fasc. 440-2, n° 60, p. 12. L'article 49 CO s'applique aussi en cas d'inexécution contractuelle: voir ATF 87 II 145; ATF 87 II 290, 292 et les références citées.

<sup>524</sup> A moins d'imaginer un traitement comportant d'extrêmes souffrances tuées au patient et l'existence d'une thérapie alternative tout aussi efficace et ne s'accompagnant d'aucun désagrément. On mesure l'irréalisme de l'hypothèse.

<sup>525</sup> Sur le point de savoir si le patient peut s'opposer à la prétention d'honoraires émise par le médecin, en excipant de l'exécution imparfaite du mandat, voir en général Gautschi, 1964, p. 266ss. Il est clair qu'en cas d'exécution techniquement défectueuse du mandat, le patient peut, selon les cas, se voir libéré du paiement des honoraires. Voir par exemple ATF 110 II 375.

part, la diminution du patrimoine est compensée par les avantages retirés du traitement. Les honoraires sont la contre-prestation du traitement administré avec succès. D'autre part, la diminution n'est pas dans une relation d'illicéité avec la violation de l'obligation d'informer. A mon sens, le médecin ne devrait compenser ce préjudice que dans deux hypothèses. Premièrement, lorsque l'existence d'une autre méthode de traitement, tout aussi efficace et bien moins coûteuse, a été cachée au patient.<sup>526</sup> La différence entre le coût de l'intervention pratiquée et celui de l'intervention alternative la moins onéreuse pourrait être réclamée par le patient, car il a été privé de ce choix. Il est évidemment très difficile pour le patient de prouver qu'un autre traitement se serait révélé d'une efficacité comparable, à un prix moindre. Secondement, quand le médecin n'a pas averti le patient que le traitement préconisé n'est pas couvert par les caisses-maladie, alors qu'il savait ou devait savoir que le patient était dans l'erreur à ce sujet. Il a été admis en Allemagne et une fois au moins en Suisse<sup>527</sup> que le médecin ne pouvait, dans ces circonstances, exiger le paiement de ses honoraires.

Pour être complet, il faut encore signaler la possibilité d'intenter l'action en constatation de droit.<sup>528</sup> De caractère subsidiaire, elle est ouverte quand aucune autre action dérivée de l'article 28 CC n'est disponible.<sup>529</sup> L'intérêt pour agir existe dès qu'il y a une incertitude sur les droits du demandeur.<sup>530</sup> En pratique, on ne voit guère l'utilité de cette voie de droit pour le patient.

<sup>526</sup> Voir à ce sujet Ney, 1979, p. 108.

<sup>527</sup> Par exemple en Allemagne, BGH, NJW 1983 2630; LG Köln, VersR 1983 960, note Bach, avec d'autres références. En Suisse: RSJ 60 (1964) n° 232, p. 344 (Cour d'appel de Bâle-Ville).

<sup>528</sup> L'action «tend à faire constater par le juge l'existence d'un droit de la personnalité du demandeur et l'illicéité de l'atteinte qui y a été portée ou qui pourrait y être portée par le défendeur»: Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 143.

<sup>529</sup> Notamment Jäggi, *supra* note 54, p. 191a; Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 144.

<sup>530</sup> Par exemple ATF 63 II 184. On pourrait imaginer la situation où les effets d'une intervention ne sont pas immédiatement apparents et où le patient voudrait faire constater la violation de ses intérêts personnels.

## DEUXIÈME PARTIE

# LE CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ DES PATIENTS MAJEURS ET CAPABLES

«Le consentement volontaire est absolument nécessaire. Cela signifie que la personne visée doit avoir la capacité légale d'exprimer son consentement; elle doit être en situation d'exercer un libre pouvoir de choix sans l'intervention de quelque élément que ce soit, de force, de fraude, de dol, de pression étrangère, ou quelque autre forme de contrainte ou de coercition; elle doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes de la question pour être capable de prendre une décision intelligente et éclairée».<sup>1</sup>

Bien qu'il concerne le consentement des sujets d'expérimentations médicales, ce passage tiré du procès de Nuremberg garde toute sa pertinence en médecine quotidienne. Il souligne les trois conditions de validité du consentement: la capacité, la liberté de choix et l'information.

Ces trois aspects du consentement vont être précisés dans les pages qui suivent.

<sup>1</sup> Déclaration du général Taylor lors du procès des médecins nazis à Nuremberg en 1947, citée par Doll, 1972, p. 431.

## § 1.1 Généralités

On a vu que la validité du consentement se trouve limitée par l'article 27 CC. Or, cette limitation, extrinsèque au consentement puisqu'elle dépend de la gravité de l'atteinte, n'est pas unique. Une deuxième condition, intrinsèque au consentement, est nécessaire pour que l'expression de la volonté du malade soit pleinement valable: il faut que le consentement soit donné librement, c'est-à-dire en l'absence de toute contrainte et de toute manœuvre dolosive.<sup>2</sup>

En Suisse comme à l'étranger, on a prêté peu d'attention à cet aspect du consentement, en dehors du cadre purement expérimental. Dans notre pays, les auteurs se bornent en général à remarquer une parenté avec les vices du consentement réglés aux articles 23ss CO. Ces dispositions s'appliquent toutefois au consentement qui vise à conclure un contrat, tandis que le consentement au traitement vise à garantir les droits personnels du patient et ne concerne que l'exécution du contrat médical. Les deux sortes de consentement sont par conséquent d'essence et de finalité différentes.

L'article 7 CC permet néanmoins de tirer des dispositions applicables au consentement à un contrat certaines idées qui demeurent pertinentes pour le consentement au traitement médical.<sup>3</sup> Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déclaré à plusieurs reprises que les articles 23ss CO s'appliquaient également aux actes juridiques unilatéraux.<sup>4</sup> Comme il est admis en droit civil suisse que le consentement du patient est un tel acte<sup>5</sup>, cela justifie «une application par analogie, devant tenir compte des particularités de l'acte»<sup>6</sup>, ainsi que l'énonçait le Tribunal fédéral à propos d'une convention d'adoption. Il faudra se garder toutefois de trop raisonner par analogie car le respect des droits de la personnalité me paraît exiger un consentement plus pur, plus authentique qu'en matière contractuelle.<sup>7</sup>

Les articles 23ss CO traitent de trois vices du consentement: l'erreur, le dol et la crainte fondée. Les deux derniers se rattachent plus particulièrement à la liberté de consentir puisqu'ils vicient la volonté au stade de sa formation.<sup>8</sup> A l'évidence,

<sup>2</sup> Notamment Ney, 1979, p. 87 (qui s'appuie exclusivement sur des auteurs et des arrêts français); Grotsch, 1973, p. 42 (se référant, lui, à la doctrine allemande); Hohermuth, 1979, p. 94; Walder, 1983, p. 592.

<sup>3</sup> Voir en général Henri Deschenaux, *Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse*, tome II, 1, 1969, Fribourg, p. 47ss; Ney, 1979, p. 87 arrive à la même conclusion en se basant uniquement sur des références françaises.

<sup>4</sup> Par exemple, ATF 96 II 25 (reconnaissance de dette abstraite); ATF 100 II 278 (légitimation).

<sup>5</sup> Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 96.

<sup>6</sup> ATF 101 II 203 / JT 1976 635, 636.

<sup>7</sup> Dans le même sens, Somerville, 1979 p. 46: «The lack of voluntariness which will vitiate «informed» consent is of a much lesser degree than that which will constitute a defect in consent to a contract.»

<sup>8</sup> Notamment Engel, 1973, p. 239, 249. On verra que les dispositions sur l'erreur ont une certaine pertinence aussi.

une décision n'est pas libre lorsqu'elle est induite par une tromperie ou par des moyens de pression, qu'ils soient d'ordre physique ou moral.

Aux Etats-Unis, les auteurs sont tout aussi discrets sur la question de la liberté de consentir.<sup>9</sup> C'est sans doute qu'il va de soi pour eux que le consentement ne doit pas être entaché de vices propres à l'invalider. Ceci ressort du reste de principes généraux de la *common law* qui posent que deux sortes de défauts rendent le consentement sans effet : les tromperies et les contraintes.<sup>10</sup> Ces deux catégories correspondent dans une très large mesure à celles identifiées en droit suisse.

## § 1.2 Les cas de tromperie

Le dol consiste « à induire intentionnellement une personne en erreur, à l'entretenir ou à la confirmer dans l'erreur, pour la déterminer à faire une déclaration de volonté ».<sup>11</sup> Dans le cadre de la relation médicale, on n'imagine guère un dol commis par un tiers. En pratique donc, c'est surtout le médecin qui pourrait tromper son malade pour l'amener à consentir à un certain traitement.

On admet en droit suisse que le dol peut exister par omission ou par commission. Le dol par omission doit être considéré dans l'optique plus large des rapports de confiance qui devraient unir les parties au contrat médical. Le contexte de ceux-ci engendre forcément chez le patient certaines attentes comme certaines craintes, qui peuvent être fondées sur une perception erronée des choses. Si le médecin, de façon délibérée, ne dissipe pas les idées fausses qu'il a découvertes chez son patient, il commet par là un dol passif, ou ce que Fried appelle « *faithlessness* ».<sup>12</sup> Pour que le consentement en devienne sans valeur, il faut pourtant que le patient soit dans l'erreur sur des éléments essentiels du traitement.<sup>13</sup> Il en irait ainsi par exemple si le patient croyait qu'une stérilisation n'est pas irréversible<sup>14</sup> ou si une patiente interprétait le terme hystérectomie comme la simple excision de kystes ovariens.

Le droit américain adopte la même vue des choses, comme le résume très bien Prosser : le consentement est invalide « si le défendeur savait, ou probablement s'il devait savoir en exerçant une diligence raisonnable, que le demandeur était dans l'erreur sur la nature et la qualité de l'atteinte envisagée ».<sup>15</sup> Cela est d'autant plus vrai que le médecin supporte une *fiduciary duty*, soit une obligation active de mettre le patient en situation de consentir en toute connaissance de cause. Il fut par exemple jugé que le consentement était vicié lorsque le médecin avait refusé de répondre à une question directe et précise.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Il est significatif que Rosoff, dans un ouvrage de 520 pages sur le consentement éclairé du patient n'y consacre pas la moindre page ! Le rapport de la President's Commission est une heureuse exception.

<sup>10</sup> Les termes employés sont d'une part *fraud*, *deception*, et *mistake*, d'autre part *duress* et *coercion* : voir Prosser, 1984, p. 119ss ; Fleming, 1983, p. 74s ; Somerville, 1979, p. 46ss ; Holder, 1978, p. 281ss ; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 63.

<sup>11</sup> Engel, 1973, p. 239.

<sup>12</sup> Charles Fried, *Medical experimentation : personal integrity and social policy*, Amsterdam, 1974, p. 102.

<sup>13</sup> C'est ici que l'on peut s'inspirer de l'article 24 CO.

<sup>14</sup> Pour une affaire de ce genre, voir *Bang v. Charles T. Miller Hospital*, 88 N.W.2d 186 (Minn. 1958).

<sup>15</sup> 1984, p. 119. Voir aussi Fleming, 1983, p. 74s et Somerville, 1979, p. 53s.

<sup>16</sup> *Griffin v. Phillips*, 542 S.W.2d 432 (Tex. 1976), qui parle de « *fraudulent inducement* ».

Il est raisonnable de penser que les cas de dol par commission seront exceptionnels. On imagine mal le médecin tromper sciemment et activement le malade pour lui faire accepter une certaine thérapie. Une telle attitude serait non seulement illicite, mais aussi contraire à la déontologie de la profession. A ma connaissance du reste, aucun cas de ce genre n'a jamais dû être tranché par un tribunal suisse.

Une affaire intéressante est en revanche survenue en France. Elle a donné lieu à des développements sur le mensonge médical qui ne manquent pas de pertinence pour le droit suisse. A l'issue de l'examen clinique de sa cliente, un médecin spécialiste conclut à l'existence d'un cancer. Il fait alors pratiquer une biopsie, qui se révèle négative, puis une seconde, qui est négative aussi. Néanmoins, toujours persuadé que sa patiente souffre d'un cancer, il lui déclare que les analyses faites ont montré « des images suspectes de nature à confirmer son diagnostic », en vue, de son propre aveu, de la décider à accepter un traitement radiothérapeutique. Ce traitement provoque de sérieux troubles dont la patiente demande réparation en justice dès qu'elle apprend le véritable résultat des biopsies.<sup>17</sup>

La Cour d'appel de Paris a condamné le médecin en procédant à une classification des mensonges médicaux: d'une part ceux, inexcusables, qui sont destinés, comme en l'espèce, à faire croire au patient que les symptômes de son affection sont plus graves que ceux réellement observés; d'autre part ceux, admissibles, qui ont pour objet de dissimuler la gravité du mal dont souffre le patient.<sup>18</sup>

Le raisonnement des juges de Paris, que la Cour de cassation a ratifié<sup>19</sup>, est clair: le mensonge qui cache la gravité d'une maladie en vue d'alléger l'appréhension du patient est tolérable parce qu'il vise l'intérêt du patient. Il constitue un *dolus bonus*.<sup>20</sup> En revanche, le mensonge qui noircit les éléments favorables ou dénature le résultat d'analyses en vue d'amener le patient à se soumettre à un certain traitement est constitutif de dol (*dolus malus*). Il ne vise pas l'intérêt du malade (puisque'il le mène à accepter un procédé thérapeutique superflu) mais plutôt celui du médecin lui-même ou de la science.<sup>21</sup>

Il ne fait guère de doute que le Tribunal fédéral ferait sienne aussi la position adoptée par les cours françaises dans cette affaire. Ses considérants limitant le devoir d'information du médecin « à ce qui est compatible avec l'état physiologique et psychologique du malade » en témoignent. Il a même précisé qu'un « pronostic grave ou fatal (...) peut être caché au patient »<sup>22</sup>, ce qui est une manière d'admettre le pieux mensonge. Le Tribunal fédéral retient donc le même critère que les juges français: celui de l'intérêt objectivement déterminé du patient.

Qu'ils admettent ou non l'intérêt du patient comme critère décisif, les auteurs s'accordent à dire que le consentement est invalide quand il n'y a pas simple mensonge, mais véritable *manœuvre fraudulente*. Par manœuvre fraudulente, il faut entendre toute supercherie, toute falsification, toute tromperie qui implique une certaine mise en scène. Par exemple, un médecin convoque le patient à sa clinique

<sup>17</sup> Paris, 7 mars 1952, J.C.P. 1952 II 7210, note Carbonnier; D. 1952 J. 367. Voir aussi un cas américain où le médecin fut condamné pour avoir tu un test négatif de cancer et procédé ensuite à une hystérectomie: Steel v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co., 371 So.2d 843 (La. 1979).

<sup>18</sup> Savatier, Note sous Cass. civ., 28 décembre 1954, D. 1955 J. 249, 251, parle de « mensonges pessimistes » et de « mensonges optimistes »; voir aussi sur ce point Kornprobst, 1957, p. 375.

<sup>19</sup> Cass. civ., 28 décembre 1954, D. 1955 J. 249 note Savatier.

<sup>20</sup> Voir cependant Trib. gde inst. Bordeaux, 8 mars 1965, Gaz. Pal. 1965 J. 264; Trib. civ. Seine, 15 mars 1937, Gaz. Pal. 1937 J. 379; Paris, 11 mai 1937, Gaz. Pal. 1937 J. 379.

<sup>21</sup> Voir aussi Ney, 1979, p. 88s; Pharaon, 1961, p. 13ss.

<sup>22</sup> ATF 105 II 284, 288.

sous prétexte de prendre une radiographie. En réalité, il procède à une expérience sans utilité pour le patient, à seule fin de faciliter la recherche scientifique de deux internes.<sup>23</sup> À mon avis, la tromperie (ou à tout le moins un mensonge qui vicie le consentement) existe aussi quand un étudiant en médecine en stage dans un hôpital se présente comme médecin diplômé.<sup>24</sup>

Les avis divergent en revanche à propos des simples mensonges. Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris, qui a recueilli une large adhésion<sup>25</sup>, présente un défaut majeur: il prive le patient du libre choix puisqu'il investit des tiers du pouvoir de dire quel est son intérêt. Accepter la détermination subjective du médecin me paraît inadmissible. Pratiquement tous les mensonges se trouveraient justifiés. Dans l'affaire parisienne par exemple, le praticien serait exonéré: nul doute en effet qu'il voulait sauver sa malade d'un cancer dont l'existence était à ses yeux certaine. De même, s'en remettre à l'intérêt du malade décidé objectivement amène des affirmations aussi inacceptables que celle avancée par Carbonnier: «Le médecin qui a guéri en mentant est justifié d'avoir menti: il apporte la meilleure preuve que son mensonge répondait à l'intérêt bien compris du client.»<sup>26</sup>

L'existence d'un lien de cause à effet entre le mensonge du médecin et la guérison du patient m'échappe. La vérité aurait-elle été suivie d'un autre résultat? Quand un pronostic grave est caché au malade, qui meurt par la suite, ne devrait-on pas dire que le médecin n'était pas en droit de lui mentir puisqu'il ne l'a pas guéri? Et que, par son mensonge, il l'a privé d'une chance de guérir en l'empêchant de savoir contre quoi il devait se battre? En faisant de l'intérêt du malade, concrétisé dans sa guérison, le «grand principe purificateur», Carbonnier admet finalement ce qu'il semblait déplorer peu avant, à savoir que «la moralité de l'acte dépendrait donc de son succès».<sup>27</sup>

L'illicéité des mensonges médicaux devrait être appréciée selon un autre critère: celui de l'influence sur la décision du patient.<sup>28</sup> Quand il n'est pas une simple réticence, le mensonge (qu'il soit optimiste ou pessimiste) est toujours ce que Savatier appelle «une affirmation certainement et matériellement trompeuse».<sup>29</sup> À ce titre, il constitue une faute qui engage la responsabilité du médecin chaque fois qu'il porte sur un élément d'information propre à influencer la décision ou le comportement du patient.<sup>30</sup> Seule cette conception permet de garantir le droit à l'autodétermination.

Les règles dégagées par le droit américain sur le *doI* par commission ressemblent à celles du droit français. La question fut à vrai dire débattue surtout dans le milieu de la recherche: il était fréquemment arrivé que des sujets soient trompés sur la nature réelle des procédures médicales entreprises.<sup>31</sup> Il est admis que toute tromperie intentionnelle portant sur un élément primordial du traitement invalide

<sup>23</sup> Trib. civ. Seine, 16 mai 1935, D. 1936, 2, J. 9.

<sup>24</sup> Dans le même sens, Somerville, 1979, p. 55.

<sup>25</sup> Par exemple Jean Carbonnier, Note sous Paris, 7 mars 1952, J.C.P. 1952 II 7210; Boyer-Chamard/Monzein, 1974, p. 138s; Pharaon, 1961, p. 13ss.

<sup>26</sup> Note sous Paris, 7 mars 1952, J.C.P. 1952 II 7210.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> On retrouvera le même critère à propos de l'étendue du devoir d'informer à charge du médecin, *infra*, p. 129.

<sup>29</sup> Note sous Cass. civ., 28 décembre 1954, D. 1955 J. 249, 251.

<sup>30</sup> Dans un sens voisin, Savatier, *ibidem*; Somerville, 1979, p. 56s, en parlant du cadre expérimental.

<sup>31</sup> Notamment Somerville, 1979, p. 55ss; Barber, 1980, p. 119ss et leurs références.

le consentement.<sup>32</sup> Par exemple si un médecin fait faussement croire au patient qu'une intervention est thérapeutiquement nécessaire.<sup>33</sup> L'illustration prend toute sa valeur quand on lit que, selon les études, de 15% à 40% des hystérectomies pratiquées aux Etats-Unis sont superflues!<sup>34</sup> De même si un chirurgien obtient le consentement de la patiente à une mastectomie en lui assurant qu'il n'a aucune intention de lui enlever un sein<sup>35</sup>; ou s'il affirme qu'il a beaucoup d'expérience pour une intervention qu'il pratique en réalité pour la première fois.<sup>36</sup> Le dol existe aussi quand une infirmière soi-disant diplômée «vaccine» environ cinq cents personnes en deux jours contre la variole par des injections d'eau plate!<sup>37</sup>

Dans les affaires de réticences ou de simples mensonges, les tribunaux prennent en considération l'intention du médecin et l'intérêt objectif du malade. Ces deux critères peuvent être suffisants pour justifier, suivant les circonstances, le comportement du médecin. On retrouve donc une distinction analogue à celle opérée en France entre *dolus malus* et *dolus bonus*. Tout au plus apparaît-il que le second est circonscrit plus étroitement en droit américain. Dans plusieurs Etats, la législation prévoit que le consentement qui répond à certaines conditions de forme est présumé valable, à moins qu'une tromperie du médecin n'ait amené le patient à se représenter faussement (autrement, en mieux ou en pire) la situation.<sup>38</sup> Souvent alléguée, cette circonstance est pourtant rarement admise par les tribunaux.<sup>39</sup>

### § 1.3 Les cas de pressions

#### A. Par le médecin

De même que le dol, des contraintes physiques ou morales (menaces) exercées sur le malade peuvent vicier son consentement. Le principe semble admis partout.<sup>40</sup> Ces pressions peuvent provenir directement du médecin ou être plus difficilement décelables, comme celles émanant de tiers ou du milieu dans lequel se trouve le patient. Elles sont d'une nature variable aussi, allant des pressions physiques (violence) aux pressions morales ou matérielles. En toute hypothèse, le problème le plus délicat reste celui de tracer la limite entre celles qui sont admissibles et celles qui ne le sont pas, entre les contraintes extérieures importunes et les influences psychologiques internes inéluctables.<sup>41</sup>

<sup>32</sup> Prosser, 1984, p. 120; Fleming, 1983, p. 74s.

<sup>33</sup> *Rains v. Superior Court*, 198 Cal. Rptr. 249, 254 (Calif. 1984) donnant comme motif possible «for the sole secret purpose of generating a fee».

<sup>34</sup> Quintilian, 1983, p. 577, 606.

<sup>35</sup> *Corn v. French*, 289 P.2d 173 (Nev. 1955).

<sup>36</sup> *Scott v. Wilson*, 396 S.W.2d 532 (Tex. 1965).

<sup>37</sup> *People v. Steinberg*, 73 N.Y.S.2d 475 (N.Y. 1947). Pour un autre cas surprenant, voir *Hobbs v. Kizer*, 236 F. 681 (8th Cir. 1916) où un chirurgien, après avoir mis enceinte une patiente, pratique un avortement en prétendant mener un examen pour découvrir l'origine de ses malaises.

<sup>38</sup> Les lois parlent en général de «fraudulent misrepresentation of a material fact»: voir les lois de Floride, Géorgie, Idaho, Louisiane, Maine, Caroline du Nord, Ohio et Utah notamment. Andrews, 1984, p. 163ss donne toutes les références.

<sup>39</sup> Pour un exemple classique, voir *Ritz v. Florida Patients Compensation Fund*, 436 So.2d 987 (Fla. 1983). Pour une des rares exceptions, voir *Morgansrine v. Rosomoff*, 407 So.2d 941 (Fla. 1982) où le médecin avait affirmé à son patient qu'il n'y avait aucun risque.

<sup>40</sup> Voir par exemple Prosser, 1984, p. 121; Fleming, 1983, p. 74; Somerville, 1979, p. 48ss.

<sup>41</sup> Comme le note aussi Somerville, 1979, p. 48. Voir en outre Capron, 1974, p. 376ss; William Thompson, *Psychological issues in informed consent*, in *President's Commission*, vol. 3, 1982, p. 83, 103ss.

Ici encore, on peut s'inspirer en droit  *suisse*  des dispositions générales du CO sur les vices du consentement, en particulier les articles 29 et 30 sur la crainte fondée. Cette dernière est définie comme une crainte « qu'une personne — partie ou tiers — inspire à une autre, intentionnellement et sans droit, pour la déterminer à faire une déclaration de volonté ». <sup>42</sup> Il faut rappeler que la validité du consentement au traitement doit être appréciée plus restrictivement que celle du consentement à un contrat. En d'autres termes, on doit admettre plus facilement et plus largement que certaines pressions vicient le consentement au traitement. C'est particulièrement vrai des pressions économiques: le principe de l'indisponibilité du corps humain rend normalement illicite tout contrat onéreux portant sur le corps ou le cadavre de l'homme. <sup>43</sup>

Détenteur d'un savoir que le patient ne possède pas, le médecin a un devoir de conseil et d'assistance. Il lui appartient donc de recommander le traitement qui, à ses yeux de spécialiste, est le plus apte à assurer la guérison. Dans ce but, il doit faire preuve de persuasion, sans pour autant être habilité à user de n'importe quel procédé. Sa tâche est très délicate dans la mesure où il peut pécher par défaut comme par excès.

Par défaut comme dans une affaire française, où un médecin s'est vu condamner dans les circonstances suivantes <sup>44</sup>: consulté par un client blessé, il conseille une injection de sérum antitétanique, que le patient juge inutile. Par la suite, il omet de rappeler au patient réticent (qu'il voit quotidiennement) la nécessité de cette injection, vu les circonstances de la blessure. Le patient contracte un tétanos généralisé qui le laisse handicapé. Les juges ont estimé que le praticien avait fait preuve d'une indifférence coupable propre à engager sa responsabilité en s'inclinant trop facilement devant le refus initial du patient de la piqûre antitétanique.

A l'autre extrême, le médecin pécherait par excès s'il recourait à des pressions physiques directes pour forcer le consentement de son patient. Une telle occurrence, qui invaliderait évidemment le consentement arraché, semble académique et n'a du reste, à ma connaissance, jamais donné lieu à la moindre décision en Suisse. <sup>45</sup> Contraire aux devoirs les plus élémentaires de la profession médicale, elle engagerait au surplus la responsabilité civile et pénale du praticien. Le Tribunal fédéral l'avait laissé entendre dans une affaire pénale: « Même des motifs sanitaires valables ou un état de nécessité ne peuvent justifier une intervention contre la volonté de l'intéressé » <sup>46</sup>. La doctrine française adopte une position semblable et souligne en général que personne n'a l'obligation de se faire soigner. <sup>47</sup>

Entre ces deux attitudes extrêmes, toutes deux clairement de nature à vicier le consentement du patient <sup>48</sup>, on rencontre tout un éventail de situations plus délicates à trancher. En principe, toute pression matérielle est considérée en droit

<sup>42</sup> Engel, 1973, p. 249.

<sup>43</sup> A ce sujet, voir en général Dierkens, 1966; Travaux de l'Association Henri Capitant, 1977.

<sup>44</sup> Toulouse, 15 février 1971, Gaz. Pal. 1972 Somm. 35. L'arrêt est commenté en particulier par Paul-Julien Doll, La responsabilité médicale en matière d'injection de sérum antitétanique, Gaz. Pal. 1972 Doct. 237.

<sup>45</sup> Mais voir le cas étrange aux Etats-Unis de *Rains v. Superior Court*, 198 Cal. Rptr. 249 (Calif. 1984).

<sup>46</sup> ATF 99 IV 208 / JT 1974 IV 132, 134.

<sup>47</sup> Savatier/Auby/Savatier/Péguignot, 1956, p. 227, n° 250; Nerson, 1978, p. 874ss; Pharaon, 1961, p. 12.

<sup>48</sup> Le point est admis dans les pays de *common law* comme chez nous: Prosser, 1984, p. 121; Fleming, 1983, p. 74; Somerville, 1979, p. 48ss.

suisse comme inacceptable. La promesse, voire la simple allusion à quelque avantage d'ordre économique (une récompense, une exemption des frais d'hôpital, une réduction d'honoraires, etc.) vicie le consentement du malade. Sur ce point, la *common law* paraît moins intransigeante que le droit des pays d'Europe continentale.<sup>49</sup>

A vrai dire, la question se pose avant tout dans la recherche médicale. On sait que les promoteurs des recherches, en Suisse comme ailleurs, offrent souvent aux sujets des sommes d'argent en contrepartie de leur collaboration. Dans la mesure où cette rétribution n'est pas un simple dédommagement, mais dépasse la compensation intégrale des frais qu'occasionne la participation à l'expérience, elle est juridiquement contestable. Pour qu'on puisse la considérer comme librement décidée, la participation devrait être libérée de toute influence financière. Elle ne doit par conséquent ni représenter une charge financière pour le sujet, ni constituer une rémunération.<sup>50</sup>

En médecine quotidienne, il est évident que des facteurs matériels (coût respectif des traitements disponibles, honoraires variant d'un médecin à l'autre, couverture par une assurance notamment) influencent la décision de se soumettre à un traitement déterminé. Mais il s'agit là de données objectives, fixes et inéluctables. Elles ne peuvent pas être considérées comme des pressions propres à vicier le consentement dès l'instant où elles ne sont pas liées au fait d'une personne mais appartiennent à l'environnement normal du patient.<sup>51</sup>

Les pressions sans doute les plus subtiles (et, partant, les plus difficiles à déceler) qu'exerce, consciemment ou non, le médecin sur son malade sont d'ordre psychologique. La disparité de condition, de savoir et de pouvoir entre les parties fait que le patient est particulièrement sensible à ces influences. Comme le souligne Somerville, le danger est d'autant plus grand pour l'autonomie de l'individu que l'autre partie est plus influente et croit qu'elle agit dans l'intérêt bien compris de celui-là.<sup>52</sup> Tant la *nature* des informations fournies que la *manière* dont elles sont transmises peuvent affecter considérablement la décision du patient.

Le critère décisif pour déterminer le genre d'informations admissible réside à mon sens dans la connexité avec l'intérêt thérapeutique du malade. Ainsi, le médecin peut employer dans ses tentatives de persuasion tous arguments reflétant une vérité médicale et relevant de l'état de santé du malade et de son évolution prévisible.

En revanche, si le médecin mêlait à ces renseignements thérapeutiques des éléments étrangers au traitement (d'ordre moral, économique, social ou politique par exemple), le consentement du patient deviendrait vite sujet à caution. Par exemple, il appartient indubitablement au chirurgien d'avertir son client hospitalisé des conséquences fâcheuses possibles d'une décision de retarder l'intervention jusqu'à consultation d'un autre praticien. Il ne peut en revanche pas le menacer de le renvoyer de l'hôpital au cas où il viendrait à solliciter une seconde opinion. La distinction entre mises en garde licites et menaces illicites dépend souvent du

<sup>49</sup> Du même avis, Somerville, 1979, p. 49ss.

<sup>50</sup> A ce sujet, voir notamment les considérations de Somerville, 1979, p. 49ss.

<sup>51</sup> Une distinction analogue est faite dans l'application de l'article 29 CO, qui suppose une menace provenant d'un individu et non d'un « fait extérieur au pouvoir de l'homme »: Engel, 1973, p. 251. Voir aussi Shapiro, 1982, p. 259, qui note que « there is a meaningful distinction between choices coerced by Nature and choices coerced by man ».

<sup>52</sup> 1979, p. 47s.

fait de savoir si le médecin est en mesure de concrétiser les conséquences indésirables évoquées. Ne constitue en principe jamais une menace coercitive le fait d'avertir le patient que sa décision pourrait avoir des suites dommageables dont la survenance est liée à son état de santé et pas du tout au fait d'une personne.

Une jurisprudence abondante s'est développée aux *Etats-Unis* sur l'information admissible à propos de l'avortement. On sait que, depuis 1973, les femmes sont libres d'avoir un avortement durant le premier trimestre de la grossesse.<sup>53</sup> Dans de nombreux Etats, les milieux conservateurs ont réagi en faisant passer des législations qui tentent de limiter par divers moyens le nombre d'avortements. Une méthode consiste à imposer au médecin de donner à sa patiente certains renseignements avant que l'avortement ne puisse être pratiqué. Cette tactique était permise par la définition très vague que la Cour suprême américaine avait donnée, en *obiter dictum*, du consentement éclairé. Elle avait en effet déclaré: «Nous nous contentons d'accepter comme définition la fourniture d'informations au patient limitée à ce qui sera entrepris et à ses conséquences. Donner un sens plus large que ceci pourrait bien enfermer le médecin traitant dans une camisole de force indésirable et inconfortable dans la pratique de sa profession.»<sup>54</sup>

Depuis lors, une vague de décisions a jugé inconstitutionnelles des dispositions qui exigent par exemple que soient communiqués à la femme enceinte:

- une description détaillée de l'apparence physique du fœtus, de son développement et de ses capacités sensorielles<sup>55</sup>;
- des renseignements en matière de contraception;
- l'existence, très controversée, de complications physiques et psychologiques lointaines;
- le fait, contesté lui aussi, que l'avortement est une opération majeure.<sup>56</sup>

En réalité, les considérants des tribunaux révèlent autant, sinon plus, la volonté de laisser le médecin juger de l'information à donner que celle d'éviter d'influencer la liberté de décision des femmes enceintes. Il est symptomatique à cet égard que dans la plupart des actions ouvertes, les groupements locaux de médecins ou de gynécologues se joignent comme demandeurs aux associations de planning familial!

Les deux arguments se retrouvent dans le plus récent arrêt de la Cour suprême. Etait attaquée une loi imposant la révélation détaillée de l'état de la grossesse, du développement du fœtus, de la date de viabilité, des complications de tous ordres pouvant résulter de l'avortement ainsi que de la disponibilité d'agences de conseil en matière de contraception, d'adoption et d'accouchement. La Cour jugea les dispositions entreprises inconstitutionnelles en ces termes: «Premièrement, il est juste de dire qu'une grande partie de l'information requise a pour but non pas d'éclairer le consentement de la femme mais plutôt de la persuader de ne pas le donner du tout. (...) C'est un «cortège d'épouvantes» qui veut suggérer que l'avortement est une procédure particulièrement dangereuse. Une objection sup-

<sup>53</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>54</sup> *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 67, note 8 (1975): «We are content to accept, as the meaning, the giving of information to the patient as to just what would be done and as to its consequences.»

<sup>55</sup> Par exemple *Charles v. Catey*, 627 F.2d 772 (7th Cir. 1980); *Planned Parenthood Association of Kansas v. Ashcroft*, 655 F.2d 848 (8th Cir. 1981); voir en outre les références d'Abbott, 1981, p. 704ss.

<sup>56</sup> Voir les références d'Abbott, 1981, p. 707.

plémentaire, et également décisive, (...) est son intrusion dans le domaine laissé à la discrétion du médecin de la femme enceinte.»<sup>57</sup>

Outre le contenu de l'information, la manière de présenter les choses est très importante aussi. On est allé jusqu'à écrire que la présentation des faits pouvait être telle qu'elle ne laissait en réalité guère de choix au malade.<sup>58</sup> Toute information peut effectivement être présentée sous un jour favorable ou défavorable sans que son contenu et sa véracité en soient altérés pour autant.<sup>59</sup> Le choix des termes, les nuances de ton, les accents portés sur un point plutôt qu'un autre, l'ordre de présentation des choses sont tous des éléments dont peut tirer parti le médecin. Il ne revient certes pas au même de dire au patient : «cet examen permet d'établir un diagnostic définitif dans la plupart des cas» ou «cet examen n'apporte aucune certitude diagnostique dans près de la moitié des cas». Selon ses propres intentions, le médecin pourra employer l'une ou l'autre formule. Il s'agit là de possibilités inéluctables d'influence qui permettent au médecin de donner beaucoup de force à ses recommandations. Elles ne sont pas condamnables tant que les réalités médicales ne sont pas trahies.

En résumé, le médecin doit recommander le traitement le plus indiqué à son avis en des termes simples, francs et véridiques qui se limitent à l'aspect médical de la question. Il faut être conscient que le droit ne peut assurer l'absence de pressions extérieures. Il corrige les formes les plus flagrantes, en présence de violence, de tromperies ou de menaces grossières. Toutes les autres continueront de relever en premier lieu de la conscience morale et éthique de chaque médecin.

### B. Par des tiers

La volonté du malade peut être soumise aussi à des pressions provenant de tierces personnes. Par exemple de proches bien intentionnés, qui croient toujours savoir quelle est la meilleure solution pour les autres. Ou de proches moins bien intentionnés qui perçoivent un avantage personnel selon la décision du patient. Les premières sont normales, les secondes paraissent abusives.

Certains tiers envers lesquels le patient se trouve en relation de dépendance peuvent avoir une grande influence. Un employeur menace par exemple de licencier son travailleur souffrant d'angines chroniques qui le tiennent périodiquement éloigné de sa place de travail s'il ne se fait pas enlever les amygdales. Même si, en droit suisse, un employeur peut pratiquement en tout temps et pour tout motif renvoyer un travailleur moyennant le respect des délais légaux, une telle menace serait à mon sens abusive. Le droit de résilier vise en effet à garantir la liberté contractuelle de celui qui l'exerce mais ne peut légitimement être employé

<sup>57</sup> Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 103 S.Ct. 2481, 76 L.Ed.2d 687, 712 (1983). Voir aussi Birth Control Centers v. Reizen, 743 F.2d 352 (6th Cir. 1984); American College of Obstetricians and Gynecologists v. Thornburgh, 737 F.2d 283 (3rd Cir. 1984). Parmi de nombreux ouvrages récents, voir notamment Stephen Krason, *The Supreme Court's abortion decisions: a critical study of the shaping of a major American public policy and a basis for change*, thèse, Buffalo, 1983; Kristin Luker, *Abortion and the politics of motherhood*, Berkeley (Cal.), 1984; Jay Garfield, Patricia Hennessey, *Abortion—Moral and legal perspectives*, Amherst (Ma.), 1984.

<sup>58</sup> President's Commission, vol. 1, 1982, p. 66.

<sup>59</sup> Sur ce point, voir en particulier la démonstration convaincante de Thompson, *supra* note 41, p. 94s.

à des fins parfaitement étrangères au contrat, soit ici à déterminer un individu à se soumettre à une opération.<sup>60</sup>

On peut imaginer aussi qu'une assurance menace de diminuer ses prestations si le patient refuse une intervention propre à améliorer sa condition. Si l'opération est sans danger et certaine d'apporter une amélioration sensible à l'état de santé du patient sans lui causer de souffrances notables, l'assurance est légitimée à agir comme elle l'a fait si elle avance les frais d'opération.<sup>61</sup>

Une fois l'illicéité des pressions admise, il faudrait savoir si le patient peut recourir contre le tiers coupable les éventuels dommages qu'il a subis du fait de l'intervention médicale. A mon sens, en application des règles générales de la responsabilité délictuelle et par analogie avec le système institué aux articles 23ss CO, rien ne s'y opposerait en théorie. Le patient affronterait cependant des difficultés de preuve qui, en pratique, risquent bien d'être insurmontables.

Il est bien entendu très délicat de déterminer si la décision d'un patient procède véritablement de l'exercice d'un libre choix ou si elle a été induite par des influences extérieures. Il faut tout d'abord réaliser que l'on ne peut pas simplement affirmer que le libre arbitre existe ou n'existe pas. Il faut plutôt le voir comme une affaire de degrés : il existe plus ou moins selon toutes les particularités de chaque situation. Fixer une limite précise et définitive est dès lors impossible. Le problème se complique encore lorsque le patient se trouve dans une situation qui, en elle-même, peut constituer une forme de pression.

### C. Du milieu

On a prétendu que la condition même de malade limitait la libre volonté du patient.<sup>62</sup> C'est vrai dans une certaine mesure et les médecins devraient toujours garder à l'esprit cette fragilité particulière de l'homme qui souffre pour s'efforcer de la minimiser (et non pas pour se sentir justifiés à agir à leur guise). C'est malheureusement plutôt la seconde attitude que diverses études ont révélée : les médecins ont tendance à sous-estimer l'étendue de l'information désirée par les patients et mésestiment leur faculté de compréhension.<sup>63</sup> Ainsi, deux études ont trouvé que les psychiatres étaient plus enclins que les juristes à penser que des patients ne possédaient pas les facultés nécessaires à prendre d'authentiques décisions.<sup>64</sup> Mais plusieurs études ont suggéré qu'une minorité de patients seulement se voyaient comme participants actifs aux décisions médicales, tandis que la plupart d'entre eux pensaient que la décision appartenait au médecin.<sup>65</sup>

La première étape de tout progrès vers un meilleur respect de la liberté de décision des patients est par conséquent double : une prise de conscience par le

<sup>60</sup> En d'autres termes, un employeur peut dire à son travailleur : « Si vous ne travaillez pas mieux, je vous renvoie. » Il ne pourrait pas dire, sans abuser de son droit : « Si vous ne vous faites pas opérer des amygdales, je vous renvoie. »

<sup>61</sup> Voir *supra*, p. 34.

<sup>62</sup> President's Commission, vol. 1, 1982, p. 63.

<sup>63</sup> Notamment J. McKinlay, Who is really ignorant — physician or patient? 16 *Journal of Health and Social Behavior* 3 (1975); Lidz/Meisel/Osterweis/Holden/Marx/Munetz, 1983, p. 539; Penman/Holland/Bahna/Morrow/Schmale/Derogatis/Carrirke/Cherry, 1984, p. 849; Andrews, 1984, p. 172.

<sup>64</sup> Kaufmann/Roth/Lidz/Meisel, 1981, p. 345; Roth/Lidz/Meisel/Soloff/Kaufmann/Spiker/Foster, 1982, p. 29.

<sup>65</sup> Voir en particulier Lidz/Meisel/Osterweis/Holden/Marx/Munetz, 1983, p. 539.

corps médical de sa propre tendance à infantiliser les malades et une éducation des patients visant à promouvoir la prise en charge personnelle de leur propre santé.

La relation médicale est elle-même un rapport inégal où la volonté du praticien s'impose en général à celle du patient. Idéalement, ce dernier suit les suggestions de son docteur parce qu'il a toute confiance en lui. Mais il s'incline parfois avec réticence, par crainte de l'irriter, de porter atteinte à leur relation ou de recevoir ensuite moins d'attention.<sup>66</sup> Il est intéressant de rappeler ici l'un des résultats rapportés par Gray dans son étude des motivations des sujets d'expérience. Cet auteur a découvert que deux tiers des sujets donnaient comme raison de leur participation la réponse suivante: «This was how the doctor wanted it done!»<sup>67</sup>

L'acceptation générale de la distribution traditionnelle des rôles au sein de la relation médicale presse les parties à s'y conformer et assure ainsi sa perpétuation. Le phénomène est particulièrement apparent dans la réticence montrée en général par les médecins à transmettre aux patients leurs propres incertitudes. Ce comportement est dû pour une large part à l'idée que les patients attendent d'eux, en tant que spécialiste consulté, une réponse claire. La remarque suivante, faite par une infirmière expérimentée, femme de médecin, est d'une grande pertinence: «Rare is the physician who will simply state: «I don't know». Instead, the profession has contrived adjectives that can be used to maintain credibility: «nonspecific», «atypical», «undifferentiated» and «idiopathic» — all translate into «I don't know.»<sup>68</sup> Le développement d'un tel jargon pour masquer les incertitudes du corps médical n'est certes pas de nature à améliorer la communication ni à diminuer l'emprise du médecin sur le patient.

D'autre part, il est souvent affirmé que le milieu hospitalier, par sa structure complexe et hiérarchisée, joue aussi un rôle coercitif sur la volonté du malade. Celui-ci se sent dépassé par la complexité des décisions à prendre; désécurisé par la segmentation et la dépersonnalisation des soins; entraîné dans une routine quotidienne immuable sur laquelle il n'a aucune emprise; engagé dans des rapports de subordination avec le personnel hospitalier dont il dépend parfois pour le moindre de ses besoins. Dès lors, il a naturellement tendance à obéir à ce qu'il perçoit comme étant le souhait des infirmières et des médecins, de peur de se mettre en contradiction avec son milieu et de rendre plus pénible encore son séjour à l'hôpital.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> De telles réactions ont été mises en évidence en particulier par F. Ayd, *Motivations and rewards for volunteering to be an experimental subject*, 13 *Clinical Pharmacology and Therapeutics* 771, 777 (1972). Voir aussi Bergler/Pennington/Metcalf/Freis, 1980, p. 435; Note, 79 *Yale Law Journal* 1533 (1970).

<sup>67</sup> Bradford Gray, *Human subjects in medical experimentation. A sociological study of the conduct and regulation of clinical research*, New York, 1975, p. 214. Plus de 40% des patients donnaient comme l'une des raisons de leur participation le fait que leur docteur la leur avait recommandée. Penman/Holland/Bahna/Motrow/Schmale/Derogatis/Carnrike/Cherry, 1984, p. 849, ont trouvé des résultats analogues. Voir en outre Thompson, *supra* note 41, p. 85ss; Kessenick/Mankin, 1973, p. 279, qui notent: «The intensely personal nature of the physician-patient relationship tends to blur the distinction between unlawful coercion and well meaning suggestion.»

<sup>68</sup> Battaravoli, citée in Hosford, 1982, p. 160. L'importance de la question des incertitudes médicales et de leur communication semble avoir été récemment redécouverte: voir President's Commission, vol. 1, 1982, p. 85ss; vol. 2, 1982, p. 9 et *passim*; Andrews, 1984, p. 186ss; Gutheil/Bursztajn/Brodsky, 1984, p. 49. Voir aussi Helfand, 1983, p. 31ss.

<sup>69</sup> De nombreuses études ont discuté et documenté ces influences. Parmi elles, voir en particulier Lidz/Meisel/Osterweis/Holden/Marx/Munetz, 1983, p. 539, qui montrent la plus grande passivité des patients hospitalisés par rapport aux patients ambulatoires; Charles Lidz, Alan Meisel, *Informed consent and the structure of medical care*, in President's Commission, vol. 2, 1982, p. 317ss; Gertson/McNamara, 1984, p. 112, qui concluent que «the social and physical demands of the medical

Pour apprécier la nature intrinsèquement coercitive du milieu dans lequel se trouve le patient, il me paraît utile de recourir à un critère du type de celui proposé par Daube. Il estime que ne sont pas coercitives les pressions faisant partie du fardeau normal et de la dignité de la vie en société.<sup>70</sup> Comme le souligne Somerville<sup>71</sup>, ce critère permet de reconnaître « que le fait qu'elles (les personnes) ne sont pas dans une situation normale est en soi un élément de coercition et peut rendre coercitifs d'autres éléments qui normalement ne le seraient pas ».

Selon cette optique, les influences inhérentes à la condition de malade, à la relation médecin-patient ou au milieu hospitalier ne sont pas coercitives en principe, car elles font partie de ce que tout individu doit s'attendre à affronter dans le courant de son existence. A l'inverse, la condition de sujet d'expérience comporte souvent une connotation contraignante, et le critère avancé par Daube prend toute sa valeur. Il met par exemple en relief le fait que des étudiants ou des prisonniers ne se trouvent pas dans une situation normale. Les premiers parce qu'ils se trouvent très souvent dans un rapport de dépendance vis-à-vis des médecins expérimentateurs qui sont simultanément les professeurs qui leur font passer les examens et leur octroient le diplôme. Les seconds parce qu'ils aspirent à recouvrer une liberté dont on les a privés et parce que les promoteurs des expériences paraissent liés à ceux qui détiennent les clefs des cellules.<sup>72</sup>

Il vaut la peine de rapporter ici les considérants d'un récent arrêt américain, à ma connaissance unique en son genre. Le tribunal devait apprécier la validité d'une clause d'arbitrage signée par un patient en prévision d'un éventuel litige avec l'hôpital. Il déclara : « Nous trouvons que l'effet coercitif inhérent à la relation médecin-patient est suffisamment impérieux pour justifier l'adoption d'une règle prophylactique qui doit assurer la liberté de renoncer au droit d'accès aux tribunaux ordinaires, dans le contexte de clauses compromissaires en matière de responsabilité médicale. » Ceci obligeait l'hôpital à démontrer qu'un certain nombre d'informations avaient été transmises au patient, ce qu'il ne put établir. Les juges poursuivirent alors : « Même si le demandeur avait été spécifiquement mis au courant de l'information qui précède, nous trouverions néanmoins que sa renonciation n'était pas libre en droit, pour les raisons suivantes : 1. le demandeur fut requis de signer l'accord au moment de son admission à l'hôpital ; 2. des preuves incontestables établissent que le demandeur souffrait de douleurs considérables quand il a signé l'accord. »<sup>73</sup> Les juges expliquèrent leur premier argument dans une note fondée sur plusieurs études médicales. On y lit : « Nous trouvons que la période qui précède immédiatement l'admission à l'hôpital incline particulièrement à la coercition. (...) A nos yeux, l'effet potentiel de coercition

setting unduly influence a person's decision » : les patients hospitalisés refusent bien moins souvent de participer à une recherche médicale que les autres. Voir encore Zerubavel, 1980, p. 161 ; Gray, *supra* note 67, p. 204ss ; les études citées par Somerville, 1979, p. 48s et celles citées in Moore v. Fragatos, 321 N.W.2d 781, 789 (Mich. 1982)

<sup>70</sup> D. Daube, *Transplantation: acceptability of procedures and the required legal sanctions*, in *Ethics in medical progress (with special reference to transplantation)*, G.E.W. Wolsteadholme et M. O'Connor (Ed.), Londres, 1966, p. 188, 198.

<sup>71</sup> 1979, p. 56 de l'édition française (le texte anglais présente une coquille sur ce point).

<sup>72</sup> On trouve très souvent cité l'exemple de détenus des prisons du Texas, à qui il était proposé de signer la déclaration de consentement suivante : « J'accepte de coopérer pleinement avec les médecins qui doivent diriger cette étude, pendant une période d'observation d'environ dix-huit mois. Je comprends qu'à la fin de cette période d'observation, on me délivrera un certificat approprié de mérite ; la déclaration de ma coopération volontaire (*sic*) et le fait que j'ai ainsi rendu volontairement un service éminent à l'humanité figureront dans mon dossier. »

<sup>73</sup> Moore v. Fragatos, 321 N.W.2d 781, 790 (Mich. 1982).

commence à un degré élevé quand un patient apprend qu'il ou qu'elle doit être hospitalisé, puis va *crescendo* et ne commence à décroître que quelque temps après que le patient a quitté l'hôpital.»<sup>74</sup>

Je reprendrai pour terminer une affaire cornélienne rapportée par un auteur américain<sup>75</sup>. La question se posait de savoir si le consentement était authentique ou provoqué. Le patient, un psychopathe agressif, refusait d'être traité par un procédé expérimental de psychochirurgie. Avec son accord, de petites électrodes furent implantées dans son cerveau qui, une fois activées, lui rendaient sa normalité quant à ses tendances de psychopathe. En cette condition, il acceptait alors l'intervention psychochirurgicale qu'il persistait en revanche obstinément à refuser dès que son cerveau cessait d'être stimulé!

De telles illustrations font bien percevoir la vanité qu'il y aurait à vouloir établir des normes précises définissant la liberté de consentir. Comme le relevait Carbonnier, «l'écueil du droit médical, c'est la casuistique, la multiplication des cas de conscience, où le casuiste se complait, mais où la conscience morale perdrait sa sève, si elle consultait le casuiste *avant*».<sup>76</sup>

<sup>74</sup> *Ibidem*, note 21. Voir sur cet arrêt les remarques critiques de Allan Falk, Alan Cohn, *Informed consent: a catch-22 situation for physicians?* 11 *Legal Aspects of Medical Practice* n° 8, p. 1 (août 1983).

<sup>75</sup> S. Chorover, *Psychosurgery: a neuropsychological perspective*, 54 *Boston University Law Review* 231, 241 (1974).

<sup>76</sup> Note sous Paris, 7 mars 1952, J.C.P. 1952 II 7210.

## § 2.1 Le sujet de l'obligation d'informer

### A. Le principe général: devoir du médecin traitant

L'obligation d'informer incombe en principe au médecin qui, dans le cas concret, traite effectivement le patient.<sup>77</sup> Mais cette affirmation n'épuise pas le sujet. A côté de nombreuses situations tout à fait claires s'en trouvent d'autres qui soulèvent deux questions principales:

1. Le médecin traitant peut-il déléguer son obligation à un tiers? Dans l'affirmative, à quelles conditions et à qui (autre médecin, assistant, infirmière, secrétaire)?
2. Qui a l'obligation d'informer le patient et le cas échéant sur quoi quand plusieurs praticiens participent au même traitement?

Dans ses deux arrêts récents, le Tribunal fédéral n'élucide aucune des deux questions: il se contente de parler de l'obligation *du médecin*.<sup>78</sup> On le comprend dans la mesure où un seul médecin pouvait raisonnablement entrer en ligne de compte dans chaque affaire.

### B. La délégation de l'obligation d'informer

La première question peut être résolue sur la base des dispositions réglant le mandat. On a vu en effet<sup>79</sup> que le devoir d'informer était une obligation découlant du contrat de mandat conclu entre médecin et patient. Or, l'article 398/3 CO dispose que le mandataire est tenu d'exécuter *personnellement* le mandat, «à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs».

Les cas sont sans doute rares où le médecin a été expressément autorisé à se décharger sur un tiers de son obligation d'informer. Il est plus vraisemblable en revanche que les circonstances le contraignent à le faire (s'il y a urgence par exemple). Dans tous les cas où c'est matériellement possible, il devrait s'assurer que le patient n'y est pas opposé. Il me paraît douteux, à tout le moins, que l'on puisse considérer que l'usage habilite le médecin à déléguer l'obligation d'informer. Elle est en effet plus personnalisée que les autres obligations, l'information devant être taillée sur mesure.<sup>80</sup> Il faut dès lors exiger que le médecin se charge

<sup>77</sup> La règle paraît unanimement admise. Voir par exemple Kern/Laufs, 1983, p. 11: «Dem behandelnden Arzt obliegt grundsätzlich die Aufklärungspflicht»; Rosoff, 1981, p. 57; Hill v. Seward, 470 N.Y.S.2d 971 (N.Y. 1983); Johnson v. Whitehurst 652 S.W.2d 441 (Tex. 1983).

<sup>78</sup> ATF 105 II 284, 287s; ATF 108 II 59, 61s.

<sup>79</sup> *Supra*, p. 38; voir aussi ATF 108 II 59, 62.

<sup>80</sup> Dans ce sens, Kern/Laufs, 1983, p. 22.

lui-même de l'information de son malade, sauf si ce dernier consent à être éclairé par un tiers ou si les circonstances imposent absolument la chose. Ce principe doit être d'autant plus strictement respecté que le traitement présente une complexité particulière et n'est connu que d'un petit nombre de spécialistes.

Quand la substitution est illicite, le médecin répond des actes de la personne qui l'a remplacé comme des siens propres (art. 399/1 CO). En revanche, lorsque la substitution est licite, on a affaire à un sous-mandat et le médecin ne répond à l'égard du patient que du choix et de l'instruction du sous-mandataire (art. 399/2 CO).<sup>81</sup>

Concernant les effets de la substitution sur la responsabilité du médecin qui l'a effectuée, les auteurs allemands sont partagés.<sup>82</sup> De son côté, le *Bundesgerichtshof* a retenu finalement une solution nuancée: le médecin qui a délégué son obligation de renseigner à un autre médecin est libéré de sa responsabilité s'il a procédé de telle manière qu'une information adéquate du patient était garantie.<sup>83</sup> Cela suppose en principe deux choses: d'une part que le médecin chargé d'informer le malade ait les connaissances nécessaires; s'agissant d'une intervention délicate, un médecin qui ne la pratique pas ne pourrait pas, dans la règle, informer valablement le patient.<sup>84</sup> D'autre part que le médecin qui a délégué son obligation s'assure que l'information a bien été transmise, en procédant par exemple à des sondages.<sup>85</sup> Cette solution me paraît discutable dans la mesure où elle ne décharge en définitive que très peu le médecin. Il semble plus simple qu'il informe personnellement le patient. La solution est plus sûre et ne lui prend guère plus de temps.

Une solution analogue à celle du *Bundesgerichtshof* est retenue par la jurisprudence américaine. Celle-ci insiste sur l'obligation personnelle du médecin administrant les soins de renseigner son malade. Comme il est en principe seul responsable d'un défaut d'information, il doit, dans son propre intérêt, vérifier que le patient a été adéquatement informé par le praticien auquel il a délégué sa tâche. Mais la délégation elle-même n'est pas considérée comme une faute.<sup>86</sup>

Il reste à déterminer si un médecin peut déléguer l'obligation d'informer à un membre du personnel paramédical (infirmière, laborantine, secrétaire médicale par exemple). On peut avancer des arguments tant pour que contre le procédé. D'un côté, il paraît essentiel que le médecin se charge en personne d'éclairer son patient, pour renforcer le rapport de confiance existant entre eux.<sup>87</sup> D'un autre côté, des études ont montré que la communication s'établissait mieux entre deux personnes quand elles ont des points communs (race, ethnie, classe sociale notamment) et se sentent sur un pied d'égalité.<sup>88</sup> Dans bien des cas par conséquent, l'information par des infirmières semblerait souhaitable. On a aussi suggéré que l'information se fasse par des conseillers spécialement préparés, sur

<sup>81</sup> Voir en général Gautschi, 1964, notes 2a ss et 7a ss ad 399 CO; voir aussi Schnyder, 1955, p. 105ss.

<sup>82</sup> Sur l'état de la controverse, voir Kern/Laufs, 1983, p. 13.

<sup>83</sup> BGH, DRiZ 1981 310.

<sup>84</sup> OLG Munich, NJW 1983 2642, confirmé par le BGH, NJW 1983 2642; voir aussi Hertmann Schönemann, Anmerkung zu BGH, 22 avril 1980 (NJW 1980 (905), NJW 1980 2753).

<sup>85</sup> Comme le suggère le BGH, DRiZ 1981 310, 311.

<sup>86</sup> Voir par exemple Rosoff, 1981, p. 57 et ses références.

<sup>87</sup> Dans ce sens, James Vaccarino, Consent, informed consent and the consent form, 298 N.E.J.M. 455 (1976); R. Miller, 1983, p. 246; L. Miller, 1980, p. 2661.

<sup>88</sup> Andrews, 1984, p. 204 et les études qu'elle cite.

la base d'une étude qui a montré qu'ils étaient plus efficaces que les médecins.<sup>89</sup> En dernière analyse, ce sont les *qualités humaines* de l'informateur qui paraissent déterminantes. Mais il faut aussi recommander que l'art de communiquer soit développé chez les médecins, dès le stade de la formation universitaire.<sup>90</sup>

En droit *suisse*, je pense qu'hormis les cas où il s'agit d'affections bénignes exigeant un traitement simple pratiqué à titre de routine, le médecin ne peut pas licitement transférer le devoir d'information au personnel médical auxiliaire. Celui-ci n'a dans la règle pas les connaissances nécessaires pour pouvoir répondre à chaque question du patient. Le médecin serait donc le plus souvent obligé de compléter l'information donnée, voire de la reprendre complètement. Or, il est peut-être préférable qu'une seule personne se charge de l'information, afin d'éviter des confusions propres à ébranler la confiance du malade.<sup>91</sup> Le médecin peut encore moins se satisfaire d'une information fournie au malade par un autre patient qui aurait par exemple subi la même intervention.<sup>92</sup>

Dès lors, si le médecin demande à une infirmière de renseigner le malade, il répond de ses manquements comme des siens propres puisque la substitution est en principe illicite. On aboutirait à la même conclusion si l'on estimait que l'infirmière a agi comme auxiliaire du médecin. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'affirmer, dans une affaire où le patient avait été lésé par un traitement aux rayons X, qu'«il n'y a pas lieu de distinguer entre sa propre faute et celle de son personnel auxiliaire.»<sup>93</sup>

Doctrine et jurisprudence ont, en *Allemagne*, adopté une attitude analogue concernant la faculté du médecin de déléguer ses obligations à du personnel paramédical. Dans un arrêt de 1959 déjà, le *Bundesgerichtshof* déclara que la validité du consentement dépendait de l'information qui devait être transmise nécessairement par un médecin.<sup>94</sup>

Aux *Etats-Unis*, les infirmières ont souvent la responsabilité de faire signer les formules écrites de consentement. Leur rôle est cependant purement instrumental et il ne saurait être étendu en principe à la communication effective de l'information.<sup>95</sup> Il faut sans doute entendre cette règle dans le sens que l'infirmière ne peut pas être rendue responsable d'un défaut d'information. Il semble en effet que la délégation pourrait, dans des cas particuliers, être admise. Cette position pragmatique a récemment été adoptée par une cour de Pennsylvanie. Un patient se plaint que l'information sur l'extraction de plusieurs molaires ne lui a pas été donnée par le dentiste, mais par son assistante (et épouse), infirmière de formation. Il est

<sup>89</sup> Hyman Muss, Douglas White, Robert Michielutte, Frederick Richards, Robert Cooper, Sarah Williams, John Stuart, Charles Spurr, Written informed consent in patients with breast cancer, 43 *Cancer* 1549 (1979); leur étude montre aussi que les patients se sentent plus libres de poser des questions. Voir en outre Riskin, 1975, p. 610.

<sup>90</sup> Voir les recommandations dans ce sens de Caroline Kaufmann, Medical education and physician-patient communication, in *President's Commission*, vol. 3, 1982, p. 117ss; voir aussi Ruth Oratz, Achieving aesthetic distance: education for an effective doctor-patient relationship, in *President's Commission*, vol. 3, 1982, p. 143ss.

<sup>91</sup> C'est aussi l'avis exprimé par les juges dans *Cross v. Trapp*, 294 S.F.2d 446, 459 (Va. 1982).

<sup>92</sup> Ainsi qu'il a été jugé en *Allemagne*: OLG Munich, NJW 1983 2642, confirmé par le BGH, NJW 1983 2642. Voir en outre Stefan Schlosshauer-Selbach, Der Mitpatient als Hilfsaufklärer und der unvernünftige Patient, *Juristische Schulung* 1983, p. 913.

<sup>93</sup> ATF 53 II 424 / JT 1928 586, 589; voir aussi ATF 92 II 15.

<sup>94</sup> BGH, 10 février 1959, BGHSt 12 379, 383. Dans le même sens, Kern/Laufs, 1983, p. 22 et leurs références; Deutsch, 1983, p. 47.

<sup>95</sup> Voir en particulier Donald Bille, The nurse's role in informed consent, 6 *Quality Review Bulletin* n° 2, p. 25 (février 1980); Lidz/Meisel, *supra* note 69, p. 370ss; Cushing, 1984, p. 437. Voir aussi Cobbs v. Grant, 502 P.2d 1 (Cal. 1972).

débuté parce que le défendeur a établi que l'information était adéquate. Les juges déclarent que la considération la plus importante est l'étendue et la pertinence de l'information, non pas l'identité de celui qui la transmet.<sup>96</sup>

La législation de certains Etats américains dit expressément que le *médecin* supporte l'obligation d'informer le malade. Dans d'autres Etats, on parle de la personne qui administre les soins. Si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, la délégation de l'obligation à une infirmière serait exclue dans le premier groupe d'Etats mais possible dans le second.<sup>97</sup>

### C. *La fractionnement de l'obligation d'informer*

Un deuxième groupe de questions surgit quand plusieurs praticiens participent au même traitement, soit simultanément, soit successivement. (On n'abordera pas ici les questions qui se posent dans les traitements médicamenteux, où le fabricant, le pharmacien et le médecin peuvent chacun avoir une obligation d'information.<sup>98</sup>) L'hypothèse la plus fréquente est celle de l'intervention sous anesthésie, à laquelle participent au moins un chirurgien et un anesthésiste. Le grand principe ici veut que chaque praticien soit responsable de l'information concernant son propre rôle dans l'intervention.<sup>99</sup> Ainsi, le chirurgien informe le patient des risques liés à l'opération elle-même, l'anesthésiste de ceux liés à la narcose.

Le devoir d'information ne doit toutefois pas être fractionné en autant de devoirs séparés qu'il y a de participants à l'intervention. Un tribunal du Massachusetts jugea par exemple que la participation à une opération en qualité d'assistant ne faisait pas naître un devoir autonome et concomitant d'information.<sup>100</sup> De même, quand une équipe chirurgicale intervient, c'est en principe le chef d'équipe qui est responsable de l'information du malade. Toutefois, chaque médecin de l'équipe peut aussi s'en charger (à l'exception des membres qui ne feraient qu'assister à l'intervention). Dans une affaire new-yorkaise, un patient mécontent avait agi contre tous les participants — à l'exception de l'anesthésiste — à l'opération cardiaque qu'il avait subie. Le tribunal jugea que seuls le médecin traitant (un interniste) qui était resté associé au traitement et le chirurgien chef avaient une obligation de l'informer, à l'exclusion du chirurgien assistant, d'un cardiologue appelé en consultation et des employés de l'hôpital.<sup>101</sup>

Des problèmes se posent aussi lorsque le médecin traitant (le plus souvent un généraliste) recommande une certaine intervention à son patient et l'adresse à

<sup>96</sup> *Bulman v. Myers*, 467 A.2d 1353 (Pa. 1983).

<sup>97</sup> Comparer par exemple les lois de Floride § 768.46 (3) (a) (1)] et d'Oregon [§677.097] avec celles du Delaware [§ 6852 (a) (2)] et de Washington [§ 7.70.050 (1) (a) (2)].

<sup>98</sup> Sur ces questions, voir notamment Merz, 1980; David Brushwood, *The informed intermediary doctrine and the pharmacist's duty to warn*, 4 *Journal of Legal Medicine* 349 (1983). Voir en outre quelques affaires récentes aux Etats-Unis et en France: *Seley v. Searle & Co.*, 423 N.E.2d 831 (Ohio 1981); *Ingram v. Hook's Drugs, Inc.*, 476 N.E.2d 881 (Ind. 1985); *Cass. civ.*, 23 février 1983, D. 1983 I.R. 497 obs. Penneau; Paris, 9 juillet 1982, D. 1983 I.R. 499 obs. Penneau; Paris, 15 décembre 1983, D. 1985 J. 228 note Penneau.

<sup>99</sup> Le principe est admis à l'étranger aussi: voir Kern/Laufs, 1983, p. 15; Rosoff, 1981, p. 56; *McKinney v. Nash*, 120 Cal. App.3d 428 (Cal. 1981). Mais voir *Bell v. Umstadt*, 401 S.W.2d 306 (Tex. 1966), où le devoir d'informer de l'anesthésiste fut nié parce que le patient avait signé un document qui autorisait l'opération et l'anesthésie, sans poser la moindre question sur la méthode d'anesthésie qui allait être employée.

<sup>100</sup> *Harnish v. Children's Hospital Medical Center*, 439 N.E.2d 240, 245 (Ma. 1982).

<sup>101</sup> *Prooth v. Walsh*, 105 Misc.2d 603 (N.Y. 1983); voir aussi OLG *Celle*, MedR 1985 176, disant que les membres d'une équipe doivent s'organiser pour que l'un d'eux se charge d'informer le patient.

cette fin chez un spécialiste. Ce dernier a, dans tous les cas, l'obligation d'éclairer le malade sur l'intervention qu'il va pratiquer. Ceci reste vrai même quand, par exemple, un radiologue effectue une forme de radiothérapie prescrite par le médecin traitant et apparaît de ce fait comme un simple exécutant. Toutefois, dans les hypothèses où le patient décide de se soumettre à un traitement précis lors de la discussion avec le médecin traitant, celui-ci a un devoir concomitant de l'informer.<sup>102</sup>

Sur ce point, la jurisprudence *allemande* est hésitante. Plusieurs arrêts ont retenu la responsabilité exclusive du spécialiste et précisé qu'il ne pouvait pas présumer que le médecin lui ayant envoyé le patient l'avait informé de manière suffisante.<sup>103</sup> D'autres arrêts en revanche ont déclaré que le médecin traitant avait aussi une obligation d'informer, en particulier lorsque le patient prend la décision ferme de se soumettre à l'intervention conseillée avant même de rencontrer le spécialiste.<sup>104</sup> Le *Bundesgerichtshof* s'est aussi demandé si le spécialiste devait être exonéré de toute responsabilité lorsque le médecin traitant avait informé le patient de manière exhaustive. Il y a répondu par l'affirmative, même quand le spécialiste a négligé son propre devoir d'information et ignorait de surcroît que le patient avait été éclairé au préalable.<sup>105</sup> Le pragmatisme n'est pas l'apanage des juges anglo-saxons : le tribunal allemand a estimé que la chose finalement primordiale était que le patient soit pleinement informé, peu importe par lequel des deux médecins.

Peu nombreux à se prononcer, les tribunaux *américains* ne sont pas unanimes. Ils ont en général jugé que c'est le spécialiste et non pas le médecin traitant qui est responsable de l'information.<sup>106</sup> Mais quelques décisions ont retenu un devoir concomitant du médecin traitant quand il prescrit un traitement précis ou y reste associé.<sup>107</sup> D'autre part, il a été jugé que le spécialiste n'encourait aucune responsabilité lorsque le médecin traitant avait pleinement informé le patient, parce que la communication effective de l'information était plus importante que la personne qui la transmettait.<sup>108</sup> Enfin, les tribunaux ont refusé d'admettre une responsabilité parallèle de l'hôpital ou de son personnel quand le praticien opère dans ses salles à titre privé.<sup>109</sup> Il en va bien sûr autrement si le médecin est employé de l'établissement hospitalier.<sup>110</sup>

<sup>102</sup> C'est apparemment la position française : voir Kornprobst, 1957, p. 366s et surtout Paris, 17 novembre 1983, D. 1984 I.R. 459 obs. Penneau; Cass. civ. 29 mai 1984 (deux arrêts), D. 1985 J. 281 note Bouvier.

<sup>103</sup> Par exemple BGH, NJW 1961 2302; BGH, NJW 1976 363. Il appartient de toute façon au spécialiste de prouver que le patient a été suffisamment informé.

<sup>104</sup> Notamment BGH, VersR 1979 720; BGH, VersR 1980 68; BGH, NJW 1980 1905, critiqué par Schönemann, *supra* note 84, p. 2753.

<sup>105</sup> BGH, VersR 1963 659; BGH, NJW 1981 1319.

<sup>106</sup> Par exemple Johnson v. Whitehurst, 652 S.W.2d 441, 445 (Tex. 1983); Karas v. Jackson, 582 F.Supp. 43 (Pa. 1983); Nelson v. Patrick, 293 S.E.2d 829 (N.C. 1982); Pegram v. Sisco, 406 F.Supp. 776, 779s (Ark. 1976); Llera v. Wisner, 557 P.2d 805 (Mont. 1976); Stovall v. Harms, 522 P.2d 353 (Kan. 1974). Voir aussi deux affaires canadiennes; Strachan v. Simpson, 10 C.C.L.T. 145 (B.C.S.C. 1980); McLean v. Weir, 3 C.C.L.T. 87 (B.C.S.C. 1979).

<sup>107</sup> Prooth v. Walsh, 432 N.Y.S.2d 663 (N.Y. 1980); Woods v. Brumlop, 377 P.2d 520 (N.M. 1962) où le tribunal admet le principe de l'action contre le médecin traitant qui avait prescrit une thérapie par électrochocs menée par un autre praticien.

<sup>108</sup> Par exemple Govin v. Hunter, 374 P.2d 421 (Wyo. 1962).

<sup>109</sup> Nevaux v. Park Place Hospital, 656 S.W.2d 923 (Tex. 1983); Hill v. Seward, 470 N.Y.S.2d 971 (N.Y. 1983); Townsend v. Kiracoff, 545 F.Supp. 465 (Colo. 1982); Cross v. Trapp, 294 S.E.2d 446 (W.Va. 1982).

<sup>110</sup> Voir en général Rosoff, 1981, p. 65ss.

*A. Le principe général: droit exclusif du patient*

Il est évident que le patient est personnellement destinataire de l'information concernant son propre traitement.<sup>111</sup> A cette lapalissade, il faut cependant apporter quelques nuances.

Tout d'abord, le traitement peut avoir des répercussions importantes sur les liens familiaux, spécialement au sein du couple. Il faut donc se demander si l'information ne doit pas être donnée concurremment au patient et à son conjoint et si leurs deux consentements ne doivent pas être recueillis. Ensuite, il existe des cas douloureux où l'usage médical veut que les proches du patient soient consultés, malgré l'entière capacité du patient. Enfin, se pose la question des tiers que le médecin doit éventuellement consulter avant de traiter un patient incapable de consentir.

*B. Les prérogatives accordées au conjoint*

Chacun s'accorde à dire que l'on ne peut pas retenir un droit du conjoint à consentir au traitement de son partenaire.<sup>112</sup> Bucher<sup>113</sup> remarque qu'il faudrait à cette fin une disposition légale expresse qui n'existe pas en l'état actuel. En outre, l'octroi d'un tel droit se heurterait à des difficultés pratiques importantes. Certaines tiennent à la délimitation des interventions qui seraient visées; d'autres à l'effet du droit par rapport à celui du patient; d'autres encore aux conséquences pour la sécurité des transactions: comment les médecins sauraient-ils qui est marié et qui ne l'est pas?

La question du consentement du conjoint (et, partant, de son information) se pose surtout pour des interventions sans nécessité thérapeutique qui affectent directement la sphère intime des époux. On pense principalement à l'insémination artificielle, à la stérilisation, au traitement de la stérilité féminine (quand il augmente de manière significative la probabilité d'une grossesse multiple), voire à l'avortement ou à la chirurgie esthétique.

«Durch die Ehe werden zwei Menschen schicksalsmässig so eng verbunden, dass sie ein eminentes Interesse am Wohlergehen des Ehepartners haben.»<sup>114</sup> Cette remarque de Bucher explique pourquoi certaines prérogatives sont accordées au conjoint, qui constitue une sorte d'extension de ses propres droits de la personnalité. Mais il faut bien voir que l'absence de consentement du conjoint n'est pas de nature à engager la responsabilité du médecin qui a pratiqué l'intervention. En d'autres termes, l'information et le consentement du conjoint du patient ne sont jamais une condition de validité du traitement, même quand

<sup>111</sup> Par exemple Ney, 1979, p. 82; Ott, 1978, p. 74; Hinderling, 1963, p. 64. Il en va de même à l'étranger: voir notamment Kornprobst, 1957, p. 237; Kern/Laufs, 1983, p. 23; Somerville, 1979, p. 12ss.

<sup>112</sup> Ney, 1979, p. 85; Hinderling, 1963, p. 69; Kornprobst/Delphin, 1960, n° 68ss, en rejetant toute « tutelle » du conjoint; Kern/Laufs, 1983, p. 23; Rosoff, 1981, p. 247; Karp v. Cooley, 493 F.2d 408 (5th Cir. 1974).

<sup>113</sup> 1956, p. 184ss.

<sup>114</sup> Bucher, 1956, p. 182.

il s'agit de stérilisation, d'avortement ou d'interventions de chirurgie esthétique.<sup>115</sup> Ces procédures ne constituent en effet aucune atteinte à l'intégrité corporelle du conjoint ni ne créent pour lui un dommage de nature patrimoniale. Les seules conséquences juridiques imaginables sont d'ordre *matrimonial*. Le mari qui se ferait stériliser sans en parler à sa femme désireuse d'avoir des enfants contreviendrait aux obligations dérivant du mariage. Le fait pourrait être pris en considération dans un divorce demandé par l'épouse sur la base de l'article 142 CC.

Le principe est identique en droit *américain*: les tribunaux ont constamment jugé que le consentement du conjoint n'était pas nécessaire, qu'il s'agisse d'une intervention diagnostique ou curative<sup>116</sup>, d'un traitement pouvant affecter la grossesse en cours de l'épouse<sup>117</sup>, d'un avortement<sup>118</sup>, ou d'une stérilisation<sup>119</sup>. Pourtant, une enquête a révélé qu'en matière de stérilisation, la majorité des médecins (environ 65%) croyaient que la loi exigeait le double consentement.<sup>120</sup> De même, certains hôpitaux ont conservé des directives internes qui exigent le consentement des deux époux avant que l'un d'eux puisse être stérilisé.<sup>121</sup> A une occasion au moins, un tribunal a réservé la question de savoir si se faire stériliser contre la volonté de son conjoint pouvait constituer un motif de divorce.<sup>122</sup>

Je ne vois qu'une exception au principe que le consentement du conjoint n'est pas nécessaire: l'insémination artificielle. Qu'elle se fasse avec le sperme du mari ou d'un tiers, le médecin qui se dispense du consentement des deux conjoints engage sa responsabilité, en Suisse comme ailleurs.<sup>123</sup> L'exigence tient au fait que l'insémination a des conséquences lointaines (la naissance d'un enfant et l'obligation d'entretien) qui touchent autant le mari que la femme. En Suisse, les «Recommandations d'éthique médicale» de l'ASSM, qui influenceraient sans aucun doute un tribunal, exigent le double consentement au point 2: «On ne procédera, d'autre part, à une insémination artificielle qu'avec l'accord par écrit

<sup>115</sup> La pratique d'informer le conjoint ne devrait pas devenir une routine systématique, sans que le patient l'ait directement approuvée. Ce dernier peut en effet exiger le respect du secret médical même à l'égard de son conjoint.

<sup>116</sup> Notamment *Nishi v. Hartwell*, 473 P.2d 116 (Haw. 1970); aortographie thoracique; *Jeffcoat v. Phillips*, 417 S.W.2d 903 (Tex. 1967); ablation de veines des jambes.

<sup>117</sup> Notamment *Reiser v. Lohner*, 641 P.2d 93 (Utah 1982); amniocentèse; *Rosenberg v. Feigen*, 260 P.2d 143, 144 (Cal. 1955) où le mari affirmait que si son consentement n'était pas requis en pareille hypothèse, cela revenait à «to destroy and to deny his manhood».

<sup>118</sup> *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 71 (1975) où les juges de la Cour suprême emploient un argument tout simple mais inattaquable: «The obvious fact is that when the wife and the husband disagree on this decision, the view of only one of the two marriage partners can prevail. Inasmuch as it is the woman who physically bears the child and who is the more directly and immediately affected by the pregnancy, as between the two, the balance weighs in her favor.»

<sup>119</sup> Notamment *Kritzer v. Citton*, 224 P.2d 808 (Calif. 1950); *Murray v. Van Devander*, 522 P.2d 302, 304 (Okla. 1974) disant que le mari n'a aucun droit à «a childbearing wife as an incident to their marriage».

<sup>120</sup> Hagnmann, 1970, p. 792s.

<sup>121</sup> Ainsi que cela ressort de certains arrêts: voir par exemple *Downs v. Sawtelle*, 574 F.2d 1 (1st Cir. 1978); *Holton v. Crozer-Chester Medical Center*, 560 F.2d 575 (3rd Cir. 1977).

<sup>122</sup> *Ponter v. Ponter*, 341 A.2d 547 (N.J. 1975).

<sup>123</sup> *Ney*, 1979, p. 85 qui y ajoute l'hypothèse du traitement de la stérilité féminine par des stimulateurs de l'ovulation qui augmentent la probabilité de grossesses multiples. Aux Etats-Unis: *Rosoff*, 1981, p. 251; *Holder*, 1978, p. 250. Un certain nombre d'Etats ont d'ailleurs exigé dans leur législation le consentement écrit du mari à une insémination artificielle avec donneur: voir *Kathryn Lotio*, *Alternative means of reproduction: virgin territory fur legislation*, 44 *Louisiana Law Review* 1641, 1645 (1984), avec les références des législations de 16 Etats.

de la femme à inséminer et celui de son mari, si elle est mariée, ou du partenaire non occasionnel.»<sup>124</sup>

L'absence de consentement du conjoint a d'autres conséquences encore que la responsabilité du médecin. En cas d'insémination hétérogène, le mari peut désavouer l'enfant (art. 256/3 CC *a contrario*).<sup>125</sup> Il pourrait probablement demander aussi le divorce en invoquant l'article 142 CC.<sup>126</sup> Si le mari n'avait pas consenti à l'insémination avec son propre sperme, le désaveu serait impossible puisque la filiation juridique correspondrait à la filiation biologique. Même après un divorce, il resterait tenu de contribuer à l'entretien de l'enfant, sous réserve d'une action en dommages-intérêts contre le médecin qui s'était dispensé de son consentement lors de l'insémination.<sup>127</sup>

### C. Les prérogatives accordées à des tiers

En 1983, une Cour d'appel américaine a admis pour la première fois que le médecin avait un devoir indépendant d'information à l'égard de l'enfant *in utero*, par l'intermédiaire de sa mère.<sup>128</sup> Ainsi, l'enfant lésé du fait de l'absence de consentement éclairé de sa mère dispose d'une action propre (indépendante de celle de la mère qui, en l'espèce, était prescrite!). Les juges ont relevé que la décision de la mère avait en général des répercussions sur la santé de l'enfant uniquement (comme dans le cas de la Thalidomide). Le fœtus est donc autant le patient que la femme enceinte. Ne pouvant s'exprimer, sa mère décide pour lui, comme un représentant légal déciderait pour un incapable. Le consentement est donc donné pour une «mother-with-child».<sup>129</sup> La cour new-yorkaise estima qu'il s'agissait là d'un «classic example of derivative liability whereby a plaintiff may institute an action to redress a wrong done to himself which is proximately caused by a wrong done to another».<sup>130</sup>

Il arrive enfin que des tiers soient informés à la place du malade dans deux éventualités: lorsque le patient est atteint d'une maladie incurable et lorsqu'il est

<sup>124</sup> Recommandations du 17 novembre 1981, Bulletin des médecins suisses 63 (1982), p. 682. Les divers centres d'insémination artificielle qui existent en Suisse s'étaient réunis au sein d'un groupe de travail (devenu la Société germano-suisse pour l'insémination artificielle humaine), qui avait élaboré une déclaration écrite de consentement, à faire signer par les deux conjoints. Celle-ci précisait leur volonté commune de procéder à l'insémination et le fait qu'ils avaient tous deux été éclairés sur tous les aspects de la procédure et les avaient compris. Voir U. Gigon, R. Haldemann, Die artifizielle Insemination mit Spermensamen (AID), 37 Therapeutische Umschau 510, 514 (1980).

<sup>125</sup> De même dans certains Etats américains, le mari qui a consenti à une insémination artificielle avec donneur ne peut plus désavouer l'enfant: voir par exemple R.S. v. R.S., 670 P.2d 923 (Kan. 1983); Byers v. Byers, 618 P.2d 930 (Kan. 1981); State ex rel. H. v. P., 457 N.Y.S.2d 488 (N.Y. 1982); voir en outre Lorio, *supra* note 123, p. 1647. En France en revanche, le Tribunal de grande instance de Nice a admis que le mari de la mère pouvait agir en désaveu, même s'il avait consenti à l'insémination: 30 juin 1976, D. 1977 J. 45 note Huet-Weiller.

<sup>126</sup> Heinz Hausheer, A propos de la problématique sur l'insémination artificielle: Une contribution de Strasbourg? 100 Rev. méd. suisse romande 711, 715 (1980); Jean Guinand, Les aspects juridiques, in L'insémination artificielle appliquée à l'être humain, Genève, 1982, p. 23, 33. L'article 137 CC (adultère) ne pourrait pas être invoqué car il n'y a pas eu de cohabitation avec un tiers.

<sup>127</sup> Sur ce point, voir en particulier Hausheer, *supra* note 126, p. 714. Le problème du dommage serait particulièrement délicat ici. Il semble qu'il pourrait à tout le moins y avoir lieu à une indemnité pour tort moral.

<sup>128</sup> Hughson v. St. Francis Hospital, 92 A.D.2d 131 (N.Y. 1983).

<sup>129</sup> *Id.*, p. 137.

<sup>130</sup> *Id.*, p. 133.

temporairement privé de ses facultés cognitives.<sup>131</sup> Dans l'un et l'autre cas, le médecin doit identifier la ou les personnes les plus proches du malade, en se fondant sur des circonstances plus factuelles que juridiques: par exemple, le concubin peut être consulté de préférence aux parents.<sup>132</sup> Lorsque le patient est marié, son conjoint sera avisé en tout premier lieu, à moins que le médecin ne sache ou ne doive savoir que le couple est totalement désuni.<sup>133</sup> En l'absence de conjoint, les enfants ou les parents sont d'habitude consultés en priorité, puis d'autres proches, selon leurs liens *effectifs* plus que légaux avec le patient.

Même en de pareilles hypothèses, il n'existe pas à proprement parler d'obligation *légale* de consulter les proches et de recueillir leur consentement. Ils sont d'ailleurs appelés à donner une opinion qui est plus un aval qu'un véritable consentement. Le procédé est néanmoins recommandable, tant d'un point de vue médical qu'éthique.<sup>134</sup>

## § 2.3 L'étendue du devoir d'information

### A. Recherche d'un critère

Déterminer l'étendue de l'information que le médecin doit fournir au patient est vraisemblablement la question la plus épineuse à résoudre. Tous les auteurs qui ont parlé du consentement au patient ont abordé ce problème<sup>135</sup> mais aucun consensus n'existe pour l'instant sur une solution générale, à la fois simple, cohérente et équitable. C'est sans doute parce qu'une telle solution n'existe pas dans un domaine où tout est affaire d'espèce. La personnalité du patient, le mal dont il souffre, sa relation avec le médecin peuvent donner des colorations très différentes à une situation de base voisine. Or, le droit, en tant que discipline normative, est mal outillé pour appréhender globalement cette diversité de situations.

Cette apparente incompatibilité n'empêche pas de rechercher un critère général délimitant l'étendue de l'information. Ce critère ne servira pas de mesure rigide et absolue mais de simple principe directeur.

<sup>131</sup> Pour des développements, voir *infra*, p. 186ss (privilège thérapeutique), p. 180ss (incapacité de fait) et p. 201ss (incapacité de droit). La pratique d'informer les tiers constitue une violation du secret médical lorsque le patient ne l'a pas autorisée, ainsi qu'il en va généralement dans les cas de maladie incurable. De ce point de vue, la pratique est donc très contestable et devrait être aussi restrictive que possible.

<sup>132</sup> Ney, 1979, p. 86; Loeffler, 1945, p. 15; Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 220 n° 244; voir aussi Lyon, 17 novembre 1952, J.C.P. 1953 II 7541 note Savatier; Cass. civ., 8 novembre 1955, J.C.P. 1955 II 9014 obs. Savatier; Penneau, 1977, p. 61; James George, *Law and emergency care*, Saint Louis, 1980, p. 45.

<sup>133</sup> Le point semble très largement admis. Voir par exemple Hinderling, 1963, p. 69; Steele v. Woods, 327 S.W.2d 198 (Mo. 1959).

<sup>134</sup> Voir par exemple les articles 42 et 43 du Code de déontologie médicale français, Décret n° 79-506 du 28 juin 1979, J.O. 30 juin 1979, p. 1568; ATF 108 II 284, 288; Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 226 n° 249 mettent cependant en garde contre un usage trop étendu de ce moyen en ces termes: « Les nécessités pratiques ont donc créé ici, contre les méthodes consacrées du droit civil, une incapacité extra-légale, et ont donné aux protecteurs de fait du malade des pouvoirs exorbitants. Il convient d'interpréter restrictivement l'étendue de cette singularité juridique. »

<sup>135</sup> Il serait trop long d'en dresser la liste! Parmi les ouvrages récents, voir notamment, en droit suisse: Ott, 1978, p. 33ss; Ney, 1979, p. 72ss; Hohermuth, 1979, p. 128ss; Merz, 1980, p. 65ss; Schroedter, 1982, p. 32ss; Ileri, 1983, p. 65ss; Meisel, 1984, p. 161ss; Nägeli, 1984, p. 108ss; Bussmann, 1984, p. 63ss; Arzt, 1985, p. 49ss; Bucher, 1985, p. 45s; en droit comparé: Zepos/Christodoulou, 1978, p. 34; Somerville, 1979, p. 17ss; Linzbach, 1980, p. 49ss, 105ss; Giesen, 1981, p. 175ss.

On avait vu<sup>136</sup> que, schématiquement, l'étendue de l'information pouvait être déterminée selon trois critères principaux:

1. ce qu'un médecin-type, raisonnable et prudent, révélerait;
2. ce qui serait nécessaire et suffisant à un patient-type, sensé et avisé, pour prendre une authentique décision;
3. ce qui serait nécessaire et suffisant au patient particulier à chaque cas d'espèce pour prendre une telle décision.

a) *En Suisse*

Le choix d'un critère doit tenir compte avant tout de la finalité de l'information du patient. Or, c'est un truisme que d'affirmer que l'information est la condition préalable de toute autodétermination. Le point a du reste été reconnu depuis longtemps par la doctrine suisse<sup>137</sup> et a reçu confirmation en jurisprudence. Le Tribunal fédéral a par exemple affirmé en 1979: «Le malade doit être suffisamment renseigné sur la nature du traitement préconisé et ses répercussions possibles pour pouvoir y consentir en connaissance de cause.»<sup>138</sup> On notera ici que le projet de recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les devoirs juridiques des médecins vis-à-vis de leurs patients, d'avril 1984, prévoit à son article 7: «Le médecin doit donner à la personne dont le consentement ou l'opinion est requis, une information suffisante qui lui permette de consentir en pleine connaissance de cause.»<sup>139</sup>

Le droit à l'autodétermination, essence des droits de la personnalité du patient, est un droit subjectif absolu dont le respect s'impose à tous. Le devoir corrélatif d'information n'est donc pas propre à la profession médicale. Cette constatation exclut le critère lié à la personne de l'«informateur» pour déterminer ce qui doit être dit. Savoir ce que révélerait et ce que tairait un médecin-type est donc dénué de pertinence.<sup>140</sup> Ainsi, l'hypothèse de la violation de l'obligation d'informer se différencie de celle de la faute technique en ce qu'elle n'est pas une *Kunstfehler*, soit une violation des règles de l'art. L'appréciation de la faute se fait donc différemment. D'une part, elle n'exige pas l'assistance d'experts médicaux, puisqu'elle ne dépend pas des usages de la profession. D'autre part, la responsabilité n'est pas limitée à la faute grossière.

Après avoir défini le critère de manière négative (il n'est pas lié à l'informateur), il faut lui trouver un contenu positif, qui sera nécessairement lié au destinataire de l'information. Il reste toutefois à déterminer si l'on tiendra compte des besoins d'un patient-type, normal et raisonnable, ou du patient propre à chaque cas d'espèce.

Si l'on retenait le critère du patient raisonnable, il appartiendrait aux juges de concrétiser cette notion, avec le risque qu'ils remplacent les médecins dans le rôle de «tuteurs» du malade. Les rares arrêts touchant le consentement du patient montrent bien le genre de résultat auquel on arriverait certainement. Dans une

<sup>136</sup> *Supra*, p. 70s.

<sup>137</sup> «Wahre Selbstbestimmung setzt umfassende Kenntnis über Voraussetzungen, Folgen und Alternativen einer bestimmten Entscheidung voraus»: Gross, 1977, p. 134; voir aussi Loeffler, 1945, p. 96; Lotz, 1968, p. 114; Ott, 1978, p. 136; Ney, 1979, p. 70.

<sup>138</sup> ATF 105 II 284, 287; voir aussi ATF 108 II 59, 65.

<sup>139</sup> Document aimablement transmis par M. Olivier Jacot-Guillarmod, chef du Service du Conseil de l'Europe à l'Office fédéral de la justice.

<sup>140</sup> Dans ce sens, Hobermuth, 1979, p. 129, note 3.

affaire, les juges affirment qu'un risque de tétanie n'avait pas à être dévoilé au patient car il fallait admettre qu'il aurait consenti à l'opération du goitre même s'il y avait été rendu attentif.<sup>141</sup> Dans une autre, le Tribunal fédéral nia le devoir d'information au motif qu'il y avait « tout lieu de croire que le patient n'eût pas renoncé à l'intervention si le praticien l'avait informé ». <sup>142</sup> Ces arrêts donnent à penser que si le Tribunal fédéral avait à trancher, il adopterait probablement le critère objectif du patient raisonnable.

A mon sens, la nature particulière du devoir d'information du médecin (qui est l'autre face d'un droit subjectif du patient)<sup>143</sup> impose la révélation de tous les éléments de nature à influencer la décision du patient en cause.<sup>144</sup> Implicitement, le Tribunal fédéral a admis que l'étendue de l'information dépendait des particularités propres au patient. Il a en effet déclaré en *obiter dictum* que le devoir d'informer disparaît si « le patient est déjà renseigné ou est censé l'être (par exemple s'il est lui-même médecin) ». <sup>145</sup> Un tel raisonnement, qui lie l'information à la personnalité du patient, implique aussi que certains patients ont besoin de plus d'informations qu'un patient moyen.

Tous les éléments de nature à *influencer* la décision du patient doivent lui être donnés. « De nature à influencer » signifie être l'un des nombreux éléments d'appréciation permettant de prendre une décision à l'issue d'une évaluation complète de la question. Il est à mon avis inadmissible de limiter l'information aux éléments propres à *changer* l'avis du patient, comme l'avaient jugé les tribunaux dans les deux exemples rapportés tout à l'heure. Il suffit que le renseignement soit pris en considération par le patient dans sa pesée d'intérêts globale, même s'il ne le modifie finalement pas à lui seul la décision.

En pratique, le médecin commencera par révéler tous les éléments qui seraient nécessaires et suffisants à un patient raisonnable pour faire un authentique choix. Il y ajoutera ceux qui répondent aux besoins particuliers de chaque patient, reconnaissables pour lui. Ce n'est que pour déterminer si des particularités psychologiques voire physiques du patient étaient reconnaissables que le modèle du médecin moyennement diligent interviendra. Le praticien devra inciter le malade à lui communiquer ses appréhensions particulières et à lui poser des questions. Il pourra légitimement se fonder sur les propos (ou le silence) du patient pour conclure à la nécessité ou non d'une information spéciale.

On pourrait s'inspirer ici des principes dégagés en matière de prédisposition constitutionnelle du lésé<sup>146</sup>: de même qu'en cas de prédisposition le lésé doit

<sup>141</sup> RSJ 44 (1948) p. 326 n° 113; BIZR 49 (1950) p. 56 n° 31 (Obergericht Zurich).

<sup>142</sup> ATF 66 II 34, 36.

<sup>143</sup> Ce qui signifie que le patient est le « normsetzendes Subjekt » dont parle Bucher, 1956, p. 71.

<sup>144</sup> De même Kummer, 1983, p. 588, qui insiste sur l'obligation du médecin de tenir compte des caractéristiques individuelles de son patient; Walder, 1983, p. 592; Ney, 1979, p. 79, parlant d'information « individualisée ». Hohermuth, 1979, p. 130 et Hinderling, 1963, p. 56, posulent la révélation de tous les *risques* « die für den Entschluss des Patienten belangvoll sind », mais ils paraissent envisager le patient comme une figure-type. En revanche, Ott, 1978, p. 134, adopte le critère du patient raisonnable (« Durchschnittspatient »).

<sup>145</sup> ATF 105 II 284, 288.

<sup>146</sup> Voir à ce sujet Oftringer, 1975, p. 102ss; Ney, 1979, p. 137 et 215, et leurs références, en particulier ATF 80 II 348. La prédisposition du lésé justifie dans la règle une réduction des dommages-intérêts proportionnellement au rôle qu'elle a joué quant à l'étendue du dommage. Elle peut même aller jusqu'à exonérer l'auteur du dommage: « Dans le cas de prédisposition, le praticien ne dégagera néanmoins sa responsabilité que lorsqu'il lui était impossible de prévoir la réaction spécifique à l'état de son patient ou de mettre en évidence une prédisposition grâce à un examen préalable »: Ney, 1979, p. 215.

supporter la part du dommage qui en résulte, de même le patient qui tairait des angoisses indécelables pour un tiers ne pourrait plus par la suite prétendre qu'il n'a pas été informé sur les points auxquels elles sont liées. Le patient supporte ainsi la charge d'éclairer le médecin sur les aspects exceptionnels de sa personnalité.

L'obligation d'informer peut finalement s'énoncer de la façon suivante en droit suisse: le médecin doit communiquer tous les éléments d'information qu'un patient raisonnable prendrait en considération et ceux qui répondent aux attentes particulières du patient en cause, reconnaissables pour un médecin diligent.<sup>147</sup>

#### b) En Allemagne

Cette formule se rapproche sensiblement de celle que l'on pourrait tirer du droit allemand. Lors même que Kern/Laufs relèvent d'emblée que le devoir d'information dépend de nombreux facteurs qui rendent difficile l'établissement de règles générales<sup>148</sup>, on peut dégager certaines lignes de force de la jurisprudence allemande. Les juges (comme les auteurs d'ailleurs) prennent comme point de départ le fondement juridique de l'obligation d'informer, qui consiste à garantir le droit du patient à l'autodétermination.<sup>149</sup> On a vu par exemple que les juges se demandent si le patient en cause (et non pas un patient raisonnable) aurait accepté le traitement s'il avait été informé convenablement.<sup>150</sup>

Le devoir d'information est donc délimité d'abord par l'individualité du patient. Comme l'écrit Deutsch: «Ainsi, le médecin doit constater ce que son vis-à-vis devrait savoir (...). A cet égard, il ne peut pas partir de l'idée exsangue d'un patient raisonnable en général, mais il doit considérer ce patient particulier.»<sup>151</sup> L'information doit permettre au patient de se déterminer en toute connaissance de cause, peu importe que sa décision soit déraisonnable, «da niemandem zugemutet werden kann, nach den Massstäben Dritter «vernünftig» zu sein».<sup>152</sup> Mais l'examen de l'abondante jurisprudence rendue depuis une quinzaine d'années ne montre pas un tableau absolument uniforme: les arrêts attachent une importance variable à la notion de *verständige Patient*. En pratique, il semble que le médecin soit tenu d'abord à une information complète mais limitée à l'essentiel<sup>153</sup>, c'est-à-dire à ce qui serait nécessaire et suffisant à un patient raisonnable, puis à toute information supplémentaire que pourrait demander expressément le patient.<sup>154</sup>

<sup>147</sup> Walder, 1983, p. 592, donne une formule voisine: «Kurz, es ist ihm alles mitzuteilen, was allgemein oder für ihn speziell von Bedeutung ist, damit er sich für oder gegen den Eingriff entscheiden kann.»

<sup>148</sup> 1983, p. 53.

<sup>149</sup> «Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bildet zugleich den Rechtsgrund wie den Maßstab der ärztlichen Aufklärungspflicht»: Kern/Laufs, 1983, p. 193. Dans le même sens, Giesen, 1983, p. 51; Deutsch, 1983, p. 36; Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 17ss.

<sup>150</sup> *Supra*, p. 87s.

<sup>151</sup> 1983, p. 45.

<sup>152</sup> OLG Celle, VersR 1981 1184, 1185; voir aussi BGH, NJW 1980 1333; BGH, NJW 1980 2751; BGH, NJW 1982 700.

<sup>153</sup> Les tribunaux parlent parfois d'information «im grossen und ganzen»: voir Giesen, 1983, p. 51 et ses références.

<sup>154</sup> Giesen, 1983, p. 50s; voir aussi Kern/Laufs, 1983, p. 46s, sur la notion de «Stufenaufklärung». On peut souligner que l'idée de *verständige Patient* était plus largement employée dans les premiers arrêts allemands: voir les exemples donnés par Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 19 et, en général, Steffen, 1983, p. 88ss.

### c) En France

La jurisprudence française, suivie par la doctrine, s'est pour sa part résolument engagée sur la « voie de la raison »<sup>155</sup> dans l'appréciation de l'étendue du devoir d'information. Comme le notaient Mazeaud/Tunc<sup>156</sup>, « il suffit de lui (au malade) donner une idée raisonnable de la situation et de lui permettre de porter un jugement raisonnable ». L'individualité de chaque patient n'est guère prise en considération, si ce n'est sa capacité à comprendre et à supporter certaines révélations<sup>157</sup>, qui limite l'information due. La Cour de cassation a ainsi abouti à la formule suivante: le médecin doit à son patient une « information simple, intelligible et loyale ».<sup>158</sup> La formule est trop vague pour fixer clairement l'étendue du devoir d'informer. Mais d'autres attendus des arrêts montrent que c'est la notion objectivée du patient raisonnable qui est au centre du raisonnement des tribunaux lorsqu'ils cherchent à délimiter le devoir d'information du médecin.

### d) Aux Etats-Unis

C'est dans les pays de *common law* que les controverses les plus vives se sont élevées sur le choix du critère le plus approprié. La question de principe est bien résumée par Norris et al.: « La divergence entre juridictions sur le critère de l'obligation d'informer du médecin illustre un désaccord conceptuel sous-jacent sur le point de savoir si la responsabilité dans les actions fondées sur le consentement éclairé devrait être admise comme une déviation par rapport aux règles de l'art médical ou comme une atteinte au droit du patient à l'autodétermination physique. »<sup>159</sup>

Aux Etats-Unis, les premières actions ont été jugées en *negligence*, au début des années soixante. L'action, identique à celle pour faute technique, est étroitement liée à l'idée de *duty of care* mesurée par un critère (*standard*) légal. C'est pourquoi les juges ont cru naturel de retenir la même mesure de la faute. Sans analyse plus poussée, ils affirmaient que le médecin était tenu de dévoiler ce que dévoilerait un médecin raisonnable et prudent pratiquant dans la même communauté<sup>160</sup> ou, plus largement, placé dans les mêmes circonstances.<sup>161</sup>

A la fin des années soixante, plusieurs articles ont été publiés, qui critiquaient ce critère appelé *professionnel*.<sup>162</sup> Myers et Waltz/Scheuneman en particulier propo-

<sup>155</sup> Selon l'expression de Dorsner/Scemama, 1977, p. 433.

<sup>156</sup> Cités par Doll, 1972, p. 429. Dans le même sens, Penneau, 1977, p. 64, parlant d'« informations raisonnables ».

<sup>157</sup> Penneau, 1977, p. 58s; Doll, 1972, p. 431; Harichaux-Ramu, Fasc. 440-2, 1984, n° 51, p. 11.

<sup>158</sup> Cass. civ., 5 mai 1981, Gaz. Pal. 1981 Panor. 352. La Cour de cassation ajoutait parfois le qualificatif « approximative »: par exemple Cass. civ., 21 février 1961, J.C.P. 1961 II 12129, note Savatier. Penneau, 1977, p. 65, donne sa propre formule: « Le médecin doit fournir une information claire, exacte, mais limitée à l'évolution ou aux risques normalement prévisibles en fonction de l'expérience habituelle et des données statistiques. »

<sup>159</sup> John Norris, Muriel Fudala, Bruce Watson, Liability of health care providers—Informed consent—Physician's duty to disclose, 7 American Journal of Law and Medicine 38, 40 (1981).

<sup>160</sup> Par exemple Roberts v. Young, 119 N.W.2d 627 (Mich. 1963). C'est la « locality rule », qu'on retrouvait dans les actions pour *malpractice*.

<sup>161</sup> Par exemple Natanson v. Kline, 350 P.2d 1093 (Kan. 1960). Cela correspond au « national standard » des actions pour *malpractice*.

<sup>162</sup> Voir notamment Myers, 1967, p. 1396ss; Waltz/Scheuneman, 1970, p. 628ss; Note, 79 Yale Law Journal 1533ss (1970). Les articles antérieurs se préoccupaient presque exclusivement de la controverse *battery-negligence*.

saient de lui substituer le critère de la pertinence de l'information pour la décision d'un patient raisonnable.<sup>163</sup> En 1971, un tribunal de l'Etat de Washington fut à ma connaissance le premier à retenir cette solution<sup>164</sup>, suivi rapidement par d'autres juridictions. L'une d'elles formula la règle de la manière suivante: le médecin doit dévoiler toute information qu'un individu raisonnable dans la situation du patient estimerait importante pour sa décision.<sup>165</sup> L'année suivante, trois décisions influentes adoptèrent à leur tour le nouveau critère.<sup>166</sup>

L'amorce de ce mouvement suscita des réactions variées pendant les années septante. En doctrine, la majorité des auteurs applaudit le changement.<sup>167</sup> Certains recommandèrent des modifications, dans deux directions principales: d'une part, des règles uniformes fondées sur les besoins d'un patient raisonnable mais précisant expressément les divers éléments à révéler<sup>168</sup>; d'autre part, un critère basé sur la pertinence de l'information pour le patient particulier au cas d'espèce.<sup>169</sup>

En pleine *malpractice crisis*, de nombreux législateurs estimèrent que le critère du patient raisonnable était défavorable aux médecins et incitait à la querulence. Ils adoptèrent donc, souvent à titre préventif, des dispositions imposant le critère professionnel.<sup>170</sup> D'autres Etats passèrent des lois ne précisant pas le critère à employer<sup>171</sup> tandis que la Pennsylvanie et l'Etat de Washington furent les seuls à retenir la notion du patient raisonnable. Le Texas adopta lui une solution originale, prévoyant la création d'une commission chargée de préparer deux listes: la liste A qui comprend toutes les interventions exigeant la révélation des risques et précisant même quels risques sont à dévoiler; la liste B qui comprend les interventions pour lesquelles aucun risque n'est à communiquer au patient. Celle-ci inclut notamment l'appendicectomie, l'amygdalectomie avec adénoïdectomie, l'ablation des ovaires (sans hystérectomie), la césarienne, la craniotomie,

<sup>163</sup> Myers, 1967, p. 1407ss; Waltz/Scheuneman, 1970, p. 638ss.

<sup>164</sup> Hunter v. Brown, 484 P.2d 1162 (Wash. 1971).

<sup>165</sup> Cooper v. Roberts, 286 A.2d 647, 650 (Pa. 1971). Voir aussi Getchell v. Mansfield, 489 P.2d 953 (Ore. 1971).

<sup>166</sup> Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972), en général cité comme l'arrêt faitier; Cobbs v. Grant, 502 P.2d 1 (Calif. 1972); Wilkinson v. Vesey, 295 A.2d 676 (R.I. 1972).

<sup>167</sup> Notamment Bamberg, 1973, p. 913ss; Patrick Cassidy, Cooper v. Roberts: a «reasonable patient» test for informed consent, 34 University of Pittsburgh Law Review 500 (1973); Stewart, 1974, p. 614ss; Jim Perdue, The law of Texas medical malpractice—IX: Informed consent, 11 Houston Law Review 1075, 1100 (1974); Schneyer, 1976, p. 124sa; James Henderson, Expanding the negligence concept: retreat from the rule of law, 51 Indiana Law Journal 467, 492s (1976); Recher, 1977, p. 696ss; Joseph King, The standard of care and informed consent under the Tennessee Medical Malpractice Act, 44 Tennessee Law Review 225 (1977). Voir cependant l'avis différent de Plant, 1978, p. 91ss.

<sup>168</sup> Par exemple Note, 48 New York University Law Review 548 (1973); Riga, 1977, p. 159ss; Fierstein, 1978, p. 241ss.

<sup>169</sup> Seidelson, 1976, p. 309ss, 326, arguant que ce critère est le seul à respecter le droit à l'autodétermination du patient et qu'il est de toute façon plus facile au médecin de connaître son patient que la figure abstraite du patient raisonnable. Voir aussi Capron, 1974, p. 340ss; Katz, 1977, p. 137ss.

<sup>170</sup> Ce fut le cas en Arizona, Arkansas, Delaware, Floride, Idaho, Kentucky, Maine, Nebraska, New Hampshire, New York, Caroline du Nord, Tennessee et Vermont. C'est dans l'Etat de New York et dans celui du Vermont seulement que la législation modifia le critère du patient raisonnable qu'avait adopté la jurisprudence. Voir en général Meisel/Kabnick, 1980, qui concluent, p. 561, que les nouvelles lois «simply have not wrought any great changes in the common-law informed consent doctrine». Je remarquerais qu'elles ont néanmoins l'effet non négligeable d'empêcher la jurisprudence de suivre le mouvement qui se dessinait et d'adopter le critère du patient raisonnable. Les références complètes des lois se trouvent in Andrews, 1984, p. 163ss.

<sup>171</sup> Notamment en Alaska, Iowa, Louisiane, Nevada, Ohio, Oregon, Rhode Island, Utah.

toutes sortes de biopsies, l'encéphalographie, la trachéotomie, la résection segmentaire d'un poumon et bien d'autres!<sup>172</sup>

Quant à la jurisprudence, de profondes divisions la partageaient: certaines cours optaient pour le critère professionnel, d'autres pour celui du patient raisonnable. La décision la plus remarquable fut prise par la Cour suprême d'Oklahoma en 1979, qui retint (dans un langage assez peu clair il est vrai) le critère de l'information nécessaire au patient particulier.<sup>173</sup>

Depuis lors, la doctrine n'a cessé de discuter quel était le meilleur critère pour mesurer l'obligation d'informer. Les amélorations suggérées peuvent me sembler-il être regroupées selon trois lignes directrices:

- l'adoption d'un critère mixte, soit celui du patient raisonnable, qui devient celui du patient particulier dès que le patient pose des questions<sup>174</sup>;
- l'adoption du critère du patient particulier<sup>175</sup>;
- l'adoption d'un critère fondé sur la compréhension de l'information reçue par le patient.<sup>176</sup>

La troisième suggestion, attractive de prime abord (une tonne d'informations ne sert à rien si elle n'est pas comprise!), me paraît à la réflexion non seulement impraticable mais dangereuse. Elle pourrait servir à bannir toute décision irrationnelle, vu l'association d'idée faite entre compréhension et raison. Or, être autonome ne signifie pas avoir un quotient intellectuel déterminé. De toute manière les autres critères se préoccupent aussi de la compréhensibilité de l'information.

En l'absence de législation, les tribunaux eurent dans bien des Etats la responsabilité de choisir l'un ou l'autre critère. Parmi ceux qui se sont prononcés pour la première fois ces dernières années, une majorité a adopté l'idée du patient raisonnable<sup>177</sup> alors que deux ont préféré le critère professionnel.<sup>178</sup>

Le droit positif américain présente donc aujourd'hui plusieurs visages. Vingt-six Etats appliquent le critère professionnel, qu'il ressorte de la législation ou de la jurisprudence.<sup>179</sup> Dix-huit Etats et le District de Columbia utilisent au contraire

<sup>172</sup> Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. art. 4590i, §§ 6.01ss (Vernon Supp. 1982-83). Sur cette législation originale, voir Susan Rachlin, *The effect of the Texas Medical Liability and Insurance Improvement Act on the Texas standard for medical disclosure*, 17 *Houston Law Review* 615 (1980); Edward Richards III, Katharine Rathbun, *The law of patient's rights in Texas*, 44 *Texas Bar Journal* 1059 (1981); *Id.*, *A procrustean approach to informed consent: the Texas Medical Disclosure Panel*, 10 *Law, Medicine and Health Care* 158 (1982); *Id.*, 1983, p. 349ss.

<sup>173</sup> *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979). La cour estima que tous les autres critères restreignaient de manière intolérable la liberté de décision du patient. Cette jurisprudence reste isolée.

<sup>174</sup> Par exemple *Trichet*, 1980, p. 455ss. Mais voir l'avis critique de Strong, 1979, p. 196ss.

<sup>175</sup> Par exemple *Trichet/Lewis*, 1981, p. 155ss.

<sup>176</sup> Par exemple *Simpson*, 1981, p. 172ss.

<sup>177</sup> *Harnish v. Children's Hospital Medical Center*, 439 N.E.2d 240 (Ma. 1982); *Cross v. Trapp*, 294 S.E.2d 446 (W.Va. 1982); *Crain v. Allison*, 443 A.2d 558 (D.C. 1982), la cour n'étant pas liée par les décisions antérieures des cours fédérales telles que *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972); *Logan v. Greenwich Hospital Association*, 465 A.2d 294 (Conn. 1983).

<sup>178</sup> *Wooley v. Henderson*, 418 A.2d 1123 (Me. 1980); *Hook v. Rothstein*, 316 S.E.2d 690 (S.C. 1984), aff'd, 320 S.E.2d 35 (S.C. 1984).

<sup>179</sup> Ce sont l'Arizona: *Gaston v. Hunter*, 588 P.2d 326 (1978);

l'Arkansas: *Fuller v. Starnes*, 597 S.W.2d 88 (1980);

le Colorado: *Mastro v. Brodie*, 682 P.2d 1162 (1984); mais voir aussi *Hamilton v. Hardy*, 549 P.2d 1059 (1976) où un critère hybride avait été employé;

le Delaware: *Robinson v. Mroz*, 433 A.2d 1051 (1981);

la Floride: *Ritz v. Florida Patients' Compensation Fund*, 436 So.2d 987 (1983); *Gassman v. United States*, 768 F.2d 1263 (1985);

le critère du patient raisonnable.<sup>180</sup> L'Oklahoma est tout seul à appliquer celui du patient particulier.<sup>181</sup> L'Iowa emploie le critère professionnel pour tout traitement thérapeutique et celui du patient raisonnable lorsque l'intervention est facultative (chirurgie esthétique, stérilisation par exemple).<sup>182</sup> Le Texas a retenu la notion du patient raisonnable pour toutes les procédures qui ne sont pas mentionnées dans la loi.<sup>183</sup> L'Alabama et le Dakota du Sud ne se sont pas encore clairement prononcés (mais le langage de certaines décisions me fait présumer qu'ils adopte-

- Hawaii: *Nisbi v. Hartwell*, 473 P.2d 116 (1970);  
l'Idaho: § 39-4304; voir aussi *LePelley v. Grefenson*, 614 P.2d 962 (1980);  
l'Illinois: *Goldberg v. Ruskin*, 471 N.E.2d 530 (1984);  
le Kansas: *Lindquist v. Ayerst Laboratories*, 607 P.2d 1339 (1980);  
le Kentucky: § 304.40-320 (1); voir aussi *Holton v. Pfingst*, 534 S.W.2d 786 (1975);  
le Maine: *Woolley v. Henderson*, 418 A.2d 1123 (1980);  
le Michigan: *Rice v. Jaskolski*, 313 N.W.2d 893 (1981);  
le Missouri: *Kinser v. Elkadi*, 674 S.W.2d 226 (1984);  
le Montana: *Llera v. Wisner*, 557 P.2d 805 (1976);  
le Nebraska: § 44-2816;  
le Nevada: *Beattie v. Thomas*, 668 P.2d 268 (1983);  
le New Hampshire: *Folger v. Corbett*, 394 A.2d 63 (1978);  
le New Jersey: *Calabrese v. Trenton State College*, 392 A.2d 600 (1978), aff'd 413 A.2d 315 (1979);  
l'Etat de New York: *Bellier v. Bazan*, 124 Misc.2d 1055 (1984); mais voir *Crisler v. Spak*, 122 Misc.2d 355 (1983) retenant le critère du patient raisonnable pour les cas d'«informed refusal»;  
la Caroline du Nord: *Estrada v. Jaques*, 321 S.E.2d 240 (1984);  
la Caroline du Sud: *Hook v. Rothstein*, 316 S.E.2d 690 (1984), aff'd, 320 S.E.2d 35 (1984);  
le Tennessee: *German v. Nichopoulos*, 577 S.W.2d 197 (1978);  
l'Utah: *Reiser v. Lohner*, 641 P.2d 93 (1982); mais voir aussi *Nixdorf v. Hicken*, 612 P.2d 348 (1980) où le critère du patient raisonnable est appliqué pour déterminer si le médecin devait informer sa malade du fait qu'il avait laissé une aiguille dans son abdomen après une opération;  
le Vermont: *Perkins v. Windsor Hospital Corp.*, 455 A.2d 810 (1982);  
la Virginie: *Bly v. Rhoads*, 222 S.E.2d 783 (1976);  
le Wyoming: *Stundon v. Stadnik*, 469 P.2d 16 (1970).  
<sup>180</sup> Ce sont l'Alaska: *Poulin v. Zartman*, 542 P.2d 251 (1975);  
la Californie: *Brown v. The Regents of the University of California*, 198 Cal.Rptr. 916 (1984) précisant, p. 921: «If the physician knows or should know of a patient's unique concerns or lack of familiarity with medical procedures, this may expand the scope of required disclosure.» Un tel devoir élargi avait été admis dans *Truman v. Thomas*, 611 P.2d 902 (1980) dans un cas d'«informed refusal»;  
le Connecticut: *Logan v. Greenwich Hospital Association*, 465 A.2d 294 (1983);  
le District de Columbia: *Gordon v. Neviasser*, 478 A.2d 292 (1984);  
l'Indiana: *Revord v. Russell*, 401 N.E.2d 763 (1980);  
la Louisiane: *LaCaze v. Collier*, 434 So.2d 1039 (1983);  
le Maryland: *Sard v. Hardy*, 379 A.2d 1014 (1977);  
le Massachusetts: *Harnish v. Children's Hospital Medical Center*, 439 N.E.2d 240 (1982);  
le Minnesota: *Kohoutek v. Hafner*, 366 N.W.2d 633 (1985); mais voir aussi *Kliniken v. Heupel*, 305 N.W.2d 589 (1981) où un critère un peu hybride a été employé;  
le Mississippi: *Reikes v. Martin*, 471 So.2d 385 (1985);  
le Nouveau-Mexique: *Gerety v. Demers*, 589 P.2d 180 (1978);  
le Dakota du Nord: *Wasem v. Laskowski*, 274 N.W.2d 219 (1979);  
l'Ohio: *Nickell v. Gonzalez*, 477 N.E.2d 1145 (1985);  
l'Oregon: *Creasey v. Hogan*, 617 P.2d 1377 (1980);  
la Pennsylvanie: *Rogers v. Lu*, 485 A.2d 54 (1984);  
Rhode Island: *Beauvais v. Notre Dame Hospital*, 387 A.2d 689 (1978);  
l'Etat de Washington: *Adams v. Richland Clinic, Inc.*, 681 P.2d 1305 (1984);  
la Virginie occidentale: *Cross v. Trapp*, 294 S.E.2d 446 (1982);  
le Wisconsin: *Scaria v. St. Paul Fire & Marine Insurance Company*, 227 N.W.2d 647 (1975).  
<sup>181</sup> *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979).  
<sup>182</sup> *Clites v. State of Iowa*, 322 N.W.2d 917 (Iowa 1982); *Cowman v. Hornaday*, 329 N.W.2d 422 (Iowa 1983); *Petty v. United States*, 740 F.2d 1428 (Iowa 1984).  
<sup>183</sup> *Peterson v. Shields*, 652 S.W.2d 929 (Tex. 1983).

raient volontiers le critère professionnel).<sup>184</sup> La Géorgie enfin limite le devoir d'information aux grandes lignes du traitement, à l'exclusion notamment des risques, même pour des interventions facultatives.<sup>185</sup>

Le critère professionnel paraît inacceptable pour plusieurs raisons. A titre préliminaire, il faut rappeler que la responsabilité a ici un fondement différent qu'en cas de faute technique, comme l'exprimait clairement un tribunal: « Il y a une distinction fondamentale entre l'action normale pour *malpractice*, où la question de base est de savoir si le médecin a dévié de la pratique médicale acceptée, et les affaires de consentement éclairé, où la question saillante est de déterminer si le patient a donné un véritable consentement au traitement. »<sup>186</sup>

Théoriquement d'abord, le critère professionnel est incompatible avec le droit à l'autodétermination du patient.<sup>187</sup> Plus prosaïquement ensuite, comme seul le patient risque d'être lésé par le traitement, son droit à être éclairé ne doit pas dépendre d'une pratique médicale qui n'a aucun lien inhérent avec sa liberté de décision.<sup>188</sup> Déterminer le volume d'information nécessaire n'est pas une évaluation médicale, mais une appréciation à la portée de l'homme ordinaire.

Enfin, il est très douteux qu'un véritable usage médical existe. Comme l'a constaté Stone, « assurément, la plupart d'entre nous n'avons jamais appris au cours de notre formation quelle était l'information appropriée à donner aux patients. On ne peut que se demander si de telles règles existent au sein du corps médical ». <sup>189</sup> Or, le silence de la pratique risque d'être interprété comme la pratique du silence.

Même si un usage existe, il risque d'être si vague qu'il en perd toute valeur et laisse une discrétion totale au médecin; ou si normatif qu'il en devient inapplicable dans bien des cas; ou si minimaliste qu'il en est inadéquat. Des études ont en effet montré que les médecins sous-estimaient l'information qu'ils croyaient que les patients désiraient.<sup>190</sup> Ce phénomène semble renforcé par la structure du système de santé. Schneyer en particulier a fort bien analysé les pressions, tant économiques que sociales, qui encouragent les médecins à une « systematic underdisclosure ». <sup>191</sup> La moindre n'est certes pas le système de remboursement des

<sup>184</sup> *Tant v. Women's Clinic*, 382 So.2d 1120 (Ala. 1980); *Cunningham v. Yankron Clinic*, 262 N.W.2d 508 (S.D. 1978) et *Alberts v. Giebink*, 299 N.W.2d 454 (S.D. 1980); mais voir *Dewes v. Indian Health Service*, 504 F.Supp. 203 (S.D. 1980), où une cour fédérale a appliqué le critère du patient raisonnable.

<sup>185</sup> Notamment *Robinson v. Parrish*, 306 S.E.2d 922 (Ga. 1983) et 720 F.2d 1548 (11th Cir. 1983); *Hyles v. Cockrill*, 312 S.E.2d 124 (Ga. 1983); *Padgett v. Ferrier*, 323 S.E.2d 166 (Ga. 1984); *Spikes v. Heath*, 332 S.E.2d 889 (Ga. 1985).

<sup>186</sup> *Cooper v. Roberts*, 286 A.2d 647, 651 (Pa. 1971).

<sup>187</sup> « The keystone of this doctrine is every competent adult's right to forego treatment, or even cure, if it entails what for him are intolerable consequences or risks however unwise his sense of values may be in the eyes of the medical profession, or even the community. » *Wilkinson v. Vesey*, 295 A.2d 676, 687 (R.I. 1972).

<sup>188</sup> « If the foundation of the doctrine of informed consent is the patient's right to know and his right to physical self-determination, then logic requires that the standard of care applicable to physicians in disclosure cases not be drawn from medical practice and custom. » *Sard v. Hardy*, 379 A.2d 1014, 1024 (Md. 1977).

<sup>189</sup> 1979, p. 323. L'absence de coutume médicale sur ce point semble confirmée par l'étude de Rosoff, 1981, p. 346s.

<sup>190</sup> *Faden/Lewis/Backer/Faden/Freeman*, 1981, p. 274s écrivent que ce fossé entre les désirs d'informations des patients et la perception de ceux-ci par les médecins est « the most dramatic finding of our study ». Voir aussi *Barber*, 1980, p. 99ss et les notes 63 et 64, *supra*, p. 114.

<sup>191</sup> *Schneyer*, 1976, p. 127.

assurances, qui incite à multiplier les actes techniques et à réduire au maximum le temps de discussion avec le patient.<sup>192</sup>

Les tribunaux qui ont choisi le critère professionnel offrent en général les justifications suivantes: le devoir d'informer le patient est une obligation comme les autres et doit par conséquent être appréciée par référence à la pratique du corps médical sur ce point; l'adoption d'un critère lié au patient obligerait le médecin à faire un véritable cours de médecine au patient; l'étendue de l'information à communiquer est une question typiquement médicale, le plus souvent compliquée et technique, qui ne peut être résolue que par des médecins.<sup>193</sup> Ces arguments manquent à mon sens singulièrement de persuasion.

Les véritables raisons sont le plus souvent proclamées moins haut. Elles relèvent de la tradition et d'une certaine politique juridique. Le droit traditionnellement accordé à la profession médicale le privilège «to set (its) own legal (*sic*) standards of conduct», comme le notait un tribunal qui ajoutait: «The policy justification implicitly advanced is the respect which the courts have had for the learning of a fellow profession.»<sup>194</sup> Au-delà de cette solidarité de classe, les tribunaux ont avancé des motifs plus généraux dont le plus courant est sans doute celui que résumait ainsi un juge: «Sans aucun doute, une telle règle (celle du patient raisonnable) augmenterait encore la prolifération d'actions en responsabilité médicale dans une situation qui approche déjà une crise nationale.» Il concluait alors: «This is a result which, if at all possible consonant with sound judicial policy, should be avoided.»<sup>195</sup> Liée à cette crainte, on trouve aussi l'affirmation que le souci premier du médecin doit rester le traitement du patient et non pas la préparation d'une défense à une possible action en responsabilité.<sup>196</sup>

Ces raisons ne convainquent pas plus que les précédentes. Dire que le critère du patient raisonnable augmenterait le nombre d'actions contre les médecins est au pire complètement faux et au mieux résolument myope.<sup>197</sup> La règle aurait probablement pour effet d'étendre l'information transmise aux patients. Ceci devrait améliorer la communication entre médecin et malade d'une part et d'autre part renforcer la confiance du patient en son docteur, comme le suggèrent plusieurs études.<sup>198</sup> Or, c'est devenu un truisme que d'affirmer qu'une des sources

<sup>192</sup> *Id.*, p. 158ss; voir aussi President's Commission, vol. 1, 1982, p. 120, qui recommande des changements et fournir d'autres références sur ce point, p. 120, note 19. La constatation est valable en Suisse aussi.

<sup>193</sup> «Children play at the game of being doctor but judges and juries ought not.»: *Scaria v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 227 N.W.2d 647, 659 (Wis. 1975), per Justice Hansen, dissenting.

<sup>194</sup> *Holton v. Pfingst*, 534 S.W.2d 786, 788 (Ky. 1975).

<sup>195</sup> *Bly v. Rhoads*, 222 S.E.2d 783, 787 (Va. 1976); voir aussi notamment *Bennett v. Graves*, 557 S.W.2d 893, 897 (Ky. 1977) et *Polewski*, 1984, p. 413, qui qualifie le critère du patient raisonnable de «pro-plaintiff bias».

<sup>196</sup> *Starnes v. Taylor*, 158 S.E.2d 339, 344 (N.C. 1968), cité et endossé par *Hook v. Rothstein*, 316 S.E.2d 690, 698 (S.C. 1984), aff'd, 320 S.E.2d 35 (S.C. 1984); voir aussi *Rauzi*, 1980, p. 655ss qui craint une «defensive medicine» et parle de «pro-plaintiff shift».

<sup>197</sup> On rappellera que les actions fondées sur le défaut de consentement éclairé ne constituent qu'une minorité de toutes les actions en responsabilité médicale aux États-Unis (par exemple 6,6% entre 1961 et 1971: *Ludlam*, 1978, p. 23). Cela fait néanmoins un nombre de cas non négligeable.

<sup>198</sup> Les études proviennent des deux côtés de l'Atlantique: voir notamment E. Gramer, W. Leydecker, G. Kriegstein, *Zur ärztlichen Aufklärungspflicht — juristische Aspekte — Erwartungen der Patienten*, 181 *Klinische Monatsblätter für Augenheilkunde* 46 (1982); P. Habermann, *Zur Wirkung schriftlicher Aufklärung vor operativen Eingriffen in der Frauenheilkunde*, 42 *Geburtshilfe und Frauenheilkunde* 558 (1982); O.-E. Lund, *Die Aufklärung des Patienten vor prophylaktischen Eingriffen*, 181 *Klinische Monatsblätter für Augenheilkunde* 42 (1982); *Rockwell/Pepitone-Rockwell*, 1979, p. 1341, 1350 et leurs références; *Gutheil/Bursztajn/Brodsky*, 1984, p. 49.

principales des actions en responsabilité médicale est la pauvreté de la relation médecin-malade, plus particulièrement la mauvaise communication entre eux.<sup>199</sup> A long terme, on peut donc penser que l'adoption d'un critère lié aux besoins du patient devrait diminuer le nombre d'actions intentées contre les médecins<sup>200</sup>, si l'on part de l'idée bien entendu que les médecins s'y conformeront. C'est assurément là que se situe l'obstacle principal. Une étude n'a par exemple constaté qu'une très faible influence des règles juridiques sur la pratique médicale.<sup>201</sup> Une autre enquête a révélé que 76% des médecins admettaient ne pas savoir le critère applicable dans l'Etat où ils pratiquaient!<sup>202</sup>

La crainte de voir apparaître une médecine défensive procède vraisemblablement d'une comparaison hâtive avec la responsabilité pour faute technique. Une fois de plus, comparaison n'est pas raison. La multiplication d'analyses, d'examen et de procédures de toute nature constitue à n'en pas douter une mauvaise médecine qu'il convient d'éviter. Mais je ne vois pas comment une attitude visant à mieux informer le malade et à l'associer à son traitement peut lui porter un préjudice méritant de qualifier pareille médecine de défensive ou de mauvaise.

Je citerai encore les résultats d'un sondage réalisé aux Etats-Unis cherchant à déterminer quel était le meilleur critère dans l'esprit du public et des médecins. 18% du public et 26% des médecins estimaient que c'était le critère professionnel; respectivement 28% et 21% choisirent celui du patient raisonnable et 46% et 42% celui du patient particulier.<sup>203</sup>

Ce choix fondamental a des implications importantes sur la façon dont le patient devra rapporter la preuve des manquements du médecin. Dans les juridictions employant le critère professionnel, le patient doit d'habitude établir l'étendue du devoir du médecin par le témoignage d'experts médicaux.<sup>204</sup> Il existe quelques exceptions à ce principe, en particulier lorsque le devoir d'informer sur un point particulier était patent<sup>205</sup>, ou lorsque le médecin n'avait rien dévoilé du tout.<sup>206</sup> La règle ordinaire fut en revanche appliquée même lorsque le médecin

<sup>199</sup> Riskin, 1975, p. 609, rapporte par exemple une étude d'où il ressort que les médecins tiennent la communication insatisfaisante avec le malade pour la cause la plus fréquente des actions qui leur sont intentées. Robert Brittain, *Informed consent* 1980, 23 *Clinical Obstetrics and Gynecology* n° 1, p. 201, 203 (1980), relate les résultats d'une autre enquête qui a révélé que les patients interrogés sur les motivations les ayant amenés à actionner leur médecin répondaient souvent quelque chose comme: « J'étais furieux de ne pas avoir été averti et je voulais l'actionner » « to get even with him. » Voir encore Recher, 1977, p. 215; Gutheil/Bursztajn/Brodsky, 1984, p. 49.

<sup>200</sup> L'étude de Rosoff, 1981, p. 375ss, montre un résultat qu'il qualifie de surprenant: les médecins sont légèrement moins exposés à une action fondée sur le défaut de consentement éclairé dans les Etats où est appliqué le critère du patient raisonnable que dans ceux où est appliqué le critère professionnel. Mais voir aussi Patricia Danzon, *The frequency and severity of medical malpractice claims*, Institute for Civil Justice, Santa Monica (Cal.), 1982, spéc. p. 22ss.

<sup>201</sup> Faden/Lewis/Backer/Faden/Freeman, 1981, p. 275. Les auteurs remarquent: « Even when physicians apply the reasonable person standard, they do so in a context determined by a professionally shaped perception of the doctor-patient relationship. » Voir aussi Teff, 1985, p. 453.

<sup>202</sup> Harris/Boyle/Brounstein, in *President's Commission*, vol. 2, 1982, p. 25. De plus, parmi ceux qui prétendent savoir, 32% se trompent! Voir les résultats analogues de l'étude de Rosoff, 1981, p. 370ss.

<sup>203</sup> *President's Commission*, vol. 1, 1982, p. 306; respectivement 1% et 8% pensaient qu'il ne devrait y avoir aucun critère; 7% et 4% étaient incertains.

<sup>204</sup> Par exemple *Wooley v. Henderson*, 418 A.2d 1123 (Me. 1980); *Fuller v. Starnes*, 597 S.W.2d 88 (Ark. 1980); *Beattie v. Thomas*, 668 P.2d 268 (Nev. 1983); *Hook v. Rothstein*, 316 S.E.2d 690 (S.C. 1984), aff'd, 320 S.E.2d 35 (S.C. 1984).

<sup>205</sup> *Notamment Bly v. Rhoads*, 222 S.E.2d 783 (Va. 1976).

<sup>206</sup> *Greenwell v. Gill*, 660 P.2d 1305 (Colo. 1982); *Perna v. Pirozzi*, 457 A.2d 431 (N.J. 1983); *Nixdorf v. Hicken*, 612 P.2d 348 (Utah 1980).

défendeur était virtuellement le seul à utiliser le mode de traitement en cause!<sup>207</sup> Dans d'autres affaires, le tribunal est allé jusqu'à admettre que le seul témoignage du défendeur était propre à établir l'usage de la profession médicale!<sup>208</sup>

Les injustices potentielles d'une pareille règle (qui s'ajoutent à la difficulté de trouver des experts acceptant de déposer contre des collègues) furent corrigées par les juridictions qui ont adopté le critère du patient raisonnable. Elles jugèrent en effet que le patient n'avait pas besoin du témoignage d'experts pour établir l'étendue de l'obligation du médecin.<sup>209</sup> Le demandeur n'est toutefois pas dispensé de toute expertise: il devra dans la règle y recourir pour établir l'existence, l'importance et la probabilité des risques du traitement ainsi que la possibilité de traitements alternatifs.<sup>210</sup> L'administration de la preuve se scinde donc en deux étapes: la première consiste à déterminer, grâce au témoignage d'experts, les aspects essentiels du traitement; la seconde à établir leur pertinence pour la décision d'un patient raisonnable, ce que juges et jurys peuvent faire sans l'aide d'experts.<sup>211</sup>

### e) Au Canada

Jusqu'en 1980, le droit canadien était incertain, comme le soulignent les articles de doctrine qui observaient avec des sentiments mitigés ce qui se passait aux Etats-Unis.<sup>212</sup> Un devoir d'information du médecin était pourtant reconnu et avait été occasionnellement jugé selon un critère professionnel.<sup>213</sup> La situation fut clarifiée en octobre 1980 par un arrêt de la Cour suprême du Canada, qui opta résolument pour un critère lié aux besoins en information du patient.<sup>214</sup> La cour souligna que la question à trancher était différente que dans l'hypothèse de la violation d'une règle technique, puisqu'il s'agissait du droit du patient d'être informé adéquatement avant de se déterminer. Le critère choisi est objectif, tout en étant mâtiné d'éléments subjectifs et en conservant une certaine place à la

<sup>207</sup> Notamment *Ritz v. Florida Patients' Compensation Fund*, 436 So.2d 987 (Fla. 1983); *Gaston v. Hunter*, 588 P.2d 326 (Ariz. 1978); *Llera v. Wisner*, 557 P.2d 805 (Mont. 1976).

<sup>208</sup> *Wilson v. Scott*, 412 S.W.2d 299 (Tex. 1967) où le tribunal dit, p. 303: «By his own testimony, he established the medical standard» (il s'agissait d'un chirurgien); *Rice v. Jaskolski*, 313 N.W.2d 893 (Mich. 1981) à propos d'un dentiste.

<sup>209</sup> Par exemple *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972); *Gearty v. Demers*, 589 P.2d 180 (N.M. 1978).

<sup>210</sup> Notamment *Cross v. Trapp*, 294 S.E.2d 446 (W.Va. 1982); *Crain v. Allison*, 443 A.2d 558 (D.C. 1982); *Harnish v. Children's Hospital Medical Center*, 439 N.E.2d 240 (Mass. 1982).

<sup>211</sup> Voir en particulier *Smith v. Shannon*, 666 P.2d 351, 356 (Wash. 1983): «While the second step of this determination of materiality clearly does not require expert testimony, the first step almost as clearly does.»

<sup>212</sup> Voir notamment *Picard*, 1977, p. 144, mettant en garde contre le chaos américain; *Rozovsky*, 1977, p. 165, notant qu'au Canada, «there is a tendency to copy the developments south of the border»; *Sharpe*, 1979, p. 10, relevant la confusion du droit canadien.

<sup>213</sup> *Male v. Hopmans* (1966) 54 D.L.R.(2d) 592, 597s (Ont. H.C.); voir aussi *Picard*, 1978, p. 79.

<sup>214</sup> *Reibl v. Hughes* (1980) 114 D.L.R.(3d) 1. L'arrêt fut abondamment commenté: voir notamment *Myron Gochbauer, Donald Fleming, Tort law—formed consent—new directions for medical disclosure—Hopp v. Lepp and Reibl v. Hughes*, 15 *University of British Columbia Law Review* 475 (1981); *Picard*, 1981, p. 140ss; *Somerville*, 1981b, p. 740ss; *Gilbert Sharpe, Five recent Canadian decisions on informed consent*, 1 *Health Law in Canada* 79 (1980); *Picard*, 1983, p. 250ss; *Holland*, 1984, p. 5ss. Voir aussi un autre arrêt de la Cour suprême canadienne rendu juste avant *Reibl: Hopp v. Lepp* (1980) 112 D.L.R.(3d) 67, qui évoquait la définition de la «materiality» avancée par *Waltz/Scheuneman*, 1970, p. 628ss.

preuve par experts.<sup>215</sup> Il assure une grande souplesse mais risque aussi de créer quelque confusion, à moins de le relier, comme l'ont fait la plupart des auteurs, au test nettement objectif de la causalité.<sup>216</sup> Si cette solution garantit une certaine cohérence (le même critère est employé pour les deux éléments de l'action), elle revient aussi à dire, comme l'observent Gochnauer/Fleming, que «once causation is established, negligence is proved!»<sup>217</sup>

### f) En Angleterre

La jurisprudence anglaise ancienne se référait à un critère professionnel, mais plus pour savoir si le médecin avait un devoir d'informer que pour établir l'étendue de l'information.<sup>218</sup> L'existence d'un devoir actif d'information fut clairement affirmée pour la première fois en 1980 seulement. Dans cet arrêt, Justice Bristow l'apprécia selon ce qu'un «careful and responsible doctor in similar circumstances would have done».<sup>219</sup>

Les rares voix à se faire entendre en doctrine regrettaient en général l'adoption de cette règle.<sup>220</sup> Robertson prédisait que des motifs de politique juridique opposés à l'extension de la responsabilité médicale allaient dicter l'évolution de la jurisprudence plutôt que le droit du patient à l'autodétermination. Il précisait même d'une plume fataliste: «The constrained and restricted way in which the doctrine of informed consent has been construed by English courts is likely to continue.»<sup>221</sup>

Il ne croyait pas si bien dire! Ses prédictions se réalisèrent jusque dans le détail des arguments employés, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel en 1984.<sup>222</sup> Les trois juges y réaffirmèrent nettement le critère professionnel, dans trois opinions séparées mais convergentes.<sup>223</sup> Les motifs avancés, essentiellement de politique juridique, sont ceux qu'avait annoncés Robertson. Ils présentent du reste une similitude frappante avec ceux exprimés par les cours américaines ayant retenu la

<sup>215</sup> *Reibl v. Hughes* (1980) 114 D.L.R.(3d) 1, 12s, où la cour précise: «What the doctor knows or should know that the particular patient deems relevant to a decision whether to undergo treatment» doit être pris en considération, de même que la pertinence des risques, que le jury détermine.

<sup>216</sup> Gochnauer/Fleming, *supra* note 214, p. 489ss; Picard, 1981, p. 147ss.

<sup>217</sup> *Supra* note 214, p. 497. En effet, si le demandeur établit qu'un patient raisonnable n'aurait pas consenti au traitement s'il avait été complètement informé, cela signifie que l'information cachée était pertinente pour la décision d'un patient raisonnable.

<sup>218</sup> *Hatcher v. Black*, *The Times*, 2 juillet 1954, repris in Denning, 1979, p. 242ss; *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All E.R. 118 (Q.B.D.). Voir aussi Robertson, 1981, p. 114s.

<sup>219</sup> *Chatterton v. Gerson* [1981] 1 All E.R. 257, 265 (Q.B.D.).

<sup>220</sup> Robertson, 1981, p. 118ss; Brahams, 1983, p. 186, déclarant: «It is not for the doctor to judge on behalf of the patient»; Norrie, 1983, p. 233ss, proposant le critère du médecin raisonnable, indépendant des usages médicaux, qui doit tenir compte des particularités de son patient; Skegg, 1975, p. 128, critiquait déjà le critère professionnel.

<sup>221</sup> 1981, p. 125s.

<sup>222</sup> *Sidaway v. Berliem Royal Hospital* [1984] 1 All E.R. 1018 (C.A.).

<sup>223</sup> *Dont Kennedy*, 1984, p. 454ss, a mis en lumière les faiblesses. Il souligne également, p. 464, que «the policy factors (...), it is submitted, (...) demand a rejection of the professional standard». Voir aussi les critiques de Jones, 1984, p. 355ss, qui remarque, p. 359: «How, one might ask, could a requirement of full disclosure lead to «defensive» medical practices?» Voir encore Robertson, 1981, p. 125, qui affirmait: «The fear of a national malpractice «crisis» (...) is misplaced»; Diana Brahams, *The surgeon's duty to warn of risks: transatlantic approach rejected by Court of Appeal*, 52 *Medico-Legal Journal* 130 (1984); Teff, 1985, p. 435, rejette aussi l'éventualité d'une *malpractice crisis* en Angleterre; George Annas, *Why the British courts rejected the American doctrine of informed consent (and what British physicians should do about it)*, 74 *American Journal of Public Health* 1286 (1984).

même règle. On lit en particulier que le critère du patient raisonnable (envisagé comme la seule alternative) entamerait le rapport de confiance entre médecin et patient, augmenterait le nombre d'actions intentées aux docteurs et mènerait à une médecine défensive, synonyme de mauvaise qualité.

L'inanité de ces arguments a été démontrée à propos du droit américain et elle est exposée aussi par les deux commentateurs principaux de l'arrêt. La décision de la Cour d'appel a néanmoins été confirmée par la Chambre des Lords.<sup>224</sup> Ce n'est, à vrai dire, pas une surprise: ses considérants dans une affaire précédente de responsabilité pour faute technique du médecin le laissaient prévoir.<sup>225</sup> On notera tout de même qu'un des juges, Lord Scarman, préconise dans une opinion isolée l'adoption du critère du patient raisonnable tel qu'il ressort de *Canterbury v. Spence*.<sup>226</sup>

La controverse qui entoure, dans les pays de *common law* surtout, le choix du critère approprié pour mesurer l'obligation du médecin me paraît essentielle. Elle révèle en effet comment les juges perçoivent la relation entre médecins et patients. Or, il apparaît que l'image traditionnelle selon laquelle les patients n'ont (soi-disant pour leur propre bien) que les droits que le corps médical veut bien leur reconnaître, n'est plus acceptée aujourd'hui par la majorité. C'est la raison principale, mais pas la seule, pour laquelle elle devrait être abandonnée.

## B. *Éléments à révéler au patient*

### a) *En Suisse*

Un large consensus existe sur les éléments d'information qui doivent être communiqués au patient, en dépit de la variété des sources qui imposent ce devoir. Il est intéressant dans notre pays de confronter les principes posés par des textes législatifs d'une part, par la doctrine et la jurisprudence d'autre part.

En l'absence de droit fédéral écrit, on mentionnera la motion Braunschweig (finalemeut acceptée comme postulat) qui invitait le Conseil fédéral à créer les bases légales nécessaires pour améliorer le statut juridique des patients. Le texte précisait qu'il faudrait tenir compte en premier lieu du droit du patient «à être renseigné sur sa maladie, sur le traitement envisagé ainsi que sur d'autres traitements possibles ainsi que sur les pronostics correspondants».<sup>227</sup>

Les prescriptions de droit cantonal emploient un langage assez proche. A Saint-Gall comme à Lucerne, le patient se voit reconnaître un droit à être renseigné «über Diagnose, Behandlungsplan und Risiken».<sup>228</sup> A Zurich, le médecin doit informer son patient «über Untersuchungen, Eingriffe, Behandlungen und die damit verbundenen Vor- und Nachteile sowie Risiken».<sup>229</sup> Sur demande du

<sup>224</sup> [1985] 1 All E.R. 643.

<sup>225</sup> *Whitehouse v. Jordan* [1981] 1 All E.R. 267, qui exonérait le médecin en cas d'erreur de jugement. Les commentateurs de la décision de la Cour d'appel s'attendaient aussi à une confirmation par la Chambre des Lords: voir Note, 288 *British Medical Journal* 802 (1984); Jones, 1984, p. 260, qui espérait, sans trop y croire, que la Chambre des Lords affirmerait «the primacy of principle over policy»; Kennedy, 1984, p. 454ss.

<sup>226</sup> [1985] 1 All E.R. 643, 645ss.

<sup>227</sup> BO CN 1980, p. 1388 (2 décembre 1980).

<sup>228</sup> Article 56/1 Spitalorganisationsverordnung, Gesetzessammlung neue Reihe SG 15-36. Article 65/2 Gesundheitsgesetz, Gesetzessammlung LU 1982, p. 165.

<sup>229</sup> Article 46/1.i. Verordnung über die kantonalen Krankenhäuser, Zürcher Gesetze 48, p. 12.

patient, il devra en outre lui révéler «den Gesundheitszustand und dessen voraussichtliche Entwicklung».<sup>230</sup> A Bâle, chaque patient a le droit d'être renseigné «über seinen Gesundheitszustand und die Behandlungsmöglichkeiten», plus précisément «über seinen Gesundheitszustand, den voraussichtlichen Verlauf der Behandlung und über die vorgesehenen Heilmassnahmen unter Berücksichtigung gewichtiger Vor- und Nachteile.»<sup>231</sup> Schaffhouse exige simplement du médecin qu'il renseigne son patient «über die geplanten Massnahmen».<sup>232</sup> Dans le canton de Vaud enfin, le médecin doit «renseigner le patient de manière compréhensible sur son état, le but des examens qu'il subit, les traitements envisagés et le pronostic (...) les risques importants que pourraient entraîner les examens et les traitements prévus».<sup>233</sup>

Il faut mentionner encore l'initiative populaire genevoise pour les droits des malades, lancée en 1982. Son premier point veut garantir au patient le droit «à une information complète sur le diagnostic médical, la nature du traitement, ses risques, et les possibilités de traitements alternatifs».<sup>234</sup> On retrouve la même idée dans un projet de recommandation du Conseil de l'Europe datant de 1984, qui déclare que l'information à donner au patient «doit notamment porter sur la nature de la maladie et son caractère plus ou moins sérieux, les avantages et risques éventuels de l'acte médical proposé, éventuellement les interventions médicales alternatives et sur les conséquences possibles du défaut d'accomplissement de l'acte médical».<sup>235</sup>

Il ressort de ces textes que l'information doit porter sur trois éléments :

1. *La maladie*; cela implique que le médecin renseigne son patient sur la nature du mal dont il souffre (diagnostic) et sur son évolution prévisible en l'absence de toute mesure thérapeutique (pronostic sans traitement).

2. *Le traitement*; le malade doit être éclairé sur tous les aspects du traitement préconisé: sa nature exacte, son déroulement et sa durée; ses avantages immédiats et à long terme (bienfaits attendus) et ses inconvénients (effets secondaires, accoutumance...), en particulier ses risques, ce qui constitue en somme le pronostic avec traitement; mais aussi son coût et sa prise en charge ou non par l'assurance.<sup>236</sup> En outre, le patient doit à mon sens être renseigné sur l'identité du

<sup>230</sup> Article 46/l.i.f. de la même ordonnance.

<sup>231</sup> Respectivement article 11/3 Spitalgesetz, Systematische Gesetzessammlung BS 330.100 et article 12 Verordnung zum Spitalgesetz, Systematische Gesetzessammlung BS 330.110.

<sup>232</sup> Article 42 Medizinalverordnung, Schaffhauser Rechtsbuch II, p. 114.

<sup>233</sup> Article 21/1 et 2 de la loi sur la santé publique, Feuilles des avis officiels du canton de Vaud, 5 juillet 1985, p. 2179.

<sup>234</sup> FAO Genève, mercredi 22 septembre 1982. L'initiative a été déposée en chancellerie d'Etat le 13 janvier 1983. Un premier rapport de la commission chargée d'étudier l'initiative a été établi le 3 avril 1984. L'entrée en matière a été décidée, et la commission «a mandaté le département de la prévoyance sociale et de la santé publique pour étudier une proposition de charte permettant de concrétiser certains des postulats de l'initiative» (Rapport, p. 4).

<sup>235</sup> Article 7 de l'annexe au projet de recommandation du Comité des Ministres sur les devoirs juridiques des médecins vis-à-vis de leurs patients.

<sup>236</sup> Dans ce sens, Ney, 1979, p. 72. Voir aussi RSJ 60 (1964) p. 344, n° 232 (Appellationsgericht BS); article 26 du Code de déontologie de la Société des médecins du canton de Berne. Le point semble admis en France: Lyon, 25 juin 1980, Gaz. Pal. 1981 Somm. 36. Il l'est aussi, dans des limites parfois controversées, en Allemagne: Füllgraf, 1984, p. 2619as; J. Falck, Aufklärung in der Geriatrie bei sehr alten Menschen, MedR 1985 110; BGH, NJW 1983 2630; Amtsgericht Köln, NJW 1980 2756; LG Saarbrücken, NJW 1984 2632.

praticien qui le soignera (surtout pour des opérations effectuées en milieu hospitalier) car il s'agit pour lui d'un élément souvent très important.<sup>237</sup>

3. *Les alternatives éventuelles*; moins largement admis, ce troisième point me paraît pourtant essentiel pour que le malade puisse opérer un authentique choix qui, par essence, présuppose la connaissance de plusieurs possibilités. L'information doit porter sur la nature des traitements alternatifs, sur leurs avantages et inconvénients respectifs, tout particulièrement leurs risques.

La jurisprudence confirme aujourd'hui partiellement ces principes. Ce ne fut pas toujours le cas; en 1948, dans ce qui constitue à ma connaissance le premier arrêt sur la question, le Bezirksgericht de Zurich déclarait dans des considérants par ailleurs intéressants: «Es liegt in der Natur der Sache, dass es nicht gelungen ist, bestimmte Regeln über den Umfang der Aufklärungspflicht des Arztes aufzustellen.»<sup>238</sup> Plus tard, la Cour de justice civile genevoise admit, à propos d'une opération odontologique, que le médecin devait informer son patient «des risques que ladite opération peut entraîner».<sup>239</sup> C'est en 1979 seulement que l'étendue du devoir d'information du médecin fut précisée par le Tribunal fédéral, qui jugea que le praticien devait «renseigner le patient sur son état, notamment sur la nature de sa maladie, les conséquences prévisibles du traitement proposé et de l'abstention thérapeutique. L'information du malade sur les risques d'un traitement déterminé, en particulier d'une intervention chirurgicale, est une condition de validité du consentement au traitement».<sup>240</sup>

Cette jurisprudence, confirmée en 1982<sup>241</sup>, est sans doute à l'origine des dispositions cantonales prises en la matière.<sup>242</sup> Elle va cependant moins loin que certains des textes cités puisqu'on n'y retrouve que les deux premiers des trois éléments qui viennent d'être dégagés. Pour l'instant, le Tribunal fédéral ne s'est pas expressément prononcé sur l'obligation de révéler les alternatives, bien qu'il se fût appuyé fortement sur la doctrine pour rendre l'arrêt de 1979. Or, la majorité des auteurs estimait nécessaire aussi l'information sur les alternatives thérapeutiques.<sup>243</sup> Dans sa thèse, Hohermuth affirme péremptoirement: «Insbesondere hat er (le médecin) hier auf die verschiedenen möglichen Behandlungsarten hinzuweisen und die Vor- und Nachteile der einzelnen Therapievorschläge aufzuzeigen.»<sup>244</sup>

<sup>237</sup> Le point est abondamment discuté en Allemagne, spécialement à l'égard de médecins débutants. Le devoir d'information est en général nié: OLG Celle, NJW 1982 706; BGH, NJW 1984 655. *Contra*: OLG Munich, NJW 1984 1412 (les circonstances étaient particulières: changement de Panesthésiste contrairement à une promesse faite au patient). Voit en général Kern/Laufs, 1983, p. 14s; Erwin Deutsch, Die Anfängeroperation: Aufklärung, Organisation, Haftung und Beweislastumkehr, NJW 1984, p. 650; Harald Franzki, Rechtsfragen der Anfängeroperation, MedR 1984, p. 186.

<sup>238</sup> RSJ 44 (1948) p. 326, 327.

<sup>239</sup> SJ 84 (1962) p. 214, 215.

<sup>240</sup> ATF 105 II 284, 287.

<sup>241</sup> ATF 108 II 59, 61s où le Tribunal fédéral dit «la nature et les risques des traitements».

<sup>242</sup> Toutes les dispositions cantonales citées, à l'exception de l'Ordonnance schaffhouseoise qui date de 1976, sont postérieures à l'arrêt du Tribunal fédéral, de même d'ailleurs que la motion Braunschweig et l'initiative genevoise.

<sup>243</sup> Grottsch, 1973, p. 43ss; Gross, 1977, p. 134; Ott, 1978, p. 132ss; Hohermuth, 1979, p. 128s. Moins catégoriques: Hinderling, 1963, p. 55s (selon les circonstances); Ney, 1979, p. 71s. La doctrine plus ancienne était en général muette sur ce point. La doctrine la plus récente postule en revanche clairement la révélation des alternatives: Schroeder, 1982, p. 31ss; Ileri, 1983, p. 65ss; Meisel, 1984, p. 166s; Nägeli, 1984, p. 108; Busmann, 1984, p. 66; Arzt, 1985, p. 67.

<sup>244</sup> 1979, p. 129. De même, Ileri, 1983, p. 67, écrit: «Der Arzt muss den Patienten über alle nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zur Verfügung stehenden Therapie-

Cette opinion doit être soutenue. L'objection, émise parfois, que le choix de la thérapie appartient au médecin et exclut par conséquent l'information sur les alternatives thérapeutiques n'est pas pertinente. En effet, le choix médical ne supprime nullement le choix du patient, car il n'est qu'une proposition. Le médecin doit choisir en ce sens qu'il doit recommander médicalement l'une ou l'autre des méthodes à disposition. Mais le choix final, prérogative exclusive du patient, peut être différent, car il repose sur des critères d'une autre nature. Pour garantir cette liberté de choix, l'information sur les alternatives thérapeutiques est indispensable.

#### b) En Allemagne

En Allemagne, les auteurs parlent souvent de *Diagnoseaufklärung*, *Verlaufsaufklärung* et *Risikoaufklärung*.<sup>245</sup> Ces termes recouvrent les mêmes éléments d'information qu'en droit suisse: le patient doit être éclairé sur sa maladie, le traitement proposé et les alternatives thérapeutiques. Si les premier et troisième termes sont bien définis, le second comprend plusieurs aspects: les auteurs y rangent l'information sur la nature, l'étendue et le déroulement de l'intervention, sur ses conséquences et son taux de succès<sup>246</sup>, sur l'évolution prévisible de l'état de santé du patient en l'absence de traitement<sup>247</sup> et sur les alternatives thérapeutiques.<sup>248</sup>

La jurisprudence va dans le même sens. Franchissant un pas que le Tribunal fédéral n'a pas encore fait, elle a admis à plusieurs reprises l'obligation de renseigner sur les différentes méthodes curatives possibles.<sup>249</sup> L'*Oberlandesgericht* de Hanovre a précisé que ce devoir «gilt selbst dann, wenn es sich bei beiden Methoden um reine Routineeingriffe handelt».<sup>250</sup> Mais il va de soi que l'obligation n'existe qu'à l'égard de véritables alternatives, soit celles qui sont «medizinisch indiziert» et «durchführbar».<sup>251</sup> Ainsi, le *Bundesgerichtshof* a jugé que le médecin n'était pas tenu d'informer le patient sur de nouvelles méthodes diagnostiques ou curatives qui sont encore testées en clinique universitaire, car il fallait attendre encore un certain temps avant qu'elles ne soient pleinement connues et, partant, de réelles alternatives.<sup>252</sup>

möglichkeiten aufklären. Dazu gehören freilich auch die jeweiligen Risiken der zur Diskussion stehenden Therapien.»

<sup>245</sup> Par exemple Deutsch, 1983, p. 43; Schwab/Kramet/Kriegelstein, 1983, p. 20; Kern/Laufs, 1983, p. 53ss.

<sup>246</sup> Spécialement Kern/Laufs, 1983, p. 58ss. Voir aussi Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 20; Deutsch, 1983, p. 43; Giesen, 1983, p. 51. En l'absence de questions du patient, le devoir d'information ne s'étend pas à des questions aussi spéciales que les avantages et inconvénients du matériel de suture utilisé: OLG Celle, NJW 1985 685; OLG Hamm, VersR 1985 577: information nécessaire sur le degré d'urgence de l'intervention.

<sup>247</sup> Deutsch, 1983, p. 43; Kern/Laufs, 1983, p. 58.

<sup>248</sup> Notamment Kern/Laufs, 1983, p. 64ss, 84ss; Deutsch, 1983, p. 43.

<sup>249</sup> OLG Stuttgart, NJW 1973 560 (deux méthodes pour supprimer des polypes); BGH, NJW 1974 1422 (deux procédés d'anesthésie); OLG Bremen, VersR 1980 654 (deux modes d'opéation d'un sein); LG Hannover, NJW 1981 1320 (extraction dentaire ou résection de la pointe de la racine); OLG Frankfurt, NJW 1983 1382 (prescription de médicaments ou injections intramusculaires pour lutter contre le rhumatisme). Voir en outre BGH, NJW 1981 630; OLG Koblenz, MedR 1984 108, confirmé par le BGH, MedR 1984 108 (stérilisation); BGH, NJW 1978 587; OLG Düsseldorf, MedR 1984 28 (quand le médecin choisit une méthode inusitée).

<sup>250</sup> NJW 1981 1320.

<sup>251</sup> Respectivement OLG Hamm, VersR 1983 565 et Amtsgericht Köln, VersR 1983 473.

<sup>252</sup> BGH, NJW 1984 1810.

En 1982, le *Bundesgerichtshof* a rendu un arrêt ménageant une exception qui ne fait que mieux confirmer la règle.<sup>253</sup> Victime d'un grave accident de la circulation tard un soir, un conducteur est immédiatement transporté à l'hôpital le plus proche où l'on diagnostique de multiples fractures éclatées du fémur et de la rotule. Après les premiers soins, le chirurgien intervient — il est alors le lendemain matin tôt — pour réduire les fractures. L'opération laisse des séquelles qui obligent le patient à se soumettre à trois opérations correctrices dans une autre clinique. Actionnant le chirurgien en responsabilité, le patient se plaint en particulier de ne pas avoir été informé sur les autres méthodes opératoires qui étaient envisageables. Rejetée en première instance, sa demande est ensuite admise par l'*Oberlandesgericht* d'Oldenbourg, puis définitivement repoussée par le *Bundesgerichtshof*. Celui-ci précise que l'obligation de révéler les alternatives tombe quand les différentes méthodes sont usuelles, de mêmes nature et importance, ont les mêmes chances de succès et comportent des risques analogues.<sup>254</sup> En pareille occurrence, il ne subsiste en effet pas de véritable choix à proposer au patient. Les juges insistent en outre sur les circonstances d'espèce: le patient fut amené dans l'hôpital le plus proche du lieu d'accident, une petite clinique n'ayant pas les ressources ni le personnel d'un grand hôpital spécialisé; l'intervention présentait un certain caractère d'urgence; le patient se trouvait encore partiellement sous l'état de choc dû à l'accident.

### c) En France

La situation n'est pas aussi claire en droit français. Les auteurs, comme la plupart des arrêts, n'exigent expressément que la révélation de l'état de santé du malade et des différents aspects du traitement.<sup>255</sup> Penneau énonce ainsi le devoir du médecin: il doit renseigner le patient «sur son état et sur les risques qui peuvent en découler soit spontanément, soit sous l'effet de la thérapeutique».<sup>256</sup>

Il est rarement fait allusion au devoir éventuel de révéler les alternatives thérapeutiques.<sup>257</sup> Les auteurs insistent plutôt sur la liberté de prescription, qui «interdit aux tribunaux de reprocher au médecin le choix fait par lui entre plusieurs méthodes admissibles de cure».<sup>258</sup> Mais il est clair que si le médecin ne choisit pas la méthode qui s'impose dans les circonstances, il commet une négligence qui engage sa responsabilité.<sup>259</sup>

Quelques arrêts, assez anciens il est vrai, ont laissé entendre que le médecin devait aussi éclairer le malade sur les différentes méthodes de soins. Un automobiliste est amené à l'hôpital suite à un accident de la route, souffrant d'une fracture des trois os du bras droit. Le chirurgien pratique une ostéosynthèse, solution qu'il

<sup>253</sup> BGH, NJW 1982 2121, MedR 1983 23; voir aussi OLG Bremen, NJW 1985 1404.

<sup>254</sup> Le BGH dit expressément que si les risques ne sont pas comparables, si la nature — une intervention chirurgicale et une autre conservatrice par exemple — ou l'importance des traitements est différente ou encore si l'une des méthodes est inusitée, le devoir d'informer subsiste en plein.

<sup>255</sup> Notamment Pharaon, 1961, p. 6; Penneau, 1977, p. 58; Harichaux-Ramu, Fasc. 440-2, 1984, n° 42ss, p. 9ss; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 34s;

<sup>256</sup> 1977, p. 58. Voir la définition proche de Pharaon, 1961, p. 6.

<sup>257</sup> Par exemple Maehler, 1964, p. 46 (peut-être influencée par le droit allemand); Nerson, 1978, p. 872, qui affirme qu'il appartient au malade de choisir entre plusieurs traitements, ce qui présuppose nécessairement qu'il les connaisse.

<sup>258</sup> Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 247 n° 273; voir aussi Aix, 14 février 1950, Gaz. Pal. 1950 J. 282.

<sup>259</sup> Par exemple Cass. civ., 3 novembre 1982, D. 1983 I.R. 376 obs. Penneau.

préfère à la pose d'un plâtre. Des complications surviennent qui nécessitent, trois mois plus tard, l'amputation de l'avant-bras. La Cour de cassation a jugé que le praticien avait violé son devoir d'informer en n'avertissant pas le malade de la nature exacte de l'opération ni de ses risques, « ni du choix qu'il a entre deux méthodes curatives ». <sup>260</sup>

Un jardinier niçois, qui avait antérieurement perdu pratiquement toute acuité visuelle de l'œil gauche, consulta un praticien au sujet de névralgies faciales. Le médecin le soigna par alcoolisation du ganglion de Gasser, qui entraîna la perte totale de l'œil droit. Le patient réclama des dommages-intérêts en se plaignant de ne pas avoir été informé convenablement. Le Tribunal de Nice admit son point de vue, constatant que le médecin avait déclaré que « l'œil droit ne risquait rien du tout » (*sic*) alors qu'il fut établi que cette méthode comportait 24,6% de risques de complications, dont 13% de lésions permanentes! Il poursuivit alors: « Attendu qu'il résulte du rapport des experts que la technique employée n'était pas la seule possible; que le praticien avait le choix entre quatre techniques; que l'une d'elles notamment, connue sous le nom d'électrocoagulation, ne comporte que des risques infimes ne dépassant pas 3%; qu'il devait au moins en offrir ce choix à Ferrando et soutient, vainement, à cet égard, qu'il avait la plus grande confiance dans la technique avec laquelle il dit avoir, depuis plusieurs années, obtenu des résultats généralement satisfaisants. » <sup>261</sup>

A ma connaissance, ces arrêts restent isolés au sein de la jurisprudence française. On peut néanmoins penser que chaque fois que des méthodes bien distinctes de traitement, avec des risques différents, coexistent, le médecin devra en avertir le patient.

#### d) Aux Etats-Unis

Quel que soit le critère qu'elles appliquent pour mesurer l'obligation du médecin, les cours américaines sont d'accord sur les éléments d'information à communiquer au patient. Ils incluent le diagnostic, les aspects principaux du traitement (sa nature, son but, ses risques, les bienfaits attendus, la probabilité de succès) ainsi que les alternatives possibles, y compris l'abstention de tout traitement, avec leurs avantages et inconvénients respectifs. <sup>262</sup> La révélation des aspects financiers du traitement (coût, prise en charge par l'assurance) n'est actuellement pas requise, et ne correspond guère à la pratique des médecins. <sup>263</sup> Il faut le regretter, car il s'agit d'un aspect pratique important pour le patient. <sup>264</sup>

La plupart des législations des Etats précisent aussi les éléments à révéler au patient, quoique de manière fragmentaire en général. Par exemple, la nature de la

<sup>260</sup> Cass. civ., 28 janvier 1942, D. 1942 J. 63; voir aussi l'arrêt de première instance cassé par Aix, 14 février 1950, Gaz. Pal. 1950 J. 282.

<sup>261</sup> Trib. civ. Nice, 16 janvier 1954, D. 1954 J. 178, 179 (mes italiques).

<sup>262</sup> Notamment *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979); *Crain v. Allison*, 443 A.2d 558 (D.C. 1982); *Cross v. Trapp*, 294 S.E. 2d 446 (W.Va. 1982); *Woolley v. Henderson*, 418 A.2d 1123 (Me. 1980); *Hook v. Rothstein*, 316 S.E.2d 690 (S.C. 1984), aff'd 320 S.E.2d 35 (S.C. 1984). Voir aussi *Dorothy Gregory, Informed consent: an overview*, 9 *Legal Aspects of Medical Practice* n° 10, p. 4 (octobre 1981); *Andrews*, 1984, p. 177s, 191.

<sup>263</sup> L'étude de Rosoff, 1981, p. 370ss, montre que de 37% à 46% des médecins affirment en parler d'habitude à leurs patients, tandis que de 21% à 29% parlent du coût des traitements alternatifs.

<sup>264</sup> Dans le même sens, *President's Commission*, vol. I, 1982, p. 79 (dont le sondage avait trouvé que 47% des médecins parlaient du coût du traitement au patient). Voir aussi *James Pinto, Must you bare your insurance status to your patients?* 8 *Legal Aspects of Medical Practice* n° 1, p. 43 (janvier 1980).

maladie est rarement mentionnée, les alternatives dans moins de la moitié des textes.<sup>265</sup> Mais le silence de certaines lois ne signifie pas que le médecin n'est pas tenu de révéler les éléments qui ne sont pas énumérés, comme l'a précisé la jurisprudence.<sup>266</sup>

Certains juges appellent quelques développements. Concernant le traitement lui-même, la jurisprudence a précisé que le médecin devait avertir le malade de sa nouveauté ou de sa nature expérimentale.<sup>267</sup> D'autre part, il doit informer une femme enceinte des risques de tare chez le fœtus, qu'ils soient liés à une maladie de la mère (rubéole par exemple) ou au traitement qu'elle suit. Le problème et ses suites (en particulier l'évaluation du dommage) ont donné lieu à une jurisprudence abondante mais disparate, qu'il serait trop long d'analyser ici.<sup>268</sup> Le médecin doit aussi indiquer au patient l'impossibilité de prédire avec certitude le résultat.<sup>269</sup> Bien entendu, les conséquences en principe irréversibles de l'intervention doivent être soulignées au patient.

Plusieurs tribunaux ont reconnu le droit du malade de savoir qui le traiterait. Il s'agissait en général d'affaires où le médecin s'était engagé plus ou moins explicitement à intervenir personnellement.<sup>270</sup> Des instances professionnelles telles que l'*American College of Surgeons* et l'*American Medical Association* ont d'ailleurs condamné, dans des déclarations de principe, la substitution d'un médecin par un autre à l'insu du patient, appelant même cette pratique une tromperie.<sup>271</sup> La révélation de l'identité du praticien s'impose spécialement quand une opération chirurgicale est envisagée. La Cour suprême du New Jersey le soulignait : « Few decisions bespeak greater trust and confidence than the decision of a patient to proceed with surgery », avant de conclure : « A patient has the right to know who will operate and the consent form should reflect the patient's decision. »<sup>272</sup> Une autre cour suggère en revanche que la formation et l'expérience du praticien n'ont pas à être révélées au patient.<sup>273</sup>

<sup>265</sup> Pour des détails, voir spécialement Meisel/Kabnick, 1980, p. 426ss; Andrews, 1984, p. 195ss.

<sup>266</sup> Par exemple *Wooley v. Henderson*, 418 A.2d 1123 (Me. 1980); *Steinbach v. Barfield*, 428 So.2d 915 (La. 1983).

<sup>267</sup> Par exemple *Gaston v. Hunter*, 588 P.2d 326 (Ariz. 1978).

<sup>268</sup> Voir en général Marten Trozig, *The defective child and the actions for wrongful life and wrongful birth*, 14 *Family Law Quarterly* 15 (1980); Kenneth Hardt, *Physician's negligence giving rise to the birth of a healthy but unplanned child: a summary of damages recoverable by the parents*, 17 *U. Rich. L. Rev.* 403 (1983) et les références qu'il donne, p. 403s; Daniel Feld, *Malpractice: physician's duty to inform patient of nature and hazards of treatment in pregnancy and childbirth cases under the doctrine of informed consent*, 69 *A.L.R.3d* 1250 (1976) et 69 *A.L.R.3d Supplement* 38 (1984). Voir par exemple *Abbariao v. Blumenthal*, 483 N.Y.S.2d 296 (N.Y. 1985); *Azzolino v. Dingfelder*, 322 S.E.2d 567 (N.C. 1984). En Angleterre, voir Lexa Hilliard, *Wrongful birth: some growing pain*, 48 *M.L.R.* 224 (1985) et ses références.

<sup>269</sup> Notamment *Harnish v. Children's Hospital Medical Center*, 439 N.E.2d 240 (Ma. 1982).

<sup>270</sup> Voir en particulier *Perna v. Pirozzi*, 457 A.2d 431 (N.J. 1983) où une opération de calculs rénaux fut effectuée par un autre chirurgien d'un cabinet de groupe que celui qui avait discuté avec le patient. Les deux chirurgiens furent condamnés, l'un pour s'être fait remplacer indûment par un collègue, l'autre pour avoir opéré sans consentement. Voir aussi *Guebard v. Jabaay*, 452 N.E.2d 751 (Ill. 1983); la substitution d'un interne de première année, n'ayant jamais pratiqué l'opération en cause, au chirurgien orthopédiste n'est pas couverte par le consentement donné au second.

<sup>271</sup> Les textes sont cités dans *Perna v. Pirozzi*, 457 A.2d 431, 440 (N.J. 1983).

<sup>272</sup> *Id.*, p. 440. Voir aussi *Ludlam*, 1978, p. 10.

<sup>273</sup> *Zimmerman v. New York City Health and Hospitals Corporation*, 458 N.Y.S.2d 552 (N.Y. 1983); il s'agissait dans ce cas d'un interne de quatrième année.

Les alternatives font partie intégrante de l'information due.<sup>274</sup> Des tribunaux précisent qu'elles doivent être «feasible», comme en Allemagne.<sup>275</sup> D'autres ont jugé que le médecin devait dévoiler aussi les alternatives plus dangereuses que le traitement qu'il recommandait.<sup>276</sup> L'important me semble surtout que l'information sur le traitement conseillé et sur les alternatives soit présentée de la même manière, afin que le patient puisse comparer plus facilement leurs mérites respectifs.<sup>277</sup> Tous les aspects qui ont été expliqués à propos du traitement doivent l'être aussi pour les alternatives.

Il est admis d'autre part que le médecin doit informer le patient dès qu'il découvre chez lui une condition anormale, lors d'un examen de routine ou à la suite d'un test.<sup>278</sup> Il doit alors l'avertir des mesures qui peuvent être prises pour confirmer le diagnostic ou pour soigner l'affection découverte. Par exemple, un médecin fut condamné pour n'avoir pas informé la patiente qu'une tumeur était l'une des nombreuses causes possibles de ses douleurs à un pied. Sa passivité eut pour conséquence l'amputation du pied après la découverte d'une tumeur, un an plus tard.<sup>279</sup> De même, le chirurgien doit avertir le patient d'objets laissés dans son corps après une intervention.<sup>280</sup> Un tribunal affirma dans ce contexte: «La relation entre le médecin et son patient implique pour le médecin un devoir de révéler au patient toute information pertinente sur son état de santé physique.»<sup>281</sup>

Certains juges sont allés jusqu'à déduire un «duty to follow up», soit l'obligation d'informer le patient de nouveaux dangers découverts à propos d'un traitement administré au patient dans le passé. Par exemple la cancérogénéité d'une substance de contraste<sup>282</sup>, les effets secondaires du LSD<sup>283</sup> ou les dangers liés à l'emploi d'un stérilet.<sup>284</sup> Le devoir est limité dans le temps, car sinon d'insurmontables problèmes pratiques se poseraient au médecin.<sup>285</sup>

<sup>274</sup> Par exemple *Smith v. Karen S. Reisig M.D., Inc.*, 686 P.2d 285 (Okla. 1984); *Marino v. Ballestas*, 749 F.2d 162 (3rd Cir. 1984); *Nisenholtz v. Mount Sinai Hospital*, 483 N.Y.S.2d 568 (N.Y. 1984); *Perkins v. Windsor Hospital*, 455 A.2d 810 (Vt. 1982); *Skripek v. Bergamo*, 491 A.2d 1336 (N.J. 1985).

<sup>275</sup> Par exemple *Holland v. Sisters of St. Joseph of Peace*, 522 P.2d 208 (Ore. 1974); *Harrigan v. United States*, 408 F.Supp. 177 (Pa. 1976). Les législations d'Alaska, Hawaii, Washington, Oregon, Floride et Kentucky vont dans le même sens.

<sup>276</sup> *Archer v. Galbraith*, 567 P.2d 1155 (Wash. 1977): traitements possibles d'une tumeur de la thyroïde; *Logan v. Greenwich Hospital Association*, 465 A.2d 294 (Conn. 1983): biopsie «ouverte» du rein exigeant une anesthésie générale et une incision chirurgicale comme alternative à une biopsie par ponction.

<sup>277</sup> Dans ce sens, *Andrews*, 1984, p. 191ss; *Rosoff*, 1981, p. 49s.

<sup>278</sup> Respectivement *Gates v. Jensen*, 595 P.2d 919 (Wash. 1979) et *Ray v. Wagner*, 176 N.W.2d 101 (Minn. 1970).

<sup>279</sup> *Crisher v. Spak*, 471 N.Y.S.2d 741 (N.Y. 1983). A noter que le tribunal appliqua le critère du patient raisonnable et un test subjectif de la causalité, en dérogation à la législation new yorkaise et aux cas ordinaires de consentement éclairé.

<sup>280</sup> Par exemple *Alberts v. Giebink*, 229 N.W.2d 454 (S.D. 1980): épingle de Steinmann laissée dans le genou; *Nixdorf v. Hicken*, 612 P.2d 348 (Utah 1980): aiguille laissée dans l'abdomen; *Taylor v. Milton*, 92 N.W.2d 57 (Mich. 1958): fragment d'un cathéter laissé dans la vessie. Comparer avec les affaires françaises rapportées par Penneau, 1977, p. 67 et Boyer-Chammard/Monzein, 1974, p. 137.

<sup>281</sup> *Nixdorf v. Hicken*, 612 P.2d 348, 354 (Utah 1980).

<sup>282</sup> *Schwartz v. United States*, 230 F.Supp. 536 (Pa. 1964).

<sup>283</sup> *Thomwell v. United States*, 471 F.Supp. 344 (D.C. 1979).

<sup>284</sup> *Tresemmer v. Barke*, 150 Cal. Rptr. 384 (Cal. 1978): le fameux *Dalkon Shield*.

<sup>285</sup> Voir par exemple *Fleischman v. Richardson-Metrell Inc.*, 226 A.2d 843 (N.J. 1967): aucun devoir du médecin lorsque la relation avec le patient s'est terminée dix-sept mois auparavant et ce dernier continuait de prendre un médicament, à l'insu du praticien. Voir en général *Barbara Calfee*, *What you don't know will hurt you: physician's duty to warn patients about newly discovered dangers in*

Ces affaires relèvent en réalité autant du devoir de diligence que de l'obligation d'informer. Il est intéressant toutefois de noter que les tribunaux les ont traitées plutôt comme des instances de l'«informed consent doctrine» en appliquant même parfois un critère plus strict que dans le cas normal.<sup>286</sup> J'y discerne la volonté d'étendre la responsabilité du médecin à des hypothèses où son comportement paraît blâmable sans constituer pour autant une faute technique.

L'affaire suivante, jugée par la Cour suprême de Californie en 1980, en est une autre illustration frappante, et elle pourrait avoir de vastes implications.<sup>287</sup> Une patiente, lors de visites successives chez son médecin traitant, refuse un test diagnostique tout simple (*pap smear*) qu'il lui conseille. Elle meurt ultérieurement d'un cancer du cervix, souvent curable lorsqu'il est détecté à ses premiers stades. Le médecin fut condamné pour n'avoir pas expliqué à la patiente le but du test et surtout les risques qu'elle courait en ne s'y soumettant pas. La cour applique par analogie les règles dégagées en matière de consentement éclairé: elle imposa au médecin l'obligation de dévoiler toute information pertinente devant permettre «to make an informed decision regarding the submission to or refusal to take a diagnostic test.»<sup>288</sup>

L'un des juges fit dissidence, déclarant que l'analogie utilisée était sans fondement. A son avis, il n'existait aucun problème de consentement éclairé, en l'absence d'atteinte à l'intégrité corporelle. Il estima que le nouveau devoir créé par la cour était totalement inapproprié, affirmant: «Carried to its logical end, the majority decision requires physicians to explain to patients who have not had recent general examination the intricacies of chest examinations, blood analyses, X-ray examinations, electrocardiograms, urine analyses and innumerable other procedures.»<sup>289</sup>

La décision est assez confuse (dans les critères qu'elle emploie en particulier), comme l'ont souligné la plupart des nombreux commentateurs.<sup>290</sup> On pouvait s'attendre à un flot d'actions du même genre, qui seraient venues préciser les points laissés obscurs. Cela n'a pas été le cas jusqu'à présent, à la satisfaction des médecins de Californie et des autres Etats américains.

### e) Au Canada

Les juges canadiens sont beaucoup moins prolifiques que leurs collègues américains sur l'information que le médecin doit donner. La Cour suprême a simplement dit que la question «must be decided in relation to the circumstances of each

previously initiated treatment, 31 Cleveland State Law Review 649 (1982); Andrea Nadel, Duty of medical practitioner to warn patient of subsequently discovered danger from treatment previously given, 12 American Law Reports 4th 41 (1982).

<sup>286</sup> Comme dans *Crisler v. Spak*, 471 N.Y.S.2d 741 (N.Y. 1983) et dans *Nixdorf v. Hicken*, 612 P.2d 348 (Utah 1980).

<sup>287</sup> *Truman v. Thomas*, 165 Cal. Rptr. 308 (Cal. 1980).

<sup>288</sup> *Id.*, p. 316.

<sup>289</sup> *Ibidem*. Voir en Allemagne deux cas analogues: OLG Stuttgart, MedR 1985 175; BGH, MedR 1985 91 (qui diffèrent sur la répartition du fardeau de la preuve).

<sup>290</sup> Parmi le déluge de commentaires suscité par cet arrêt, voir notamment Roy Beller, From informed consent to a duty to convince: *Truman v. Thomas*, 18 Houston Law Review 917 (1981); Bruce Fagel, The duty of informed refusal, 9 Legal Aspects of Medical Practice n° 9, p. 1 (septembre 1981); Kussman, 1981, p. 3. Voir aussi Note, 1980 Brigham Young University Law Review 933 [Carol Cluff]; Note, 14 U.C.D.L.Rev. 1105 (1981) [Ellen Kold, Nancy Ramseyer]; Note, 49 U.M.K.C.L.Rev. 365 (1981) [Suzanne Shank].

particular case».<sup>291</sup> De la jurisprudence récente, en nette expansion, on peut cependant déduire que les éléments à dévoiler correspondent dans une large mesure à ceux énumérés en droit américain: diagnostic, aspects principaux du traitement et alternatives.<sup>292</sup>

#### f) En Angleterre

La jurisprudence anglaise est réservée aussi. Elle souligne que l'étendue de l'information est influencée par les circonstances d'espèce.<sup>293</sup> Il ressort des rares affaires publiées que le médecin doit, suivant la pratique de sa spécialité, révéler les éléments traditionnels: la nature de l'affection, les aspects majeurs du traitement (nature, pronostic, risques, bienfaits) et les alternatives.<sup>294</sup> La *Queen's Bench Division* a par exemple précisé qu'il fallait expliquer au patient «the operation itself, the detailed account of its prospects and the detailed warning of its possible risks and complications».<sup>295</sup> La Cour d'appel a de son côté déclaré: «What the patient needs to have placed fairly before him or her are the alternatives.»<sup>296</sup>

L'approche des cours anglaises et canadiennes paraît plus nuancée que celle des juges américains, qui ont introduit un certain schématisme dans les éléments à dévoiler. Cette différence mise à part, il existe une large convergence de vue.

### C. Les risques à dévoiler

#### a) En Suisse

Cet aspect du devoir d'informer est celui qui a été le plus discuté en doctrine. Les controverses portent surtout sur le point de savoir si les risques atypiques du traitement doivent être dévoilés en sus des risques typiques<sup>297</sup> et si la fréquence statistique est le critère déterminant pour décider si un risque doit être communiqué au patient.<sup>298</sup>

La maigre jurisprudence est assez vague. Il paraît néanmoins en ressortir que seuls les risques spéciaux susceptibles d'entraîner une atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle et propres à changer la décision du patient doivent être révélés.<sup>299</sup> Par exemple, le risque de rejet lors d'une mammectomie sous-cutanée totale avec pose de prothèses doit être dévoilé.<sup>300</sup>

En pratique, la règle permet aux tribunaux d'exonérer le médecin chaque fois que le risque est rare, inhabituel, minime ou normal, c'est-à-dire inhérent à l'acte

<sup>291</sup> Hopp v. Lepp (1980) 112 D.L.R.(3d) 67, 81 (S.C.C.).

<sup>292</sup> Voir par exemple Zamparo v. Brisson (1981) 120 D.L.R.(3d) 545 (Ont. C.A.); Zimmer v. Ringrose (1981) 124 D.L.R.(3d) 215 (Alta. C.A.); Gonda v. Kerbel (1983) 24 C.C.I.T. 222 (Ont. S.C.); Diack v. Bardsley (1983) 25 C.C.L.T. 159 (B.C.S.C.). Voir en outre Somerville, 1981b, p. 753ss.

<sup>293</sup> Sidaway v. Bethlem Royal Hospital [1984] 1 All E.R. 1018, 1027 (C.A.); Chatterton v. Gerson [1981] 1 All E.R. 257, 266 (Q.B.D.).

<sup>294</sup> Outre Sidaway et Chatterton, voir encore Hills v. Potter [1984] 1 W.L.R. 641, 642 (Q.B.D.).

<sup>295</sup> Hills v. Potter [1984] 1 W.L.R. 641, 642 (Q.B.D.).

<sup>296</sup> Sidaway v. Bethlem Royal Hospital [1984] 1 All E.R. 1018, 1028 (C.A.).

<sup>297</sup> Notamment Gross, 1977, p. 134; Lotz, 1968, p. 114; Merz, 1980, p. 65; Hinderling, 1963, p. 56.

<sup>298</sup> Notamment Hohetmuth, 1979, p. 130; Grottsch, 1973, p. 48; Ott, 1978, p. 135.

<sup>299</sup> ATF 66 II 34, 36 et ATF 108 II 59, 61 *a contrario*.

<sup>300</sup> ATF 108 II 59, 62; il s'agit là pour l'instant du seul cas à ma connaissance où un tribunal suisse a retenu une violation de l'obligation d'informer.

médical, selon la connaissance générale. Ainsi, les tribunaux ont décidé que ne devaient pas être révélés :

- le risque, inhérent, minime et rare (entre 0,1% et 1%) de tétanie lors de l'opération du goitre<sup>301</sup>;
- le risque de perforation du sinus lors de la résection apicale d'une prémolaire. Quoique « important » (par quoi il faut sans doute entendre « fréquent »), il n'est pas « grave », car ses effets peuvent « dans la règle être rapidement et facilement enravés »<sup>302</sup>;
- le risque « normal et minime » (de l'ordre de 1%) de destruction du tendon extenseur de l'annulaire gauche lors de l'ablation de verrues par diathermo-coagulation<sup>303</sup>;
- le risque de malabsorption et ses répercussions (diarrhée notamment) lors de la résection partielle de l'intestin. Selon les experts, le risque est faible et sans gravité: « La suppression du côlon droit n'entraîne pas de syndrome de malabsorption ni, dans la grande majorité des cas, d'inconvénient pour le malade et (...) une résection de 30 à 60 cm de l'iléon terminal ne provoque en général aucune malabsorption significative sur le plan clinique. »<sup>304</sup>

Conformément au critère général qui a été préconisé, le médecin doit révéler tous les risques de nature à intervenir dans la pesée d'intérêts du patient. Plusieurs auteurs ont exprimé un point de vue analogue, en particulier Hinderling: « Nur solche Risiken, die für den Entschluss des Patienten belangvoll sein können, sind mitzuteilen. »<sup>305</sup> Encore faut-il déterminer plus précisément quels risques sont pris en considération par le patient. On ne peut guère donner de règles strictes, mais seulement des indices qui font présumer que tel risque est pris en compte par un patient normal. Les deux plus importants sont la *probabilité de survenance* et la *gravité*.

C'est d'ailleurs en vertu de ces deux critères que plusieurs auteurs ont cherché à limiter les risques que doit dévoiler le médecin. On a écrit par exemple que seuls les risques typiques d'une intervention doivent être divulgués.<sup>306</sup> Ceci exclut les accidents qui « nur in seltenen, auf ungewöhnlichen und nicht vorausschbaren Komplikationen beruhenden Ausnahmefällen eintreten. »<sup>307</sup> La fréquence statistique d'un risque est alors déterminante. Cette conception, très critiquée maintenant, est à rejeter car elle découle d'un schématisme trop simple.<sup>308</sup> Toute statistique est sujette à caution, suivant les paramètres qu'elle adopte. Du reste, il en existe souvent plusieurs à propos du même risque, qui fournissent des résultats variables. Par exemple, la possibilité de complications en cas d'opération

<sup>301</sup> RSJ 44 (1948) p. 326 n° 113 (Obergericht Zurich).

<sup>302</sup> SJ 84 (1962) 214, 215 (Cour de justice civile Genève).

<sup>303</sup> ATF 66 II 34, 36.

<sup>304</sup> ATF 105 II 284 cons. 6 d) non publié.

<sup>305</sup> 1963, p. 56. Dans le même sens, Hohermuth, 1979, p. 130; Grotsch, 1973, p. 48s.

<sup>306</sup> Gross, 1977, p. 134; Lotz, 1968, p. 114; Merz, 1980, p. 65; Ott, 1978, p. 133ss; Grotsch, 1973, p. 47. On sent l'influence du droit allemand sur ce point.

<sup>307</sup> Merz, 1980, p. 65, repris textuellement de Hinderling, 1963, p. 56. Voir aussi les formules analogues de Gross, 1977, p. 134 et de Lotz, 1968, p. 114.

<sup>308</sup> Voir les critiques de Hohermuth, 1979, p. 130; Grotsch, 1973, p. 47ss; Ott, 1978, p. 135; Hinderling, 1963, p. 56, note 19, qui qualifie la distinction entre risques typiques et atypiques d'« unpraktikabel ». Voir aussi les critiques des auteurs allemands, par exemple Schwab/Kramer/Kriegstein, 1983, p. 22; Giesen, 1983, p. 58; Kern/Laufs, 1983, p. 101; voir enfin BGH, NJW 1980 1905.

du goître varie de 0,5% à 10% selon diverses statistiques allemandes<sup>309</sup>. De même, un facteur de différence de vingt-deux fois a été trouvé dans une étude américaine qui montrait que la mortalité lors d'une intervention cardiologique variait, selon les établissements de soins, de 0,3% à 6,6%.<sup>310</sup> Une autre étude a révélé que le taux de mortalité était inférieur de 25% à 40% dans des établissements effectuant plus de deux cents opérations par année, par rapport à ceux qui en faisaient moins.<sup>311</sup> Il est donc évident que la probabilité de survenance d'un risque est influencée par des données propres au médecin (connaissances, expérience, habileté), à l'établissement dispensant les soins (petite clinique, grand hôpital universitaire), au malade (prédispositions, moral) et au stade et à l'acuité de sa maladie. Comme les statistiques sont principalement tenues dans les centres hospitaliers universitaires, l'incidence des complications est certainement supérieure dans la pratique d'un médecin particulier ou d'un petit hôpital régional.

La probabilité de survenance ne représente qu'un élément parmi plusieurs qui, ensemble, permettent de conclure que le risque a du poids dans la décision du patient. Plus la complication est improbable et plus on peut penser qu'elle n'influencerait pas le patient. Pourtant, l'éventualité d'un accident statistiquement très rare doit tout de même être communiquée au patient lorsque les conséquences en seraient très graves<sup>312</sup>: un patient normal y songerait avant d'accepter le traitement.

Dans la règle, on peut dire aussi que moins le risque est grave et moins il influence le malade. Mais je ne suis pas d'accord avec les auteurs qui affirment que les risques de peu d'importance, comme il en existe dans la plupart des traitements, n'ont tout simplement pas à être révélés.<sup>313</sup> Même les risques de peu de gravité devraient être communiqués au patient.

De même, le risque inhérent à l'acte médical devrait être rappelé, en particulier avant une intervention chirurgicale.<sup>314</sup> Il constitue en effet la toile de fond inéluctable du traitement. Les arguments de ceux qui veulent le soustraire à l'obligation d'informer ne sont pas convaincants. Dire qu'un risque est notoire et n'a par conséquent pas à être dévoilé est insatisfaisant. Outre que l'on peut disputer la notion même de «notoriété», elle ne signifie de toute façon pas que la probabilité de survenance est notoire aussi. La motivation de Loeffler, consistant à dire qu'il faut taire ce risque pour ne pas influencer défavorablement le patient au sujet d'une intervention peut-être nécessaire, doit aussi être écartée puisqu'elle admet justement que le risque peut avoir du poids dans la décision du malade.<sup>315</sup>

Le devoir d'information paraîtra très rigoureux. C'est sans doute vrai, comme il est vrai aussi que les risques du traitement sont pour le patient l'aspect le plus

<sup>309</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 111.

<sup>310</sup> Erude de Kennedy/Killip/Fisher citée par Tancredi, 1982, p. 61.

<sup>311</sup> Harold Luft, John Bunker, Alain Enthoven, Should operations be regionalized, 301 N.E.J.M. 1364 (1979).

<sup>312</sup> Dans ce sens, Ileri, 1983, p. 67; *contra*, Nägeli, 1984, p. 110.

<sup>313</sup> Merz, 1980, p. 69 (à propos des effets secondaires des médicaments); Schroeder, 1982, p. 32; Ott, 1978, p. 37.

<sup>314</sup> Dans ce sens, Ney, 1979, p. 76; nuancés: Merz, 1980, p. 69; Schroeder, 1982, p. 33; *contra*: Loeffler, 1945, p. 97; Hinderling, 1963, p. 56; Nägeli, 1984, p. 111; Gross, 1977, p. 134; Ott, 1978, p. 37.

<sup>315</sup> 1945, p. 97.

important avec le soulagement qu'il en attend.<sup>316</sup> Il est par conséquent justifié que le docteur lui fournisse des éclaircissements exacts et complets sur ce point. Le médecin ne sera dès lors légitimé à taire que les dangers qui sont à la fois de peu de gravité et statistiquement improbables.

Cette conclusion est encore à nuancer selon le degré d'urgence et de nécessité du traitement. En règle générale, l'information sur les risques augmente à mesure que le traitement est moins nécessaire ou moins urgent.<sup>317</sup> Le médecin est ainsi tenu d'un devoir d'information particulièrement strict lors d'interventions dépourvues de but thérapeutique immédiat pour le malade: chirurgie esthétique, expérimentations, mais aussi interventions diagnostiques ou exploratoires.

#### b) En Allemagne

La question des risques à dévoiler a beaucoup occupé les juges et les auteurs allemands. Il serait trop long de vouloir dresser une casuistique exhaustive.<sup>318</sup> Parmi l'abondante jurisprudence récente, on notera quelques affaires où le médecin devait révéler:

- le risque de lésion du nerf facial et de paralysie faciale, de l'ordre de 0,05% (1:2000), lors d'une tympanoplastie<sup>319</sup>;
- le risque de paralysie unilatérale (entre 0,05% et 0,73% selon les statistiques) lors de l'angiographie de la carotide<sup>320</sup>;
- le risque résiduel de grossesse après stérilisation (soit le taux de succès de l'opération)<sup>321</sup>;
- le risque de nécrose lié à l'injection intramusculaire d'antirhumatismeux<sup>322</sup>;
- les éventuelles douleurs importantes consécutives à une rectoscopie<sup>323</sup>;
- le risque de paralysie lors d'un traitement au cobalt, bien qu'il soit rare et se réaliserait plus sûrement si rien n'était entrepris<sup>324</sup>.

La jurisprudence estime que peuvent en principe être tus les risques inhérents à l'acte médical et connus de tous<sup>325</sup>, ceux que le médecin «erfahrungsgemäss mit den Mitteln der ärztlichen Kunst ohne weiteres begegnen kann»<sup>326</sup> et les risques inconnus ou non encore documentés.<sup>327</sup>

<sup>316</sup> Une étude au moins suggère que le seul critère déterminant dans la décision des sujets d'expériences médicales est la magnitude des risques. Le modèle classique qu'envisage le droit, soit la prise d'une décision résultant de la pesée d'intérêts entre risques et bienfaits d'un traitement, n'est peut-être pas optimal. La décision procéderait plutôt d'une comparaison entre les risques du traitement et du non-traitement ou des thérapies alternatives. Voir Michaels/Oetting, 1979, p. 223.

<sup>317</sup> Ileri, 1983, p. 67; Loeffler, 1945, p. 97ss; Hohermuth, 1979, p. 130.

<sup>318</sup> Giesen, 1983, p. 80, écrit que les tribunaux ont produit une «unüberschaubare Kasuistik».

<sup>319</sup> BGH, NJW 1980 1905.

<sup>320</sup> LG Bremer, MedR 1983 73 et, sur appel, OLG Bremen, MedR 1983 111.

<sup>321</sup> BGH, NJW 1981 630; OLG Koblenz, MedR 1984 108.

<sup>322</sup> OLG Frankfurt, NJW 1983 1382.

<sup>323</sup> BGH, NJW 1984 1395.

<sup>324</sup> BGH, NJW 1984 1397.

<sup>325</sup> OLG Köln, NJW 1978 1690; «Es ist allgemein bekannt dass ein ärztlicher Eingriff bis zu einem gewissen Grad stets riskant ist.» Dans le même sens, Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 23. Mais voir OLG Karlsruhe, MedR 1985 79, qui impose la révélation du risque inhérent et typique à l'anesthésie générale (arrêt cardiaque) en cas d'intervention diagnostique.

<sup>326</sup> OLG Köln, NJW 1978 1690. Le médecin n'a pas non plus à parler des risques qui ne peuvent se réaliser qu'en cas de traitement négligent: BGH, NJW 1985 2193.

<sup>327</sup> OLG Karlsruhe, MedR 1983 190 (risque apparu deux fois en environ 3 millions d'interventions et non décrit dans la littérature médicale); OLG Karlsruhe, MedR 1984 n° 4, p. VI (risque que la littérature médicale ne mentionne pas).

Initialement, elle se fondait sur la notion de *typische Gefahr* pour circonscrire les risques que le médecin devait révéler. Lié à la probabilité statistique de survenance<sup>328</sup>, ce critère fut ensuite « als nichtssagend und unklar klassifiziert »<sup>329</sup> et remplacé par celui de la pertinence pour la décision d'un patient raisonnable.<sup>330</sup> Pour l'établir, il faut considérer toutes les circonstances d'espèce, en particulier la *probabilité* et la *gravité* du risque, de même que l'urgence et la nécessité de l'intervention.<sup>331</sup>

En dépit du souhait de nombreux médecins d'un critère précis en pour cent, le *Bundesgerichtshof* a toujours refusé de lier le devoir d'information à une probabilité de survenance du risque.<sup>332</sup> C'est ainsi qu'il a pu imposer, selon les circonstances, la révélation d'un risque de 0,15%, de 0,1% voire de 0,05%.<sup>333</sup> Récemment, il a encore affirmé qu'une probabilité d'accident de 0,01% ou 0,005% (soit 1 : 20 000!) n'exclut pas à elle seule l'information sur ce point.<sup>334</sup> La fréquence statistique joue cependant un rôle en ce sens qu'un risque de 1% ou davantage doit en principe être révélé, car il est présumé important pour la décision du patient sans que l'on examine les autres circonstances.<sup>335</sup>

La gravité du risque est le second élément dont il faut tenir compte. Dans la règle, plus la méthode est dangereuse, plus l'information doit être étendue.<sup>336</sup> L'*Oberlandesgericht* de Stuttgart a jugé qu'un risque grave ou mortel devait *toujours* être communiqué au patient, « ohne Rücksicht auf die bisher beobachtete prozentuale Häufigkeit ». <sup>337</sup> Un tel risque pèse de toute manière dans la décision du patient raisonnable. Les tribunaux ont en outre décidé que les dangers spécifiques (souvent encore appelés « typiques ») d'une intervention, c'est-à-dire ceux qui lui sont propres et qui ne sont pas reconnaissables pour le patient<sup>338</sup> doivent toujours être révélés, même s'ils sont très rares.<sup>339</sup> C'est par exemple le cas, selon le

<sup>328</sup> En 1960, Schwalm proposait que la qualité de risque typique soit définie par un taux de probabilité de 10% (!): Georg Schwalm, 16 Thesen zur Einwilligung in Heilbehandlungen und zur ärztlichen Aufklärungspflicht, Bayerisches Ärzteblatt 1960, Heft 5, reproduites *in extenso* par Werner Niese, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, in Festschrift Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961, p. 364, 373ss.

<sup>329</sup> Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 21.

<sup>330</sup> Giesen, 1983, p. 59; Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 22; Kern/Laufs, 1983, p. 101 et leurs références jurisprudentielles.

<sup>331</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 101ss; Giesen, 1983, p. 59; Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 23.

<sup>332</sup> BGH, VersR 1968 558; BGH, NJW 1972 335; BGH, NJW 1980 2751. Voir aussi OLG Stuttgart, NJW 1973 560; OLG Oldenburg, NJW 1978 594. La doctrine dominante approuve: Kern/Laufs, 1983, p. 100s; Giesen, 1983, p. 58; Deurseh, 1983, p. 45; Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 22.

<sup>333</sup> Respectivement NJW 1984 1397; NJW 1972 335 et NJW 1976 363; NJW 1980 1905. Voir en outre OLG Bremen, MedR 1983 111; BGH, NJW 1980 633, où les juges parlent de « extrem seltene Risiken ».

<sup>334</sup> BGH, NJW 1984 1395, 1396.

<sup>335</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 105. L'inverse n'est pas vrai: un arrêt du LG Köln, VersR 1980 491, qui voulait poser la présomption qu'un risque de moins de 1% n'avait pas à être dévoilé n'a pas été suivi par le BGH.

<sup>336</sup> Voir en général Kern/Laufs, 1983, p. 92.

<sup>337</sup> NJW 1973 560. Dans le même sens, BGH, NJW 1977 337; BGH, NJW 1980 1905. Voir encore BGH, NJW 1974 1422; OLG Karlsruhe, VersR 1978 549; OLG Stuttgart, VersR 1981 691.

<sup>338</sup> Notamment Kern/Laufs, 1983, p. 103; Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 21; BGH, NJW 1976 363; OLG Celle, NJW 1978 593.

<sup>339</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 103s donnent une liste de tous les risques qui ont été considérés comme typiques par la jurisprudence allemande.

*Bundesgerichtshof*, du risque de tétanie lors de l'opération du goitre.<sup>340</sup> En résumé, seuls les risques non spécifiques et très rares peuvent en principe être tus.<sup>341</sup>

La nécessité (*sachliche Dringlichkeit*) et l'urgence (*zeitliche Dringlichkeit*) de l'intervention doivent aussi être appréciées. En principe, moins le degré de nécessité et/ou d'urgence est élevé et plus l'information doit être étendue.<sup>342</sup> Les risques d'une intervention sans valeur thérapeutique immédiate pour le malade doivent être exposés avec une méticulosité particulière. Le *Bundesgerichtshof* a par exemple posé depuis longtemps la règle qu'en matière d'interventions diagnostiques, il existe «*allgemein strengere Anforderungen an die Aufklärung des Patienten über damit verbundene Risiken*».<sup>343</sup> Sont par là principalement visées trois catégories d'interventions: les prélèvements à des fins d'analyse histologique<sup>344</sup>, les endoscopies<sup>345</sup> et surtout l'emploi de substances de contraste.<sup>346</sup>

Dans quelques affaires, les juges ont admis une information sur les risques «*im grossen und ganzen*».<sup>347</sup> Cette information limitée à l'essentiel ne suffit pourtant que pour des interventions courantes, peu graves et sans gros risques, comme l'appendicectomie. Elle est au contraire insuffisante quand il existe des risques spécifiques ou très graves ou quand le patient pose des questions précises.<sup>348</sup>

La jurisprudence allemande se montre donc sévère pour le médecin, en lui imposant un devoir étendu. L'information donnée au patient doit dans la règle être précise, complète et concrète: elle tiendra compte des circonstances propres au médecin, au malade et éventuellement à l'hôpital. Par exemple, un médecin s'est entendu reprocher de ne pas avoir averti le patient du risque accru d'infection dans une clinique du fait de travaux de rénovation qui créaient de mauvaises conditions d'hygiène.<sup>349</sup>

### c) En France

La jurisprudence française, que Kornprobst qualifie d'«*infiniment nuancée*»<sup>350</sup>, s'est construite sur la distinction entre risques normalement prévisibles et

<sup>340</sup> BGH, VersR 1961 1036; BGH, NJW 1961 2203. Dans le même sens, OLG Karlsruhe, NJW 1966 399; OLG Köln, MDR 1968 240; OLG Celle, NJW 1978 593. Comparer avec l'arrêt de l'Obergericht zurichoïis, RSJ 44 (1948) p. 326 n° 113.

<sup>341</sup> Dans ce sens, Kern/Laufs, 1983, p. 105.

<sup>342</sup> Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 23; Giesen, 1983, p. 59; Kern/Laufs, 1983, p. 68ss; BGH, NJW 1980 1333; BGH, NJW 1981 633; OLG Düsseldorf, VersR 1985 552. Le devoir d'information est plus rigoureux si le médecin s'écarte de la thérapie consacrée: OLG Düsseldorf, MedR 1984 28.

<sup>343</sup> BGH, NJW 1979 1933, 1934. La règle fut posée pour la première fois dans un arrêt du BGH du 22 juin 1971, NJW 1971 1887.

<sup>344</sup> Kammergericht Berlin, VersR 1979 260 (prélèvement de tissus); BGH, NJW 1979 1933 (biopsie rénale); OLG Karlsruhe, MedR 1985 79 (médiastinoscopie et biopsie); BGH, NJW 1984 658 (examen prénatal).

<sup>345</sup> OLG Stuttgart, VersR 1981 342 (gastroscopie); BGH, NJW 1984 1395 (rectoscopie).

<sup>346</sup> BGH, NJW 1971 1887 (artériographie du cerveau); OLG Frankfurt, NJW 1973 1415 (vasographie rénale); OLG Saarbrücken, VersR 1977 872 (myélographie); OLG München, VersR 1979 848 (angiographie de la cotonnaire); OLG Stuttgart, NJW 1979 2355, OLG Düsseldorf, VersR 1980 949, OLG Hamm, VersR 1981 686, OLG Bremen, MedR 1983 111 (angiographies de la carotide).

<sup>347</sup> Nottamnt BGH, NJW 1973 556; BGH, NJW 1978 2337; BGH, NJW 1980 633; BGH, NJW 1981 1319; OLG Hamm, VersR 1979 1012; OLG Hamm, VersR 1981 686.

<sup>348</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 95. Voir un exemple typique: BGH, NJW 1980 633.

<sup>349</sup> OLG Köln, NJW 1978 1690; voir aussi BGH, NJW 1985 2192: information due sur le risque de lésion nerveuse liée à la position du patient sur la table d'opération.

<sup>350</sup> Louis Kornprobst, L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique, in Deuxième congrès international de morale médicale, tome 1, Paris, 1966, p. 71, 127.

risques imprévisibles.<sup>351</sup> La règle générale peut s'énoncer ainsi : « Le médecin doit fournir une information claire, exacte, mais limitée à l'évolution ou aux risques normalement prévisibles en fonction de l'expérience habituelle et des données statistiques ». <sup>352</sup> Si la règle paraît claire, son application manque singulièrement d'uniformité. Par exemple, il a été jugé que devaient être révélés :

- le risque résiduel de grossesse après stérilisation par ligature des trompes<sup>353</sup> ;
- le risque de fracture, rare mais prévisible, en cas de traitement par électrochocs<sup>354</sup> ;
- le risque de paraplégie, de l'ordre de 0,3% à 0,7% lors d'une aortographie.<sup>355</sup> Les juges ont en revanche nié le devoir d'informer sur :
- le risque, prévisible mais exceptionnel (de l'ordre de 0,5%) de lésion du nerf facial lors d'une opération correctrice de la surdité<sup>356</sup> (trois ans plus tard, la Cour d'appel de Paris a au contraire jugé qu'il devait être dévoilé<sup>357</sup>) ;
- le risque exceptionnel de paralysie du plexus brachial lors de l'ablation de kystes ovariens<sup>358</sup> ;
- le risque, imprévisible et se comptant « sur les doigts de la main » sur des milliers d'interventions, de paralysie des membres inférieurs suite à une radiculographie au méthiodal<sup>359</sup> ;
- le risque de paralysie définitive du nerf oculaire résultant de l'anesthésie par voie orbitaire du nerf maxillaire supérieur lors du traitement de la sinusite.<sup>360</sup>

Le médecin doit en principe avertir le patient de tous les risques *prévisibles*, soit ceux « qui peuvent normalement arriver dans des cas semblables »<sup>361</sup>, même s'ils sont rares et improbables. Tel est le cas du risque de fracture dans le traitement par électrochocs et de celui d'hyperpression provoquant la rupture de capillaires et d'artérioles lors de l'artériographie.<sup>362</sup> Toutefois, la jurisprudence est venue tempérer la règle en dispensant le médecin de signaler les risques « dont la réalisation est si improbable qu'ils peuvent être négligés »<sup>363</sup>, même s'ils sont graves. La limite est à vrai dire délicate à poser. La fréquence statistique joue un

<sup>351</sup> Par exemple Lyon, 17 novembre 1952, D. 1953 J. 253 note Gervésie, confirmé par la Cour de cassation le 8 novembre 1955, D. 1956 J. 3; Lyon, 12 avril 1956, D. 1956 J. 439; Nîmes, 19 octobre 1964, D. 1965 Somm. 31. La distinction est reprise par la doctrine: Guérin, 1979, p. 308s; Penneau, 1977, p. 65; Pharaon, 1961, p. 6s; Dorsner/Scemama, 1977, p. 433; Doll, 1972, p. 429; Bouvier, Note sous Cass. civ., 29 mai 1984, D. 1985 J. 281, 283.

<sup>352</sup> Penneau, 1977, p. 65.

<sup>353</sup> Cass. civ., 9 mai 1983, D. 1984 J. 121 note Penneau.

<sup>354</sup> Lyon, 17 novembre 1952, D. 1953 J. 253 note Gervésie.

<sup>355</sup> Cass. civ., 29 mai 1984 (2 arrêts), D. 1985 J. 281 note Bouvier.

<sup>356</sup> Cass. civ., 6 mars 1979, D. 1980 I.R. 170 obs. Penneau.

<sup>357</sup> Paris, 17 novembre 1983, D. 1984 I.R. 459 obs. Penneau.

<sup>358</sup> Cass. civ., 2 mai 1978, Gaz. Pal. 1978 Somm. 251.

<sup>359</sup> Cass. civ., 4 mai 1970, D. 1970 Somm. 227 et 8 octobre 1974, Gaz. Pal. 1975 J. 273 (même affaire); Cass. civ., 23 mai 1973, Gaz. Pal. 1973 J. 885.

<sup>360</sup> Arrêt de la Cour de cassation cité par Doll, 1972, p. 429.

<sup>361</sup> Pharaon, 1961, p. 7. Cette définition équivaut en quelque sorte à la notion de risque spécifique en droit allemand.

<sup>362</sup> Lyon, 17 novembre 1952, D. 1953 J. 253 note Gervésie; Cass. civ., 14 avril 1961, Gaz. Pal. 1961 J. 53.

<sup>363</sup> Lyon, 17 novembre 1952, D. 1953 J. 253 note Gervésie; voir aussi Nîmes, 19 octobre 1964, D. 1965 Somm. 31.

rôle, sans être déterminante.<sup>364</sup> Dans l'ensemble, les tribunaux admettent assez facilement que le risque est trop rare pour que le médecin doive le mentionner.

A l'occasion, d'autres circonstances sont invoquées aussi, en particulier la nature et la gravité du risque. Le Tribunal de Marseille a jugé que le risque d'incontinence totale suite à une adénomectomie destinée à soigner des troubles urinaires n'a pas à être dévoilé car il est peu fréquent et «généralement que temporaire».<sup>365</sup> La nécessité et l'urgence entrent en ligne de compte aussi: il a notamment toujours été admis qu'en cas de chirurgie esthétique, le praticien doit éclairer son patient sur tous les risques, même exceptionnels, dès qu'ils sont d'une certaine gravité.<sup>366</sup> En revanche, les juges ne semblent pas plus sévères quand ils traitent d'interventions à but diagnostique.<sup>367</sup> La Cour de Toulouse a même jugé que les complications d'un examen coelioscopique (*in casu* impotence fonctionnelle du bras) n'avaient pas à être expliquées au patient: dans l'ignorance de l'affection du patient et s'agissant d'une intervention exploratoire, le chirurgien ne pouvait en connaître précisément les difficultés!<sup>368</sup>

Opposés aux risques prévisibles, les risques *imprévisibles* ou anormaux échappent à l'obligation d'informer. Ont notamment été jugés imprévisibles: le risque de phlébite lors d'une urographie par injection d'uroselectan<sup>369</sup>; le danger de décès suite à une injection intraveineuse pratiquée en vue d'une radiographie de la vésicule biliaire, constaté une seule fois sur environ trois cents mille injections<sup>370</sup>; le risque de paralysie du plexus brachial lors de l'infiltration novocaïnique du ganglion stellaire pour soigner d'intolérables douleurs au côté, survenu une fois sur des milliers d'interventions similaires.<sup>371</sup> Le caractère imprévisible du risque est vite accepté par les tribunaux, qui le confondent souvent avec la rareté. La Cour de Nîmes a notamment dit que le médecin ne doit pas révéler «ce qui sans être absolument imprévisible, est du moins tellement exceptionnel qu'on ne doit pas normalement l'envisager».<sup>372</sup> Certains tribunaux ont interprété cette proposition très largement, admettant que soient tus des risques qui ne paraissent ni franchement imprévisibles ni franchement exceptionnels.

Dans l'ensemble, la jurisprudence française est bien plus favorable aux médecins que ne l'est celle d'Allemagne. Il est probable que le Tribunal fédéral suivra la voie tracée avec nuance par la Cour de cassation plutôt que celle suivie avec intransigeance par le *Bundesgerichtshof*.

<sup>364</sup> Par exemple, la Cour de cassation a jugé qu'un risque de 2% à 3% devait être révélé (5 mai 1981, Gaz. Pal. 1981 Panor. 352) tandis qu'un autre de 0,5% pouvait être tu (6 mars 1979, D. 1980 I.R. 170 obs. Penneau). La Cour d'appel de Paris a estimé qu'un risque de 0,3% à 0,7% devait être dévoilé (17 novembre 1983, D. 1984 I.R. 459 obs. Penneau).

<sup>365</sup> Trib. gde inst. Marseille, 2 mars 1978, cité par Guérin, 1979, p. 34.

<sup>366</sup> Cass. civ., 17 novembre 1969, D. 1970 J. 85; Lyon, 8 janvier 1981, Gaz. Pal. 1982 Somm. 26; Cass. civ., 22 septembre 1981, Gaz. Pal. 1982 Panor. 70; Kornprobst, *supra* note 350, p. 127; Doil, 1972, p. 429; Dorsner/Scemama, 1977, p. 433; Penneau, 1977, p. 66; Pharaon, 1961, p. 11.

<sup>367</sup> Notamment Cass. civ., 23 mai 1973, Gaz. Pal. 1973 J. 885; mais voir Cass. civ., 29 mai 1984, D. 1985 J. 281 note Bouvier.

<sup>368</sup> Toulouse, 24 septembre 1976, cité par Guérin, 1979, p. 37.

<sup>369</sup> Lyon, 12 avril 1956, D. 1956 J. 439, où il est dit que le médecin ne doit pas renseigner son patient sur «toutes les conséquences défavorables possibles, même les plus hypothétiques, d'une intervention quelconque».

<sup>370</sup> Nîmes, 19 octobre 1964, Gaz. Pal. 1965 J. 80, qui qualifie le risque de «rarissime, exceptionnel, imprévisible».

<sup>371</sup> Grenoble, 5 janvier 1949, Gaz. Pal. 1949 J. 216 déclarant que le risque était «imprévisible, extrêmement rare», ce qui n'avait pas empêché le Tribunal de première instance d'admettre l'obligation du médecin de le dévoiler...

<sup>372</sup> Nîmes, 19 octobre 1964, D. 1965 Somm. 31.

Il est difficile de dégager des principes clairs de la jurisprudence américaine extraordinairement abondante sur ce point. Les législations des Etats n'apportent guère d'éclaircissements non plus: certaines disposent que seuls les risques «sérieux», «significatifs» ou «substantiels» doivent être dévoilés<sup>373</sup>; d'autres précisent que sont exclus les risques «mineurs», «rares», «inhérents» ou «communément connus».<sup>374</sup> Mais aucune ne définit les termes qu'elle emploie, ce qui serait bien utile lorsque, comme en Alaska, le médecin doit révéler les risques communs, mais pas ceux trop communs!<sup>375</sup> Quelques lois seulement sont plus explicites et énumèrent les risques à communiquer au patient, mais souvent par catégories qui laissent une bonne marge d'appréciation.<sup>376</sup>

De ce magma paraissent néanmoins émerger trois idées:

1. Les risques *inconnus du médecin*, ou plus exactement de la profession médicale, n'ont pas à être révélés.<sup>377</sup> Comme le praticien doit se tenir au courant des développements de sa spécialité, la véritable question est ici de savoir si le médecin devait connaître le risque, non pas s'il le connaissait effectivement. En d'autres termes, «a physician cannot logically be held obligated to inform a patient of that which he, himself, is not obligated to know.»<sup>378</sup>

2. Les risques *connus du patient*, ou qu'on peut présumer connus de tout patient, n'ont pas à être dits, ou rappelés.<sup>379</sup> Sont par exemple estimés tels les risques relativement rares inhérents à toute intervention.<sup>380</sup> La présomption que toute personne «of average sophistication»<sup>381</sup> est consciente de certains risques me paraît regrettable. Elle est inéquitable pour les personnes ayant le moins d'éducation, qui sont justement celles ayant le plus besoin d'information. En outre il n'est pas indifférent de savoir que la probabilité du risque qu'on connaît est de 1% ou de 10%. Il est arrivé que le médecin se défende en disant que le patient avait déjà subi une intervention de même nature et qu'il était par conséquent familier avec ses risques. L'argument n'a en général pas convaincu les juges, qui ont relevé d'une part que cela ne prouvait pas que le patient avait été effectivement éclairé la première fois et d'autre part que la nouvelle intervention pouvait présenter des risques accrus.<sup>382</sup>

<sup>373</sup> Par exemple en Floride, Idaho, Washington.

<sup>374</sup> Par exemple au Kentucky, New York, Utah, Vermont.

<sup>375</sup> Alas. Stat. § 09.55.556 (1983).

<sup>376</sup> Par exemple au Texas, à Hawaï, en Iowa, Ohio, Louisiane.

<sup>377</sup> Notamment *Holt v. Nelson*, 523 P.2d 211 (Wash. 1974); *Winkjer v. Herr*, 277 N.W.2d 579 (N.D. 1979); *Cornfeldt v. Tongen*, 295 N.W.2d 638 (Minn. 1980); *Small v. Gifford Memorial Hospital*, 349 A.2d 703 (Vt. 1975). De même au Canada: *McLean v. Weir* (1977) 5 W.W.R. 609 (B.C.S.C.).

<sup>378</sup> *Cummings v. Fondak*, 122 Misc.2d 913, 920 (N.Y. 1983).

<sup>379</sup> Notamment *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (Cal. 1972); *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979); *Crain v. Allison*, 443 A.2d 558 (D.C. 1982); *Logan v. Greenwich Hospital Association*, 465 A.2d 294 (Conn. 1983). De même au Canada: *White v. Turnet* (1981) 120 D.L.R.(3d) 269 (Ont. H.C.).

<sup>380</sup> Le risque d'infection par exemple: *Gerety v. Demers*, 589 P.2d 180 (N.M. 1978); voir aussi *Harnish v. Children's Hospital Medical Center*, 439 N.E.2d 240 (Ma. 1982); *Barclay v. Campbell*, 683 S.W.2d 498 (Tex. 1984); le risque inhérent au traitement doit être révélé s'il est «more than negligible or theoretical». Voir aussi, au Canada, *Hopp v. Lepp* (1980) 112 D.L.R.(3d) 67 (S.C.C.); *Videto v. Kennedy* (1981) 125 D.L.R.(3d) 127 (Ont. C.A.).

<sup>381</sup> *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 784 (D.C.Cir. 1972).

<sup>382</sup> Notamment *Roberts v. Wood*, 206 F.Supp. 579 (Ala. 1962); *Salis v. United States*, 522 F.Supp. 989 (Pa. 1981); *Haley v. United States*, 739 F.2d 1502 (10th Cir. 1984); *Sauro v. Shea*, 390 A.2d 259 (Pa. 1978). Mais voir aussi *Kaplan v. Haines*, 232 A.2d 840 (N.J. 1967), aff'd 241 A.2d 235 (N.J. 1968) où les juges tinrent compte du fait que la patiente n'était pas étrangère aux hôpitaux et aux opérations.

3. Les risques *insignifiants*, soit quant à leur incidence statistique soit quant à leurs conséquences physiques, ne doivent pas non plus être divulgués.<sup>383</sup> Dans les juridictions appliquant le critère professionnel, la preuve de la pratique suivie par le corps médical détermine si le risque est « insignifiant ». Il a par exemple été jugé que le risque de lésion permanente de la vision peut être caché avant une rhizotomie, car il n'est pas dévoilé d'habitude.<sup>384</sup> Dans les juridictions employant le critère du patient raisonnable, il est au contraire très délicat de séparer ce qui est insignifiant de ce qui ne l'est pas. Comme dans les autres pays, les juges tiennent compte avant tout de la gravité du risque et de sa probabilité.<sup>385</sup> La nature du traitement joue un rôle également: l'information doit être particulièrement détaillée en l'absence de nécessité thérapeutique immédiate, comme en médecine expérimentale, en chirurgie esthétique ou plus simplement lors d'interventions diagnostiques.<sup>386</sup> Il s'agit en somme d'une règle générale de proportionnalité, qu'un auteur exprimait de cette façon: « The less the immediate need for the proposed procedure, the greater should be the disclosure of risks. »<sup>387</sup>

La probabilité statistique, souvent considérée, n'est déterminante que dans des cas extrêmes. Par exemple, des risques de 0,000125% (1: 800 000)<sup>388</sup> ou de 0,00086% (1: 116 000 environ)<sup>389</sup> n'ont pas à être révélés. Dans un autre contexte, il fut en revanche jugé qu'une firme pharmaceutique devait avertir, lors d'une campagne de vaccination de masse contre la poliomyélite, du risque de 0,0001% (1: 1 000 000) du vaccin de causer précisément cette maladie.<sup>390</sup> Plusieurs décisions ont suggéré que la gravité du risque était plus importante que la probabilité de survenance et ont par conséquent rejeté le critère statistique.<sup>391</sup> Il fut aussi jugé que le risque d'accident fatal devait toujours être exposé.<sup>392</sup>

À côté d'affaires qui paraissent claires — par exemple, le risque de décès ou de paralysie de l'ordre de 3% doit être révélé<sup>393</sup> — s'en trouvent beaucoup d'autres

<sup>383</sup> Notamment *Plutshack v. University of Minnesota Hospitals*, 316 N.W.2d 1 (Minn. 1982); *Lemke v. United States*, 557 F.Supp. 1205 (N.D. 1983), parlant de risques « of little consequence » et « extremely remote », p. 1212; *Smith v. Shannon*, 666 P.2d 351 (Wash. 1983) exposant, p. 355, les divers qualificatifs employés par les tribunaux. De même au Canada: *White v. Turner* (1981) 120 D.L.R.(3d) 269 (Ont. H.C.); *Hopp v. Lepp* (1980) 112 D.L.R.(3d) 67 (S.C.C.).

<sup>384</sup> *Robinson v. Mroz*, 433 A.2d 1051 (Del. 1981).

<sup>385</sup> Par exemple *Creasey v. Hogan*, 617 P.2d 1377 (Ore. 1980); *McKinney v. Nash*, 174 Cal. Rptr. 642 (Cal. 1981). De même au Canada: *White v. Turner* (1981) 120 D.L.R.(3d) 269 (Ont. H.C.);

<sup>386</sup> Par exemple *Sajis v. United States*, 522 F.Supp. 989 (Pa. 1981): procédure diagnostique. En matière de psychochirurgie, voir en particulier *Spoonhour*, 1974, p. 432ss. Une règle analogue existe au Canada: notamment *Video v. Kennedy* (1981) 125 D.L.R.(3d) 127 (Ont. C.A.).

<sup>387</sup> *Don Harper Mills, Whither informed consent?* 229 J.A.M.A. 305, 308 (1974). *Small v. Gifford Memorial Hospital*, 349 A.2d 703 (Vt. 1975); *Wilkinson v. Vesey*, 295 A.2d 676 (R.I. 1972).

<sup>388</sup> *Stottlemire v. Cawood*, 213 F.Supp. 897 (D.C. 1963): risque d'anémie aplastique lors de l'administration de l'antibiotique chloromycétine.

<sup>389</sup> *Smith v. Shannon*, 666 P.2d 351 (Wash. 1983): risque mortel d'un pyélogramme intraveineux. Voir aussi *Henderson v. Milobsky*, 595 F.2d 654 (D.C.Cir. 1978): le risque de paresthésie permanente évalué à 0,001% (1: 100 000) n'est pas à dévoiler avant l'extraction d'une dent de sagesse.

<sup>390</sup> *Davis v. Wyeth Laboratories*, 399 F.2d 121 (9th Cir. 1968).

<sup>391</sup> Par exemple *Longmire v. Hoey*, 512 S.W.2d 307 (Tenn. 1974).

<sup>392</sup> Par exemple *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (Cal. 1972). La Cour suprême canadienne a suggéré la même règle en disant qu'un risque de mort ou de paralysie devait être dévoilé même s'il n'était qu'une « mere possibility »: *Hopp v. Lepp* (1980) 112 D.L.R.(3d) 67 (S.C.C.); *Reihl v. Hughes* (1980) 114 D.L.R.(3d) 1 (S.C.C.). Un tribunal américain jugea que le risque tératogène potentiel (donc pas déterminé avec certitude) d'un médicament était si grave qu'il devait être révélé: *Harbeson v. Parke Davis, Inc.*, 746 F.2d 517 (9th Cir. 1984).

<sup>393</sup> *Bowers v. Talmage*, 159 So.2d 888 (Fla. 1963).

qui dépendent de l'appréciation personnelle des juges. A titre d'illustration, des tribunaux ont décidé que le médecin pouvait taire :

- le risque de 1% de décès dans l'opération de la thyroïde<sup>394</sup>;
- le risque de perforation du sinus lors d'une extraction dentaire<sup>395</sup>;
- le risque de 1,5% de perte de l'œil dans l'opération de la cataracte<sup>396</sup>;
- le risque de 0,13% d'hépatite lors d'une transfusion de sang<sup>397</sup>;
- le risque de perforation de l'œsophage (entre 0,2% et 0,4%) dans l'œsophagoscopie<sup>398</sup>;
- le risque d'accident fatal, d'environ 0,0025% (1 : 40 000), lié au pyélogramme intraveineux<sup>399</sup>.

Le médecin doit en revanche révéler :

- le risque de 1% de perte de l'ouïe lors d'une stapedectomie<sup>400</sup>;
- le risque résiduel de grossesse après stérilisation par cautérisation laparoscopique (0,1% à 0,3%)<sup>401</sup> ou par ligature des trompes (2%)<sup>402</sup>;
- le risque de fistule vésico-vaginale (estimé à 0,2% à 0,5% par les experts et établi à 0,13% dans la pratique du défendeur) en cas d'hystérectomie<sup>403</sup>;
- le risque de sérieuses complications, de 1% à 2%, de l'angiogramme<sup>404</sup>;
- le risque de 0,18% de pneumothorax (perforation de la plèvre) dans l'emploi d'une méthode particulière d'anesthésie<sup>405</sup>;
- le risque de 0,2% de cécité ou de paralysie lors d'un artériogramme.<sup>406</sup>

La seule évolution que l'on peut à mon sens discerner à travers la jurisprudence américaine des deux dernières décennies est une sévérité croissante à l'égard du médecin. Elle se traduit en particulier par l'obligation de révéler des risques toujours plus rares. La limite (s'il en existe une) se situe aujourd'hui dans les pour mille plutôt que dans les pour cent. Des médecins s'en sont plaint<sup>407</sup> et ont soutenu que la révélation des risques statistiquement très rares allait dérouter les patients et les faire agir irrationnellement. Annas leur a répondu avec ironie qu'ils prenaient eux-mêmes en considération de telles statistiques, en particulier le risque de 0,0001% (1 : 1 000 000) d'action en responsabilité lié à chaque acte

<sup>394</sup> *Dunham v. Wright*, 423 F.2d 940 (3rd Cir. 1970). Le risque d'hypoparathyroïdisme suite à une thyroïdectomie, s'élevant à 0,5% à 3% n'a pas non plus à être révélé: *Collins v. Itch*, 503 P.2d 36 (Mont. 1972).

<sup>395</sup> *Ericksen v. Wilson*, 123 N.W.2d 687 (Minn. 1963).

<sup>396</sup> *Yeates v. Hams*, 393 P.2d 982 (Kan. 1964).

<sup>397</sup> *Sawyer v. Methodist Hospital*, 522 F.2d 1102 (6th Cir. 1975).

<sup>398</sup> *Starnes v. Taylor*, 158 S.E.2d 339 (N.C. 1968); *Mason v. Ellsworth*, 474 P.2d 909 (Wash. 1970), où le même risque fut évalué à 0,25% à 0,75%.

<sup>399</sup> *Hook v. Rothstein*, 316 S.E.2d 690 (S.C. 1984), aff'd 320 S.E.2d 35 (S.C. 1984). Le même risque avait été évalué à 1 : 116 000 dans *Smith v. Shannon*, 666 P.2d 351 (Wash. 1983), qui n'exigeait pas sa révélation, ni celle du risque de 0,05% de phlébite.

<sup>400</sup> *Scott v. Wilson*, 396 S.W.2d 532 (Tex. 1965), aff'd 412 S.W.2d 299 (Tex. 1967).

<sup>401</sup> *Hartke v. McKelway* 707 F.2d 1544 (D.C. Cir. 1983).

<sup>402</sup> *Sard v. Hardy*, 379 A.2d 1014 (Md. 1977).

<sup>403</sup> *LaCaze v. Collier*, 434 So.2d 1039 (La. 1983). Un autre tribunal a jugé que le risque de fistule urétéro-vaginale, de 1% à 12% en cas de cancer, n'a pas à être dévoilé avant une hystérectomie quand la patiente ne souffre pas de cancer: *Longmire v. Hoey*, 512 S.W.2d 307 (Tenn. 1974).

<sup>404</sup> *Salis v. United States*, 522 F.Supp. 989 (Pa. 1981) [le patient dut se faire amputer la jambe].

<sup>405</sup> *Flannery v. President and Director of Georgetown College*, 679 F.2d 960 (D.C. Cir. 1982).

<sup>406</sup> *McPherson v. Ellis*, 287 S.F.2d 892 (N.C. 1982).

<sup>407</sup> Par exemple, sur le ton ironique, *Ravitch*, 1973, p. 164ss; Eugène Laforet, *The fiction of informed consent*, 235 J.A.M.A. 1579 (1976). Voir aussi Annexe 5.

médical. Er Annas de conclure: «Apparemment, les médecins perçoivent ce risque comme étant très réel, et plusieurs d'entre eux sont prêts à changer leur façon de se comporter à cause de lui. Quelle ironie alors pour eux d'arguer qu'un patient en chirurgie (qui risque de perdre la vie, pas seulement de l'argent) ne devrait pas être informé du risque de mort de 1:60 000 dû à l'anesthésie générale!»<sup>408</sup>

#### e) Au Canada

La jurisprudence canadienne applique les mêmes principes généraux, mais de façon à la fois moins exigeante et moins homogène. Une cour a par exemple jugé que le risque de complications (2% à 3% pour celles «ordinaires», 0,2% pour celles «majeures et permanentes») accompagnant l'artériographie n'a pas à être dévoilé.<sup>409</sup> D'autres ont décidé que le risque de paralysie lors d'un angiogramme pouvait être tu<sup>410</sup>, de même que celui de perforation des intestins lors d'une sigmoidoscopie.<sup>411</sup> En revanche, le risque de paresthésie temporaire (environ 4%) ou permanente (1% au maximum) doit être révélé au patient qui se fait arracher des dents de sagesse.<sup>412</sup>

#### f) En Angleterre

Une cour supérieure anglaise n'a à ma connaissance jamais condamné un médecin pour n'avoir pas révélé les risques de l'intervention. Dans une affaire récente, la responsabilité du praticien fut admise parce qu'il n'avait pas expliqué au patient que la vasectomie ne garantissait pas absolument sa stérilité définitive (des dommages-intérêts étaient demandés pour la naissance d'un bébé non désiré). Mais la cour prit soin de dire qu'il ne s'agissait pas d'un *informed consent case* mais de la violation de l'obligation contractuelle de soins: si le médecin avait été diligent, le couple se serait rendu compte assez tôt de la grossesse pour être en mesure d'effectuer un avortement.<sup>413</sup>

En conclusion, il faut souligner à la fois la concordance des critères employés pour déterminer les risques à révéler et leur divergence d'application entre pays, voire entre tribunaux du même pays. Partout, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Aux Etats-Unis et en Allemagne, il en a usé en général pour imposer un devoir très sévère d'information sur les risques. Les juges canadiens semblent emprunter le même chemin, mais avec plus de nuances pour l'instant. A l'opposé, les tribunaux anglais et suisses sont très larges envers les médecins. Enfin, entre les extrêmes, la jurisprudence française louvoie sur la voie de la raison.

<sup>408</sup> Annas, 1977, p. 226.

<sup>409</sup> Brunelle v. Sirois (1975) Que. C.A. 779.

<sup>410</sup> McLean v. Weir (1977) 5 W.W.R. 609 (B.C.S.C.).

<sup>411</sup> Gonda v. Kerbel (1983) 24 C.C.L.T. 222 (Ont. S.C.). Voir aussi Videto v. Kennedy (1981) 125 D.L.R.(3d) 127 (Ont. C.A.): risque de 0,2% à 0,3% de perforation des intestins lors d'une stérilisation par laparoscopie.

<sup>412</sup> Diack v. Bardsley (1983) 25 C.C.L.T. 159 (B.C.S.C.).

<sup>413</sup> Thake v. Maurice [1984] 2 All E.R. 513 (Q.B.D.).

A. Généralités

«Nicht das Ob der Aufklärung, nur das Wie der Aufklärung kann in Frage stehen».<sup>414</sup>

Je souscris entièrement à cette conclusion de Wilhelm, qui souligne toute l'importance des modalités selon lesquelles l'information est transmise au patient. Sont particulièrement importants la substance même de l'information, le moyen employé pour sa transmission ainsi que les circonstances qui l'entourent (lieu, époque, personnes impliquées). Toutes ces modalités doivent tendre vers un but principal: assurer la compréhension de l'information par le patient. L'unanimité existe sur ce point: le Tribunal fédéral exige une information «simple, intelligible et loyale»<sup>415</sup>; la doctrine suisse souligne aussi que l'information doit être fournie de manière compréhensible<sup>416</sup>; enfin, les dispositions cantonales existantes en font de même<sup>417</sup>, tout comme l'initiative genevoise, qui énonce: «Cette information doit être donnée dans une langue et en des termes clairs et accessibles au patient.»<sup>418</sup> Le principe est admis à l'étranger aussi.<sup>419</sup> La législation de plusieurs Etats américains prévoit par exemple que le consentement du patient n'est valable que s'il a compris l'information.<sup>420</sup>

L'objectif paraît pour le moment loin d'être réalisé. Plusieurs recherches empiriques ont cherché à déterminer le degré de compréhension des patients et à trouver des moyens de l'améliorer. Leur valeur est malheureusement très inégale<sup>421</sup>, ce qui a poussé Meisel et Roth à conclure leur analyse de plus d'une centaine d'entre elles par cet avertissement: «Because of the conceptual, methodological and pragmatic deficiencies of so many of the studies, their validity and

<sup>414</sup> Wilhelm, 1981, p. 101.

<sup>415</sup> ATF 105 II 284, 288. La formule a certainement été empruntée à la Cour de cassation française, qui y ajoutait le qualificatif «approximative»: voir par exemple Cass. civ., 21 février 1961, D. 1961 J. 534.

<sup>416</sup> Notamment Gross, 1977, p. 134; Hinderling, 1963, p. 55; Hohermuth, 1979, p. 128s; Ileri, 1983, p. 65s; Merz, 1980, p. 65; Nägeli, 1984, p. 110s; Ott, 1978, p. 132s; Schroeder, 1982, p. 31; Meisel, 1984, p. 167; Ney, 1979, p. 79; Bussmann, 1984, p. 63s.

<sup>417</sup> A Zurich par exemple, le patient doit être informé «in geeigneter und verständlicher Weise»: § 46 Verordnung über die kantonalen Krankenhäuser, Zürcher Gesetze 48, p. 12; à Bâle, il doit l'être «in gut verständlicher Form»: § 11/8 Spitalgesetz, Systematische Gesetzessammlung BS 330.100; dans le canton de Vaud, le médecin doit renseigner le patient «de manière compréhensible»: article 21/1 loi sur la santé publique, FAO Vaud, 5 juillet 1985, p. 2179. Comparer avec l'article 7 du projet de recommandation du Conseil de l'Europe: «L'information doit être compréhensible et adaptée à la capacité de compréhension et à l'état psychologique du patient.»

<sup>418</sup> Point 1.1, FAO Genève, mercredi 22 septembre 1982.

<sup>419</sup> Notamment Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 228s; Penneau, 1977, p. 59; Pharaon, 1961, p. 6 et leurs références jurisprudentielles. Schwab/Kramer/Kriegstein, 1983, p. 31; Giesen, 1983, p. 52; Kern/Laufs, 1983, p. 45 et leurs références jurisprudentielles. Somerville, 1979, p. 15ss. President's Commission, vol. 1, 1982, p. 117; Shartsis, 1972, p. 548ss; Dandashi v. Fine, 397 So.2d 442 (Fla. 1981); Marino v. Ballestas, 749 F.2d 162 (3rd Cir. 1984). Voir aussi les remarques de Robert Hahn, Culture and informed consent: an anthropological perspective, in President's Commission, vol. 3, 1982, p. 37ss.

<sup>420</sup> Par exemple en Floride, Hawaii, Kentucky, Maine, Caroline du Nord, Ohio, Vermont. Voir en général Krueger, 1981, p. 41; Andrews, 1984, p. 186.

<sup>421</sup> Alan Meisel, Loren Roth, What we do and do not know about informed consent, 246 J.A.M.A. 2473, 2476 (1981) concluent leur analyse d'une cinquantaine d'études par cette constatation: «What we find is that there is very little wheat and much chaff.»

certainly their generalizability are open to substantial question.»<sup>422</sup> Ils ajoutent qu'en fin de compte, on ne sait pratiquement rien dans ce domaine et qu'il y a des doutes considérables sur la validité du peu que l'on croit savoir!<sup>423</sup>

Les résultats qui vont être exposés doivent par conséquent être appréciés d'un œil critique. La plupart demandent confirmation avant que des conclusions fermes puissent être prises. Il me semble néanmoins que quelques-uns sont suffisamment étayés par des études indépendantes et concordantes pour autoriser une opinion moins pessimiste que celle de Meisel et Roth.

### B. Evaluation de la situation actuelle

On connaît très peu de chose sur ce que les médecins dévoilent en réalité aux patients. Quelques études rapportent ce que les médecins prétendent dire à leurs patients et ce que les patients prétendent que le médecin leur dit.<sup>424</sup> Or, les deux résultats ne coïncident pas, les patients affirmant systématiquement recevoir moins d'information que les médecins affirment leur en transmettre.<sup>425</sup> Cela ne fait que confirmer les études qui ont établi un fossé entre ce que les patients veulent savoir et ce que les médecins croient que les patients veulent savoir.<sup>426</sup> Schmidt commence par exemple son intéressante contribution par cette double constatation: «Das Informationsbedürfnis der Patienten wird von vielen Ärzten unterschätzt (...) und der Informationsstand der Patienten oft falsch eingeschätzt.»<sup>427</sup> Diverses études des deux côtés de l'Atlantique ont d'ailleurs révélé l'insatisfaction de bon nombre de patients face à l'information orale qu'ils recevaient.<sup>428</sup>

On pourrait penser que l'utilisation de formules écrites de consentement améliore cette situation insatisfaisante. Ce n'est malheureusement pas vrai, pour plusieurs raisons.

La première tient au contenu du document: celui-ci n'est le plus souvent pas informatif. La formule expose par exemple que les risques et les alternatives du traitement ont été expliqués au patient, mais elle ne les mentionne pas spécifiquement, de sorte que leur révélation demeure orale, au gré du médecin.<sup>429</sup>

La seconde raison est liée au caractère de routine imprimé au processus de recueil du consentement. Le document à signer est présenté comme une formalité bureaucratique. La majorité des gens pense d'ailleurs que le but est simplement

<sup>422</sup> Meisel/Roth, 1983, p. 333.

<sup>423</sup> *Id.*, p. 336.

<sup>424</sup> Par exemple Rosoff, 1981, p. 341ss; Louis Harris, John Boyle, Paul Brounstein, Views of informed consent and decisionmaking: parallel surveys of physicians and the public, in President's Commission, vol. 2, 1982, p. 17ss.

<sup>425</sup> Dans l'enquête de Harris/Boyle/Brounstein, *supra* note 424, la différence quantitative se situait entre 15% et 25% (mais le critère de la quantité d'informations transmises n'est certainement pas le meilleur).

<sup>426</sup> Voir *supra*, notes 63s et note 190. Voir aussi le tableau des résultats de dix études dressé par Wilhelm, 1981, p. 85, où le pourcentage de patients voulant être informés complètement varie de 62% (en cas de maladie incurable) à 92%. Selon Harris/Boyle/Brounstein, *supra* note 424, p. 17, il est de 94%; selon Bergler/Pennington/Metcalf/Freis, 1980, p. 435, il est de 95%. Voir encore Strull/Lo/Charles, 1984, p. 2990ss.

<sup>427</sup> Lothar Schmidt, Psychologische Aspekte der Information und Vorbereitung des Patienten, in Jung/Schreiber, 1981, p. 103, 104.

<sup>428</sup> Voir par exemple l'étude rapportée par Schwab/Kramet/Kriegelstein, 1983, p. 84s (69% de patients insatisfaits); Wayne Fritz, Inpatients' views of staff-patient discussions about major treatment decisions, 32 Hospital Community Psychiatry 791 (1981); President's Commission, vol. 1, 1982, p. 72.

<sup>429</sup> Comme le relèvent aussi Lidz/Meisel, *supra* note 69, p. 397; Malone, 1983, p. 116.

de protéger les médecins et les hôpitaux.<sup>430</sup> L'obtention du consentement a de ce fait souvent été décrite comme un rituel sans substance.<sup>431</sup>

La dernière raison tient au langage même des documents. De nombreuses études ont établi qu'il n'était pas apte à assurer la compréhension de la majorité des patients. Ainsi, l'analyse de mille cinq cent vingt-six formulaires employés en recherche médicale a montré que moins de 7% d'entre eux étaient aussi lisibles que *Time Magazine*.<sup>432</sup> De même, deux autres études ont rapporté que les formules analysées (soixante dans un cas, cinq en provenance d'établissements de soins variés dans l'autre) étaient aussi difficiles à lire que des revues scientifiques, ou à peine moins.<sup>433</sup> Or, il y aurait aux Etats-Unis environ vingt-six millions de personnes fonctionnellement illettrées, et quarante-six millions de plus à la limite de l'illettrisme.<sup>434</sup> D'autres enquêtes ont exprimé en des termes différents des trouvailles essentiellement identiques. Baker et Taub, qui ont étudié des documents employés en recherche de 1975 à 1982, ont trouvé que leur compréhension exigeait un niveau d'éducation du *college* (comparable au gymnase en Suisse).<sup>435</sup> Des résultats analogues ont été notés par d'autres chercheurs, notamment Malone, qui a trouvé que les formules utilisées dans les hôpitaux du Michigan exigeaient le niveau du baccalauréat voire plus pour être comprises.<sup>436</sup> Or, les chiffres officiels montrent qu'en 1981, 15,1% de la population américaine a fait d'un à trois ans de *college* et 17,1% a accompli quatre ans et davantage.<sup>437</sup>

La conclusion à tirer de ces études saute aux yeux : dans la plupart des cas, le patient signe un document qu'il ne comprend pas. La forme remplace la substance, l'apparence obscurcit la réalité, et il est légitime de craindre que « the very existence of such consent forms may obstruct rather than improve the process of informed consent ». <sup>438</sup>

Un grand nombre d'études ont voulu tester ce que comprenait vraiment un patient de toute l'information (orale et/ou écrite) qu'il recevait. Vu leur méthodologie, la plupart d'entre elles testent en réalité davantage la mémoire du malade que sa compréhension.<sup>439</sup> Elles nous éclairent néanmoins sur le niveau de connaissance du patient à un moment donné. Une constante apparaît à travers toutes les

<sup>430</sup> C'est l'avis de 79% du public américain selon le sondage réalisé pour la President's Commission, vol. 1, 1982, p. 109; Cassileth/Zupkis/Sutton-Smith/March, 1980, p. 899 trouvent un résultat analogue; Habermann, *supra* note 198, p. 559, rapporte des résultats différents en Allemagne: 61% des patients pensaient que le document était destiné à les informer.

<sup>431</sup> Fries/Lofus, 1979, p. 316; Ingelfinger, 1972, p. 465.

<sup>432</sup> Bradford Gray, Robert Cooke, Arnold Tannenbaum, Research involving human subjects, 201 Science 1094 (1978). Une autre étude, rapportée in 43 Fed. Reg. 56189 (30 novembre 1978) parle de 15%.

<sup>433</sup> Morrow, 1980, p. 56; Grundner, 1980, p. 900, notant que toutes avaient été rédigées par des comités de médecins et de juristes!

<sup>434</sup> Malone, 1983, p. 118 et les études qu'elle cite.

<sup>435</sup> Marilyn Baker, Harvey Taub, Readability of informed consent forms for research in a veteran administration medical center, 250 J.A.M.A. 2646, 2647 (1983). Voir aussi Henry Riecken, Ruth Ravich, Informed consent to biomedical research in veterans administration hospitals, 248 J.A.M.A. 344 (1982).

<sup>436</sup> 1983, p. 118; voir aussi Morrow, 1980, p. 56; E.S. Schrader, Does your patient need a PhD to read your consent form? 32 AORN Journal n° 1, p. 15 (1980).

<sup>437</sup> Bureau of the Census, United States Department of Commerce, Washington, Table 103 (1982-1983).

<sup>438</sup> Roth/Lidz/Meisel/Soloff/Kaufman/Spiker/Foster, 1982, p. 48.

<sup>439</sup> Pour d'autres critiques méthodologiques (par exemple l'absence de comparaison avec le phénomène naturel d'oubli), voir Meisel/Roth, 1983, p. 286ss.

études: en moyenne, les patients retiennent mal l'information qui leur a été fournie.

Ainsi, deux cents patients cancéreux furent interrogés dans les vingt-quatre heures qui suivaient la signature d'une formule de consentement. Il apparut que 60% d'entre eux avaient compris la nature et le but du traitement et 55% pouvaient citer au moins un de ses risques importants.<sup>440</sup> Jones et *al.* rapportent de leur côté que 76% des patients ne savaient pas le nom du médicament qu'ils prenaient, malgré une information orale et écrite, 88% n'en connaissaient pas les effets secondaires majeurs et 36% en ignoraient même la posologie.<sup>441</sup> Des enquêtes menées en Allemagne ont trouvé des résultats voisins. Hoefler et Streicher exposent que 18% des patients étaient en mesure de restituer le contenu du dialogue avec le médecin, la moitié d'entre eux se rappelait seulement que l'opération était nécessaire et comportait des risques tandis que le tiers restant ne savait plus sur quoi avait porté le dialogue!<sup>442</sup> Gramer et *al.* rapportent que près d'un tiers des personnes atteintes de cataracte et près de deux tiers de celles souffrant de glaucome n'avaient pas retenu les complications possibles de l'intervention.<sup>443</sup>

D'autres études ont indiqué que les patients ne se rappelaient qu'une partie de l'information. Le degré de « compréhension » du contenu des formules variait de 35% à 67% selon Epstein et Lasagna.<sup>444</sup> Robinson et Merav ont interrogé des patients quatre à six mois après leur guérison; ils ont trouvé qu'un tiers se rappelait correctement le diagnostic et les risques du traitement, un quart la nature de celui-ci et environ deux cinquièmes les alternatives.<sup>445</sup> Si cette étude ne nous apprend rien ou presque sur la compréhension du patient au moment où il prend la décision, elle met en revanche en lumière la fragilité des témoignages faits des mois voire des années après la fin du traitement! De nombreuses enquêtes ont encore révélé que des proportions parfois significatives d'individus n'étaient pas conscients, malgré l'information à cet égard, d'être le sujet d'une expérimentation médicale.<sup>446</sup>

<sup>440</sup> Cassileth/Zupkis/Sutton-Smith/March, 1980, p. 896; voir aussi Muss/White/Michielutte/Richards/Cooper/Williams/Stuart/Spurr, *supra* note 89, p. 1549: la moitié des patients a compris les complications liées à la chimiothérapie.

<sup>441</sup> Wendy Jones, Barbara Rimer, Paul Engstrom, Michael Levy, Anthony Paul, Robert Catalano, Ruth Peter, Important gaps in patients' knowledge prior to chemotherapy, 130 Progress in Clinical and Biomedical Research 391 (1983). Voir aussi Jeffrey Geller, State hospital patients and their medication—do they know what they take? 139 American Journal of Psychiatry 611 (1982), qui rapporte qu'une petite minorité seulement de patients savait quel médicament lui était administré.

<sup>442</sup> Etude rapportée en 111 Journal suisse de médecine 832 (1981).

<sup>443</sup> Gramer/Leydhecker/Kriegelstein, *supra* note 198, p. 51s, qui précisent aussi que 40% des patients ne se rappelaient pas la probabilité de succès. Voir aussi A. Kraus, E. Göltner, Der aufgeklärte Patient. Effizienz eingehender Aufklärung bei gynäkologischen Operationen, 123 Münchner Medizinische Wochenschrift 434, 436 (1981), qui notent qu'une moitié environ des patientes ne pouvaient expliquer à la sortie d'hôpital l'intervention qu'elles venaient d'y subir (hystérectomie vaginale). Ils concluent: «Über ein Drittel der Patienten trotz intensiver Bemühungen unaufgeklärt bleibt.»

<sup>444</sup> 1969, p. 682, notant au surplus que la compréhension augmentait en relation inverse de la longueur du document. Voir aussi les résultats voisins de Bergler/Pennington/Metcalf/Freis, 1980, p. 435; Roth/Lidz/Meisel/Soloff/Kaufman/Spiker/Foster, 1982, p. 37.

<sup>445</sup> George Robinson, Avraham Merav, Informed consent: recall by patients tested postoperatively, 22 Annals of Thoracic Surgery 209 (1976).

<sup>446</sup> Howard/De Mets, 1981, p. 287: 8% conscient d'être sujet; 43 Fed. Reg. 56190 (30 novembre 1978): 10%; Penman/Holland/Bahna/Morrow/Schmale/Derogatis/Carrrike/Cherry, 1984, p. 849: 25%; Gray, *supra* note 67, p. 128: 39%. Voir aussi les études citées par Meisel/Roth, 1983, p. 304ss.

Certains chercheurs ont trouvé une corrélation entre le volume d'informations retenu par le patient et son niveau d'instruction<sup>447</sup>, son âge<sup>448</sup> ou l'attention avec laquelle il avait lu le document<sup>449</sup>, mais sans qu'aucune conclusion définitive ne puisse être tirée.

Pour être en mesure d'améliorer le plus efficacement la situation actuelle, il faudrait mieux connaître le processus qui aboutit à la prise de décision. Il n'existe malheureusement que des données très fragmentaires, qui suggèrent néanmoins que, typiquement, la décision du patient n'est pas le résultat du processus envisagé par le droit<sup>450</sup>, soit de la pesée raisonnable des risques et bienfaits. Quelques auteurs font aussi allusion aux mécanismes psychologiques de refus face à des nouvelles déplaisantes, qui empêcheraient le patient d'assimiler certaines informations.<sup>451</sup> D'autre part, plus d'une étude suggère que l'information que reçoit le patient n'est en général pas le facteur principal dans sa décision.<sup>452</sup> Il ressort même de certaines enquêtes (faites en dehors de situations purement thérapeutiques) que la majorité des individus avait déjà pris la décision avant de recevoir la moindre explication.<sup>453</sup> Plus généralement, Tancredi souligne l'importance des réactions spontanées, intuitives à toute situation exigeant un choix.<sup>454</sup> Or ces réponses, largement méconnues, aboutissent à des décisions tout aussi valables en termes d'autonomie individuelle que celles qui sont le fruit d'une longue réflexion rationnelle.

### C. Comment améliorer la situation actuelle

Sur la base des résultats qui viennent d'être rapportés, il ne manquera pas d'esprits chagrins pour demander : « Mais alors, à quoi bon informer le patient ! ? » Ce serait une fausse question. Le devoir d'information, commandé par le respect du malade en tant qu'individu, est aussi juridique qu'éthique. L'essentiel est de fournir au patient en des termes qui lui sont accessibles, les informations dont il pourrait avoir besoin pour prendre sa décision. Peu importe l'usage qu'il en fera,

<sup>447</sup> William Freeman, Augusto Pichard, Harry Smith, Effect of informed consent and educational background on patient knowledge, anxiety, and subjective responses to cardiac catheterization, 7 *Catheterization and Cardiovascular Diagnosis* 119 (1981); Howard/De Mets, 1981, p. 287; Harvey Taub, Informed consent, memory and age, 20 *Gerontologist* 686 (1980); Cassileth/Zupkis/Sutton-Smith/March, 1980, p. 896.

<sup>448</sup> Gary Morrow, Jon Gootnick, Arthur Schmale, A simple technique for increasing cancer patients' knowledge of informed consent to treatment, 42 *Cancer* 793, 797 (1978); H. Taub, *supra* note 447, p. 686; Howard/De Mets, 1981, p. 287; Stanley/Guido/Stanley/Shortell, 1984, p. 1302. Voir en général Marshall Kapp, Arthur Bigot, Geriatrics and the law, New York, 1985, p. 15ss.

<sup>449</sup> Cassileth/Zupkis/Sutton-Smith/March, 1980, p. 896, relevant que 40% des sujets avaient lu le document attentivement; Jones/Rimer/Engstrom/Levy/Paul/Catalano/Peter, *supra* note 441, p. 391, qui notent que 37% de patients avouaient ne pas avoir lu le document!

<sup>450</sup> Michaels/Oetting, 1979, p. 223; Meisel/Roth, 1983, p. 326.

<sup>451</sup> On sait trop peu de choses sur la question pour entrainer une discussion de quelque valeur. Voir néanmoins les études que citent Meisel/Roth, 1983, p. 301s.

<sup>452</sup> Par exemple, selon Faden/Beauchamp, 1980, p. 313, elle l'est pour 12% des patients, et fait changer d'avis à 4% d'eux. Pour les autres patients, les facteurs déterminants sont d'ordre personnel (expérience passée, sentiments divers).

<sup>453</sup> Les proportions varient selon les études: Faden/Beauchamp, 1980, p. 313: 93% (choix d'une méthode contraceptive); Felner/Marshall, 1970, p. 246: 70% (don d'un rein); Penman/Holland/Bahna/Morrow/Schmale/Derogaris/Carnrike/Cherry, 1984, p. 849: 69%; Bergler/Pennington/Mercalife/Freis, 1980, p. 435: 75% des sujets auraient accepté de participer à la recherche sans être informés à son sujet.

<sup>454</sup> 1982, p. 55.

ou n'en fera pas, dans l'évaluation de la situation. Il s'agit là d'une question au-delà du droit et de l'éthique.

On pourrait de toute manière justifier l'obligation d'informer par des arguments propres à satisfaire aussi les cartésiens et les utilitaristes. Les voici rapidement résumés :

1. La majorité des patients veut être informée complètement.<sup>455</sup>
2. L'information a des effets positifs sur la majorité des patients: elle facilite leur décision et les rend plus sereins.<sup>456</sup>
3. L'information paraît avoir des effets salutaires sur les soins eux-mêmes.<sup>457</sup>
4. L'information renforce la confiance du patient en son médecin et améliore la communication entre eux, diminuant du même coup la probabilité de litiges ultérieurs.<sup>458</sup>

La situation actuelle est loin d'être parfaite, que le patient soit informé oralement ou par écrit. Cela tient certainement autant aux médecins qu'aux patients. Si les premiers, spontanément, ne fournissent pas volontiers une ample information, les seconds ne la sollicitent pas avec ardeur, entretenant ainsi l'idée qu'ils ne veulent presque rien savoir. A partir de cette constatation, il me semble que des efforts peuvent être entrepris dans cinq directions principales pour améliorer la communication entre médecins et malades :

- a) améliorer l'aptitude des médecins à communiquer valablement avec les patients;
- b) éduquer les patients à plus de responsabilité en matière de soins;
- c) «déroutiniser» l'obtention du consentement et trouver le moment le plus approprié pour informer le malade;
- d) améliorer la substance de l'information;
- e) déterminer le mode le plus efficace de la transmettre.

a) L'ensemble du corps médical devrait d'abord considérer le patient comme un interlocuteur responsable, capable de comprendre et de décider, puis se convaincre que discuter et informer le patient fait partie intégrante de l'administration de soins optimaux.<sup>459</sup> Des auteurs américains ont insisté sur la réorientation indispensable des études médicales. Elles devraient davantage apprendre aux futurs médecins comment communiquer effectivement avec les malades.<sup>460</sup> Il est

<sup>455</sup> Voir *supra*, note 426.

<sup>456</sup> Voir notamment Sydney Rosenberg, *Informed consent—A reappraisal of patient's reactions*, 119 *California Medicine* 64 (1973); Ralph Alfidi, *Informed consent—A study of patient reaction*, 216 *J.A.M.A.* 1325 (1971); Faden/Beauchamp, 1980, p. 313; W. Leydhecker, E. Gramer, G. Krieglstein, *Patient information before cataract surgery*, 180 *Ophthalmologica* 241 (1980); Habermann, *supra* note 198, p. 558; Lund, *supra* note 198, p. 42. Pour des développements, voir *infra*, notes 679ss.

<sup>457</sup> *President's Commission*, vol. 1, 1982, p. 99ss et les études citées; Tancredi, 1982, p. 62 et ses références; Rockwell/Pepitone-Rockwell, 1979, p. 1341; Neil Hotzman, Ruth Faden, A. Judith Chwalow, Susan Hotn, *Effect of informed parental consent on mothers' knowledge of newborn screening*, 72 *Pediatrics* 807 (1983). Pour des développements, voir *infra*, notes 683ss.

<sup>458</sup> Voir *supra* notes 198ss. Comme le relève le tribunal dans *Wilkinson v. Vesey*, 295 A.2d 676, 690 (R.I. 1972), «more communication» between doctor and patient means «less litigation» between patient and doctor».

<sup>459</sup> Une évolution dans ce sens paraît se dessiner aux Etats-Unis: voir notamment *President's Commission*, vol. 2, 1982, p. 3.

<sup>460</sup> Voir en particulier Kaufmann, *supra* note 90, p. 117ss; Oratz, *supra* note 90, p. 143ss et leurs références.

important aussi que les médecins prennent mieux conscience des raisons profondes propres à leur discipline, afin d'être en mesure de les traduire en langage accessible au patient.<sup>461</sup>

b) Il s'agit là de la tâche la plus formidable et peut-être poursuit-elle un but utopique. La Commission présidentielle américaine a notamment proposé de mettre d'autres sources d'information à disposition du patient, afin d'améliorer son éducation médicale.<sup>462</sup> Mais ceci laisse subsister la question centrale : tient-il de la nature humaine de vouloir une relation de dépendance à l'égard du médecin ou s'agit-il d'une attitude qui a été forgée depuis des siècles et est imprimée dans l'individu dès son enfance ? Le professeur Katz, à la fois psychiatre et juriste, qui est l'un des auteurs ayant le plus disserté sur la question, avoue ne l'avoir jamais résolue : « What is so unclear with respect to attitudes toward professionals is the question what came first, the chicken or the egg. (...) How much of it is brainwashing, how much of it is something inherent in the nature of man, I don't know. »<sup>463</sup>

c) Le moment le plus approprié pour informer le patient est facile à définir en théorie : quand le patient est en pleine possession de toutes ses facultés et se trouve matériellement encore en mesure de refuser le traitement si telle est sa volonté.<sup>464</sup> Le médecin prendra donc soin dans toute la mesure du possible de ne pas l'informer lorsqu'il est émotionnellement perturbé ou sous l'effet de médicaments psychotropes.<sup>465</sup>

Dans une affaire jugée aux Etats-Unis, un patient, sans doute peu superstitieux, se fit opérer un jour à 13 heures 13. A midi, il avait reçu une dose de morphine et un peu plus tard une dose d'informations sur les dangers de l'anesthésie. Des complications dues à l'anesthésique employé (fluothane) causèrent son décès quelques jours plus tard. L'action ouverte par ses ayants cause fut rejetée par le juge, qui estima qu'il avait donné un consentement valable. Sans considérer la proximité immédiate de l'opération, il releva simplement que les demandeurs n'avaient pas établi que la capacité du patient était diminuée.<sup>466</sup>

Dans une autre affaire, survenue en Allemagne, une patiente avait été envoyée au département neurologique d'une clinique par son médecin-traitant, qui soupçonnait l'existence d'une tumeur. Le jour de son admission, une angiographie de la carotide fut pratiquée, qui laissa des séquelles neurologiques importantes. Il fut établi que l'information avait été donnée à la malade lors de son transport à la salle d'opération voire sur le billard, après qu'elle avait reçu une première piqûre.

<sup>461</sup> Voir sur ce point l'intéressante contribution de Helfand, 1983, p. 31ss. Voir aussi Howard Waitzkin, Doctor-patient communication. Clinical implications of social research, 252 J.A.M.A. 2441 (1984).

<sup>462</sup> President's Commission, vol. 1, 1982, p. 121ss. Voir aussi William Curran, Package inserts for patients: informed consent in the 1980s, 305 N.E.J.M. 1564 (1981).

<sup>463</sup> Katz, 1980, p. 130; voir aussi Katz, 1977, p. 137ss; *id.*, 1984, *passim*.

<sup>464</sup> Dans ce sens, notamment Kern/Laufs, 1983, p. 41s; Giesen, 1983, p. 53; Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 86; Tempel, 1980, p. 609; OLG Stuttgart, NJW 1979 2355; OLG Frankfurt, MedR 1984 194, qui déclare que le consentement du patient serait sans valeur s'il souffrait de douleurs telles « dass er völlig auf diese fixiert ist » ou s'il était sous l'effet de tranquillisants propres à affecter ses facultés mentales.

<sup>465</sup> President's Commission, vol. 1, 1982, p. 118s; M. W. Eysenck, Anxiety, learning and memory: a reconceptualization, 13 Journal of Research in Personality 363 (1979) donnant l'exemple des moments suivant immédiatement la révélation d'un diagnostic grave.

<sup>466</sup> Lindquist v. Ayerst Laboratories, 607 P.2d 1339 (Kan. 1980).

Le tribunal estima que le consentement était sans valeur parce que l'information était tardive. Elle aurait dû être fournie à un moment où « der Patient noch in vollem Besitz seiner Erkenntnis- und Entscheidungsfähigkeit ist und ihm bis zu dem beabsichtigten Eingriff eine gewisse Überlegungsfrist bleibt. »<sup>467</sup>

La question du moment de l'information n'a pratiquement pas été discutée aux États-Unis. Les rares auteurs à y faire allusion recommandent une information le plus tôt possible, avant que le patient « has become psychologically committed to going through with an intervention. »<sup>468</sup> Ceci devrait être avant l'hospitalisation, car une fois en clinique le patient perçoit un refus de l'intervention projetée comme un embarrasement tant psychologique que financier.<sup>469</sup>

Contrairement à la jurisprudence américaine, qui exige seulement que le patient ait toutes ses facultés lors de l'information, les cours allemandes ont ajouté depuis 1959 la condition que le patient ait « Gelegenheit und Zeit zur ruhigen Abwägung des Für und Wider der Gründe und Gegengründe. »<sup>470</sup> Un tribunal précisa que ce délai devait être suffisant pour que le patient puisse consulter ses proches s'il le désirait.<sup>471</sup>

La règle appliquée en Allemagne devrait à mon sens être admise en droit suisse, en la nuancant selon l'urgence et l'importance de l'intervention. S'agissant d'un traitement bénin et courant, l'information du malade se fera juste avant sa mise en route.<sup>472</sup> Plus l'intervention est sérieuse, sans être urgente, et plus il faudra accorder au patient un délai de réflexion important.

Une enquête américaine a révélé que, dans la pratique des hôpitaux du Michigan, la signature d'une formule de consentement à une opération était obtenue dans 42% des cas avant ou lors de l'admission à l'hôpital, dans 46% des cas le jour ou la nuit avant l'intervention et dans 11% le jour de celle-ci.<sup>473</sup> Des chercheurs allemands ont tenté d'établir les préférences des patients dans ce domaine, sans qu'une réponse marquante n'émerge. D'un à deux tiers des patients voulaient être informés quelques jours avant une opération de la cataracte ou du glaucome. D'un tiers à près de la moitié exprimèrent le souhait d'être renseignés complètement avant ou lorsque la date d'entrée en clinique était fixée.<sup>474</sup> On rappellera que le *Bundesgerichtshof* avait jugé que le médecin traitant devait informer son patient avant de l'envoyer à l'hôpital pour une appendicectomie.<sup>475</sup>

Des juges allemands ont même considéré que le médecin qui éclairait le patient la veille au soir d'une opération d'hernies inguinales répétées agissait tardivement.<sup>476</sup> Tempel écrivit alors que l'information devait être fournie quelque trois

<sup>467</sup> OLG Stuttgart, NJW 1979 2355; voir aussi OLG Hamm, VersR 1981 686, 688, où l'information, transmise une heure à une heure et demie avant l'intervention (alors qu'une piqûre calmante devait être faite une heure avant celle-ci), fut considérée tardive.

<sup>468</sup> Thompson, *supra* note 41, p. 113; voir aussi Alfidi, *supra* note 456, p. 1329; Andrews, 1984, p. 198ss.

<sup>469</sup> Comme le notent aussi Lidz/Meisel, *supra* note 69, p. 397; Thompson, *supra* note 41, p. 113s. Voir aussi Moore v. Fragatos, 321 N.W.2d 781 (Mich. 1982).

<sup>470</sup> BGH, NJW 1959 825; voir aussi BGH, NJW 1974 1422.

<sup>471</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1963 1680 (en matière de chirurgie esthétique); voir aussi OLG Celle, NJW 1979 1251.

<sup>472</sup> Dans ce sens, Kern/Laufs, 1983, p. 41; Deutsch, 1983, p. 48.

<sup>473</sup> Malone, 1983, p. 119.

<sup>474</sup> Gramer/Leydhecker/Kriegelstein, *supra* note 198, p. 51; voir aussi Leydhecker/Gramer/Kriegelstein, *supra* note 456, p. 243.

<sup>475</sup> BGH, NJW 1980 633.

<sup>476</sup> OLG Celle, NJW 1979 1251, 1253. L'arrêt est approuvé par Giesen, 1983, p. 53 et Kern/Laufs, 1983, p. 41; critiqué par Deutsch, 1979, p. 1907. Le BGH vient de décider en sens contraire: BGH, MedR 1985 168, qui admet l'information la veille d'une hystérectomie.

jours avant une opération d'importance.<sup>477</sup> A l'inverse, Deutsch estimait qu'il était assez tôt de renseigner le malade la veille du traitement, quel qu'il soit, et il mettait en garde contre de prétendus périls psychologiques d'une information prématurée: «Eine zu frühzeitige Aufklärung ist zu vermeiden, um den Patienten nicht unnötig und wiederholt zu beunruhigen.»<sup>478</sup>

L'argument de Deutsch ne me convainc pas. J'estime au contraire que, s'agissant d'opérations graves en particulier, l'information devrait intervenir le plus tôt possible et hors du cadre hospitalier lorsque c'est réalisable. Les patients déjà hospitalisés devraient, dans la mesure du possible, être éclairés l'avant-veille de l'intervention. Ils disposeraient ainsi d'une nuit de sommeil puis d'une journée de réflexion leur laissant la liberté de consulter des tiers ou de reporter l'opération prévue afin d'obtenir une seconde opinion. Il est fort improbable cependant qu'il puisse s'agir là d'une obligation que les tribunaux sanctionneraient. D'autre part, il est admissible que l'anesthésiste vienne trouver le patient la veille seulement. L'anesthésie n'est en effet qu'annexe (bien qu'elle soit indispensable et non dénuée de risques) à l'opération et ce n'est pas elle qui amène dans la règle un patient à refuser l'intervention.

Dans l'hypothèse particulière de l'avortement, la Cour suprême américaine a jugé à plus d'une reprise que les législations des Etats ne pouvaient pas imposer, sans violer la Constitution, un délai d'attente de vingt-quatre heures à la femme enceinte entre la consultation initiale d'un gynécologue et l'avortement.<sup>479</sup> A l'opposé, divers auteurs se sont déclarés favorables à un délai d'attente dans le cadre thérapeutique normal, tant qu'il ne porte aucun préjudice à la santé du patient.<sup>480</sup>

Un autre aspect de l'obtention du consentement pourrait être facilement amélioré: c'est le temps qu'y consacrent d'ordinaire les praticiens. Plusieurs sondages ont montré qu'ils ne passaient que peu de temps à discuter avec les patients, tant aux Etats-Unis qu'en Allemagne.<sup>481</sup> L'attitude d'une partie du corps médical de réduire à la portion congrue le temps de discussion pourrait bien être une fausse économie, comme le souligne la Commission présidentielle américaine: «Une meilleure communication initiale peut gagner du temps plus tard, en évitant un manque d'information ou des malentendus, y compris ceux qui mènent à une action en responsabilité par un patient insatisfait.»<sup>482</sup>

d) L'information tant orale qu'écrite peut être améliorée dans sa substance. Le médecin devrait veiller à adapter son vocabulaire aux facultés de compréhension et au degré de connaissances du patient. Il doit par conséquent s'exprimer en un langage simple, accessible au malade, et non pas dans le jargon qu'il utilise avec

<sup>477</sup> 1980, p. 615, dont l'opinion est reprise par Kern/Laufs, 1983, p. 41, en réservant le cas de l'anesthésie.

<sup>478</sup> 1979, p. 1907; son slogan est «rechtzeitig aber nicht vorzeitig».

<sup>479</sup> Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 103 S.Ct. 2481 (1983); Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft, 103 S.Ct. 2517 (1983). Voir aussi Indiana Planned Parenthood Affiliates Association, Inc. v. Pearson, 716 F.2d 1127 (7th Cir. 1983); Zbaraz v. Hartigan, 584 F.Supp. 1452 (Ill. 1984).

<sup>480</sup> Thompson, *supra* note 41, p. 114; Andrews, 1984, p. 200s.

<sup>481</sup> President's Commission, vol. 2, 1982, p. 10: 15 minutes environ; Maione, 1983, p. 120: 8,5 minutes (et près de la moitié des médecins y consacrent 5 minutes ou moins); Rosoff, 1981, p. 352s: 10 minutes ou moins chez la moitié des praticiens; Gramet/Leydhecker/Kriegelstein, 1982, p. 51: 15 minutes pour des opérations ophtalmologiques. De tels chiffres moyens n'ont qu'une valeur très relative quand ils ne précisent pas la nature du traitement discuté.

<sup>482</sup> President's Commission, vol. 1, 1982, p. 119.

ses collègues.<sup>463</sup> Une affaire française mérite d'être citée ici. Pour lui expliquer le genre de maladie dont elle souffrait, un otorhinolaryngologue avait dit à sa patiente qu'elle était atteinte d'une « sinusite frontale double » alors qu'il s'agissait en réalité d'un mucocèle frontal. Observant que la technique opératoire était analogue pour les deux affections, la Cour de cassation estima que le praticien avait correctement rempli son devoir d'information, car la patiente n'aurait pas compris le terme mucocèle.<sup>464</sup>

Tout terme technique, même d'acception courante, devrait être expliqué sans attendre une question éventuelle du patient. Il semble bien que médecins et patients comprennent souvent fort différemment le vocabulaire médical le plus commun.<sup>465</sup> Mais simplifier ne signifie pas dénaturer, et le praticien devrait éviter l'emploi d'euphémismes comme celui de mots creux qui masquent son incertitude, ou encore de donner de fausses assurances sur l'innocuité du traitement. Il devra dès lors passer plus de temps avec les patients les moins instruits des choses médicales. Malheureusement, c'est le contraire qui se produit en réalité. Ce phénomène a été baptisé « inverse care law »<sup>466</sup> : des études ont établi par exemple que les médecins prenaient plus de temps pour discuter avec les patients des classes moyennes qu'avec ceux des classes socio-économiques dites inférieures.<sup>467</sup>

Il appartient au médecin de corriger ce déséquilibre, car il porte la responsabilité de se faire comprendre. De même, face à un patient ne parlant pas sa langue, il doit s'entourer d'un interprète capable de transmettre valablement des informations de nature médicale.<sup>468</sup> Lorsque le patient ne possède que des rudiments de la langue indigène, le médecin doit veiller à être particulièrement simple et clair puis vérifier que ses explications ont été comprises.<sup>469</sup>

L'information écrite, usuelle aux Etats-Unis et se répandant rapidement en Allemagne<sup>470</sup>, peut être améliorée aussi de plus d'une manière. Les documents ne devraient pas être rédigés par des comités de médecins et de juristes uniquement, mais les patients ou leurs associations devraient y participer. Leur lisibilité pourrait être testée et améliorée au besoin avant leur emploi. Des mots et des phrases courtes, en langage ordinaire, devraient être la règle. Toutes connotations techniques ou scientifiques et toutes considérations juridiques sont à éviter, car

<sup>463</sup> Dans ce sens, Ney, 1979, p. 79; Nægeli, 1984, p. 110; Ileri, 1983, p. 66; Meisel, 1984, p. 167; Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 229; Schwab/Kramet/Kriegelstein, 1983, p. 32; Giesen, 1983, p. 77; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 117. Voir en outre Ch. Baumann, A. Kimmel, W. Pfeiffer, Zur Analyse anästhesiologischer Aufklärungsgespräche, in Lawin/Huth, 1982, p. 43ss; J. Gamham, Some observations on informed consent in non therapeutic research, 1 Journal of Medical Ethics 138 (1975).

<sup>464</sup> Cass. civ., 21 février 1961, J.C.P. 1961 II 12129 note Savatier. A mon sens, le médecin aurait dû parler de mucocèle *puis* l'expliquer en le comparant avec une sinusite. Voir aussi BGH, NJW 1976 365, où les juges suggèrent, pour mieux faire comprendre une intervention au patient, de la comparer avec une autre opération suffisamment proche et connue du grand public.

<sup>465</sup> Voir en particulier les surprenants résultats rapportés par Boyle, 1970, p. 286ss, à propos de mots supposés communs tels que jaunisse, diarrhée, arthrite, palpitations, bronchite, etc. Voir aussi Freeman/Picard/Smith, *supra* note 447, p. 119.

<sup>466</sup> Cette règle a été dégagée par Tudor Hart, The inverse care law, Lancet 1971, I, p. 405ss. Elle pose que les soins médicaux sont le moins facilement obtenus dans les régions et par les individus qui en ont le plus besoin.

<sup>467</sup> Voir notamment Campbell/Higgs, 1982, p. 39 et leurs références.

<sup>468</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 23; Schwab/Kramet/Kriegelstein, 1983, p. 32; Ileri, 1983, p. 66 (implicitement).

<sup>469</sup> OLG Hamm, VersR 1981 686; OLG München, VersR 1979 848.

<sup>470</sup> Kuhlmann, 1973, p. 2239; Kern/Laufs, 1983, p. 47ss; Bauer, 1979, p. 497; Ganzoni, 1983, p. 1297.

elles paraissent inciter le patient à une lecture cursive.<sup>491</sup> Le document entier devrait être concis et bien structuré, avec des patigraphes munis de titres.<sup>492</sup> Telles sont quelques-unes des précautions qui amèneraient la rédaction de documents lisibles pour tout le monde.

e) Il reste à déterminer le meilleur moyen de transmettre l'information au malade. D'innombrables propositions ont été avancées aux Etats-Unis. Parmi elles, plusieurs suggèrent l'utilisation de cassettes vidéo.<sup>493</sup> On lui prête de nombreux avantages, en particulier un impact plus grand car le message est moins abstrait, la répétabilité à volonté et la survivance d'un moyen de preuve. A titre expérimental, des patients cancéreux furent informés sur leur mal et son traitement au moyen de quatre vidéocassettes de quatorze minutes chacune. On constata que le programme accroissait le degré de compréhension du patient, facilitait sa communication effective avec le personnel soignant et aidait les patients les moins instruits à formuler ensuite des questions. Les auteurs de l'étude ont expliqué cette efficacité par le fait que la télévision est un «nonthreatening, familiar and habitual vehicle for the receipt of information.»<sup>494</sup> L'emploi de moyens vidéo se développe en tout cas aux Etats-Unis, en milieu hospitalier. A Boston par exemple, le *Massachusetts General Hospital* a créé une chaîne d'éducation des patients, qui diffuse des programmes audiovisuels sur une cinquantaine de sujets médicaux.

On trouve, dispersées dans la littérature médicale, un certain nombre d'autres suggestions. A la fameuse clinique Mayo de Rochester, le dialogue entre médecin et patient était enregistré, puis la cassette donnée au patient pour qu'il puisse l'écouter à loisir chez lui et éventuellement demander ultérieurement des éclaircissements. Les patients écoutèrent la cassette trois fois et demie en moyenne. 91% d'entre eux déclarèrent qu'elle les avait aidés à comprendre le traitement.<sup>495</sup> D'autres études confirment que si le patient peut repasser, tranquillement installé chez lui, l'information qui lui a été fournie (par brochure par exemple), sa compréhension des choses et leur mémorisation s'en trouvent améliorées.<sup>496</sup> Une proportion substantielle de patients serait du reste vivement intéressée par cette solution.<sup>497</sup> La Commission présidentielle américaine recommande dans son rapport de faire participer la famille du patient au processus d'information et de

<sup>491</sup> Cassileth/Zupkis/Sutton-Smith/March, 1980, p. 896; voir aussi Andrews, 1984, p. 182ss, qui fait de nombreuses suggestions pour faciliter la compréhension du document (usage de la forme positive plutôt que négative, de mots familiers, d'informations quantitatives plutôt que qualitatives, par exemple risque de 2% plutôt que risque rare, etc).

<sup>492</sup> Epstein/Lasagna, 1969, p. 682: à contenu informatif égal, la formule la plus courte est la mieux comprise; John Grabowski, Charles O'Brien, Jim Mintz, Increasing the likelihood that consent is informed, 12 *Journal of Applied Behavioral Analysis* 283 (1979): une présentation structurée de l'information accroît son intelligibilité.

<sup>493</sup> Notamment Barbour/Blumenkrantz, 1978, p. 2741; Krueger, 1981, p. 40; Bailey, 1978, p. 282; Trichter, 1980, p. 463; Freeman/Pichard/Smith, *supra* note 447, p. 119; Malone, 1983, p. 121ss; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 117. Voir aussi L. Schmidt, *supra* note 427, p. 116; Ileri, 1983, p. 66, parlant d'un «willkommenes pädagogisches Mittel».

<sup>494</sup> Barrie Cassileth, Richard Heiberger, Vicky March, Katherine Sutton-Smith, Effect of audiovisual cancer programs on patients and families, 57 *Journal of Medical Education* 54, 58 (1982).

<sup>495</sup> Hugh Butt, A method for better physician-patient communication, 86 *Annals of Internal Medicine* 478 (1977).

<sup>496</sup> Notamment Morrow, 1980, p. 56; Morrow/Gootnick/Schmale, *supra* note 448, p. 797; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 118.

<sup>497</sup> Gramer/Leydhecker/Kriegelstein, *supra* note 198, p. 51: deux tiers; Leydhecker/Gramer/Kriegelstein, *supra* note 456, p. 241: environ la moitié.

consentement, en s'entourant d'évidentes précautions, dont la première est l'accord du malade.<sup>498</sup> Des effets positifs ont en effet été trouvés par diverses études qui insistent sur la désirabilité de considérer la famille comme «unit of care», dès le moment où la décision d'un membre a souvent des répercussions sur la famille tout entière.<sup>499</sup> D'autres auteurs recommandent la présence du conjoint lors du dialogue médical pour diminuer l'appréhension du malade et aussi pour une raison bien plus triviale: dans un éventuel litige ultérieur, cela fait bien meilleure impression sur le jury.<sup>500</sup>

Woodward rapporte des résultats surprenants obtenus dans le cadre d'une étude du choléra. Pendant deux jours, les sujets furent éclairés intensivement, par oral et par écrit, sur cette maladie et son traitement. Interrogés, ils répondirent mieux qu'un groupe d'étudiants en médecine, d'internes et de professeurs de médecine tropicale qui sortaient d'une conférence sur le choléra.<sup>501</sup> Au-delà de l'anecdote, l'étude me semble prouver surtout une chose: par des moyens appropriés, on peut transmettre efficacement des connaissances médicales complexes à des profanes.

Toutes sortes de formules de consentement ont aussi été proposées, et une grande variété de brochures employées. On a suggéré que le patient soit tenu de lire à haute voix le document<sup>502</sup> ou de remplir des blancs qui seraient laissés dans le formulaire.<sup>503</sup> On a proposé encore que le patient, après avoir reçu l'information oralement, soit chargé de rédiger lui-même une formule de consentement.<sup>504</sup>

Les préférences du public ne peuvent être établies sur la base des quelques enquêtes qui ont essayé de les révéler. Le sondage réalisé pour la Commission présidentielle américaine a trouvé que 65% des gens et 64% des médecins estimaient que les documents écrits de consentement aidaient la communication.<sup>505</sup> En Allemagne, une étude indique que deux tiers des patients ont préféré l'information écrite à celle orale, mais la première était plus détaillée.<sup>506</sup> On rapporte ailleurs que l'écrasante majorité des patients avait accueilli favorablement une brochure écrite d'information sur l'angiogramme.<sup>507</sup> Habermann enfin a trouvé que quatre patients sur dix pensaient que le dialogue était plus important que la brochure écrite, les six autres estimant que les deux moyens étaient d'égale importance.<sup>508</sup>

Une seule étude à ma connaissance a cherché à évaluer comparativement la valeur de divers moyens de transmettre la même information. Quatre groupes de patients furent informés respectivement par vidéocassette, par entretien personnel, par brochure et par discussion informelle de groupe. Leurs connaissances

<sup>498</sup> President's Commission, vol. 1, 1982, p. 126ss.

<sup>499</sup> Voir les études citées in President's Commission, vol. 1, 1982, p. 126s, en particulier celles de Fletcher et de Bovermann.

<sup>500</sup> Notamment L. Miller, 1980, p. 2662.

<sup>501</sup> 1979, p. 248.

<sup>502</sup> Andrews, 1984, p. 202.

<sup>503</sup> Robert Moot, Consent forms—How, or whether they should be used. 53 Mayo Clinic Proceedings 393, 395 (1978). Voir aussi Miller/Wiliner, 1974, p. 966, qui suggèrent d'adopter un *quiz* à la formule de consentement.

<sup>504</sup> President's Commission, vol. 1, 1982, p. 118, qui recommande d'étudier plus à fond cette possibilité; Andrews, 1984, p. 203; Meisel, 1984, p. 172.

<sup>505</sup> Harris/Boyle/Brounstein, *supra* note 424, p. 25.

<sup>506</sup> Gramer/Leydhecker/Kriegelstein, *supra* note 198, p. 50s.

<sup>507</sup> Schwab/Karnet/Kriegelstein, 1983, p. 84.

<sup>508</sup> *Supra* note 198, p. 558.

furent ensuite testées. Il s'avéra que leur degré de compréhension ne présentait pas de différence significative.<sup>509</sup>

En conclusion, une seule chose paraît certaine: aucun procédé, qu'il soit écrit, audiovisuel ou autre, ne doit remplacer le dialogue entre médecin et patient<sup>510</sup>, si l'on ne veut pas déshumaniser encore plus les soins, surtout hospitaliers. En médecine quotidienne, l'information sera communiquée par oral seulement, le médecin pouvant s'aider de moyens moins abstraits (diagrammes, modèles, etc.) pour faciliter la compréhension. En milieu hospitalier, je préconiserais l'usage de brochures écrites, voire de moyens audiovisuels, en complément du dialogue médical.<sup>511</sup> Des brochures illustrées, spécifiques à toute une série d'interventions, pourraient être préparées et traduites en plusieurs langues. Elles fourniraient un instrument d'information commode et adapté à la langue maternelle de chaque patient. Idéalement, elles devraient être distribuées au patient après un premier entretien avec le médecin et être suivies par un second entretien au cours duquel le médecin répondrait aux questions du patient et vérifierait sa bonne compréhension.<sup>512</sup> C'est à l'issue de ce dialogue que le patient serait appelé à prendre sa décision oralement.

## § 2.5 Les limitations au devoir d'information

### A. Généralités

Tous les pays passés en revue chargent le médecin d'une obligation active d'informer le malade. Le contenu de cette obligation n'est pas rigide, puisqu'il doit tenir compte des renseignements dont le patient a besoin pour choisir un traitement particulier. C'est pourquoi doctrine et jurisprudence ont déduit un principe général de proportionnalité<sup>513</sup>, postulant que l'étendue de l'information est en relation inverse de la nécessité, de l'urgence et de l'innocuité du traitement.

Cette règle tout empirique est valable dans la mesure où elle reconnaît qu'un patient a besoin de plus d'informations pour prendre une décision ayant de lourdes conséquences. L'ampleur de l'information telle qu'elle a été définie dans les pages précédentes constitue donc en principe un minimum. Le devoir du médecin est plus rigoureux pour les procédures non thérapeutiques ou facultatives: chirurgie esthétique, intervention facultative<sup>514</sup>, don d'organe, recherche médicale (spécialement celle dite scientifique)<sup>515</sup>, voire les interventions à but diagnostique.

<sup>509</sup> Faden, 1977, p. 198; voir aussi Andrews, 1984, p. 185, citant des recherches qui paraissent indiquer qu'une information écrite est plus facilement mémorisée qu'une information orale.

<sup>510</sup> Dans ce sens, President's Commission, vol. 1, 1982, p. 117; Freeman/Pichard/Smith, *supra* note 447, p. 128; Hollmann, 1973, p. 1396s; Schwab/Kramet/Kriegelstein, 1983, p. 84; Deutsch, 1983, p. 47; Giesen, 1983, p. 78s.

<sup>511</sup> Dans le même sens, Andrews, 1984, p. 185. L'information du patient peut gagner à être en partie écrite, même si le consentement est ensuite donné oralement.

<sup>512</sup> Voir sur ce point President's Commission, vol. 1, 1982, p. 119, qui estime que plusieurs entretiens valent mieux qu'un seul; Roth/Lidz/Meisel/Soloff/Kaufman/Spiket/Foster, 1982, p. 48, qui suggèrent une information orale et écrite, à l'aide de documents préparés par des éducateurs et des pédagogues.

<sup>513</sup> Voir notamment Loefflet, 1945, p. 98s; Ney, 1979, p. 82; Doll, 1972, p. 429s; Nerson, 1978, p. 870; Kern/Laufs, 1983, p. 68; Giesen, 1983, p. 68; Wilkinson v. Vesey, 295 A.2d 676 (R.I. 1972).

<sup>514</sup> Petty v. United States, 740 F.2d 1428 (8th Cir. 1984): vaccination contre la grippe porcine; Cowman v. Hornaday, 329 N.W.2d 422 (Iowa 1983): stérilisation volontaire.

<sup>515</sup> Dans ce sens, Gross, 1977, p. 137; Nägeli, 1984, p. 111.

A l'obligation d'informer le malade, tous les pays reconnaissent pourtant un certain nombre de tempéraments, appelés en général *exceptions*.<sup>516</sup> Le terme me paraît impropre dans la mesure où, comme on le verra, le médecin n'est en principe pas relevé complètement de son devoir. Il est utile pourtant en ce qu'il indique bien que c'est le médecin qui a le fardeau de prouver les circonstances limitant son devoir d'information.

Les limitations généralement admises se fondent sur plusieurs idées. Tout d'abord, les circonstances d'espèce peuvent rendre impossible l'obligation du médecin: c'est l'hypothèse de l'urgence et celle de l'incapacité de fait ou de droit du patient. Ensuite, la volonté du malade peut vider l'obligation de tout ou partie de sa substance: c'est l'hypothèse où le patient renonce à ses droits. Enfin, l'intérêt objectif du malade est estimé parfois prévaloir sur ses droits et justifier une limitation de l'information: c'est l'hypothèse, très controversée, du «privilegé thérapeutique».

Chaque situation déploie des effets qui varient selon les circonstances d'espèce. L'incapacité du patient, l'urgence et la renonciation peuvent aller jusqu'à dispenser le médecin de sa double obligation d'informer le patient puis de recueillir son consentement. Le privilège thérapeutique, dans la mesure où on l'admet, ne relève que partiellement le médecin de la première obligation.

A ces quatre hypothèses principales, on a parfois ajouté, surtout en Suisse et en Allemagne, celle où le patient «est déjà renseigné ou est censé l'être (par exemple s'il est lui-même médecin)».<sup>517</sup> Ses effets ne s'étendent bien sûr qu'à ce que le patient connaît effectivement déjà.<sup>518</sup> Elle ne peut en principe pas justifier l'absence totale d'information, d'autant moins que la clairvoyance et les connaissances de tout malade peuvent être subtilement altérées par la maladie.

La connaissance préalable du patient peut avoir trois origines principales: sa formation professionnelle (comme le suggérait le Tribunal fédéral), ses expériences passées ou la révélation par des tiers. En toute circonstance, le médecin ne devrait pas prêter un degré de savoir trop étendu au malade, car il lui appartient de le prouver.

Le patient peut avoir été éclairé au préalable par son médecin de famille ou par d'autres praticiens qu'il aurait consultés.<sup>519</sup> Avant d'intervenir, le médecin doit vérifier les connaissances du malade.<sup>520</sup> De même il ne doit pas sans autre admettre que des expériences antérieures avec le traitement ou la maladie sont synonymes de connaissances suffisantes. Il fut par exemple jugé que le devoir d'information subsistait en plein malgré les opérations identiques subies par le patient dans le passé.<sup>521</sup> La position de la jurisprudence allemande est cependant plutôt d'imposer au patient qui a déjà suivi un traitement la charge de demander les renseignements qu'il ne connaîtrait pas encore.<sup>522</sup> Le principe me paraît discutable car rien ne

<sup>516</sup> Voir en particulier Meisel, 1979, p. 413ss.

<sup>517</sup> ATF 105 II 284, 288. Dans le même sens, notamment Lotz, 1968, p. 117; Ott, 1978, p. 38; Grotzsch, 1973, p. 44; Nägeli, 1984, p. 110; Bussmann, 1984, p. 70; Giesen, 1983, p. 68ss; Kern/Laufs, 1983, p. 112ss; Tempel, 1980, p. 613; Hollmann, 1973, p. 1395s.

<sup>518</sup> A propos des risques connus, voir *supra*, p. 151 et 157.

<sup>519</sup> Par exemple BGH, NJW 1976 363; BGH, VersR 1980 847.

<sup>520</sup> BGH, NJW 1984 1807.

<sup>521</sup> OLG Celle, NJW 1979 1251. Mais Wachsmuth, dans la note suivant l'arrêt, NJW 1979 1253, de même que Kern/Laufs, 1983, p. 115, estiment que le BGH aurait cassé la décision si le recours avait été possible.

<sup>522</sup> Notamment BGH, NJW 1973 556; voir aussi BGH, VersR 1961 421; BGH, NJW 1979 1933; BGH, NJW 1976 363; plus généralement, Giesen, 1983, p. 68s; Kern/Laufs, 1983, p. 115s.

prouve que le patient avait été informé la première fois. Il me semble discutable aussi de déclarer, comme l'a fait le *Bundesgerichtshof*<sup>523</sup>, que si le patient connaît le risque lié à l'abstention thérapeutique, le médecin n'a pas à lui dire que le même risque peut se réaliser aussi lors du traitement.

Plus souvent, le médecin allègue que son patient était déjà au courant du fait de sa formation professionnelle. Il fut par exemple jugé en Allemagne que le devoir d'information à propos d'une mammectomie tombait à l'égard d'une patiente qui était elle-même médecin, et épouse de médecin.<sup>524</sup> Des jugements analogues furent rendus lorsque la patiente était une infirmière diplômée, avec une vingtaine d'années d'expérience<sup>525</sup>, ou une assistante sociale ayant choisi une clinique spéciale afin de minimiser un des risques de l'intervention.<sup>526</sup> Dans les deux cas, les juges précisèrent qu'il appartenait à la patiente, familière avec l'intervention projetée, de demander des éclaircissements supplémentaires. Un autre tribunal trouva en revanche qu'un étudiant en médecine générale ne pouvait connaître les alternatives thérapeutiques existantes en matière de médecine dentaire et que le médecin devait donc les lui dévoiler.<sup>527</sup>

En définitive, il m'apparaît que le médecin doit, dans tous les cas, s'assurer du degré de connaissances réel du patient. En l'absence de circonstances particulières, les expériences précédentes du patient, sa formation paramédicale, sa formation médicale incomplète ou dans une autre spécialité, ne sont pas suffisantes pour relever le médecin de l'obligation d'informer. Toutefois, plus l'intervention est bénigne et courante, et plus le médecin peut se montrer bref vis-à-vis de ces catégories de patients. L'hypothèse est exceptionnelle, qui justifierait une absence totale d'information: le chirurgien qui implanterait un cœur artificiel au Dr De Vries pourrait légitimement penser que l'opération n'a pas de secrets pour lui. Mais il ne pourrait pas se dispenser d'obtenir son consentement: seule l'information pourrait être abrégée, ou omise.

## B. La renonciation du patient

En Suisse comme ailleurs, il est admis que le patient peut renoncer à l'exercice du droit d'être informé ou de choisir le traitement.<sup>528</sup> Il ne s'agit là que d'un cas particulier de renonciation à un droit subjectif.

Cette prérogative du patient a été rarement analysée en doctrine, plus rarement encore alléguée devant les tribunaux. Elle ne jouerait d'ailleurs qu'un rôle très marginal en pratique.<sup>529</sup> C'est pourtant la seule limitation qui est entièrement

<sup>523</sup> BGH, NJW 1976 365; voir aussi Kern/Laufs, 1983, p. 117.

<sup>524</sup> OLG Karlsruhe, VersR 1979 58; voir aussi BGH, NJW 1966 1855.

<sup>525</sup> BGH, NJW 1961 2302 (opération du goitre).

<sup>526</sup> BGH, VersR 1980 428; voir aussi BGH, VersR 1980 676.

<sup>527</sup> LG Hannover, NJW 1981 1320. Dans un cas récent, un étudiant en dernière année de médecine devait subir l'extirpation d'un ganglion lymphatique. Le tribunal jugea qu'il appartenait au médecin de s'assurer que le patient avait bien connaissance des risques de l'intervention: LG Duisburg, MedR 1984 196.

<sup>528</sup> ATF 105 II 284, 288; BGH, NJW 1973 556, 558; Cobbs v. Grant, 502 P.2d 1 (Cal. 1972); Holt v. Nelson, 523 P.2d 211 (Wash. 1974); Sard v. Hardy, 379 A.2d 1014 (Md. 1977). À ma connaissance, les tribunaux ne se sont pas encore expressément prononcés en France, en Angleterre et au Canada, mais le principe serait vraisemblablement admis aussi: voir Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 245 n° 270; Somerville, 1981b, p. 767s.

<sup>529</sup> Voir à ce sujet les résultats rapportés par Demling/Flügel, cités in Kern/Laufs, 1983, p. 119 note 11.

compatible avec le droit à l'autodétermination. Celui-ci englobe en effet la faculté de confier à la personne de son choix une décision concernant ses propres soins (à condition bien sûr que ce choix initial soit fait de manière autonome).

La décision du patient de rester dans le doute ou de ne pas savoir le diagnostic ou les risques doit à mon sens être respectée, quelles que soient ses raisons (par exemple la crainte superstitieuse que la simple évocation d'un mal n'amène sa réalisation).<sup>530</sup> La question la plus délicate en pratique est celle de savoir comment s'assurer que la renonciation du patient est un choix authentique et non pas «simply psychological denial or a process of infantilization or of giving in to the pressures of the doctor».<sup>531</sup>

Le Tribunal fédéral a jugé que le médecin était libéré de l'obligation d'informer quand le patient renonçait «expressément ou par une attitude sans équivoque à recevoir de plus amples informations.»<sup>532</sup> La majorité de la doctrine helvétique admet aussi la possibilité d'une renonciation tacite, quoique de manière restrictive.<sup>533</sup> Ott et Schroeder plaident au contraire pour la renonciation expresse, et si possible écrite, dans l'intérêt du médecin, qui a la charge de la preuve.<sup>534</sup> Je suis d'accord avec leur conclusion, mais pour des raisons différentes, qui tiennent à la protection du patient et non du médecin. Seule la renonciation expresse est admissible: à défaut, la passivité du patient (souvent due seulement à la déférence manifestée à l'adresse du corps médical) risquerait d'être systématiquement interprétée comme une renonciation tacite.<sup>535</sup>

La doctrine allemande admet aussi la renonciation par actes concluants, s'ils sont clairement reconnaissables.<sup>536</sup> La jurisprudence va dans le même sens, en posant des exigences rigoureuses de preuve.<sup>537</sup> Le médecin doit apporter une preuve absolument claire, appréciée d'autant plus strictement que la renonciation est plus étendue ou l'intervention moins nécessaire.<sup>538</sup>

Aux Etats-Unis, la notion de renonciation est définie comme le «voluntary and intentional relinquishment of a known right».<sup>539</sup> Des auteurs se sont dès lors demandé si le médecin avait le devoir d'avertir le patient de son droit à être informé. (Il n'a aucun sens en effet de «renoncer» à un droit que l'on ne connaîtrait même pas!) Ils y ont répondu diversement.<sup>540</sup> J'estime pour ma part préférable que le médecin ne prenne pas l'initiative de le dire, sous peine d'influencer le patient, mais qu'il se contente de l'informer normalement. Si ce dernier venait à l'interrompre, le médecin devrait alors lui rappeler son droit à être informé dans la mesure où il le désire et s'assurer, de façon tout à fait neutre,

<sup>530</sup> Dans ce sens, Hinderling, 1963, p. 55: «Dem Patienten darf kein Wissen aufgedrängt werden, das er ablehnt»; voir aussi Kern/Laufs, 1983, p. 118; President's Commission, vol. 3, 1982, p. 200.

<sup>531</sup> Gerald Dworkin, *Autonomy and informed consent*, in President's Commission, vol. 3, 1982, p. 63, 79.

<sup>532</sup> ATF 105 II 284, 288.

<sup>533</sup> Voir notamment Hinderling, 1963, p. 55; Stauffer, 1979, p. 47. Plus nuancés: Hohermuth, 1979, p. 139; Nägeli, 1984, p. 109; Meisel, 1984, p. 164.

<sup>534</sup> Ott, 1978, p. 37; Schroeder, 1982, p. 33.

<sup>535</sup> Divers auteurs ont exprimé le même souci, notamment Schwab/Kramer/Kriegstein, 1983, p. 33; Ludlam, 1978, p. 37; Alfidi, 1975, p. 232s. Voir aussi Bussmann, 1984, p. 70.

<sup>536</sup> Notamment Tempel, 1980, p. 614; Giesen, 1983, p. 56; Deutsch, 1983, p. 51; Kern/Laufs, 1983, p. 121.

<sup>537</sup> Voir en particulier BGH, NJW 1959 811; BGH, NJW 1973 556; BGH, NJW 1976 363.

<sup>538</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 119 et leurs références.

<sup>539</sup> *Mitrand v. Arizona*, 384 U.S. 436, 475s (1966).

<sup>540</sup> Pour quelques positions, voir Meisel, 1979, p. 454s; President's Commission, vol. 3, 1982, p. 200; Andrews, 1984, p. 216. Une réponse positive est donnée en Allemagne par Schwab/Kramer/Kriegstein, 1983, p. 33.

de sa réelle volonté à ce propos.<sup>541</sup> De même que le médecin a un devoir actif d'information, de même appartient-il au patient de manifester en premier son intention de ne pas en savoir plus.

Aucune unanimité n'existe aux Etats-Unis sur la manière dont le patient peut communiquer valablement la renonciation. La jurisprudence est à ma connaissance muette sur ce point. Quelques législations des Etats disposent qu'il est suffisant que le patient « assure », « déclare » voire « indique » qu'il ne veut pas être informé.<sup>542</sup> On peut en déduire que le principe de la renonciation par actes concluants est admis dans certains Etats au moins. Mais plusieurs arrêts sur des questions voisines me font penser que la jurisprudence se montrerait très restrictive.<sup>543</sup>

Il faut déterminer d'autre part si le patient peut renoncer par anticipation à toute information. Le langage utilisé par le Tribunal fédéral (« recevoir de plus amples informations »)<sup>544</sup> laisse supposer que non. C'est en tout cas la solution qu'a retenue la jurisprudence allemande, qui a laissé entendre qu'une telle renonciation serait inadmissible: il faut que le patient ait au moins une connaissance de base, soit qu'il sache qu'une intervention déterminée est indiquée et qu'elle n'est pas dénuée de risques.<sup>545</sup> La majorité des auteurs, en Suisse ou dans les autres pays, assignent des limites strictes à la possibilité de renoncer à être informé. La renonciation devrait être spécifique (par exemple ne concerner que les détails de la thérapeutique ou certains risques) et serait inadmissible lorsque l'intervention est privée de but thérapeutique (par exemple en cas d'expérimentation).<sup>546</sup>

En droit suisse, l'article 27/2 CC s'appliquerait certainement à la renonciation du patient à être informé.<sup>547</sup> Les limites que pose cette disposition sont floues mais ne devraient à mon sens pas être aussi étroites que la doctrine le préconise. A défaut, un paternalisme judiciaire remplacerait le paternalisme médical. La véritable question m'apparaît davantage qualitative que quantitative. D'une part, la renonciation (qui est l'exercice d'un droit tendant à sa négation) ne doit être admise que si elle émane du patient lui-même.<sup>548</sup> Un père et une mère pour leur enfant, un tuteur pour son pupille, un curateur pour un patient temporairement incapable ne peuvent renoncer à être informés car ils sont investis de la responsabilité d'exercer *activement* certains droits du patient. D'autre part, il faut prendre

<sup>541</sup> Dans un sens voisin, Meisel, 1979, p. 454s. Ceci est valable pour le droit suisse aussi.

<sup>542</sup> Comparer par exemple les lois d'Alaska, Delaware, New York, Utah et Vermont à celles de New Hampshire, Oregon et Washington. Pour des détails et les références, voir Andrews, 1984, p. 216.

<sup>543</sup> Voir en particulier la jurisprudence sur l'invalidité des « blanket consent forms » (= renonciation à connaître les détails de l'information): Rogers v. Lumbermen's Mutual Casualty Co., 119 So.2d 649 (La. 1960); Cross v. Trapp, 294 S.E.2d 446, 460 (W. Va. 1982); la jurisprudence sur l'invalidité des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité (= renonciation à demander réparation): Tunkl v. Regents of University of California, 383 P.2d 441 (Cal. 1963); Taiham v. Hoke, 469 F.Supp. 914 (N.C. 1979); la jurisprudence sur l'invalidité de clauses compromissaires (= renonciation à actionner devant les tribunaux ordinaires): Moore v. Fragatos, 321 N.W.2d 781 (Mich. 1982); mais voir aussi Morris v. Metriyakoool, 344 N.W.2d 736 (Mich. 1984).

<sup>544</sup> ATF 105 II 284, 288.

<sup>545</sup> Notamment BGH, NJW 1973 556; OLG Stuttgart, NJW 1958 262; OLG Frankfurt, NJW 1973 1415.

<sup>546</sup> Voir sur ce point Nägeli, 1984, p. 109s; Ott, 1978, p. 37; Meisel, 1979, p. 459; Somerville, 1979, p. 23; Andrews, 1984, p. 216; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 94s; Aden v. Younger, 129 Cal. Rptr. 535 (Cal. 1976). Voir aussi les remarques critiques de Geilen, 1963, p. 24.

<sup>547</sup> Dans ce sens, Ott, 1978, p. 37; Arzt, 1985, p. 62.

<sup>548</sup> Dans le même sens, Kern/Laufs, 1983, p. 120; voir en général Erwin Deutsch, Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten, NJW 1983, p. 1351ss.

toutes les précautions pour garantir que la renonciation est libre de toute contrainte ou influence indésirable. Dans la mesure où ces conditions sont réalisées, j'estime qu'une renonciation même très large décidée par le patient est parfaitement admissible.<sup>549</sup> Ceci est valable en particulier pour les interventions curatives, lorsqu'une relation solide, à la fois de respect mutuel et de confiance, existe entre le médecin et le malade. On devrait aussi admettre le droit du patient de renoncer, après avoir été informé, à choisir le traitement parmi ceux qui sont médicalement indiqués.<sup>550</sup> Une renonciation totale, à toute information et à la décision, ne paraît guère admissible en revanche, particulièrement pour les interventions importantes.

### C. L'urgence et l'incapacité de fait du patient

#### a) En général

L'urgence est la circonstance la plus souvent mentionnée pour justifier en théorie l'absence de consentement éclairé. En Suisse, les législations de Vaud, Zurich, Saint-Gall et Schaffhouse notamment la prévoient expressément<sup>551</sup> et presque tous les auteurs y font allusion aussi.<sup>552</sup> Aux Etats-Unis, la législation de plusieurs Etats dispose de même que le médecin peut se dispenser du consentement éclairé du patient en cas d'urgence<sup>553</sup>, un principe que la jurisprudence et la doctrine ont déjà eu l'occasion d'affirmer très souvent.<sup>554</sup> Bien qu'unanimement reconnue, la notion d'urgence n'a fait l'objet que de rares décisions. Les juridictions américaines par exemple se contentent en général d'énoncer le principe en *obiter dictum* ou de constater qu'en l'espèce aucune urgence n'existe.<sup>555</sup>

<sup>549</sup> Pour des opinions voisines, voir Alan Cross, Larry Churchill, Ethical and cultural dimensions of informed consent. A case study and analysis, 96 *Annals of Internal Medicine* 110 (1982), discutant ce qu'ils appellent le «paternalism with permission»; Marshall Kapp, Placebo therapy and the law: prescribe with care, 8 *Am. J. L. & Med.* 371 (1983), parlant de «patient-mediated interaction». Sa thèse a été empruntée à un commentaire paru in 9 *U.C.L.A.-Alaska L. Rev.* 143 (1980) et intitulé *When the truth can hurt: patient-mediated informed consent in cancer therapy*. Voir aussi Meisel, 1979, p. 468; D. Ost, *The «right» not to know*, 9 *Journal of Medicine and Philosophy* 301 (1984).

<sup>550</sup> Malgré le langage du Tribunal fédéral, qui ne parle que de la renonciation à l'information: ATF 105 II 284, 288. Le point est admis aux Etats-Unis: voir notamment Meisel, 1979, p. 456; President's Commission, vol. 3, 1982, p. 200.

<sup>551</sup> Respectivement article 23/3 Loi vaudoise sur la santé publique, FAO Vaud, 5 juillet 1985, p. 2177, 2179; article 46/2 Ordonnance zurichoise sur les établissements de santé cantonaux, Zürcher Gesetze 48, p. 12; article 56/2 Ordonnance saint-galloise sur l'organisation des hôpitaux, *Gesetzesammlung des Kantons St. Gallen* 321.11; article 42/2 Ordonnance schaffhouseise sur le personnel de santé, *Schaffhauser Rechtsbuch* II, p. 114. Voir aussi l'initiative genevoise, parlant plus restrictivement d'un danger de mort imminente: FAO Genève, 22 septembre 1982.

<sup>552</sup> Notamment Meisel, 1984, p. 158; Bussmann, 1984, p. 71; Nägeli, 1984, p. 110; Gross, 1977, p. 135s; Ott, 1978, p. 37. De même en France et en Allemagne: voir par exemple Boyer-Charmard/Monzein, 1974, p. 134s; Giesen, 1983, p. 63s; Kern/Laufs, 1983, p. 68s.

<sup>553</sup> Notamment celles du Delaware, Idaho, Louisiane, Nevada, New York et Washington. Pour des détails et les références, voir en particulier Meisel/Kabnick, 1980, p. 456.

<sup>554</sup> Pour des confirmations récentes, voir *Brown v. Regents of the University of California*, 151 *C.A.3d* 982 (Cal. 1984); *Buzzell v. Libi*, 340 *N.W.2d* 36 (N.D. 1983); *Bulman v. Myers*, 467 *A.2d* 1353 (Pa. 1983); *Andrews*, 1984, p. 178; *Borak/Veilleux*, 1984, p. 731; *President's Commission*, vol. 3, 1982, p. 199; *George*, *supra* note 132, p. 42s. La règle vaut aussi en Angleterre et au Canada: voir par exemple *Skegg*, 1974, p. 513s; *Somerville*, 1979, p. 39.

<sup>555</sup> Par exemple *Gross v. Trapp*, 294 *S.F.2d* 446 (W.Va. 1982); *Salis v. United States*, 522 *F.Supp.* 989 (Pa. 1981); *Scott v. Bradford*, 606 *P.2d* 554 (Okla. 1979).

La difficulté majeure consiste à définir l'urgence. La pratique médicale a établi diverses catégories d'urgence<sup>556</sup>, qui peuvent dans une certaine mesure être utiles au juge. Mais la notion peut être définie juridiquement de manière très variable, comme le montrent les décisions américaines. Certaines n'acceptent l'urgence que lorsque le traitement est immédiatement nécessaire pour parer à un danger sérieux menaçant la vie ou la santé du patient.<sup>557</sup> D'autres, probablement majoritaires aujourd'hui, estiment que l'urgence existe si l'absence de traitement comporte un danger pour la santé du patient qui dépasse en intensité tous ceux liés au traitement lui-même.<sup>558</sup> Cette approche me paraît malaisée car elle exige le plus souvent une évaluation trop difficile : comment comparer des risques de nature différente présentant une probabilité de survenance différente ? Occasionnellement enfin, des tribunaux ont retenu une notion bien plus large de l'urgence, allant par exemple jusqu'à inclure l'hypothèse où les souffrances du patient se trouveraient allégées par une intervention immédiate.<sup>559</sup>

L'urgence doit être définie de manière restrictive, conformément à la première des trois acceptions qui viennent d'être données. Celle-ci est en effet la plus compatible avec le droit à l'autodétermination. Elle souligne d'autre part le caractère double, à la fois temporel et matériel, que présente l'urgence. Cette caractéristique l'apparente à l'état de nécessité : un traitement immédiat doit constituer le seul moyen de parer à un danger grave et certain pour la santé du malade.

L'imminence du danger est assurément l'élément le plus typique. Ainsi, un tribunal américain a jugé que l'urgence n'existait pas dans les circonstances suivantes. Un jeune motard devait être opéré rapidement à la suite d'un accident de la route. Le chirurgien n'informa pas ses parents, pourtant présents à l'hôpital, avec lesquels il s'était assis pour boire un café juste avant l'intervention ! Le tribunal en conclut : « If the case was such that he could take time to drink coffee, it cannot be said that a true emergency situation existed. »<sup>560</sup> La simple admission dans un service d'urgence d'un hôpital n'établit pas à elle seule l'urgence au sens juridique. Le plus souvent, il y a assez de temps pour une information sommaire du patient. Une étude suggère d'ailleurs qu'un patient confronté à ces circonstances enregistre plus d'informations qu'un patient dans une situation normale.<sup>561</sup> Si la chose était confirmée, elle militerait aussi contre une définition trop large de l'urgence.

Une fois l'urgence précisée, il faut déterminer ses conséquences. Hormis des cas exceptionnels, l'urgence ne relève le médecin que du devoir d'information ; elle laisse subsister l'obligation de recueillir le consentement.<sup>562</sup> Par exemple, une personne est transportée à l'hôpital suite à un accident de travail dans lequel deux doigts d'une main ont été sectionnés, afin qu'une greffe soit tentée. Il s'agit là d'un cas d'urgence. Le chirurgien peut dès lors se dispenser de longues explications mais moins d'une minute lui suffit pour expliquer au patient ce qu'il va

<sup>556</sup> Elles sont notamment exposées par Ott, 1978, p. 75s.

<sup>557</sup> Par exemple *Rogers v. Lumbertmen's Mutual Casualty Co.*, 119 So.2d 649 (La. 1960); *Cunningham v. Yankton Clinic*, 262 N.W.2d 508 (S.D. 1978).

<sup>558</sup> Par exemple *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972); *Buzzell v. Libi*, 340 N.W.2d 36 (N.D. 1983); *Crain v. Allison*, 443 A.2d 558 (D.C. 1982).

<sup>559</sup> *Sullivan v. Montgomery*, 279 N.Y.S. 575 (N.Y. 1935).

<sup>560</sup> *Dewes v. Indian Health Service*, 504 F.Supp. 203, 207 (S.D. 1980).

<sup>561</sup> *Golan/Ben-Hur*, 1983, p. 114. Les auteurs suggèrent qu'un patient retient mieux l'information en situation de stress.

<sup>562</sup> Dans le même sens, *Meisel*, 1979, p. 437.

tenter et s'assurer de son accord. Dans une affaire américaine souvent citée, les juges ont admis l'urgence quand le médecin devait injecter un antidote à un individu qui venait d'être piqué par un serpent à sonnette. Cette situation le relevait par conséquent de l'obligation d'information.<sup>563</sup>

Les situations les plus fréquentes en pratique présentent une superposition de deux circonstances: un certain degré d'urgence plus une incapacité de fait du patient. C'est si vrai qu'aux Etats-Unis, les deux éléments sont le plus souvent confondus et l'incapacité de fait du malade avancée comme une des conditions de l'urgence.<sup>564</sup>

En droit suisse, lorsque le patient se trouve incapable d'exprimer un avis (état de choc, coma, anesthésie générale), les actes du médecin sont jugés selon les règles sur la gestion d'affaires (art. 419ss CO).<sup>565</sup> Trois situations doivent alors être distinguées, selon le degré d'urgence qu'elles présentent:

a) Dans les rares cas où le traitement n'a aucun caractère d'urgence, le médecin doit attendre que le patient recouvre ses facultés. Si l'incapacité se prolonge, un curateur pourrait être nommé pour protéger les intérêts du malade.

b) Le plus souvent, le traitement présente un certain caractère d'urgence, et l'on ne s'attend pas à ce que le patient recouvre assez vite ses facultés. L'usage veut que le médecin informe les proches du malade et obtienne leur assentiment au traitement. L'avis des proches n'a, il faut le rappeler, qu'un caractère consultatif et c'est le médecin qui demeure l'ultime responsable du traitement.<sup>566</sup> La participation des proches doit plutôt être vue comme un moyen pour le médecin de remplir ses obligations en tant que gérant d'affaires. Plus particulièrement, elle doit lui permettre de déterminer, comme le lui impose l'article 419 CO, les intérêts et les intentions présumables du patient. Ceci explique pourquoi le conjoint est en principe consulté en tout premier lieu.<sup>567</sup> Le médecin doit par ailleurs être prudent dans la révélation d'informations couvertes par le secret médical, notamment celles de nature intime. Dans toute la mesure du possible, il se limitera donc à ce qui est absolument essentiel pour recueillir un avis utile des proches.<sup>568</sup>

La tâche du médecin se limite à entreprendre des démarches raisonnables compte tenu des circonstances pour atteindre l'un des proches.<sup>569</sup> La décision qu'il prend ensuite est particulièrement délicate lorsque l'intérêt objectif du malade se trouve en contradiction avec ses intentions présumables, telles qu'elles ont été

<sup>563</sup> *Crouch v. Most*, 432 P.2d 250 (N.M. 1967); voir aussi *Keogan v. Holy Family Hospital*, 622 P.2d 1246 (Wash. 1981) et le cas discuté de *Dunham v. Wright*, 423 F.2d 940 (3rd Cir. 1970).

<sup>564</sup> Voir notamment *Prosser*, 1984, p. 117; *Ludlam*, 1978, p. 37; *Rosoff*, 1981, p. 14; *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972).

<sup>565</sup> *Nägeli*, 1984, p. 74ss, 153ss; *Ott*, 1978, p. 73ss; *Ney*, 1979, p. 42ss, 85s.

<sup>566</sup> Certaines lois américaines prévoient l'ordre dans lequel les proches doivent être consultés. Dans le Maryland par exemple, l'ordre de priorité est: 1. conjoint 2. enfant adulte 3. parent 4. frère et sœur adultes 5. grand-parent 6. petits-enfants adultes. Sur la valeur de la déclaration de volonté des proches, les avis divergent parmi les cours américaines: comparer par exemple *Nisbi v. Hartwell*, 473 P.2d 116 (Haw. 1970) et *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972).

<sup>567</sup> *Bachtler*, 1982, p. 826, voit aussi une justification dans le devoir d'assistance entre époux (art. 159/3 CC). Pour les Etats-Unis, voir *Anne Pecora*, *Medical treatment of mentally disabled adults—Limitation on the spouse's right to consent*, 31 *Maryland State Medical Journal* n° 4, p. 54 (1982); *Karp v. Cooley*, 493 F.2d 408 (5th Cir. 1974).

<sup>568</sup> Sur ce point, voir *Frank*, 1983, p. 163 n° 397.

<sup>569</sup> Dans ce sens, *Stafford v. Louisiana State University*, 448 So.2d 852 (La. 1984), parlant de «good faith effort».

établies à l'aide des proches. Plus le mal à combattre est dangereux, même potentiellement, plus le médecin doit préférer l'intérêt objectif du patient, au détriment de ses intentions, qui ne sont que présumables. A l'inverse, plus le traitement est risqué ou comporte des conséquences permanentes pour l'intégrité physique du patient (amputation, etc.) ou pour son mode de vie et plus le médecin doit attacher d'importance aux intentions présumables. Par exemple, si l'affection n'est pas très grave et que son traitement présente autant de risques que son évolution, les intentions du patient devraient à mon sens être déterminantes.<sup>570</sup>

Les difficultés que rencontre le médecin ont été reconnues depuis longtemps aux Etats-Unis, où une idée nouvelle a gagné beaucoup de terrain depuis quelques années. Il s'agit pour l'individu de prendre, en prévision d'un traitement futur éventuel, des directives écrites exposant ses convictions et/ou chargeant un tiers de prendre certaines décisions médicales le concernant. A la suite de la Californie en 1976, de nombreux Etats ont adopté des dispositions de cette nature, appelées «natural death» ou «living will statutes». <sup>571</sup> Elles permettent au patient d'exprimer par écrit sa volonté expresse de ne pas être maintenu en vie par des moyens artificiels en cas de coma irréversible et d'exonérer tout membre du personnel soignant ou du corps médical qui agirait en se fiant à cette directive.<sup>572</sup> En 1982, le Delaware fut le premier Etat à admettre expressément par législation le recours à un «agent médical». La disposition essentielle prévoit: «An adult person by written declaration may appoint an agent who will act on behalf of such appointor if, due to a condition resulting from illness or injury and, in the judgment of the attending physician, the appointor becomes incapable of making a decision in the exercise of the right to accept or refuse medical treatment.»<sup>573</sup> Depuis lors, deux Etats au moins ont adopté des dispositions de même nature<sup>574</sup>, et Fowler affirme qu'un résultat semblable peut être obtenu dans tous les Etats dépourvus de législation spécifique par l'emploi d'un «durable power of attorney». <sup>575</sup> Un tel procédé devrait à mon avis être exploré en Suisse aussi. A condition d'être suffisamment spécifique, il offre en effet le triple avantage de respecter au mieux la volonté du patient, de soulager le médecin des soucis de responsabilité dus à l'incertitude qui règne d'habitude et de décharger la famille du poids de décisions émotivement très dures.

<sup>570</sup> Hinderling, 1963, p. 66, accorde au contraire toujours plus de poids aux intérêts objectifs du patient.

<sup>571</sup> Voir les quatorze Etats cités par Annas/Densberger, 1984, p. 586, auxquels il faut ajouter notamment la Géorgie. Une loi de ce type a été discutée par le Sénat du Massachusetts: Boston Globe, 2 décembre 1984, p. 47. Voir en outre Barbara Clementino, A proposed amendment to the California Natural Death Act to assure the statutory right to control life sustaining treatment decisions, 17 University of San Francisco Law Review 579 (1983). C'est l'idée du testament biologique, que Nagehli, 1984, p. 149 n'estime pas valable au regard du droit suisse car il n'est pas l'expression de la volonté actuelle du patient.

<sup>572</sup> Dean M. Hashimoto, A structural analysis of the physician-patient relationship in no-code decisionmaking, 93 Yale L. J. 362 (1983), recommande que le patient décide lors de son hospitalisation s'il veut ou non que des moyens de survie artificiels soient employés si le cas devait se poser. Voir aussi President's Commission, vol. 1, 1982, p. 156ss. Voir par exemple *Bartling v. Superior Court*, 209 Cal. Rptt. 220 (Cal. 1984); *St. Mary's Hospital v. Ramsey*, 465 So.2d 666 (Fla. 1985).

<sup>573</sup> Del. Code Ann. tit. 16, § 2502(b) (Supp. 1982).

<sup>574</sup> La Californie et la Virginie: Cal. Civil Code § 2431(a) (West Supp. 1984) et Va. Code § 54.325.8:1 (Supp. 1983). La loi de la Virginie est limitée aux cas de maladie incurable.

<sup>575</sup> 1984, p. 1012ss.

c) Lorsqu'un traitement doit être entrepris sur-le-champ afin de parer à un grave danger, le médecin décide seul, ou avec l'appui d'un confrère présent<sup>576</sup>, de la démarche à suivre. Les intentions présumables du patient ne jouent plus guère de rôle, faute de pouvoir être établies. Le médecin considère donc dans la règle « was medizinisch indiziert ist, als sein mutmasslicher Wille », comme l'écrit Lotz.<sup>577</sup> En d'autres termes, l'intérêt objectif du malade et ses intentions présumables se confondent pour le médecin, en dehors de cas exceptionnels où il connaît très étroitement le malade et son refus de certaines thérapies par exemple. En pratique, le médecin dispose d'une grande liberté d'appréciation, qu'il doit mettre au service de l'impératif thérapeutique dicté par l'éthique de sa profession.

#### b) L'extension de l'opération

Les principes qui viennent d'être exposés trouvent une application particulière dans l'éventualité de l'extension d'une intervention pratiquée sous anesthésie générale.<sup>578</sup> Le cas le plus typique est probablement celui où un chirurgien découvre, en cours d'opération, une tumeur dont l'existence était absolument insoupçonnée auparavant et doit décider de son ablation éventuelle.

En pareille hypothèse, deux critères principaux doivent guider la décision du médecin : d'une part les dangers liés à l'abstention, c'est-à-dire la nécessité et l'urgence de l'intervention ; d'autre part les dangers liés à l'action, c'est-à-dire l'atteinte découlant de l'intervention et ses risques particuliers. En règle générale, la liberté d'action du médecin augmente proportionnellement aux dangers de l'abstention thérapeutique et en proportion inverse des dangers de l'intervention nouvelle.<sup>579</sup> Ainsi, quand une intervention sans risques considérables ni conséquences graves ou définitives pour la santé s'impose rapidement pour parer à un danger de mort ou d'atteinte sérieuse et permanente à l'intégrité physique, le médecin est en droit d'intervenir. En revanche, si l'intervention, même nécessaire, constitue une atteinte importante à l'intégrité corporelle (amputation d'un membre, ablation d'un organe par exemple) ou comporte des risques pour la vie du patient, le médecin doit s'abstenir de l'entreprendre. Il réveillera le patient après l'avoir recousu, l'informerá de sa découverte et lui demandera son accord avant de procéder à une seconde opération.

Le Tribunal fédéral a retenu des principes analogues dans son arrêt le plus récent.<sup>580</sup> La patiente avait consenti à une opération de réduction des seins avec excision de kystes. Le chirurgien procéda en réalité à une mammectomie sous-cutanée totale avec pose de prothèses, sans que l'on sache exactement s'il prit cette décision avant ou en cours d'intervention. S'appuyant sur la jurisprudence allemande, le Tribunal fédéral affirma : « Il importerait peu, au demeurant, que le défendeur n'eût été amené qu'en cours d'intervention à choisir ce type d'opéra-

<sup>576</sup> Ce que recommandent notamment Rosoff, 1981, p. 17 et Borak/Veilleux, 1984, p. 734. Voir en outre Luka v. Lowrie, 136 N.W. 1106 (Mich. 1912); Rogers v. Sells, 61 P.2d 1018 (Okla. 1936).

<sup>577</sup> 1968, p. 118.

<sup>578</sup> Ce que les germanophones appellent « Operationserweiterung » : par exemple Ott, 1978, p. 77ss; Giesen, 1983, p. 54; Keten/Laufs, 1983, p. 129ss.

<sup>579</sup> Loeffler, 1945, p. 18, Lotz, 1968, p. 119 et Ott, 1978, p. 78, admettent tous trois l'extension de l'opération dans les mêmes termes : quand elle ne présente pas de risques foncièrement plus élevés que l'opération initiale, ou quand elle présente de tels risques mais qu'il y a péril en la demeure. Cela autorise l'ablation d'un organe pour parer un danger mortel. Voir aussi Ney, 1979, p. 91s; Hinderling, 1963, p. 63; Nägeli, 1984, p. 155s. Voir enfin l'article 397/1 CO.

<sup>580</sup> ATF 108 II 59.

tion. Le chirurgien que le déroulement d'une opération place devant le choix d'une intervention mutilante ne peut se passer du consentement de son patient, à moins que l'acte envisagé ne s'impose de manière urgente ou indubitablement nécessaire. Il doit s'interrompre s'il peut le faire sans danger pour son patient.»<sup>581</sup>

Une intervention à titre préventif, soit ni urgente ni même nécessaire pour le moment, pourrait être admissible lorsqu'elle ne comporte aucun risque et n'entraîne aucune conséquence défavorable sur la santé tout en permettant d'éliminer un danger potentiel. Ney donne l'exemple de l'excision d'un kyste ovarien lors d'une opération gynécologique sous narcose.<sup>582</sup> Toutefois, l'argument de la commodité ne devrait jamais être suffisant, à lui seul, pour élargir l'indication opératoire à une hypothèse jamais discutée avec le patient.

Un gynécologue allemand l'a appris à ses dépens. Il fut condamné pour avoir, au cours d'une hystérectomie, pris sur lui d'exciser un naevus, une petite excroissance souvent cancérigène, qui enlaidissait le pubis de sa patiente. Celle-ci lui reprocha de ne pas l'avoir avertie de ses intentions ni de lui avoir demandé son consentement. Or, affirma-t-elle, ce naevus constituait « un élément essentiel de la libido de son conjoint » et elle ne pouvait maintenant plus lui « offrir un plaisir sexuel complet ».<sup>583</sup>

L'hypothèse de l'« Operationserweiterung » a été examinée plusieurs fois par les tribunaux allemands. En 1976, le *Bundesgerichtshof* a posé la règle que le médecin qui découvre en cours d'opération un mal insoupçonné doit en principe interrompre l'intervention pour recueillir le consentement du patient à ce qui constitue une autre opération. Il n'est fondé à agir diffidément que si l'interruption paraît vraiment déraisonnable et contre-indiquée médicalement dans les circonstances d'espèce, c'est-à-dire lorsque tout délai menacerait de manière aiguë la vie du patient et que l'on peut présumer qu'il ne s'opposerait pas à la nouvelle intervention.<sup>584</sup> Même si l'on retrouve les deux éléments (intérêt et intentions présumables du patient) évoqués en droit suisse, le médecin a en réalité moins de liberté selon le droit allemand car il ne peut presque jamais agir sans consulter le malade.<sup>585</sup>

La doctrine allemande n'est pas unanime sur les conditions qui autorisent le médecin à étendre l'indication opératoire de son propre chef. Les auteurs accordent en particulier un poids variable à la volonté présumable du patient. Selon un courant, représenté notamment par Giesen<sup>586</sup>, la justification de l'extension de l'opération ne réside pas « in einer fiktiven Einwilligung des Patienten » mais uniquement « in der humanitären Verpflichtung des Arztes, Leben zu retten ». Il limite par conséquent la liberté d'intervenir du médecin aux cas d'urgence où la vie du patient est en danger. Un autre courant, soutenu par Kern/Laufs<sup>587</sup>, estime

<sup>581</sup> *Id.*, p. 62, se référant à BGH, NJW 1977 337.

<sup>582</sup> 1979, p. 92.

<sup>583</sup> L'affaire, rapportée par Ney, 1979, p. 93, est empruntée à Kohlhaas, cité par Ney, 1979, p. 92 note 175. Voir aussi un cas américain voisin: Lloyd v. Kull, 329 F.2d 168 (7th Cir. 1964).

<sup>584</sup> BGH, NJW 1977 337. Voir en outre Giesen, 1981, p. 172s et 1983, p. 54; Kern/Laufs, 1983, p. 130, avec d'abondantes références.

<sup>585</sup> Dans ce sens, Lotz, 1968, p. 118. Voir aussi une récente affaire jugée par le LG Duisburg, MedR 1984 148: une patiente signe un document disant « Brustknotenentfernung rechts, evtl. später Brustentfernung ». Une mammectomie est pratiquée par le chirurgien. Il fut condamné à verser 10 000 DM de tort moral car il n'avait pas rapporté la preuve du consentement de sa patiente: il ne suffit pas de mentionner une opération comme une simple éventualité, de surcroît future.

<sup>586</sup> Spécialement 1983, p. 54.

<sup>587</sup> 1983, p. 130; voir leur discussion, p. 131ss.

que le consentement présumable du patient justifie la poursuite de l'intervention pratiquement chaque fois qu'elle est sans danger particulier ou de nature à éviter un risque certain pour la santé du patient.

Récemment, l'*Oberlandesgericht* de Francfort a cru bon d'étendre la jurisprudence du *Bundesgerichtshof* de 1976. Il a jugé<sup>588</sup> que le médecin pouvait élargir le champ opératoire même en dehors d'indications vitales aiguës, aux trois conditions suivantes: le mal découvert en cours d'opération entraînerait vraisemblablement la mort du patient dans un avenir prévisible; l'interruption et la seconde intervention créeraient de nouvelles et dangereuses complications; un refus de l'extension de l'intervention initiale n'est pas sérieusement à attendre du patient. Le fardeau de la preuve incombe naturellement au médecin. Malgré cela, Giesen critique cette décision en ce que le médecin «präjudiziert eine Entscheidung des Patienten».<sup>589</sup>

La jurisprudence française ancienne retenait en général des principes proches de ceux admis par le *Bundesgerichtshof*. Elle n'habilitait en principe le médecin à étendre l'intervention que s'il découvrait pendant l'opération un mal exigeant une action immédiate pour sauver la vie du malade ou pour préserver son intégrité corporelle essentielle.<sup>590</sup> La Cour de cassation avait appliqué ces principes dans une affaire où l'extension de l'opération, ni urgente ni absolument nécessaire, comportait de surcroît le risque de perdre l'usage d'un bras. Les juges avaient condamné le médecin qui aurait dû à leurs yeux interrompre l'opération commencée, informer le patient de l'élément nouveau et recueillir son consentement avant de procéder à une seconde intervention.<sup>591</sup>

Ultimeurement, un courant plus favorable à la liberté d'action du médecin s'est nettement dessiné. Considérant les dangers d'une seconde opération suivant de près la première (deux narcoses successives; problèmes de cicatrisation; risque d'exacerber la lésion lors de la première opération; désavantages psychologiques pour le malade; hospitalisation prolongée ou à renouveler), des juges ont affirmé qu'il appartenait au médecin de décider ce qui était médicalement le plus indiqué et que son appréciation était souveraine.<sup>592</sup> Un arrêt de la Cour d'appel de Rouen est significatif de la tendance nouvelle, que j'estime discutable. Un chirurgien est chargé de l'exérèse de tissus afin de déterminer leur éventuelle cancérogénéité. En cours d'intervention, il découvre une «tumeur nerveuse d'un type exceptionnel suspecte de malignité». Il en décide l'ablation immédiate, qui impose l'ablation simultanée du tronc nerveux, ce qui provoque une paralysie dissociée du plexus brachial causant une incapacité de travail permanente de 40%. Les juges ont libéré le médecin en disant qu'il était en droit de choisir entre deux maux celui qui lui

<sup>588</sup> OLG Frankfurt, NJW 1981 1322.

<sup>589</sup> 1983, p. 54s.

<sup>590</sup> Notamment Cass. civ., 27 octobre 1953, D. 1953 J. 658; Paris, 8 novembre 1955, J.C.P. 1956 IV 26. Voir en outre les exemples cités par Penneau, 1977, p. 69, note 1; Savatier/Aubry/Savarié/Péquignot, 1956, p. 225 n° 248; Demichel, 1983, p. 104s. Dans une affaire où une hystéropexie fut pratiquée contre la volonté de la patiente, le Conseil d'Etat a déclaré que la volonté du malade est déterminante «sauf le cas de danger immédiat pour la vie ou la santé de la patiente»: Conseil d'Etat, 27 janvier 1982, D. 1982 I.R. 276 obs. Penneau.

<sup>591</sup> Cass. civ., 27 octobre 1953, D. 1953 J. 658. Voir aussi Harichaux-Ramu, Fasc. 440-2, 1984, p. 7 n° 20 et ses exemples.

<sup>592</sup> Notamment Cass. civ., 15 mars 1966, J.C.P. 1966 IV 67; Rouen, 17 décembre 1970, D. 1971 J. 152; Trib. gde instr. Tours, 17 juillet 1980, D. 1982 I.R. 275 obs. Penneau; Paris, 18 décembre 1980, D. 1981 I.R. 256 obs. Penneau. Cette jurisprudence est approuvée notamment par Penneau, 1977, p. 69; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 40s; Boyer-Chammard/Monzein, 1974, p. 140. Voir en outre Harichaux-Ramu, Fasc. 440-2, 1984, p. 7 n° 21.

paraissait le moindre.<sup>593</sup> De même, la Cour de cassation a récemment justifié l'extension d'une opération en déclarant que le consentement initial du patient comportait implicitement « celui de pratiquer toute intervention curative qui se révélerait nécessaire ».<sup>594</sup>

La jurisprudence américaine manque singulièrement d'uniformité dans ce domaine. Je crois y discerner pourtant une évolution dans l'analyse de la situation, dont les résultats pratiques rejoignent ceux de la nouvelle tendance française.

Les arrêts anciens n'autorisaient le médecin à étendre une intervention qu'en présence d'une véritable urgence: l'abstention du médecin devait avoir comme résultat probable la mort ou un amoindrissement notable de l'intégrité corporelle du patient (par exemple la perte d'un membre ou d'un organe).<sup>595</sup> En d'autres termes, les juges considéraient l'imminence et la magnitude des dangers liés à l'inaction du médecin.

La jurisprudence actuellement dominante accepte l'extension de l'intervention lorsqu'elle sert l'intérêt thérapeutique du patient et à condition qu'elle n'accroisse pas considérablement les risques initiaux ni n'aboutisse à une atteinte permanente à la santé (perte d'un organe ou de sa fonction, par exemple stérilité).<sup>596</sup> L'objet de l'examen des juges s'est donc déplacé des conséquences probables de l'abstention thérapeutique aux effets attendus de l'extension de l'opération. Il fallait auparavant que le cours naturel des choses fût spécialement menaçant pour la santé du patient. Il suffit maintenant souvent que l'intervention plus étendue ne soit pas dangereuse ni ne provoque d'atteinte sérieuse ou permanente à sa santé. Dans cette nouvelle optique, les tribunaux sont plus enclins par exemple à admettre une appendicectomie purement préventive pratiquée à l'occasion d'une opération au bas-ventre.<sup>597</sup>

Dans un certain nombre d'hypothèses, la solution paraît indiscutable. Ainsi, l'élargissement de l'opération est justifié lorsqu'il apparaît immédiatement nécessaire pour sauver la vie du patient.<sup>598</sup> Mais il s'agit là d'une hypothèse extrême, dont la réalisation est improbable. A l'inverse, le médecin n'est pas habilité à étendre l'intervention lorsque le patient s'y est expressément opposé au préalable, même si l'extension ne lui cause aucun mal.<sup>599</sup> L'élargissement n'est pas privilégié non plus lorsque le médecin s'attend à trouver la condition effectivement découverte en cours d'opération. En pareille hypothèse, il avait l'obligation d'en discuter avec le patient avant d'intervenir.<sup>600</sup>

Les quelques affaires qui suivent montrent les divergences d'opinion parmi les juges américains. Dans *Winfrey v. Citizens and Southern National Bank*, la patiente

<sup>593</sup> Rouen, 17 décembre 1970, D. 1971 J. 152 note Savatier, qui critique l'arrêt, p. 153ss; voir aussi Paris, 18 décembre 1980, D. 1981 I.R. 256 note Penneau, où le tribunal n'a pas retenu une faute du médecin pour avoir pratiqué une arthroscopie sans le consentement exprès du patient, « ce mode d'intervention s'étant présenté comme le seul et le plus efficace compte tenu de l'état du client ».

<sup>594</sup> Cass. civ., 27 octobre 1982, J.C.P. 1984 II 20201 note Dorsner-Dolivet.

<sup>595</sup> Par exemple *Franklin v. Peabody*, 228 N.W. 681 (Mich. 1930); voir aussi Prosser, 1984, p. 117.

<sup>596</sup> Par exemple *Kennedy v. Patroit*, 90 S.E.2d 754 (N.C. 1956); voir aussi Prosser, 1984, p. 117.

<sup>597</sup> *Tabor v. Scobee*, 254 S.W.2d 474 (Ky. 1951) l'avait admis en *obiter dictum*. C'est du reste la pratique courante dans le sud de la Californie notamment, comme l'a révélé l'enquête de Hagmann, 1970, p. 758, 776s.

<sup>598</sup> Prosser, 1984, p. 118, qui ne donne aucune illustration tirée de la jurisprudence américaine.

<sup>599</sup> Voir en particulier *Rolater v. Strain*, 137 P. 96 (Okla. 1913) et *Meretzky v. Ellenby*, 370 So.2d 1222 (Fla. 1979).

<sup>600</sup> Voir en particulier *Bang v. Charles T. Miller Hospital*, 88 N.W.2d 186 (Minn. 1958) et *Lipscomb v. Memorial Hospital*, 733 F.2d 332 (4th Cir. 1984). Il s'agit en somme d'une question de bonne foi.

avait signé un document autorisant une laparoscopie, éventuellement une laparotomie, voire toute autre intervention que le médecin estimerait appropriée. Ce dernier pratiqua une hystérectomie. Le tribunal (précisons qu'il était de Géorgie) admit la validité de cette extension parce que l'hystérectomie était conseillable en l'espèce.<sup>601</sup> Dans *Tabor v. Scobee*, l'ablation des trompes de Fallope, pratiquée en sus de l'appendicectomie qui était seule prévue, fut jugée illicite, bien qu'elle fût nécessaire à court terme.<sup>602</sup> Dans la plupart des affaires concernant des opérations (souvent des appendicectomies) au cours desquelles le médecin enlève aussi les ovaires, les trompes ou l'utérus de la patiente, les tribunaux ont retenu la responsabilité du praticien.<sup>603</sup> Un chirurgien-dentiste de Géorgie fut aussi condamné à verser des dommages-intérêts à un patient auquel il avait extrait vingt-sept dents au lieu des onze prévues.<sup>604</sup> Enfin, un gynécologue fut reconnu coupable d'*assault* pour avoir excisé un grain de beauté sur la cuisse de la patiente pendant une intervention gynécologique. Le tribunal le condamna même à verser 500 dollars de réparation morale, en notant que rien ne justifiait sa conduite: aucune nécessité thérapeutique n'existait ni même la commodité puisque l'excision ne nécessitait pas d'anesthésie générale.<sup>605</sup>

Chaque système juridique a donc élaboré ses propres formules pour délimiter les devoirs du médecin qui se trouve confronté à une situation d'urgence dans laquelle le patient ne peut pas se prononcer. Une fois de plus, les diverses solutions dégagées sont très voisines et bâties autour d'une idée fondamentale commune: équilibrer le droit à l'autodétermination du patient et son intérêt thérapeutique immédiat. Toutes présentent aussi une souplesse suffisante pour leur permettre de répondre à la vaste diversité des situations qui peuvent surgir.

#### D. Le privilège thérapeutique

##### a) Notion et application

Le privilège thérapeutique est probablement l'aspect le plus controversé de toute la question du consentement éclairé. Ce n'est pas étonnant dans la mesure où il illustre de la façon la plus criante le conflit entre le principe de l'autonomie du patient et la conception paternaliste de la médecine. Brièvement défini, le privilège thérapeutique habilite le médecin à taire toute information qui, à son avis, pourrait être préjudiciable au patient. Avant d'apprécier la valeur du principe, il convient d'en préciser la portée dans les pays qui l'appliquent.

Si l'origine du privilège est aussi incertaine que lointaine, son appellation provient certainement d'un article écrit aux *Etats-Unis* en 1946 par Hubert Smith. Il demandait l'immunité pour les médecins qui cachaient le diagnostic de cancer au malade, à condition que leur comportement fût dicté seulement par son intérêt thérapeutique.<sup>606</sup> Il est piquant de constater que le privilège fut reconnu avant

<sup>601</sup> 254 S.E.2d 725 (Ga. 1979).

<sup>602</sup> 254 S.W.2d 474 (Ky. 1951).

<sup>603</sup> Voir notamment *Rogers v. Lumbermen's Mutual Casualty Co.*, 119 So.2d 649 (La. 1960); *Beck v. Lovell*, 361 So.2d 245 (La. 1978) et les affaires citées par Rosoff, 1981, p. 9, note 11.

<sup>604</sup> *Bailey v. Belinfante*, 218 S.E.2d 289 (Ga. 1975).

<sup>605</sup> *Lloyd v. Kull*, 329 F.2d 168 (7th Cir. 1964).

<sup>606</sup> Smith, 1946, p. 349ss; voir aussi Charles Lund, *The doctor, the patient, and the truth*, 19 *Tennessee Law Review* 344 (1946).

même que le contenu du devoir d'information du médecin fût clairement établi par les tribunaux américains.

La Cour d'appel de Californie dans *Salgo v. Leland Stanford University Board of Trustees*<sup>607</sup> fut la première à admettre le privilège, suivie par la plupart des juridictions américaines, qui en donnèrent des formulations variables. La plus restrictive consiste à n'admettre le privilège que lorsque la révélation de l'information nuirait directement et sérieusement à la santé physique ou psychique du patient.<sup>608</sup> Certaines cours y ajoutent la possibilité que l'information complique l'administration du traitement ou compromette ses chances de succès.<sup>609</sup> D'autres affirment que l'information peut être tue quand elle est de nature à apeurer le patient et risque ainsi de l'amener à refuser un traitement médicalement nécessaire.<sup>610</sup> D'autres variantes, assez voisines, existent encore. Des tribunaux admettent par exemple qu'une information peut être cachée lorsqu'elle empêcherait toute décision rationnelle<sup>611</sup>, lorsqu'elle agiterait sans nécessité ou amoindrirait un patient déjà instable ou émotivement perturbé.<sup>612</sup> La formulation la plus large a été donnée par un juge d'Hawaii, qui permit au médecin de taire toute information dont la révélation serait « detrimental to the patient's total care and best interest ».<sup>613</sup> Dans l'ensemble, la jurisprudence américaine accueille favorablement l'idée du privilège thérapeutique.

L'application du privilège révèle d'autres divergences de vue. Dans les juridictions qui appliquent le critère professionnel pour mesurer l'étendue de l'information, la détermination de l'effet préjudiciable de l'information sur la condition du malade est en principe faite à l'aide d'experts médicaux.<sup>614</sup> Dans celles qui ont adopté le critère des besoins du patient, l'évaluation est faite par le jury, en termes de raison.<sup>615</sup> D'autre part, certains tribunaux exigent que le médecin qui use du privilège informe et obtienne l'assentiment des proches, alors que d'autres ne le font pas.<sup>616</sup> Quant au fardeau de la preuve, il pèse sur les épaules du médecin défendeur dans la plupart des juridictions<sup>617</sup>, mais paraît incertain dans d'autres

<sup>607</sup> 317 P.2d 170 (Cal. 1957).

<sup>608</sup> Par exemple *LaCaze v. Collier*, 434 So.2d 1039 (La. 1983); *Cross v. Trapp*, 294 S.E.2d 446 (W.Va. 1982); *Crain v. Allison*, 443 A.2d 558 (D.C. 1982); *Salis v. United States*, 522 F.Supp. 989 (Pa. 1981).

<sup>609</sup> Par exemple *Aiken v. Clary*, 396 S.W.2d 668 (Mo. 1965); *Harnish v. Children's Hospital Medical Center*, 439 N.E.2d 240 (Ma. 1982).

<sup>610</sup> *Hook v. Rothstein*, 316 S.E.2d 690 (S.C. 1984); *Hales v. Pittman*, 576 P.2d 493 (Ariz. 1978); *Thomas v. Berrios*, 348 So.2d 905 (Fla. 1977); *St. Gemme v. Tomlin*, 455 N.E.2d 294 (Ill. 1983). *Contra*: *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972) notamment.

<sup>611</sup> Par exemple *Coinfeldt v. Tongen*, 295 N.W.2d 638 (Minn. 1980).

<sup>612</sup> Par exemple *Wilkinson v. Vesey*, 295 A.2d 676 (R.I. 1972); *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979). Mais voir aussi *Jones v. Regents of the University of California*, cité in *Rosoff*, 1981, p. 54, où le privilège fut refusé à un médecin qui avait minimisé les risques d'une opération car son patient, qu'il connaissait depuis 14 ans, était une personne extrêmement anxieuse; *Torres Pérez v. Hospital Dr. Sisoni, Inc.*, 95 Decisiones de Puerto Rico 867, 874 (P.R. 1968), disant que l'information augmenterait les risques « por razón de la reacción psicológica de la misma apprehensión ».

<sup>613</sup> *Nishi v. Hartwell*, 473 P.2d 116, 119 (Haw. 1970).

<sup>614</sup> Ce qui augmente la marge de manœuvre du médecin. Voir par exemple *Grosjean v. Spencer*, 140 N.W.2d 139 (Iowa 1966); voir aussi *Nelson v. Patrick*, 326 S.E.2d 45 (N.C. 1985).

<sup>615</sup> Par exemple *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (Cal. 1972); *Miller v. Kennedy*, 522 P.2d 852 (Wash. 1974).

<sup>616</sup> Comparez *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972) et *Lester v. Aetna Casualty and Surety Co.*, 240 F.2d 676 (5th Cir. 1957) avec *Nishi v. Hartwell*, 473 P.2d 116 (Haw. 1970). Selon le sondage réalisé pour la Commission présidentielle américaine, 80% des médecins recueilleraient l'assentiment des proches: *President's Commission*, vol. 1, 1982, p. 97.

<sup>617</sup> A tout le moins dans celles qui appliquent un critère non-professionnel: voir par exemple *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C.Cir. 1972); *Harnish v. Children's Hospital Medical Center*, 439 N.E.2d 240 (Ma. 1982); *Cross v. Trapp*, 294 S.E.2d 446 (W.Va. 1982).

qui considèrent le privilège comme un aspect du devoir d'information.<sup>618</sup> De même, l'effet exact du privilège est encore imprécis: la jurisprudence n'indique pas s'il supprime partiellement ou totalement le devoir d'information voire celui de recueillir le consentement. Enfin, le champ d'application du privilège reste sujet à spéculation, malgré une décision qui a estimé que le médecin ne pouvait l'invoquer pour des interventions facultatives, telles qu'une stérilisation.<sup>619</sup> Il paraît clair en revanche, qu'il n'est pas valable vis-à-vis de personnes autres que le patient lui-même.<sup>620</sup>

Le flou jurisprudentiel n'a pas été clarifié par les législations adoptées dans divers Etats. En majorité, celles-ci sont en effet muettes sur les conditions et les effets du privilège. Les rares lois à y faire allusion sont vagues, exigeant simplement que l'information cachée ait eu un effet défavorable substantiel sur la santé du patient.<sup>621</sup> Il est toutefois important de noter que dans les Etats dont la loi exige la révélation de risques précis, le privilège thérapeutique ne peut pas être invoqué à leur égard.<sup>622</sup> Cela restreint la portée pratique du privilège, un aspect auquel les législateurs n'avaient pas forcément tous pensé.

Au Canada, la Cour suprême a adopté une vue assez restrictive du privilège thérapeutique dans ses deux arrêts de 1980.<sup>623</sup> Le médecin ne peut l'invoquer que si les révélations qu'il tait auraient des répercussions négatives sérieuses sur la santé du patient.<sup>624</sup> Le langage employé par la Cour suprême suggère que le privilège est inadmissible lorsque le médecin craint seulement que l'information n'amène le patient à refuser une intervention nécessaire.<sup>625</sup> En pareille occurrence, il doit au contraire expliquer en détail les risques de l'abstention thérapeutique, afin que le patient ait une meilleure vue des choses. Il semble bien par ailleurs que le privilège n'a que l'effet de limiter l'information due au malade.<sup>626</sup> Il appartient enfin au médecin défendeur d'établir les circonstances justifiant le privilège, selon une évaluation qui ne dépend pas des usages de la profession.<sup>627</sup>

Jusqu'à maintenant, le privilège thérapeutique n'a pas été reconnu par la jurisprudence anglaise en tant que principe indépendant. L'attitude générale des tribunaux britanniques (l'application du critère professionnel et de la notion de *clinical judgment*, laissant une grande latitude au médecin notamment) ainsi que des passages de quelques arrêts montrent cependant que l'idée est acceptée. Si la question précise surgissait, je m'attends même à ce que les cours anglaises donnent une large portée au privilège.<sup>628</sup> *Hateber v. Black* suggérait déjà en 1954

<sup>618</sup> Comme le note aussi Katz, 1977, p. 156: « The therapeutic privilege (...) is merely a procedurally different way of invoking the professional standard of care. »

<sup>619</sup> *Cowman v. Hornaday*, 329 N.W.2d 422 (Iowa 1983): vasectomie.

<sup>620</sup> Par exemple *Darrach v. Kite*, 301 N.Y.S.2d 286, 292 (N.Y. 1969); *Koury v. Folio*, 158 N.E.2d 548 (N.C. 1968).

<sup>621</sup> Voir les législations en Alaska, Delaware, New Hampshire, New York, Oregon, Pennsylvanie, Utah et Vermont; pour des détails, Meisel, 1979, p. 460ss.

<sup>622</sup> Comme par exemple en Iowa, Louisiane et Texas. Voir à ce sujet *LaCaze v. Collier*, 434 So.2d 1039 (La. 1983).

<sup>623</sup> *Hopp v. Lepp* (1980) 112 D.L.R.(3d) 67 et *Reibl v. Hughes* (1980) 114 D.L.R.(3d) 1.

<sup>624</sup> Voir en particulier *Somerville*, 1984, p. 4ss.

<sup>625</sup> *Hopp v. Lepp* (1980) 112 D.L.R.(3d) 67, 77, 79s. Un arrêt antérieur de la Cour suprême de Colombie britannique avait au contraire admis la chose: *McLean v. Weir* [1977] 5 W.W.R. 609, 621 (B.C.S.C.).

<sup>626</sup> Notamment *Reibl v. Hughes* (1980) 114 D.L.R.(3d) 1, 13; *Hopp v. Lepp* (1980) 112 D.L.R.(3d) 67, 80: « It should not be for that physician to decide that the patient will be unable to make a choice. » Voir encore *Somerville*, 1984, p. 6.

<sup>627</sup> *Somerville*, 1984, p. 5, 8.

<sup>628</sup> Dans un sens voisin, *Robertson*, 1981, p. 121.

que le médecin minimise, voire taise les risques de l'intervention s'il estime qu'une révélation complète serait inopportune, soit qu'elle inquiéterait trop le patient, soit qu'elle le découragerait du traitement nécessaire.<sup>629</sup> D'autres décisions indiquent que le médecin doit tenir compte, lorsqu'il éclaire son patient, du préjudice psychologique (y compris la possibilité qu'il en vienne à refuser un traitement médicalement indiqué) que certaines informations pourraient lui causer.<sup>630</sup> Récemment enfin, dans l'affaire *Sidaway*, l'un des juges de la Cour d'appel sembla accepter comme axiomatique la proposition que l'information sur tous les risques du traitement est, suivant la condition émotive du patient, « medically harmful ».<sup>631</sup> L'un de ses deux collègues déclara de son côté: « There are cases in which the imparting of too much information may well hinder rather than assist the patient to make a rational choice. »<sup>632</sup>

En définitive, il semble qu'en droit anglais le privilège thérapeutique ne soit pas admis sous son étiquette habituelle, comme une règle de droit autonome, mais soit considéré simplement comme un aspect du critère professionnel mesurant l'étendue de l'information. Si le point était effectivement reconnu, l'implication majeure serait que le fardeau de la preuve incomberait alors au patient demandeur.<sup>633</sup>

Le privilège thérapeutique n'est pas l'apanage des juridictions de *common law*. Aussi bien la Suisse que la France et l'Allemagne l'ont reconnu dans des termes fort voisins.

Le *Tribunal fédéral* l'a admis pour la première fois en 1979, dans la formulation suivante: « L'obligation du médecin ne saurait toutefois être étendue à une information propre à alarmer le malade et, partant, à porter préjudice à son état physique ou psychique, ou à compromettre le succès du traitement. »<sup>634</sup> Trois cantons au moins ont ultérieurement incorporé le privilège thérapeutique dans leur législation sanitaire: Saint-Gall l'a prévu quand l'information est de nature à « den Kranken übermässig zu belasten », Zurich quand elle risque de « den Kranken übermässig belasten oder den Krankheitsverlauf ungewöhnlich beeinflussen »<sup>635</sup> et Vaud permet au médecin de limiter l'information « exceptionnellement, si l'information risque de perturber gravement le patient ».<sup>636</sup>

L'une des deux hypothèses principales visées est celle de la communication du diagnostic d'une maladie incurable et du pronostic correspondant. La pratique médicale veut que le patient soit tenu dans l'ignorance mais que la famille soit avertie. Le Tribunal fédéral lui a donné une valeur juridique en déclarant: « Un pronostic grave ou fatal — tel celui qui accompagnait autrefois le diagnostic de

<sup>629</sup> Cité in Robertson, 1981, p. 114; voir aussi McLean/McKay, 1981, p. 102s.

<sup>630</sup> O'Malley-Williams v. Board of Governors of the National Hospital for Nervous Diseases [1975] 1 B.M.J. 635; Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 2 All E.R. 118, 124 (Q.B.D.).

<sup>631</sup> [1984] 1 All E.R. 1034, per Browne-Wilkinson J.

<sup>632</sup> [1984] 1 All E.R. 1027, per Donaldson MR; voir aussi l'opinion dissidente de Lord Scarman [1985] 1 All E.R. 643, 654, qui voudrait admettre le critère du patient raisonnable et le privilège thérapeutique.

<sup>633</sup> Kennedy, 1984, p. 466, considère le privilège comme une défense qu'il appartient au médecin de prouver.

<sup>634</sup> ATF 105 II 284, 287, confirmé par ATF 108 II 59, 61 où il est dit que l'information ne doit pas susciter « un état d'appréhension préjudiciable à sa santé ».

<sup>635</sup> Respectivement article 56/2 Ordonnance sur l'organisation des hôpitaux, Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen 321.11 et article 46/2 Ordonnance sur les établissements de santé cantonaux, Zürcher Gesetze 48, p. 12.

<sup>636</sup> Article 21/3 Loi vaudoise sur la santé publique, FAO Vaud, 5 juillet 1985, p. 2179.

tuberculose ou qui est aujourd'hui souvent lié à celui de cancer — peut être caché au patient, mais doit en principe être révélé à ses proches».<sup>637</sup>

L'autre hypothèse est celle de la révélation de risques graves liés au traitement. Dans les deux cas, les auteurs n'ont guère clarifié les limites du privilège. Certains soulignent que l'information doit poser un réel et grave danger pour la santé du patient.<sup>638</sup> D'autres acceptent le privilège dès que des répercussions physiques ou psychiques défavorables sont à attendre de la communication de l'information<sup>639</sup>, voire, comme le Tribunal fédéral, quand le succès du traitement se trouverait compromis.<sup>640</sup> On peut se demander si ce dernier langage couvre l'éventualité où l'information est estimée de nature à faire renoncer le patient à une intervention nécessaire médicalement. Ott et Nægeli notamment affirment qu'il appartient au médecin d'apprécier les risques d'une information complète de cas en cas<sup>641</sup>, tandis que Hinderling et Hohermuth précisent qu'une information exhaustive est due au patient qui la demande.<sup>642</sup> Un semblant d'unanimité existe toutefois sur le fait que le privilège ne doit être admis que de façon restrictive et que les doutes sont à résoudre en faveur de l'information du patient.<sup>643</sup> Il faut admettre enfin que le privilège ne fait que limiter (et non pas supprimer) le devoir d'information et laisse intact l'obligation de recueillir le consentement.<sup>644</sup>

Même si ses limites restent floues, le privilège thérapeutique est largement accepté en Suisse. Il est reconnu dans une mesure peut-être plus large encore en France. Le Tribunal de Marseille a par exemple blanchi un médecin qui avait tu les risques d'échec d'une adénomectomie pour ne pas susciter chez le patient une «inquiétude préjudiciable à l'efficacité de la thérapeutique.»<sup>645</sup> La Cour de Toulouse a pareillement exonéré un médecin qui avait caché le risque d'un examen célioscopique jugé indispensable, car l'information aurait inquiété inutilement la patiente.<sup>646</sup>

Comme le laissent supposer ces deux décisions, le privilège thérapeutique est admis non seulement lorsque l'information risque de nuire à la santé du patient, mais encore lorsqu'elle pourrait compromettre le succès du traitement ou inquiéter inutilement le patient qui serait peut-être enclin alors à refuser une thérapie nécessaire.<sup>647</sup> Savatier et al. sont parmi les seuls à réclamer une application restrictive du privilège. Ils voudraient que l'état physique ou mental du patient l'exige de manière certaine, par exemple quand l'information ne pourrait être

<sup>637</sup> ATF 105 II 284, 288. Comparer avec l'article 42 du Code de déontologie médicale en France, J.O., 30 juin 1979, p. 1568.

<sup>638</sup> Notamment Hohermuth, 1979, p. 131; Walder, 1983, p. 592; Nægeli, 1984, p. 110; Grottsch, 1973, p. 45.

<sup>639</sup> Notamment Hinderling, 1963, p. 57s; Lotz, 1968, p. 110; Ney, 1979, p. 78s, qui écrit que l'information ne doit pas «augmenter leurs inquiétudes et leur angoisse», car «ne pas inquiéter le patient est également un impératif thérapeutique».

<sup>640</sup> Lotz, 1968, p. 110; Ney, 1979, p. 78; ATF 105 II 284.

<sup>641</sup> Ott, 1978, p. 34s; Nægeli, 1984, p. 110.

<sup>642</sup> Hinderling, 1963, p. 61; Hohermuth, 1979, p. 132.

<sup>643</sup> Notamment Hohermuth, 1979, p. 132; Schroeder, 1982, p. 33; Walder, 1983, p. 592; Ott, 1978, p. 34; Grottsch, 1973, p. 45s.

<sup>644</sup> Dans ce sens, Hinderling, 1963, p. 58.

<sup>645</sup> Jugement du 2 mars 1978 rapporté par Guérin, 1979, p. 34.

<sup>646</sup> Arrêt du 24 septembre 1976, cité par Guérin, 1979, p. 37. Voir aussi (dans un contexte différent) Cass. civ., 12 février 1973, Gaz. Pal. 1973 J. 341 ainsi que la déclaration de principe de la Cour de Grenoble, 5 janvier 1949, Gaz. Pal. 1949 J. 216.

<sup>647</sup> Notamment Nerson, 1978, p. 866s; Pharaon, 1961, p. 7; Vidal/Carlotti, 1955, p. 79s; Méméteau/Mélenec, 1982, p. 37, citant aussi un arrêt belge; voir encore Wachsmuth, 1984, p. 154.

reçue sans dommage majeur.<sup>648</sup> Sans doute le code de déontologie médicale a-t-il eu une grande influence même sur les juristes, en particulier l'article 42 qui dispose: « Pour des raisons légitimes, que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais la famille doit généralement en être prévenue, à moins que le malade n'ait préalablement interdit cette révélation, ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite. »<sup>649</sup>

En général, la doctrine coupe court à toute analyse plus poussée et s'en remet à la conscience professionnelle du médecin.<sup>650</sup> Kornprobst le fait après avoir pourtant noté à la page précédente que le silence des médecins « cache aussi une certaine paresse dans les rapports du médecin avec les malades ». <sup>651</sup>

La jurisprudence allemande n'a pas réservé un accueil aussi favorable au privilège thérapeutique. Dès les années cinquante, le *Bundesgerichtshof* a posé des exigences strictes. Le médecin ne peut taire une information que si sa communication nuirait sérieusement à la santé du patient.<sup>652</sup> Des contre-indications d'ordre psychique ou émotionnel, rejetées à l'origine<sup>653</sup>, sont à présent admises occasionnellement, à condition d'être suffisamment graves et certaines.<sup>654</sup> Il fut jugé par exemple que le privilège était applicable en raison de l'extrême instabilité ou surexcitation du patient ou de son état dépressif profond.<sup>655</sup> En règle générale, les tribunaux ont déclaré que seuls des motifs thérapeutiques absolument impérieux pouvaient justifier le silence du médecin.<sup>656</sup> Dans un arrêt de 1974, le *Bundesgerichtshof* semble même laisser ouverte la question de savoir s'il y a des circonstances qui justifient jamais la non-information du malade.<sup>657</sup> Il paraît certain en tout cas que le seul risque que le patient, une fois informé, n'en vienne à refuser le traitement proposé, est en principe insuffisant.<sup>658</sup>

La jurisprudence allemande, en particulier celle du *Bundesgerichtshof*, est la plus rigoureuse de celles qui ont été passées en revue. Il est intéressant de lire l'opinion de M. Dunz, juge fédéral, qui note que « unsere Rechtsordnung jedenfalls allgemein kein «therapeutisches Privileg» kenne » et souligne que la jurisprudence, bâtie sur la primauté du droit à l'autodétermination, interdit dans la règle au médecin de taire des informations, même pour des motifs thérapeutiques en soi

<sup>648</sup> Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 245 n° 270.

<sup>649</sup> Décret n° 79-506, du 28 juin 1979, J.O., 30 juin 1979, p. 1568.

<sup>650</sup> Par exemple Pennean, 1977, p. 62, disant qu'aucune règle précise ne peut être donnée; Vidal/Carloti, 1955, p. 79s; Mémecan/Mélonec, 1982, p. 37; Doll, 1972, p. 430; Nerson, 1978, p. 866s; Desbois, Note sous Trib. civ. Seine, 16 mai 1935, D. 1936 J. 9s.

<sup>651</sup> *Supra* note 350, p. 128.

<sup>652</sup> BGH, NJW 1959 811; BGH, NJW 1959 814. La communication du diagnostic de cancer fut exigée pour que le patient puisse régler ses affaires, tant privées que professionnelles. Voir aussi OLG Karlsruhe, NJW 1966 399.

<sup>653</sup> Par exemple BGH, NJW 1956 1106; BGH, NJW 1958 267 (affaire pénale).

<sup>654</sup> Notamment BGH, NJW 1979 1933; voir aussi BGH, NJW 1959 814, 815.

<sup>655</sup> Respectivement BGH, VersR 1961 1036, LG Köln, VersR 1980 491 et OLG Frankfurt, VersR 1954 180 (risque de fracture d'un traitement par électrochocs).

<sup>656</sup> BGH, VersR 1971 929, 930; BGH, VersR 1972 153, 155, parlant de « ausnahmsweise zwingende therapeutische Erwägungen »; OLG Hamm, NJW 1976 1157; KG Berlin, NJW 1981 2521; LG Giessen, NJW 1956 1111.

<sup>657</sup> BGH, VersR 1974 752.

<sup>658</sup> Tempel, 1980, p. 614 (même pont des interventions vitales, faisant allusion aux témoins de Jéhovah); Giesen, 1983, p. 76. Deutsch, 1980, p. 1307 l'admet exceptionnellement, si le patient est d'une angoisse malade.

respectables.<sup>659</sup> De nombreux arrêts ont également relevé que le risque de réactions négatives à des informations alarmantes constituait le revers inévitable du droit à l'autodétermination.<sup>660</sup> Cette position rigoureuse a reçu un accueil mitigé en doctrine, où une majorité d'auteurs souhaiterait un peu plus de souplesse.

Le point est encore controversé de savoir si le médecin peut se retrancher derrière le privilège quand le patient lui pose des questions. La majorité des auteurs y répond négativement<sup>661</sup>, en quoi il faut les approuver. Dans les autres cas, il est admis que le privilège consiste simplement à limiter l'information, et non pas à la supprimer, ni à supprimer le devoir de recueillir le consentement.<sup>662</sup> Le *Bundesgerichtshof* s'est exprimé très clairement sur ce point: «Die Frage, ob der Patient überhaupt aufgeklärt werden muss, ist nicht in das Ermessen der Ärzte gestellt».<sup>663</sup> Il est établi au surplus que le fardeau de la preuve est supporté par le médecin défendeur.<sup>664</sup>

On notera pour conclure que l'article 8 du projet de recommandation du Conseil de l'Europe sur les devoirs juridiques des médecins, de 1984, précise qu'une information complète doit être donnée sauf si elle est «susceptible de porter une grave atteinte au patient».<sup>665</sup> Dans son exposé des motifs, le Comité d'experts souligne que cette exception est «fondée sur une pratique bien établie de la déontologie médicale dans plusieurs Etats membres».<sup>666</sup>

#### b) *Appréciation critique*

Le privilège thérapeutique a suscité partout d'abondants commentaires. Certains auteurs louent ses vertus, d'autres mettent en relief ses défauts. Parmi ces derniers, Savatier et *al.* veulent «sauvegarder le principe (de l'information complète) contre un envahissement de ses exceptions», sous peine de ruiner la confiance du public.<sup>667</sup> Lui fait écho notamment Walder, qui redoute que l'admission du privilège n'aboutisse à une crise de confiance générale.<sup>668</sup> De même, Dworkin note que «we would all be in a state of uncertainty»<sup>669</sup>, ce qui pèserait finalement plus encore sur les patients que la vérité la plus dure. H.-P. Meisel recommande l'abolition du privilège, qui ne crée à ses yeux que méfiance et incertitude et protège en outre la partie la plus forte au sein de la relation médicale.<sup>670</sup> Heri ajoute que le privilège ne sert le plus souvent à rien quand un diagnostic fatal est tu, car le patient apprend tôt ou tard, d'une façon ou d'une

<sup>659</sup> Walter Dunz, cité in Giesen, 1983, p. 74s.

<sup>660</sup> BGH, NJW 1983 330, 331, parlant du «Recht zur Selbstschädigung»; KG Berlin, NJW 1981 2521; BVerfG, NJW 1979 1930, 1932 (opinion dissidente). Le privilège a été discuté aussi dans le contexte de l'accès du patient à son dossier. Des principes similaires ont été appliqués: voir en particulier BGH, NJW 1983 328s; Giesen, 1983, p. 72ss.

<sup>661</sup> Notamment Kern/Laufs, 1983, p. 57; Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 25. Mais voir Wachsmuth, 1982, p. 686s.

<sup>662</sup> BGH, NJW 1959 814; Kern/Laufs, 1983, p. 55; Giesen, 1983, p. 72, 75; Deutsch, 1980, p. 1308.

<sup>663</sup> BGH, NJW 1959 814, 815.

<sup>664</sup> BGH, NJW 1959 811; Kern/Laufs, 1983, p. 125; Giesen, 1983, p. 76; Bodenburg, 1981, p. 604.

<sup>665</sup> De même l'article 7 dispose-t-il que l'information doit être adaptée «à l'état psychologique du patient».

<sup>666</sup> p. 21.

<sup>667</sup> Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 245, n° 270.

<sup>668</sup> 1983, p. 592.

<sup>669</sup> *Supra* note 531, p. 80.

<sup>670</sup> 1984, p. 163s, parlant de «Kapitulation der Rechtsordnung vor ärztlichen Monopolansprüchen».

autre, ce qu'on lui a caché.<sup>671</sup> Giesen estime que le privilège est absolument incompatible avec les droits des patients et refuse par conséquent son application en dehors de circonstances tout à fait exceptionnelles.<sup>672</sup> A l'issue de l'étude la plus approfondie qui existe à ce sujet, Wilhelm parvient à une conclusion analogue: il rejette le privilège et ne tolère un silence du médecin que si l'information risque de provoquer un choc mortel chez le patient.<sup>673</sup> A. Meisel ne voit pas de raison valable non plus de conserver le privilège, pas plus qu'Andrews, qui regrette la tendance des tribunaux américains à confondre privilège thérapeutique et opportunité médicale du traitement.<sup>674</sup> La vaste majorité des auteurs américains regardent du reste le privilège d'un œil critique. Ils déclarent en général qu'il entame la confiance des malades, est incompatible avec leurs droits et menace de dévorer la règle. Ils concluent dès lors à une application très restrictive, qui exclut en particulier le risque que le patient ne se soumette pas à un traitement estimé nécessaire.<sup>675</sup>

Malgré ce faisceau de critiques, la majorité de la doctrine suisse, française et même allemande, ainsi qu'une minorité d'auteurs des pays anglo-saxons estiment que le privilège thérapeutique est absolument nécessaire.<sup>676</sup> Ils prônent une grande marge de manœuvre pour les médecins et sollicitent la mansuétude des tribunaux.<sup>677</sup> Invariablement, ils rappellent que le médecin ne doit *pas nuire* à son patient et qu'il doit s'efforcer de le *guérir*.

Aussi fondés soient-ils, les reproches adressés au privilège thérapeutique ne sauraient faire changer d'avis ses partisans, qu'ils soient juristes ou médecins. Ces critiques sont en effet trop théoriques, basées sur des arguments de principe qui ne font qu'entretenir la discussion. Avancer par exemple que l'exercice étendu du privilège est incompatible avec le droit à l'autodétermination, qu'il protège la partie forte de la relation médicale, qu'il va saper la confiance du public, ne fait, me semble-t-il, guère progresser le débat.

<sup>671</sup> 1983, p. 65.

<sup>672</sup> 1983, p. 75.

<sup>673</sup> 1981, p. 117ss, 142, donnant l'exemple d'un choc mortel chez un patient atteint de la maladie de Basedow.

<sup>674</sup> A. Meisel, 1979, p. 468ss; Andrews, 1984, p. 212, 215; voir en outre Riga, 1977, p. 180ss, qui n'admet le privilège que sur demande du patient; Shartsis, 1972, qui écrit: «Such an exception cannot be justified»: p. 531.

<sup>675</sup> Voir notamment Ludlam, 1978, p. 40; Meisel, 1977, p. 110ss; Labrini Moutsopoulos, Truth-telling to patients, 3 Medicine and Law 237 (1984); Recher, 1976/77, p. 714s; King, *supra* note 167, p. 298s; Note, 79 Yale Law Journal 1533, 1564ss (1970); Note, 23 Emory Law Journal 503ss (1974); Dworkin, *supra* note 531, p. 79s; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 95s, citant des études qui suggèrent que le privilège thérapeutique est «vastly overused».

<sup>676</sup> Voir notamment Ney, 1979, p. 78s; Röthlisberger, 1982, p. 332s, parlant d'un impératif thérapeutique; Nerson, 1978, p. 866, qui parle d'un «impératif de traitement».

<sup>677</sup> En particulier en Allemagne, où la jurisprudence du BGH est ressentie comme excessivement sévère par beaucoup d'auteurs: voir notamment Hollmann, 1973, p. 1395; Tempel, 1980, p. 614; Bockelmann, 1961, p. 951; Deutsch, 1980, p. 1306s et 1983, p. 51s; Adolf Laufs, Grundlagen und Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht, in Jung/Schreiber, 1981, p. 71, 78; Bauer, 1979, p. 501, qui écrit: «Die Aufklärung darf nie gefährlicher sein als die Krankheit.» Le panorama des opinions de la doctrine allemande est présenté par Wilhelm, 1981, p. 15ss (avis favorables) et p. 24ss (avis défavorables). Quelques auteurs ont avancé des propositions devant assurer une plus grande flexibilité à l'obligation du médecin. Bodenburg, 1981, p. 604, suggère de remplacer le privilège par une «Einschätzungsprärogative» du médecin, dont la fausseté devrait être établie par le patient. Ceci n'est pas sans rappeler la notion de *clinical judgment* chère aux tribunaux britanniques. Voir aussi Rieger, 1984, p. 123 n° 265, qui rapporte d'autres propositions émanant de Weissauer et de Deutsch.

C'est pourquoi, au lieu de m'en prendre à la valeur du concept lui-même, il m'a semblé plus intéressant de vérifier empiriquement la validité des présupposés qui en constituent le fondement. Unanimentement reconnus, quoique prouvés par personne, ils peuvent être rangés, par souci de simplicité, en trois groupes :

- a) certaines révélations angoissent, voire traumatisent le malade et nuisent par conséquent au bon déroulement du traitement;
- b) la communication des risques du traitement augmente, par des mécanismes d'autosuggestion, la probabilité de leur survenance;
- c) certaines informations amènent le patient à refuser le traitement, par hypothèse médicalement nécessaire.

A titre liminaire, une mise en garde s'impose. La valeur des résultats qui vont être rapportés est relative en raison des défauts, méthodologiques et autres, qui affectent certaines études, sans apparaître forcément à leur lecture. Une grande précaution est de rigueur avant de tirer des conclusions péremptoires.<sup>678</sup> Il ressort néanmoins un certain nombre d'éléments de réflexion des recherches menées.

a) Plusieurs études ont examiné l'impact d'informations déplaisantes sur la santé morale du patient et sur l'efficacité des soins. Aucune répercussion claire sur l'état du patient n'a été mise en lumière. Certaines enquêtes suggèrent que des informations défavorables n'augmentent pas la crainte ou l'anxiété des patients. Des auteurs allemands rapportent que la communication des risques d'interventions ophtalmologiques n'accroît pas l'appréhension et a même pour effet de renforcer la confiance de la majorité des patients dans le succès du traitement.<sup>679</sup> Quelques chercheurs américains ont fait des trouvailles analogues.<sup>680</sup> D'autres études aboutissent à des conclusions plus nuancées : l'information inquiète pratiquement autant qu'elle rassérène.<sup>681</sup> Enfin, quelques enquêtes concluent que l'information augmente la peur préopératoire des patients.<sup>682</sup>

Ces résultats, à la fois fragmentaires et contradictoires, ne permettent pas de dire si l'information angoisse ou soulage le patient, de manière générale. La personnalité du patient joue à cet égard un rôle important. Mais il serait intéressant de comparer l'angoisse éventuelle suscitée par l'information et celle liée au doute qui accompagne la non-information.

Sans doute, *certaines* informations désagréables inquiètent *certaines* patients. Doit-on immédiatement en conclure qu'elles doivent être tuées, pour éviter des répercussions négatives sur le traitement ? Les données rassemblées sur ce point jusqu'à présent incitent plutôt à répondre non. Il ressort de plusieurs études que l'information du patient et l'anxiété qu'elle suscite éventuellement peuvent avoir

<sup>678</sup> Voir *supra*, p. 161s et notes 421 et 422.

<sup>679</sup> Gramer/Leydhecker/Kriegelstein, *supra* note 198, p. 46; Leydhecker/Gramer/Kriegelstein, *supra* note 456, p. 244 (85% des malades se déclarent plus confiants); Lund, *supra* note 198, p. 45 (inquiétude diminuée chez 74% des patients, augmentée chez 20%).

<sup>680</sup> En particulier N. Hershey, S. Bushkoff, Informed consent study: the surgeon's responsibility for disclosure to patients, New York, 1969, p. 26 (en matière de chirurgie); M. Denney, D. Williamson, R. Penn, Informed consent—emotional responses of patients, 60 Postgraduate Medicine 205 (1975) (en matière de chirurgie); Faden/Beauchamp, 1980, p. 332 (à propos de méthodes contraceptives).

<sup>681</sup> Par exemple Alfidi, *supra* note 456, p. 1329 (respectivement 27% et 34%); Habermann, *supra* note 198, p. 559 (respectivement 27% et 45%).

<sup>682</sup> Notamment Janis et al., dont les résultats sont reproduits in Schmidr, *supra* note 427, p. 115; J. Lankton, B. Barheldet, A. Ominsky, Emotional responses to detailed risk disclosure for anesthesia. A prospective, randomized study, 46 Anesthesiology 294 (1977). C'est du reste la conviction de 83% des radiologues interviewés par Spring/Akin/Margulis, 1984, p. 612.

des effets positifs sur le cours du traitement. Par exemple, il semble que la connaissance anticipée des risques et des conséquences défavorables du traitement mobilise les défenses de l'organisme. Sachant à quoi s'attendre, le patient a un meilleur contrôle sur ce qui lui arrive, et se trouve en quelque sorte vacciné émotivement.<sup>683</sup> Parmi d'autres effets positifs constatés, on a rapporté la réduction de l'inquiétude, des troubles émotifs et d'autres complications durant la convalescence<sup>684</sup>, la diminution de la durée d'hospitalisation et même du besoin d'analgésiques après l'intervention.<sup>685</sup> Des expériences favorables ont été faites à l'occasion d'interventions de nature aussi variée que des sigmoïdoscopies et des accouchements.<sup>686</sup>

La première justification du privilège thérapeutique paraît donc pour le moins discutable. Il me semble important de noter d'une part que l'information ne provoque pas nécessairement des réactions négatives, même chez des patients de nature inquiète ou agressive<sup>687</sup>; d'autre part qu'elle a plutôt des effets positifs sur la majorité des patients et sur leurs soins. Dans son rapport, la Commission présidentielle américaine arrive à une conclusion analogue: «Not only is there no evidence of significant negative psychological consequences of receiving information, but on the contrary some strong evidence indicates that disclosure is beneficial.»<sup>688</sup>

b) On lit souvent que la communication des risques du traitement va accroître la probabilité de leur survenance.<sup>689</sup> Des études ont voulu tester empiriquement l'exactitude de cette proposition. A ma connaissance, elles sont toutes parvenues à une conclusion négative.

Dans trois études successives portant sur les effets secondaires de médicaments antidépresseurs, Myers et Calvert ont chaque fois trouvé que les patients informés ne rapportaient pas plus d'effets secondaires que les patients non informés et suivaient tout aussi fidèlement les prescriptions.<sup>690</sup> De même, Morris et Kanouse n'ont découvert aucune corrélation entre l'apparition des effets secondaires d'un médicament (thiazide) et l'avertissement donné à leur sujet à des patients souffrant

<sup>683</sup> C'est en particulier la thèse développée par Irving Janis, *Psychological stress: psychoanalytical and behavioral studies of surgical patients*, New York, 1958, qui note, p. 352: «The arousal of some degree of anticipatory fear may be one of the necessary conditions for developing inner defenses of the type that can function effectively when the external dangers materialize.» Voir aussi Rockwell/Pepitone-Rockwell, 1979, p. 1341; Golan/Beo-Hur, 1983, p. 114; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 101 et les études qu'elle cite aux notes 55 et 56.

<sup>684</sup> Notamment Janis, *supra* note 683, *passim*; voir aussi les études citées in President's Commission, vol. 1, 1982, p. 100 note 49 et celles citées in Rockwell/Pepitone-Rockwell, 1979, p. 1350.

<sup>685</sup> Notamment R. Wernick, M. Jaremkó, P. Taylor, Pain management in severely burned adults: a test of stress inoculation, 4 *Journal of Behavioral Medicine* 103 (1981); J. Andrew, Recovery from surgery with and without preparatory instruction for three coping styles, 15 *Journal of Personality and Social Psychology* 223 (1970); Vernon/Bigelow, cités in Tancredi, 1982, p. 62 note 34.

<sup>686</sup> Voir les études citées in President's Commission, vol. 1, 1982, p. 100s, notes 50 à 53; Hotzman/Faden/Chwalow/Horn, *supra* note 457, p. 807.

<sup>687</sup> Voir en particulier I. Wilson, Behavioral preparation for surgery: benefit or harm?, 4 *Journal of Behavioral Medicine* 79 (1981).

<sup>688</sup> President's Commission, vol. 1, 1982, p. 100.

<sup>689</sup> Fries/Lofthus, 1979, p. 318, écrivent par exemple: «Predicting side effects will increase their frequency»; Blechman, cité in Morris/Kanouse, 1982, p. 364.

<sup>690</sup> E. Myers, E. Calvert, The effect of forewarning on the occurrence of side effects and the discontinuance of medication in patients on amitriptyline, 122 *British Journal of Psychiatry* 461 (1973); *id.*, The effects of forewarning on the occurrence of side effects and discontinuation of medication in patients on doxepin, 4 *Journal of International Medical Research* 237 (1976); *id.*, Knowledge of side effects and the perseverance with medication, 132 *British Journal of Psychiatry* 526 (1978).

d'hypertension.<sup>691</sup> La preuve la plus convaincante est fournie par une étude rétrospective portant sur plus de deux millions d'examen diagnostiques (urographie et emploi de substances de contraste). Ses auteurs n'ont trouvé aucune différence statistiquement significative dans la survenance de réactions allergiques chez les patients qui avaient été avertis de leur possibilité et chez ceux qui l'ignoraient.<sup>692</sup> Plus de 80% de tous les praticiens estimaient pourtant que l'anxiété que produirait l'information était la cause première des réactions mineures chez le patient, et 37% le pensaient à propos des réactions majeures. C'est pourquoi près de la moitié des radiologues n'informaient pas les patients.<sup>693</sup>

Le deuxième fondement du privilège thérapeutique ne semble donc pas étayé par les faits. Les études empiriques effectuées n'ont pas permis d'établir que l'autosuggestion jouait un rôle dans l'apparition d'effets secondaires du traitement. (Peut-être en revanche la croyance erronée des médecins relève, elle, de l'autosuggestion.)

c) Les partisans du privilège thérapeutique déclarent encore que l'information complète du malade l'entraînerait bien souvent à refuser le traitement qui lui est proposé. Cette dernière affirmation ne trouve pas non plus confirmation dans les études empiriques existantes.

En Allemagne, Lund par exemple n'a enregistré aucun refus lié à l'information détaillée qui avait été fournie, en quelque trente-cinq mille interventions.<sup>694</sup> Aux Etats-Unis, de nombreux chercheurs n'ont découvert aucune corrélation entre l'information donnée (même lorsqu'elle était alarmante) et la fréquence des refus de la thérapie préconisée.<sup>695</sup> Des taux de refus très faibles, de moins de 2%<sup>696</sup> ou d'environ 1% voire moins<sup>697</sup> ont parfois été observés, sans qu'ils puissent être liés de manière certaine à l'information fournie. Epstein/Lasagna avaient remarqué une proportion plus élevée de refus parmi les patients informés au moyen du document le plus long, mais à contenu informatif égal.<sup>698</sup> Cela montre tout au plus que ce n'est pas la quantité d'information, mais peut-être sa qualité, qui pourrait avoir une influence sur l'attitude des patients. A ma connaissance, une seule étude a trouvé une forte proportion de refus. Rosenberg rapporte en effet que 50% des personnes interrogées, toutes bien portantes, qui s'exprimaient pour le cas hypothétique où elles devraient décider d'un artériogramme cérébral aux fins de déceler une tumeur, ont rejeté cet examen diagnostique, principalement en raison du risque minime d'infarctus.<sup>699</sup>

Le troisième argument avancé en défense du privilège thérapeutique n'est donc pas non plus étayé par les faits. Au surplus, même s'il était établi que l'information entraînait le refus du traitement chez 1%, 2%, voire 10% des patients, cela

<sup>691</sup> 1982, p. 364s. Voir aussi les résultats analogues des études de Weibert, 1977, et de Paulson et al., 1976, citées in Morris/Kanouse, 1982, p. 365. Les patients identifient en revanche mieux les symptômes qui peuvent apparaître, et les attribuent plus facilement au médicament («attribution-labeling effect»).

<sup>692</sup> Spring/Akin/Margulis, 1984, p. 609ss.

<sup>693</sup> *Id.*, p. 612.

<sup>694</sup> *Supra* note 198, p. 45; Leydhecker/Gramer/Kriegelstein, *supra* note 456, n'ont noté aucun refus non plus.

<sup>695</sup> En particulier Faden/Beauchamp, 1980, p. 332; Hershey/Bushkoff, *supra* note 680, p. 43; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 99 et l'étude de Stanley, 1981, qu'elle cite p. 99 note 45.

<sup>696</sup> Alfidi, *supra* note 456, p. 1329 (angiographies).

<sup>697</sup> Spring/Akin/Margulis, 1984, p. 610, 612.

<sup>698</sup> 1969, p. 684.

<sup>699</sup> *Supra* note 456, p. 67.

ne justifierait pas encore le privilège. Car ce qui doit être assuré en fin de compte, c'est la liberté de choix et non pas une certaine décision du patient.

Les raisons données pour légitimer le privilège thérapeutique sont en général présentées comme des vérités trop évidentes pour devoir être prouvées. On a pu constater qu'en réalité, elles ne résistent guère à l'examen des faits. Cela montre bien que le privilège est l'un des plus purs produits du paternalisme médical. C'est aussi un produit de l'éducation, tant du public que des médecins. Une étude américaine de 1961 révélait que 90% des médecins préféraient taire un diagnostic de cancer.<sup>700</sup> Près de vingt ans plus tard, une étude similaire a montré que 97% des médecins préféraient le dire.<sup>701</sup> Ils expliquaient leur position par leur expérience clinique avant tout, mais aussi par leur éducation.

Le privilège thérapeutique aide assurément bien des médecins à exercer une profession parfois très dure moralement. Mais c'est une échappatoire qui ne sert pas l'intérêt thérapeutique du patient. C'est pourquoi, hormis des cas véritablement exceptionnels, il devrait être supprimé.

<sup>700</sup> Donald Oken, What to tell cancer patients: a study of medical attitudes, 175 J.A.M.A. 1120 (1961).

<sup>701</sup> Dennis Novack, Robin Plumer, Raymond Smith, Herbert Ochitill, Gary Morrow, John Bennett, Changes in physicians' attitudes towards telling the cancer patient, 241 J.A.M.A. 897 (1979).

TROISIÈME PARTIE

LE CONSENTEMENT DES PATIENTS MINEURS  
ET INTERDITS

On a vu en détail que le consentement du patient devait être libre et éclairé. Il doit en outre émaner d'une personne qui a la capacité juridique de consentir. Cette troisième condition pose des problèmes particuliers pour les mineurs et les individus touchés par une mesure tutélaire.<sup>1</sup> Les difficultés concernent essentiellement trois points :

1. Dans quelles circonstances un mineur ou un interdit peut-il donner un consentement juridiquement valable ?
2. Qui est le représentant légal habilité à consentir dans les autres cas ?
3. Y a-t-il des éventualités où le consentement du mineur ou de l'interdit et celui du représentant légal sont requis ? Dans l'affirmative, comment se règlent alors les éventuels conflits de volonté ?

Une notion centrale doit à mon avis inspirer les réponses : il s'agit de parvenir à un juste équilibre entre le besoin particulier de protection de ces patients et leur liberté de choix.<sup>2</sup> Ici encore, l'optique globale peut être libérale ou paternaliste, comme les développements concernant la première et la troisième question le feront bien sentir. La seconde question a en revanche reçu des réponses de principe plus claires. C'est pourquoi elle sera brièvement traitée dans cette introduction.

Quand le patient est un mineur (ou un interdit) sous autorité parentale dépourvu de la capacité de consentir personnellement, le médecin doit en principe recueillir le consentement de ses père *et* mère. La règle, admise en France, en Allemagne et en Suisse<sup>3</sup>, diffère légèrement de celle dégagée en *common law*, qui se satisfait du consentement d'un seul parent<sup>4</sup>, l'autre étant présumé d'accord en l'absence d'opposition déclarée. En pratique, c'est ce qui se passe aussi dans les pays d'Europe continentale, où le consentement du parent accompagnant l'enfant chez le médecin ou à l'hôpital est suffisant dans la plupart des cas. Le médecin est en effet fondé à présumer que le conjoint est d'accord.<sup>5</sup> Le consentement exprès des deux parents n'est nécessaire que pour des interventions graves.<sup>6</sup> La notion

<sup>1</sup> La parution, en 1984, de la thèse zurichoise de Max Nägeli, me dispense de rappeler les principes généraux gouvernant ce domaine. Elle explique aussi la relative brièveté de cette troisième partie.

<sup>2</sup> Dans ce sens, Hinderling, 1963, p. 72. Sur le sens et le but des différentes espèces de représentation légale, voir Nägeli, 1984, p. 27ss.

<sup>3</sup> Grotsch, 1973, p. 55s; Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 216 n° 240; Kern/Lanf, 1983, p. 29, 35, 39; Deutsch, 1983, p. 176. Pour des développements, voir Nägeli, 1984, p. 126ss.

<sup>4</sup> La formule est *either parent*: Skegg, 1973, p. 375 et la jurisprudence citée à sa note 34; Somerville, 1979, p. 71; Müller, 1983, p. 254; Ewald, 1982, p. 691; Lacey v. Laird, 139 N.E.2d 25 (Ohio 1956).

<sup>5</sup> Article 304/2 CC. Voir par exemple Deutsch, 1983, p. 176.

<sup>6</sup> Deutsch, 1983, p. 177; Nerson, 1978, p. 860; Mémétreau/Mélenec, 1982, p. 50. Ne fut pas considérée comme grave l'opération d'un phimosis: Trib. gde inst. Paris, 6 novembre 1973, Gaz. Pal. 1974 J. 299, affirmant que le consentement de la mère seulement était suffisant.

de gravité est évidemment difficile à cerner mais elle comprend certainement toute opération mutilante ou comportant des risques élevés.<sup>7</sup>

En cas de désaccord irrémédiable des père et mère, le médecin doit (en dehors d'une urgence, qui l'habiliterait à agir de son propre chef) s'adresser à l'autorité compétente.<sup>8</sup> Il s'agit en Suisse de l'autorité tutélaire, qui peut, selon les circonstances, donner elle-même le consentement nécessaire ou nommer un curateur à cette fin.<sup>9</sup>

Lorsque l'autorité parentale n'appartient qu'à un des deux parents, qu'ils soient mariés (suspension de la vie commune, séparation de corps, mesures provisoires) ou non (célibat, concubinat, divorce), celui-là seul est habilité à consentir pour l'enfant.<sup>10</sup>

Si l'enfant a été confié à un tiers (colonie de vacances par exemple), il faut reconnaître au gardien de fait la faculté de consentir aux actes médicaux simples, courants et sans dangers particuliers, voire plus importants s'ils sont nécessaires à bref délai et que les parents ne peuvent pas être atteints assez tôt.<sup>11</sup>

L'intérêt thérapeutique de l'enfant est ici le principe directeur. Dans toute la mesure du possible, le médecin devrait en outre expliquer le traitement à l'enfant et rechercher son adhésion. Le consentement des parents reste bien sûr nécessaire pour tout acte médical sérieux ou sans caractère d'urgence, comme le montre l'affaire américaine suivante. Des parents avaient confié temporairement leur enfant de onze ans à sa sœur aînée majeure. Celle-ci, infirmière de formation, consentit à ce que l'enfant fût opéré des amygdales et des végétations. L'enfant mourut en cours d'intervention et les parents actionnèrent le médecin en affirmant qu'aucun consentement juridiquement valable n'avait été donné à l'opération. La cour leur donna raison car l'intervention, quoique conseillée, n'était pas immédiatement nécessaire.<sup>12</sup>

Lorsqu'un patient sous tutelle n'a pas la capacité de consentir, la personne désignée pour sauvegarder ses intérêts peut autoriser le traitement.<sup>13</sup> En droit suisse, c'est donc le tuteur qui consentira. Un conseil légal gérant ou combiné peut aussi, le cas échéant, donner un consentement valable.<sup>14</sup>

Enfin, il arrive qu'un patient incapable de consentir (provisoirement ou depuis longtemps) soit dépourvu de représentant légal. En pareille occurrence, le droit suisse, comme le droit allemand, veut qu'un curateur soit nommé pour décider des soins.<sup>15</sup> Les droits américain et français notamment adoptent une approche

<sup>7</sup> On peut s'inspirer ici de la distinction faite *supra*, p. 53; voir aussi Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 50.

<sup>8</sup> Nägeli, 1984, p. 127; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 50 (juge des tutelles); Kern/Laufs, 1983, p. 40 (Vormundschaftsgericht); Miller, 1983, p. 254.

<sup>9</sup> Nägeli, 1984, p. 127 et ses références.

<sup>10</sup> La règle est admise dans tous les pays étudiés: Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 216 n° 240; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 50; Nerson, 1978, p. 860; Favre, 1984, p. 29; Kern/Laufs, 1983, p. 40; Deutsch, 1983, p. 177; Miller, 1983, p. 254; Holder, 1977, p. 137; Nägeli, 1984, p. 127s. Sur l'exercice de l'autorité parentale par les beaux-parents (299 CC), voir Nägeli, 1984, p. 129s.

<sup>11</sup> Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 217 n° 241; Deutsch, 1983, p. 177; Skegg, 1973, p. 376; Pilpel, 1971/72, p. 463 et ses références législatives en matière de traitement urgent; Nägeli, 1984, p. 130; Ney, 1979, p. 84. Voir aussi l'article 300 CC.

<sup>12</sup> Moss v. Rishworth, 222 S.W. 225 (Tex. 1920).

<sup>13</sup> Nägeli, 1984, p. 130; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 50 (tuteur pour les cas bénins, conseil de famille pour les autres); Kern/Laufs, 1983, p. 28; Somerville, 1979, p. 90s; Miller, 1983, p. 252; Rosoff, 1981, p. 234; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 184.

<sup>14</sup> Pour des développements, voir Nägeli, 1984, p. 131s.

<sup>15</sup> Nägeli, 1984, p. 132s; Kern/Laufs, 1983, p. 28 (§ 1910 BGB, parlant de *Pfleger*). Les parents ne sont en revanche pas habilités à consentir.

différente: ils attribuent volontiers aux proches le rôle dévolu chez nous au curateur.<sup>16</sup> Un tribunal californien a même établi un ordre de préférence parmi les proches (conjoint, parents, frères et sœurs, oncle et tante, grands-parents).<sup>17</sup>

La personne appelée à consentir en faveur du patient (parent, tuteur, conseil légal, curateur) doit bien sûr être au préalable éclairée sur le traitement. Les règles dégagées dans la deuxième partie de ce travail sont applicables, *mutatis mutandis*, à l'exception de celles qui concernent le privilège thérapeutique. A mon sens, le médecin ne peut jamais invoquer le privilège à l'égard du représentant du patient.<sup>18</sup> Les fondements (discutables on l'a vu) du principe perdent en effet toute pertinence dans cette hypothèse.

Dans la mesure du possible, le médecin devrait aussi expliquer au patient les aspects essentiels du traitement.<sup>19</sup> Cette information plus sommaire vise surtout à assurer l'adhésion et la collaboration du malade à son traitement, même si un véritable consentement de sa part n'est pas requis. Dans l'éventualité où le représentant légal du patient n'est pas un des proches parents, il peut être souhaitable d'informer ceux-ci et de demander leur opinion, à titre purement consultatif.<sup>20</sup> Il s'agit là d'une recommandation déontologique plutôt que d'une règle juridique.

<sup>16</sup> Savatier/Auby/Savatier/Pèquignot, 1956, p. 220 n° 244; Miller, 1983, p. 252. Les lois de certains Etats américains l'ont expressément prévu, comme dans le Mississippi. Voir aussi Ritz v. Florida Patients' Compensation Fund, 436 So.2d 987 (Fla. 1983) et ses références, p. 989.

<sup>17</sup> Farber v. Olkon, 254 P.2d 520 (Cal. 1953).

<sup>18</sup> Moins catégoriques, Hinderling, 1963, p. 73; Grotzsch, 1973, p. 79s; Nægeli, 1984, p. 117s, qui admettent tous trois le privilège dans des cas exceptionnels (nerfs particulièrement fragiles, risques de transfert de la peur et de la douleur par exemple). Le principe de l'exclusion du privilège est admis à l'étranger: par exemple Kern/Laufs, 1983, p. 29; BGH, NJW 1971 1887; Dattah v. Kite, 301 N.Y.S.2d 286 (N.Y. 1969); Koury v. Follo, 158 N.E.2d 548 (N.C. 1968).

<sup>19</sup> Dans ce sens, Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 52; Schwab/Kramer/Kriegelstein, 1983, p. 39; Kern/Laufs, 1983, p. 35; Ewald, 1982, p. 705. Voir aussi l'article 43/2 du Code de déontologie médicale français. Ceci est valable tant pour le malade mental que pour le très jeune enfant.

<sup>20</sup> Dans le même sens, Nægeli, 1984, p. 132. La pratique est toutefois délicate parce qu'elle implique une violation du secret médical. Le médecin y prendra garde et limitera l'information à l'indispensable.

Déterminer quand il faut reconnaître aux mineurs la faculté de consentir au traitement médical a préoccupé les esprits juridiques dans tous les pays étudiés. Différents critères ont été retenus et sont appliqués isolément, alternativement ou cumulativement. Certains sont objectifs et paraissent procurer l'avantage de la clarté: l'âge, l'émancipation, la nature du traitement. Un autre est subjectif et présente des difficultés d'application: le discernement. Alors que la Suisse, la France et l'Allemagne ont résolument opté pour le critère subjectif, les pays de *common law* ont adopté une approche qui fait une large place aux critères objectifs.

### § 2.1 Les critères objectifs: l'âge, l'émancipation, la nature du traitement

L'âge a toujours été le critère retenu pour fixer le moment de l'accession à la pleine capacité juridique. D'un jour à l'autre, un adolescent qui ne pouvait par exemple pas conclure de contrats onéreux devient capable de le faire aux yeux de la loi.<sup>21</sup> Ce mécanisme montre bien que la capacité civile générale est une prérogative reconnue à l'individu par la société plutôt qu'une qualité intrinsèque à la personne humaine. Si cela est acceptable à titre de règle générale, pour des raisons tenant à la sécurité des transactions, ce n'est en revanche guère admissible dans divers domaines particuliers. Cette constatation a amené la création de diverses exceptions à la règle générale de la majorité civile, pour des motifs qui tiennent autant à la préservation de l'autonomie individuelle qu'à l'opportunité sociale et économique.<sup>22</sup>

L'âge choisi pour la majorité civile en général présente, comme toute limite, un caractère arbitraire. Les fluctuations au cours des siècles en témoignent<sup>23</sup>, de même que les différences existant aujourd'hui entre des pays socialement et culturellement très similaires. En Suisse, on devient majeur à vingt ans

<sup>21</sup> Comme l'écrit Willard Gaylin, *Competence: no longer all or none*, in Gaylin/Macklin, 1982, p. 27, 36: «In the past, we had been prepared to say that statistically the balance tips for freedom and away from paternalism at such and such an age.»

<sup>22</sup> «Constitutional rights do not mature and come into being magically when one attains the State defined age of majority»: *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 74 (1976).

<sup>23</sup> Voir notamment Alexander Capron, *The competence of children as self-deciders in biomedical interventions*, in Gaylin/Macklin, 1982, p. 57, 58s, qui note que l'âge de la majorité a augmenté du Moyen Âge au XIX<sup>e</sup> siècle pour se fixer à 21 ans puis a baissé au XX<sup>e</sup> siècle. Voir aussi Annas/Glantz/Katz, 1977, p. 64ss; Patricia Keith-Spiegel, *Children and consent to participate in research*, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 179, 192. En Suisse, voir le Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant le projet de loi sur la capacité civile (du 7 novembre 1879), F.F. 1879 III 819ss, 829, qui compare les législations cantonales de l'époque. La majorité variait de 26 ans (pour les femmes dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures; les hommes y étaient majeurs à 22 ans) à 19 ans (dans les cantons de Zoug, Grisons et Neuchâtel).

(article 14/1 CC)<sup>24</sup> tandis qu'on le devient à dix-huit en France et en Allemagne.<sup>25</sup> Dans les pays de *common law*, l'âge traditionnel de la majorité était fixé à vingt et un ans. Il a été abaissé à dix-huit ans en Angleterre<sup>26</sup> et dans la plupart des provinces canadiennes<sup>27</sup> et des Etats américains.<sup>28</sup> Selon qu'il habite sur la rive droite ou gauche de la rivière Delaware (soit à Camden, New Jersey ou à Philadelphie, Pennsylvanie) un jeune Américain de dix-neuf ans aura ou n'aura pas la pleine capacité civile!

Une limite d'âge inférieure à celle de la majorité a été définie dans plusieurs pays pour des capacités spéciales (capacité délictuelle, pénale, capacité de tester ou de témoigner par exemple).<sup>29</sup> Les pays de *common law* ont adopté cette approche pour la capacité de consentir au traitement médical. Ceux d'Europe continentale, l'ont écartée, implicitement ou expressément, comme l'Allemagne, où un projet prévoyant qu'un enfant de quatorze ans pouvait consentir personnellement a été repoussé.<sup>30</sup> Le projet de recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les devoirs juridiques des médecins précise néanmoins à son article 6/2: «Les Etats pourront fixer l'âge en dessous de celui de la pleine capacité juridique à partir duquel le patient pourra exprimer un consentement valable.»

En Angleterre, la section 8(1) du *Family Law Reform Act* de 1969 dispose qu'un mineur de seize ans peut consentir seul à «tout traitement chirurgical, médical ou dentaire».<sup>31</sup> La Commission Latey sur l'âge de la majorité avait observé en 1967 qu'il était devenu coutumier d'accepter le consentement d'adolescents de seize ans ou davantage.<sup>32</sup>

Plusieurs provinces canadiennes ont adopté des dispositions analogues. Au Québec par exemple, le *Public Health Protection Act* de 1972 prévoit qu'un mineur de quatorze ans peut consentir valablement à un traitement médical ou chirurgical.<sup>33</sup> Un avant-projet prévoyait même que tout mineur (sans limite d'âge) pouvait en principe consentir seul à n'importe quel traitement médical.<sup>34</sup> La Colombie britannique décida pour sa part de fixer l'âge du consentement à seize ans, tout

<sup>24</sup> Sous réserve bien sûr des éventualités du mariage (14/2 CC) et de l'émancipation (15 CC). Un postulat de 1979 a invité le Conseil fédéral à examiner la question de l'abaissement à 18 ans de la majorité civile. On se rappelle aussi que juste avant, la même année, le peuple et les cantons avaient rejeté une proposition d'abaisser la majorité civile à 18 ans; voir le détail des résultats de cette votation in FF 1979 II 8.

<sup>25</sup> Jusqu'en 1974, l'âge de la majorité dans les deux pays était 21 ans: voir notamment Favre, 1984, p. 28; Laufs, 1984, p. 60.

<sup>26</sup> Par le *Family Law Reform Act* 1969.

<sup>27</sup> C'est le cas de l'Alberta, du Manitoba, de l'Ontario et du Québec, alors que la Colombie britannique, le Saskatchewan et Nova Scotia l'ont abaissé à 19 ans; voir notamment Picard, 1978, p. 73.

<sup>28</sup> L'Alabama, le Nebraska et le Wyoming ont fixé la majorité à 19 ans; le Colorado, le Mississippi et la Pennsylvanie ont gardé 21 ans; l'Indiana, le Missouri et New York n'ont pas d'âge tout à fait général pour la majorité, mais 18 ans est la limite pour la plupart des affaires. Tous les autres Etats ont retenu l'âge de 18 ans. Pour des détails, voir notamment Capron, *supra* note 23, p. 95ss; Rosoff, 1981, p. 211ss.

<sup>29</sup> Voir par exemple l'article 82/1 CPS pour la capacité pénale (7 ans) et l'article 467 CC pour la capacité de tester (18 ans).

<sup>30</sup> Projet d'un nouveau § 1626a BGB, cité par Kern/Laufs, 1983, p. 32.

<sup>31</sup> Voir notamment Skegg, 1973, p. 370ss; Samuels, 1983, p. 30s et leurs références.

<sup>32</sup> La référence complète est donnée par Samuels, 1983, p. 30.

<sup>33</sup> Notamment Picard, 1978, p. 75. La personne qui détient l'autorité parentale doit cependant être avertie si le mineur est hospitalisé pour plus de douze heures ou si un traitement prolongé est administré.

<sup>34</sup> Crépeau, 1974, p. 247.

comme l'Ontario.<sup>35</sup> Quant au Nouveau-Brunswick, il adopta la loi uniforme proposée par la *Uniform Law Conference* du Canada fixant à seize ans aussi l'âge pour consentir.<sup>36</sup>

Quelques États américains ont suivi la même idée et posé un âge minimum général pour consentir à un traitement médical. La limite choisie est de deux à cinq ans au-dessous de l'âge de la majorité civile. En Pennsylvanie et au Colorado (où la majorité est acquise à vingt et un ans), un mineur de dix-huit ans peut consentir à son traitement. En Caroline du Sud la limite est fixée à seize ans (majorité à dix-huit), en Oregon à quinze ans (majorité à dix-huit) et en Alabama à quatorze (majorité à dix-neuf).<sup>37</sup>

On a prétendu que l'institution d'un âge minimal pour consentir à un traitement médical présentait l'immense avantage de la clarté et de la sécurité juridiques.<sup>38</sup> Cet avantage est en partie illusoire: le problème des enfants n'ayant pas encore atteint l'âge légal requis pour consentir n'est pas réglé définitivement. Il n'est pas dit qu'un garçon de dix-sept ans de Pennsylvanie ou qu'une fille de quinze ans et demi en Angleterre ne peut jamais consentir seul(e) à un acte médical. En d'autres termes, la limite posée pourrait ne constituer qu'une simple présomption d'incapacité pour les enfants plus jeunes, qui pourrait être renversée par la preuve d'un discernement suffisant.

La question s'est posée en Angleterre, où les auteurs entretenaient des vues différentes. Dans un article convaincant de 1973, Skegg écrivait qu'un enfant de moins de seize ans pouvait toujours consentir valablement à un traitement médical selon la *common law*, à condition de comprendre ce qu'impliquait le traitement.<sup>39</sup> Dix ans plus tard, après avoir exposé l'état de la controverse, Samuels parvenait à la conclusion inverse, essentiellement pour des motifs de sécurité juridique.<sup>40</sup>

Le débat gagna ensuite les tribunaux, à propos de la prescription de contraceptifs à des mineures. En juillet 1983, un Tribunal de première instance nota l'absence de précédents sur la question et jugea que la *common law* posait le principe suivant: «Le fait qu'un enfant a moins de seize ans ne signifie pas automatiquement qu'il ne peut pas consentir à un traitement. Le point de savoir si un enfant est capable de donner le consentement nécessaire va dépendre de sa maturité et de sa compréhension.»<sup>41</sup> Ce jugement fut cassé en décembre 1984 par la Cour d'appel, à l'unanimité des trois juges. Ils estimèrent qu'un mineur de moins de seize ans ne pouvait pas consentir valablement à un traitement médical, mais avait besoin du consentement de ses parents.<sup>42</sup> Le litige trouva sa solution

<sup>35</sup> Picard, 1978, p. 75s; Gosse, 1974, p. 56ss. Voir aussi l'étude de Catton/Graham/Koulack, 1979, qui montre, parmi les médecins interrogés, une méconnaissance générale du droit de l'Ontario en cette matière.

<sup>36</sup> Sur cette loi uniforme, voir en particulier Symposium *issue on consent*, 1 *Health Law in Canada* 46, 67ss (1980).

<sup>37</sup> Pour des détails et les références complètes, voir en particulier Capron, *supra* note 23, p. 95, 97, 110 et 111; Rosoff, 1981, p. 211ss.

<sup>38</sup> Par exemple Samuels, 1983, p. 31 et ses références; Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1985] 2 W.L.R. 413, spéc. 430 (C.A. per Parker L.J.).

<sup>39</sup> P. 373; voir aussi Skegg, 1984, p. 49ss; Mason/McCall-Smith, 1983, p. 116, qui citent une affaire de 1982 où le juge autorisa une mineure de 15 ans à avoir, selon son désir, un avortement contre la volonté de ses parents.

<sup>40</sup> 1983, p. 30s.

<sup>41</sup> Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1984] 1 All E.R. 365, 373 (Q.B.D.).

<sup>42</sup> [1985] 2 W.L.R. 413 (C.A.).

définitive devant la Chambre des Lords en octobre 1985. A une majorité de trois contre deux, celle-ci admit qu'un mineur de moins de seize ans pouvait exceptionnellement consentir seul à la prescription de contraceptifs à l'insu de ses parents, à condition de comprendre ce que cela impliquait.<sup>43</sup> Comme les juges ont vu là un acte médical, on peut penser que la règle posée vaut plus généralement pour tout traitement.

Au Canada<sup>44</sup> et dans la plupart, sinon la totalité, des Etats américains<sup>45</sup>, la question serait résolue dans le même sens. L'argument essentiel justifiant une limite d'âge n'a donc qu'une valeur toute relative. En outre, des inconvénients notables sont liés à cette solution. Le principal est son schématisme, contre lequel mettait en garde un civiliste français en ces termes généraux: « Que le législateur n'abuse pas des barrières de l'âge légal et ne fige pas la pyramide des âges, avec ses conflits de génération, en institution juridique. »<sup>46</sup>

La solution de la limite d'âge (même si elle ne fait que poser une présomption générale) ne tient absolument pas compte des différences importantes de maturité qui existent entre des adolescents du même âge.<sup>47</sup> Si tant est que le mode de vie est un indice valable du degré de maturité d'une personne, la plupart des Etats américains ont partiellement remédié à ce premier défaut. Trente-cinq Etats au moins accordent en effet au mineur « émancipé »<sup>48</sup> le droit de consentir seul à son traitement. Selon les Etats, différentes circonstances ont été retenues pour fonder l'émancipation d'un mineur. Il s'agit plus particulièrement du mariage, de la paternité ou de la maternité, de la grossesse, de la vie séparée des parents, de l'indépendance financière, du service militaire et d'un certain degré d'éducation (en général l'accomplissement de la *high school*).<sup>49</sup> De telles lois ne sont pas pleinement satisfaisantes en ce qu'elles créent une inégalité de traitement reposant sur des éléments extérieurs à la personnalité du mineur.<sup>50</sup>

Fixer de manière générale un âge pour consentir ignore aussi la nature fort différente des traitements médicaux dont peut avoir besoin un mineur. Il ne revient certes pas au même pour une jeune fille de quatorze ans de consulter un médecin pour obtenir des contraceptifs ou pour traiter une malformation cardiaque ou une grippe. Les législateurs américains ont réalisé que l'exigence du consentement parental représentait un obstacle de nature à dissuader les mineurs de rechercher des soins, en particulier ceux liés à une activité sexuelle précoce. C'est pourquoi ils ont adopté des dispositions spéciales concernant un certain

<sup>43</sup> Law Report, Times, 18 octobre 1985, p. 25.

<sup>44</sup> Voir en particulier *Johnston v. Wellesley Hospital* (1970) 17 D.L.R.(3d) 139 (Ont. H.C.).

<sup>45</sup> Voir des détails *infra*, p. 211s.

<sup>46</sup> Gérard Cornu, *L'âge civil*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, tome II, Paris, 1961, p. 9. De nombreux auteurs ont adressé la même critique: voir par exemple Grotseh, 1973, p. 62s; June L. Tapp, Gary B. Melton, *Preparing children for decision making: implications of legal socialization research*, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 215, 225.

<sup>47</sup> Michael A. Grodin, Joel J. Alpert, *Informed consent and pediatric care*, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 93, 97.

<sup>48</sup> La notion d'émancipation aux Etats-Unis n'est pas formelle, comme en Suisse, mais matérielle: elle résulte de la réalisation de certaines circonstances et non pas de la décision d'une autorité. Elle se rapproche plutôt de ce que Nüggeli, 1984, p. 91, appelle « *selbständiger Haushalt* », un fait dont il tire certaines conséquences juridiques, en particulier celle de pouvoir consentir aux soins médicaux courants et conclure le contrat médical.

<sup>49</sup> Pour des détails, voir Engum, 1982, p. 572; Capron, *supra* note 23, p. 93ss; Rosoff, 1981, p. 212ss; Carter v. Angello, 164 Cal. Rptr. 361 (Cal. 1980).

<sup>50</sup> Pour des remarques critiques, voir Capron, *supra* note 23, p. 65ss; Engum, 1982, p. 573, qui estime que ces lois veulent davantage protéger les intérêts des parents que l'autonomie et la santé des mineurs.

nombre de procédures médicales particulières. Il s'agit notamment du traitement de l'alcoolisme et de la toxicomanie, de la demande de moyens de contraception ou d'une interruption de grossesse, du traitement de troubles mentaux ou émotifs ainsi que des maladies vénériennes et d'autres affections contagieuses. Ces législations ne prévoient aucune limite d'âge ou en fixent une généralement très basse.<sup>51</sup>

De telles lois constituent indéniablement un progrès, à tout le moins celles qui abandonnent toute exigence d'âge. Mais elles soulignent en même temps une certaine incohérence qui caractérise ces ordres juridiques au sujet du consentement des mineurs. Par exemple, dans l'Etat de New York, une jeune fille de dix-sept ans ne peut pas consentir au don d'un échantillon d'urine à des fins de recherche médicale tandis que sa petite sœur de onze ans peut obtenir seule un avortement. De même, un adolescent de quatorze ans peut, de sa propre volonté, recevoir des soins pour une maladie vénérienne mais il ne peut pas participer, sans autorisation parentale, à une enquête par questionnaire écrit sur les pratiques sexuelles des jeunes de son âge.<sup>52</sup>

On a l'impression que les Etats américains ont résolu les difficultés soulevées par diverses situations spécifiques au coup par coup et en faisant appel à des idées différentes. Une conception globale et unitaire semble en revanche leur faire défaut. A mon sens, seul le critère du discernement (relégué à un rôle subsidiaire dans bien des juridictions de *common law*) peut apporter la cohérence souhaitable.

## § 2.2 Le critère subjectif: le discernement

### A. La notion

En droit suisse, l'aptitude d'un mineur à consentir au traitement médical dépend de sa capacité de discernement. En effet, l'article 19/2i.f. CC prévoit que le mineur capable de discernement peut exercer seul les droits strictement personnels. Or la doctrine est unanime à considérer que la faculté de consentir à un acte médical (ou de le refuser) fait partie de ces droits personnels.<sup>53</sup>

Le discernement consiste en la faculté d'agir raisonnablement. On sait qu'il comprend un élément intellectuel, soit l'aptitude à apprécier sainement et raisonnablement une situation, et un élément volitif, soit la faculté d'opérer un libre choix fondé sur sa propre appréciation des choses.<sup>54</sup> Cela ne signifie pas encore que la simple irrationalité d'une décision est la preuve de l'incapacité de discernement de son auteur.<sup>55</sup> Mais la doctrine précise souvent que si la décision repose sur des motifs absolument opposés aux valeurs généralement admises dans

<sup>51</sup> Le panorama complet de la mosaïque des législations étatiques américaines à ce sujet est offert par Engum, 1982, p. 575ss et par Capron, *supra* note 23, p. 75ss, 94ss. Voir en outre Rosoff, 1981, p. 211ss; Ewald, 1982, p. 701s; Holder, 1977, p. 141ss. On peut noter ici que des différences importantes existent entre Etats et selon le traitement concerné. Quand une limite d'âge est fixée, elle varie de 7 à 18 ans!

<sup>52</sup> Exemples donnés par Ruth Macklin, *Return to the best interests of the child*, in Gaylin/Macklin, 1982, p. 265, 266.

<sup>53</sup> Notamment Bucher, 1956, p. 137ss; Bucher, 1976, notes 223 et 224 ad 19 CC, p. 431; Grotsch, 1973, p. 64; Nägeli, 1984, p. 23, 87; Ney, 1979, p. 82s; Ott, 1978, p. 31.

<sup>54</sup> Notamment Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 38s; Bucher, 1956, p. 132ss; Bucher, 1976, notes 37ss ad 16 CC, p. 257ss.

<sup>55</sup> Voir par exemple ATF 43 II 739.

notre société<sup>56</sup>, ceci constituera un indice de poids en faveur de l'absence de discernement.<sup>57</sup>

D'autre part, le discernement est une notion concrète et relative. Il s'apprécie toujours selon les dispositions de la personne en cause, selon la nature et les circonstances de sa décision et au moment précis où celle-ci est prise.<sup>58</sup> Cette caractéristique est très importante en pratique : elle donne à ce critère général une grande souplesse d'application.

Il est admis d'ordinaire que les exigences intellectuelles à poser doivent être moindres pour l'exercice de droits strictement personnels et en particulier le consentement à l'acte médical.<sup>59</sup> Il paraît souhaitable en effet d'accorder une plus grande liberté (même si, ce faisant, on réduit la sécurité juridique) à l'individu dans des domaines éminemment personnels.

Quelques auteurs ont émis l'opinion que des exigences plus élevées devraient être posées pour la capacité de consentir à un traitement que pour celle de le refuser.<sup>60</sup> Trop schématique, ce principe me semble à rejeter. L'argument de Bucher<sup>61</sup>, qui avance que le droit a tendance à protéger le *statu quo*, me paraît sans valeur dans la mesure où le *statu quo* est ici dangereux, à tout le moins potentiellement. L'atteinte que le médecin porte au corps du malade n'est souvent destinée qu'à éviter une atteinte plus grave. Ne serait-il pas illogique alors de poser des exigences plus strictes quand un adolescent accepte une opération nécessaire que quand il refuse une transfusion sanguine salvatrice?

Chaque individu est, en droit suisse, présumé avoir le discernement. Cette présomption générale disparaît toutefois pour les très jeunes enfants (et les malades mentaux notoires).<sup>62</sup> C'est dire que le discernement n'est pas totalement indépendant de l'âge. Certes, il permet de tenir compte des différences de développement chez des enfants du même âge. Mais en pratique (et même si aucune limite absolue ne peut bien sûr être donnée) les auteurs ont toujours cherché à poser un âge à partir duquel le discernement devait être admis, soit de manière tout à fait générale, soit à l'égard de certains types de décisions.

Les droits français et allemand admettent des principes analogues. En France, un mineur disposant du discernement peut consentir seul aux soins médicaux, de la même manière qu'il peut accomplir seul des actes personnels.<sup>63</sup> Idéalement, la maturité intellectuelle du jeune patient devrait être cernée de cas en cas, mais en pratique, on fixe arbitrairement des limites d'âge.<sup>64</sup> En Allemagne, un mineur ayant

<sup>56</sup> Bucher, 1956, p. 134, parle de «allgemeinen Wertmaßstäben»; Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 80, parlent de «normes généralement reçues» et donnent comme exemple la volonté d'ancêtre sa propre personne ou sa propre fortune.

<sup>57</sup> Bucher, 1956, p. 134, disant que l'ordre juridique attend que «das Individuum will das, was für sich selber das Beste ist»; Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 39; Grottsch, 1973, p. 78.

<sup>58</sup> Notamment Bucher, 1976, notes 87ss ad 16 CC, p. 273ss; Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 39; Grottsch, 1973, p. 76; voir aussi ATF 90 II 9.

<sup>59</sup> Nägeli, 1984, p. 20ss; Bucher, 1956, p. 137ss, citant notamment ATF 77 II 7; Bucher, 1976, notes 71 et 96 ad 16 CC.

<sup>60</sup> L'idée semble venir de Bucher, 1956, p. 142ss, 146, qui déclarait qu'en cas de doute, il faut présumer le discernement en cas de refus et l'absence de discernement en cas de consentement. Voir aussi Bucher, 1976, note 105 ad 16 CC, p. 280s; Hinderling, 1963, p. 72; Ott, 1978, p. 31. *Contra*: Nägeli, 1984, p. 22.

<sup>61</sup> 1976, note 105 ad 16 CC, p. 280s.

<sup>62</sup> Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 41.

<sup>63</sup> Mémèteau/Mélenec, 1982, p. 51s et leurs références; Nerson, 1978, p. 861; Favre, 1984, p. 33; Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 215s n° 239.

<sup>64</sup> Comme le note avec regret Favre, 1984, p. 33.

le discernement peut aussi consentir valablement, dès l'instant où le consentement à l'acte médical est considéré comme un acte éminemment personnel.<sup>65</sup> Le discernement est reconnu au mineur qui comprend le sens et la portée du traitement qui lui est proposé. La doctrine rejette la fixation d'un âge limite car elle estime qu'il faut apprécier dans chaque cas la maturité intellectuelle et morale du mineur ainsi que la nature et la gravité du traitement envisagé.<sup>66</sup> Une fois de plus pourtant, on a cherché, à titre indicatif, l'âge auquel un enfant possède en principe le discernement.

On a vu que le droit *américain* accordait une large place aux critères objectifs. Parallèlement à ceux-ci s'est développée une autre règle fondée sur une notion analogue au discernement du droit suisse. Baptisée *mature minor rule*, elle pose qu'un mineur peut valablement consentir seul à un acte médical lorsqu'il en comprend la nature et les implications.<sup>67</sup> Deux critères principaux ont été retenus pour évaluer la compréhension du mineur. Le plus souvent, les tribunaux examinent la rationalité de la motivation ayant amené le jeune patient à sa décision. Parfois, ils se demandent simplement si la décision elle-même est raisonnable ou pas.<sup>68</sup>

Le principe du *mature minor* avait d'abord été énoncé par divers tribunaux.<sup>69</sup> Il fut ensuite formellement adopté dans la législation de plusieurs Etats, à titre de règle générale ou pour des traitements particuliers.<sup>70</sup> Il a rencontré une adhésion suffisante pour que le *Restatement (Second) of Torts* pose le principe général suivant: «Si la personne qui consent est un enfant ou est affectée de déficiences mentales, le consentement peut tout de même être valable si elle est capable d'apprécier la nature, l'étendue et les conséquences probables du comportement qu'elle autorise.»<sup>71</sup> De même, le *Pediatric Bill of Rights*, un texte devant servir comme modèle de loi, prévoit que tout individu, peu importe son âge, peut valablement consentir à un traitement médical s'il est «d'une intelligence suffisante pour (en) apprécier la nature et les conséquences».<sup>72</sup>

Cette reconnaissance toujours plus large du principe a fait dire à l'un des meilleurs spécialistes de ce domaine que «la règle du *mature minor* altère le droit existant dans une mesure telle que le «principe» concernant la capacité de décision des mineurs peut être exprimé ainsi: un enfant qui est capable de comprendre la

<sup>65</sup> Notamment Deutsch, 1983, p. 175; Kern/Laufs, 1983, p. 29.

<sup>66</sup> Par exemple Caesar, 1963, p. 96s; Trockel, 1972, p. 1494s; Laufs, 1984, p. 60; Grömig, 1971, p. 234; Bernd Rüdiger Kern, Der Minderjährige als Blurspender, FamRZ 1981 738, 739; Wolfram Eberbach, Familienrechtliche Aspekte der Humanforschung an Minderjährigen, FamRZ 1982 450, 451s; Michael Staak, Wilhelm Uhlenbruck, Problematik neuer Arzneimittel beim Minderjährigen aus rechtsmedizinischer Sicht, MedR 1984 177, 183.

<sup>67</sup> Notamment Capron, *supra* note 23, p. 69ss; Hosford, 1982, p. 108; Miller, 1983, p. 253s; Ewald, 1982, p. 703ss; Walter Wadlington, Consent to medical care for minors: the legal framework, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 57, 60s.

<sup>68</sup> Voir notamment Donald Bersoff, Children as participants in psychoeducational assessment, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 149, 171.

<sup>69</sup> Par exemple Bakker v. Welsh, 108 N.W. 94 (Mich. 1906) [17 ans, opération]; Gulf & Ship Island R.R. v. Sullivan, 119 So. 501 (Miss. 1929) [17 ans, vaccination contre la petite vérole]; Bishop v. Shurly, 211 N.W. 75 (Mich. 1926) [19 ans, choix de l'anesthésie]; Lacey v. Laird, 139 N.E.2d 25 (Ohio 1956) [18 ans, chirurgie esthétique]; Younts v. St. Francis Hospital & School of Nursing, Inc., 469 P.2d 330 (Kan. 1970) [17 ans, opération].

<sup>70</sup> L'Arkansas, l'Idaho, la Louisiane, le Mississippi et le Nevada l'ont admis à titre de règle générale. Voir les références et plus de détails in Capron, *supra* note 23, p. 95ss.

<sup>71</sup> Chapitre 45, section 892A(2) (1979).

<sup>72</sup> Canon VIII. Pour des détails sur l'histoire de ce texte et une évaluation critique, voir Raitt, 1975, p. 1443ss.

nature et les conséquences d'une intervention médicale particulière, et de ses alternatives principales y compris la non-intervention, peut donner un consentement, et celui qui ne l'est pas ne le peut pas.<sup>73</sup>

Une règle analogue est admise en droit *canadien* aussi, où le discernement est défini comme «l'aptitude du mineur à comprendre la nature, les risques et les conséquences d'une intervention».<sup>74</sup> On a vu que l'idée vient d'être adoptée en *Angleterre* par la Chambre des Lords, en des termes qui paraissent toutefois un peu plus restrictifs.

Concrétiser la notion floue de discernement en une limite d'âge est une tentation à laquelle les auteurs ont généralement succombé, en Suisse comme à l'étranger et aujourd'hui comme à l'époque romaine (le droit romain fixait à sept ans l'âge du discernement).

Bucher écrit qu'il ne faut pas exiger un âge trop élevé et pense qu'on ne doit pas nier *a priori* le discernement chez un enfant de douze ans, en raison de son âge seulement.<sup>75</sup> Il estimait dans sa thèse que même de petits enfants pouvaient donner un consentement valable à des atteintes tout à fait mineures, sans répercussions matérielles.<sup>76</sup>

Grotsch fait remarquer qu'en doctrine, la limite d'âge inférieure avancée pour le discernement (soit l'âge jusqu'auquel il ne serait jamais présent en principe) est douze ans et la limite supérieure (soit l'âge à partir duquel il serait toujours présent) dix-huit ans.<sup>77</sup> Ott ajoute qu'en pratique, on part de l'idée que des enfants de moins de quatorze ans n'ont dans la règle pas le discernement.<sup>78</sup>

Nägeli estime aussi que c'est à partir de quatorze ans qu'un mineur peut être présumé avoir la capacité de discernement nécessaire à tout le moins pour des traitements simples et sans grands risques. En outre, il met en doute la capacité d'un jeune patient de dix-huit ans de consentir à des interventions ayant des incidences sur son avenir, en citant l'hypothèse du don d'organe.<sup>79</sup>

Il est intéressant d'ouvrir ici une parenthèse pour rappeler les principes dégagés à propos d'une autre décision importante pour l'avenir de l'enfant: l'adoption. L'article 265/2 CC exige le consentement de l'enfant capable de discernement, en évitant de poser une limite d'âge comme l'ont fait des pays voisins (quatorze ans en Allemagne et en Italie, treize ans en France par exemple).<sup>80</sup> Dans ce domaine aussi, la doctrine a cherché à déterminer l'âge du discernement. Elle avance une limite qui varie entre douze et seize ans.<sup>81</sup> Un arrêt retient quinze ans<sup>82</sup> tandis que

<sup>73</sup> Capron, *supra* note 23, p. 74s.

<sup>74</sup> Crépeau, 1974, p. 256; voir aussi Somerville, 1979, p. 72s; Wadlington, 1973, p. 117; Tomkins, 1974/75, p. 48; Johnston v. Wellesley Hospital (1970) 17 D.L.R.(3d) 139 (Ont. H.C.).

<sup>75</sup> 1976, note 71 ad 16 CC.

<sup>76</sup> 1956, p. 140. Il donnait l'exemple d'un examen ou de la coupe des cheveux.

<sup>77</sup> 1973, p. 60. La remarque a probablement été empruntée à Caesar, 1963, p. 95 notes 4 et 5.

<sup>78</sup> 1978, p. 31.

<sup>79</sup> 1984, p. 105.

<sup>80</sup> Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, I. Teilband: Die Entstehung des Kindesverhältnisses*, Berne, 1984, note 2a ad 465 CC.

<sup>81</sup> Cyril Hegnauer, *Droit suisse de la filiation*, adaptation française par Bernard Schneider, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1984, p. 74: 14 ans; le même auteur parlait de 14 à 16 ans en 1979: *Ist die Aufklärung des Kindes über seine Herkunft Voraussetzung der Adoption?* RDT 1979, p. 128; Jacques-Michel Grosen, *Adoption III, les consentements requis*, FJS 1354 (1976), p. 2, parle de 15 ans, en se référant au Message du Conseil fédéral; Max Hess, *Die Adoption in rechtlicher und sozialpädagogischer Sicht*, Wädenswil, 1976, p. 22, parle de l'enfant en classes primaires supérieures; Bucher, 1976, notes 70 et 107 ad 16 CC, parle de 12 ans le plus souvent.

<sup>82</sup> SJ 1981 145, 149 (Cour de justice civile Genève).

d'autres nient, dans les circonstances d'espèce, le discernement d'enfants âgés respectivement de dix, onze et douze ans.<sup>83</sup>

Les auteurs allemands se sont également prononcés sur le prétendu «âge de raison». La plupart d'entre eux estiment que le consentement du représentant légal est toujours nécessaire pour un mineur de moins de quatorze ans.<sup>84</sup> Trockel retient quatorze ans en principe mais seize pour l'avortement par exemple<sup>85</sup>, tandis que Deutsch place la limite générale à seize ans et plus tôt dans le domaine de la sexualité (avortement, contraception...)<sup>86</sup>.

Les opinions émises en doctrine ont ceci de discutabile qu'elles ne paraissent s'appuyer sur aucune étude scientifique ou empirique du développement de l'enfant. De telles recherches ont été menées, spécialement aux Etats-Unis, depuis plusieurs années. Elles font apparaître, de manière concordante, que les enfants sont capables plus précocement qu'on ne le suppose d'ordinaire de prendre de manière raisonnable des décisions sur leurs soins. Les résultats sont toutefois à accueillir avec prudence en raison des critiques notamment méthodologiques qu'on peut adresser à certaines études.<sup>87</sup>

A cet égard, l'anecdote suivante mérite d'être rapportée. Dans les années septante, un questionnaire fut envoyé à diverses personnes faisant autorité dans le domaine du développement de l'enfant. Il leur était demandé de spécifier l'âge auquel les mineurs sont en règle générale aussi capables que les adultes de consentir valablement à participer à une recherche, relativement aisée à décrire en détail aux sujets potentiels. Les réponses données (qui devaient servir de fondement aux directives du DHEW en la matière) variaient de... deux à dix-sept ans!<sup>88</sup>

Weithorn et Campbell ont évalué la capacité de quatre groupes de sujets, âgés respectivement de neuf, quatorze, dix-huit et vingt et un ans, de prendre une décision sur quatre problèmes de santé différents (diabète, épilepsie, dépression, énurésie). L'appréciation de la capacité était faite en fonction de quatre critères graduellement plus sévères (manifestation d'un choix; solution raisonnable; raisonnement logique; compréhension). Les auteurs ont trouvé que les enfants de quatorze ans étaient aussi capables que leurs aînés, quel que soit le critère d'évaluation. En plus, ceux de neuf ans l'étaient aussi lorsque les deux critères les moins stricts étaient appliqués.<sup>89</sup>

Un survol systématique des recherches dans ce domaine, effectué par Grisso et Vierling, a amené les conclusions suivantes. Les données rassemblées révèlent que les enfants de moins de onze ans n'ont en principe pas les capacités intellectuelles ou l'indépendance requises pour donner un véritable consentement. Ceux de quinze ans ou plus sont en revanche tout aussi capables que les adultes. La tranche d'âge de onze à quinze ans représente une période de transition appelant des recherches supplémentaires si l'on veut dégager des règles claires.<sup>90</sup> Après avoir passé en revue plusieurs études, Weithorn affirme qu'elles suggèrent que les

<sup>83</sup> Respectivement ATF 107 II 18, 22 (qui indique 14 ans comme limite); RJ:C 1982 216, 220 (Conseil d'Etat Vaud); RDT 1981 26, 29 (Justizdirektion Zurich).

<sup>84</sup> Voir par exemple Kern/Lauts, 1983, p. 29.

<sup>85</sup> 1972, p. 1495.

<sup>86</sup> 1983, p. 175.

<sup>87</sup> Voir *supra*, p. 161s et notes 421 et 422.

<sup>88</sup> L'histoire est rapportée par Keith-Spiegel, *supra* note 23, p. 193.

<sup>89</sup> 1982, p. 1589ss. Leur étude est discutabile méthodologiquement. D'une part, les décisions à prendre concernaient des situations hypothétiques; d'autre part, tous les sujets étaient des individus en santé, «normaux», de race blanche, d'intelligence élevée et issus des classes moyennes!

<sup>90</sup> L'étude est rapportée notamment par Engum, 1982, p. 608 et par Bersoff, *supra* note 68, p. 173.

adolescents de quatorze ans ont, en tant que groupe, les mêmes aptitudes que les adultes.<sup>91</sup>

D'autres études indiquent que des enfants de moins de quatorze ans peuvent avec profit jouer un rôle dans leurs soins, sans aller jusqu'à leur accorder le pouvoir exclusif de décision à cet égard.<sup>92</sup> Certains auteurs admettent aussi que beaucoup d'enfants atteignent à douze ans déjà le sommet de leur développement cognitif.<sup>93</sup>

Malgré les défauts méthodologiques de certaines études empiriques, les résultats rapportés correspondent dans une large mesure aux différentes étapes du développement des facultés cognitives et intellectuelles chez l'enfant qui ont été mises en lumière par d'éminents psychologues tels que Piaget. Il ressort en effet de leurs travaux que c'est à partir de dix-onze ans que le raisonnement se forme chez l'enfant (maîtrise progressive des opérations inductives et deductives, du raisonnement logique et abstrait). A l'âge de quatorze ans environ, l'enfant est en général équipé des aptitudes intellectuelles de l'adulte.<sup>94</sup> Il apparaît en outre que c'est vers quatorze-quinze ans que l'adolescent se dégage de sa soumission antérieure aux figures incarnant l'autorité (parents, maître, docteur).<sup>95</sup>

Les mêmes travaux sont parfois cités pour justifier une limite d'âge différente pour le discernement. Un ancien juge de la Cour suprême, Justice Douglas, a cité de nombreux travaux scientifiques pour fonder son opinion qu'un enfant d'environ quatorze ans a des facultés intellectuelles et un jugement moral proches de ceux d'un adulte.<sup>96</sup> D'autres auteurs ont proposé de placer la barrière à l'âge de douze, treize, quatorze, voire seize ans.<sup>97</sup>

Décider d'un traitement n'est pas uniquement une opération intellectuelle abstraite qui devrait aboutir au même résultat quel que soit le patient. D'autres éléments s'y mêlent, en particulier l'expérience personnelle et des sentiments variés. Or, un mineur de douze ou treize ans n'a certainement pas la maturité affective et l'expérience justifiant de lui octroyer à titre général la capacité de consentir à tout traitement. Les principes directeurs suivants me paraissent dès lors pertinents. Jusqu'à dix ans, un authentique consentement de l'enfant semble impossible. Une présomption d'absence de discernement devrait donc être appliquée. Entre dix et quinze ans, la capacité de consentir doit progressivement être admise, en fonction du développement individuel de l'enfant, de la nature des

<sup>91</sup> Lois Weithorn, Involving children in decisions affecting their own welfare: guidelines for professionals, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 235, 245.

<sup>92</sup> C. Lewis, M. Lewis, M. Ihekweune, Informed consent by children and participation in an influenza vaccine trial, 68 American Journal of Public Health 1079 (1978): enfants de 6 à 9 ans participant à une recherche sur un vaccin contre la grippe porcine; Korsch, 1974, cité in Weithorn, *supra* note 91, p. 246; enfants de 9 à 11 ans participant à une recherche médicale; Harber/Stephens/Bren, 1981, cités in Keith-Spiegel, *supra* note 23, p. 192s: enfants de 10 ans montrant les mêmes facultés de mémorisation de l'information reçue que les adultes.

<sup>93</sup> Voir les auteurs cités par Weithorn, *supra* note 91, p. 245.

<sup>94</sup> Voir notamment Sanford Leikin, Minor's assent or dissent to medical treatment, in President's Commission, vol. 3, 1982, p. 175, 179ss et ses références. Il apparaît d'autre part que c'est pendant cette période de développement des opérations formelles que l'enfant en vient à comprendre le sens de la mort: Weithorn, *supra* note 91, p. 249 et ses références.

<sup>95</sup> Selon l'étude de Wilkin/Dyk/Faterson/Goodenough/Karp citée in Engum, 1982, p. 606, un adolescent de 14 ans ne serait pas plus sensible aux pressions extérieures qu'un adulte. Voir aussi Leikin, *supra* note 94, p. 184.

<sup>96</sup> Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, 245 (1972) [dissenting opinion].

<sup>97</sup> Respectivement Engum, 1982, p. 609s; Grodin/Alpert, *supra* note 47, p. 96; Weithorn, *supra* note 91, p. 245s; Adele Hofman, A rational policy toward consent and confidentiality in adolescent health care, 1 Journal of Adolescent Health Care 9 (1980).

soins et des autres circonstances d'espèce. Ce n'est toutefois qu'à partir de quinze ans que la présomption de discernement doit jouer en faveur de l'adolescent, comme pour un adulte.

On peut ici tirer un parallèle avec l'absence de jurisprudence, aux Etats-Unis, qui condamnerait un médecin pour avoir traité un mineur de plus de quinze ans sans le consentement du représentant légal. A ma connaissance, une seule affaire, ancienne, fait exception. Elle se singularise par le fait que l'intervention devait profiter à un tiers. Un adolescent de quinze ans avait en effet consenti qu'on lui enlevât une bande de peau de l'aisselle à la taille pour procéder à une greffe sur son cousin. La Cour d'appel fédérale jugea que le consentement maternel était indispensable dans ces circonstances.<sup>98</sup>

Pout terminer, j'aimerais reprendre les conclusions d'un chercheur américain qui a travaillé depuis plus de dix ans avec des milliers d'enfants. Il affirme: « Nous avons été énormément impressionné par leurs capacités. En effet, notre conclusion principale est que les enfants sont bien plus capables de prendre des décisions que les adultes ne le croient. Les enfants peuvent apprendre à décider et, quand on leur en donne l'occasion, prendre des décisions remarquablement responsables. (...) Il apparaît que la société ne fait rien pour encourager l'exercice graduel de ces aptitudes. »<sup>99</sup>

## B. L'application

Il est intéressant de voir comment le critère du discernement a été appliqué par les tribunaux qui, il faut le noter d'entrée, n'ont eu à se prononcer qu'en de rares occasions. Leurs jugements révèlent néanmoins une application nuancée du principe, qu'influence en particulier la nature du traitement administré au mineur.

### a) En cas de traitement « ordinaire »

L'opinion avait été émise en doctrine *suisse* que le consentement du mineur même capable de discernement n'était pas suffisant pour des interventions graves ou impliquant un séjour prolongé à l'hôpital.<sup>100</sup> Bucher fonde la nécessité du consentement concomitant des parents en pareille occurrence dans les prérogatives liées

<sup>98</sup> Bonner v. Moran, 126 F.2d 121 (D.C. Cir. 1941).

<sup>99</sup> Charles Lewis, Decision making related to health: when could/should children act responsibly?, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 75, 91. L'illustration la plus frappante de ce qu'il avance est sans doute son étude de l'usage par de jeunes enfants d'un service de santé, dont parle Engum, 1982, p. 607s. Les références de ses diverses études sont fournies dans son article précité, p. 91. Bersoff, *supra* note 47, p. 173, arrive à des conclusions analogues, en particulier sur l'infantilisation par la société. Une étude française, rapportée par Favre, 1984, p. 33, a aussi montré que la prise de conscience en matière de santé chez l'enfant était plus précoce qu'on ne l'avait pensé. Il semble y avoir aux Etats-Unis surtout un fort courant en faveur de l'élargissement des droits des adolescents en matière médicale. Voir par exemple Plotkin, 1981, p. 121ss; Keiter, 1981/82, p. 459ss; Holt, 1978, p. 5ss; Wilkins, 1975, p. 31ss; Engum, 1982, p. 557ss; Brown/Truitt, 1979, p. 289ss; Laura Meyers, Are minors entitled to medical privacy?, 10 Student Lawyer 18 (1981); Gary Melton, Toward «personhood» for adolescents. Autonomy and privacy as values in public policy, 38 American Psychologist 99 (1983). Voir enfin Willard Gaylin, Who speaks for the child?, in Gaylin/Macklin, 1982, p. 3, 20s: « I think it is fair to say that there has been in modern America a steady retreat from the concepts of paternalism that once were traditionally respected and valued. »

<sup>100</sup> En particulier Bucher, 1976, p. 178ss; Hinderling, 1963, p. 72. Bucher définit les interventions graves comme celles qui peuvent modifier de façon permanente et grave l'intégrité corporelle du patient (p. 182).

à l'autorité parentale. Celle-ci donnerait aux parents une préférence à ce que des tiers ne leur enlèvent pas leur enfant sans leur accord.<sup>101</sup> Hinderling n'y voit qu'une interprétation restrictive de l'article 19/2 CC commandée par le besoin de sécurité du médecin et celui de protection du mineur.<sup>102</sup>

La position de ces deux auteurs me paraît à rejeter. L'autorité parentale a une fonction de *protection* plutôt que de domination de l'enfant mineur.<sup>103</sup> Or, cette fonction protectrice n'a plus de raison d'être quand le mineur est devenu autonome, soit apte à prendre seul les décisions le concernant. Dès lors que le jeune patient a le discernement (qui s'apprécie toujours par rapport à l'acte en cause), aucun consentement autre que le sien n'est nécessaire. La doctrine plus récente semble se rallier à ce point de vue.<sup>104</sup>

La jurisprudence n'a pas tranché la controverse dans notre pays. Face au dilemme de protéger l'adolescent ou le médecin, les juges accorderaient certainement une importance déterminante aux circonstances d'espèce, comme l'ont fait des juges allemands.

En 1958, le *Bundesgerichtshof* s'occupait d'une affaire où le médecin avait opéré de la thyroïde un patient de vingt ans et demi avec son seul consentement. Les parents n'avaient pas été joints, à la demande expresse du patient, car ils vivaient dans la zone occupée par les Soviétiques. Les juges estimèrent que dans ces circonstances, le consentement du patient mineur était suffisant. Ils insistèrent sur le fait qu'il était tout près de la majorité et que les parents n'étaient pas accessibles.<sup>105</sup> Deux ans auparavant, l'*Oberlandesgericht* de Munich avait admis la validité du consentement d'un patient d'à peine dix-neuf ans, dans des circonstances qui ne sont malheureusement pas rapportées.<sup>106</sup>

Environ deux mois après sa première décision, le *Bundesgerichtshof* fut appelé à trancher une autre affaire. Une jeune fille de dix-sept ans se soumit, sans consultation de ses parents, à une opération de l'appendicite que le chirurgien considérait comme indiquée, mais pas nécessaire (*gegeben* et non pas *erforderlich*). Elle mourut quelques jours plus tard des suites de l'intervention. La cour déclara que le consentement d'un patient mineur était suffisant dans les cas où l'intervention était immédiatement nécessaire. Il releva alors que cette condition n'était pas réalisée en l'espèce, ce qui obligeait le médecin à recueillir le consentement des parents avant d'opérer.<sup>107</sup>

Le *Bundesgerichtshof* précisa sa jurisprudence dans un arrêt de 1971. Une adolescente de seize ans et demi avait consulté un dermatologue pour soigner des verrues à sa main gauche. Un traitement par rayons fut entrepris, qui laissa des séquelles. L'*Oberlandesgericht* de Saarbrücken estima que le consentement de la patiente était suffisant. Sa décision fut cassée par le *Bundesgerichtshof* qui jugea que le consentement et l'information des parents étaient nécessaires. A son avis, il existe de grandes différences entre un jeune de dix-sept ou de vingt et un ans.

<sup>101</sup> 1956, p. 178ss.

<sup>102</sup> 1963, p. 72.

<sup>103</sup> Dans ce sens par exemple Nägeli, 1984, p. 69; Grottsch, 1973, p. 123.

<sup>104</sup> Comme le dit Nägeli, 1984, p. 124, «das eine schliesslich das andere aus, weshalb nicht kumulativ beides verlangt werden kann»; dans le même sens, Grottsch, 1973, p. 66, 69; voir aussi Ney, 1979, p. 84; Schroeder, 1982, p. 35; Perrin, 1979, p. 16, qui critique le «schématisme simplificateur» de la distinction capable/incapable de discernement.

<sup>105</sup> BGH, NJW 1959 811.

<sup>106</sup> OLG Munich, NJW 1958 633. L'arrêt (qui, soit dit en passant, fait allusion à 19 CCS) ne parle que d'«opération».

<sup>107</sup> BGH, NJW 1959 825.

Pour des décisions importantes, le premier aurait encore besoin de la sagesse et du discernement de son représentant légal. Les juges ont alors posé la règle générale suivante: le consentement d'un patient mineur est insuffisant pour les interventions médicales qui ne sont pas immédiatement nécessaires (*aufschiebbar*) ou qui ne sont pas sans importance (*nicht unwichtig*).<sup>108</sup>

Cette distinction est reprise par la doctrine, qui considère en général que le consentement du représentant légal est nécessaire pour toute intervention grave, notamment toute opération sous narcose.<sup>109</sup>

Dans deux autres affaires, l'âge du mineur joua un rôle sans doute aussi important que la nature de l'acte médical. L'une concernait un patient de quinze ans qui subit une paralysie à la suite d'une angiographie de la carotide à laquelle ses parents avaient aussi consenti. Le tribunal admit implicitement la nécessité du consentement parental quand il précisa que les parents n'avaient pas été informés adéquatement sur cette intervention diagnostique.<sup>110</sup> Dans la seconde, le *Bundesgerichtshof* estima que le médecin devait informer aussi les parents sur la posologie et les effets d'un médicament (gouttes à l'arsenic) prescrit à leur fille de quinze ans. A son avis, on ne peut pas partir automatiquement de l'idée qu'une adolescente de cet âge accordera tout le sérieux nécessaire à la prise consciencieuse du médicament.<sup>111</sup>

La jurisprudence allemande paraît donc stricte dans ce domaine. D'une part, elle a nié la faculté de consentir seul à des mineurs âgés de quinze, seize et demi et dix-sept ans. D'autre part, elle enlève de la sphère de décision du mineur même capable de discernement toute intervention sérieuse. Pourtant, le choix devrait justement appartenir au mineur s'agissant de traitements qui peuvent l'affecter pour le reste de la vie. Il faut donc souhaiter que les tribunaux suisses (s'ils ont un jour à se prononcer) adoptent une optique plus favorable à l'autonomie de patients certes mineurs mais capables du même discernement que les adultes.

Les caractéristiques de la jurisprudence allemande se retrouvent dans les décisions canadiennes et américaines. Au *Canada*, l'arrêt faitier en la matière concernait le traitement d'un jeune homme de vingt ans, destiné à faire disparaître des marques que l'acné avait laissées sur son visage. Le seul consentement du mineur fut jugé suffisant. Le tribunal nota qu'il serait ridicule, en 1970, de prétendre « qu'une personne de vingt ans qui, à l'évidence, est intelligente et aussi capable de comprendre les conséquences possibles d'une procédure médicale ou chirurgicale qu'un adulte, est, juridiquement, incapable d'y consentir. »<sup>112</sup> Dans une affaire plus ancienne, un jeune homme de dix-neuf ans avait consenti seul à se faire opérer de la gorge. La cour admit la validité de son consentement en déclarant: « He is not of the highest intelligence, but it appears that he was nineteen years of age and capable of taking care of himself. »<sup>113</sup>

<sup>108</sup> BGH, NJW 1972 335.

<sup>109</sup> Notamment Schwab/Kramet/Kriegelstein, 1983, p. 38; Kern/Laufs, 1983, p. 29, 35, qui estiment que le consentement du mineur suffit en revanche pour des interventions moins graves et donnent comme exemples les soins dentaires, une prise de sang ou le traitement d'un refroidissement.

<sup>110</sup> OLG Düsseldorf, VersR 1980 949 (le BGH a refusé de revoir ce jugement, par décision du 1<sup>er</sup> juillet 1980, *ibidem*).

<sup>111</sup> BGH, NJW 1970 511; voir aussi OLG Hamburg, MedR 1983 25, concernant un adolescent schizophrène de 16 ans. Le tribunal affirma (ce que le BGH confirma sur recours) que sa mère devait être informée pour pouvoir consentir au traitement de son fils.

<sup>112</sup> Johnston v. Wellesley Hospital (1970) 17 D.L.R.(3d) 139, 144.

<sup>113</sup> Booth v. Toronto General Hospital (1910) 17 O.W.R. 118. Le tribunal remarqua aussi que le patient était capable de travailler comme un homme, prenant pour preuve le travail pénible qu'il faisait dix heures par jour.

La décision *américaine* la plus souvent citée mettait en scène une jeune fille de dix-sept ans, qui était allée rendre visite à sa mère hospitalisée, encore inconsciente des suites de l'anesthésie générale qu'elle venait de subir. Une des mains de l'adolescente fut prise malencontreusement dans une porte. Plusieurs doigts étaient tellement touchés qu'une greffe de peau était nécessaire à bref délai (sans qu'il y ait vraiment urgence). Elle fut pratiquée avec le seul accord de la jeune fille, ce que le tribunal estima parfaitement suffisant dans les circonstances. Outre l'âge et la maturité de la patiente, la décision souligna l'impossibilité d'obtenir le consentement parental ainsi que l'approbation de l'intervention par le médecin de famille.<sup>114</sup> Dans le premier arrêt à faire application de la règle du *mature minor*, un chirurgien avait été actionné par le père d'un adolescent de dix-sept ans décédé lors de l'exérèse d'une tumeur à l'oreille. Le demandeur affirmait ne pas y avoir consenti. Les juges estimèrent que la responsabilité du praticien n'était pas engagée car le patient était presque un adulte et les grandes lignes du traitement avaient été communiquées au père.<sup>115</sup>

En résumé, on peut dire que la règle du *mature minor* est appliquée sans hésitation par la plupart des juridictions américaines lorsque deux conditions sont réalisées: d'une part, l'intervention n'est pas vraiment grave et sert l'intérêt du mineur; d'autre part, le patient est proche de l'âge de la majorité et est doté du discernement.<sup>116</sup> Dans les autres hypothèses, les circonstances d'espèce et des considérations d'équité se révèlent cruciales.

Dans l'éventualité d'un traitement « ordinaire », les décisions canadiennes, américaines et allemandes sont donc très voisines, malgré leur point de départ différent. C'est à propos d'actes médicaux particuliers que des nuances vont apparaître.

#### b) En matière de contraception

La prescription de moyens contraceptifs à des mineures est le centre d'une récente affaire *anglaise*. Celle-ci est particulièrement intéressante parce que les décisions rendues par deux instances successives ont adopté une approche différente du problème, qui les a menées à un résultat opposé. On peut en effet être libéral et se demander quand commence le droit du mineur à consentir seul au traitement médical; ou paternaliste et se demander quand prend fin le pouvoir de contrôle des parents sur leurs enfants. Le fondement du raisonnement est dans un cas la liberté personnelle du mineur, dans l'autre l'autorité parentale.

En décembre 1981, le Ministère de la santé anglais rédigea des directives à l'intention des médecins et du personnel des centres de planning familial. Il rappelait que le médecin devait partir du principe que des conseils ou des soins en matière de contraception ne devaient *pas* être donnés à des mineurs de moins de seize ans sans le consentement des parents. Le médecin pouvait toutefois, à titre *exceptionnel*, agir sans consulter ni avertir les parents, à condition qu'il le juge nécessaire.

La mère de quatre filles à l'époque (cinq maintenant), toutes âgées de moins de seize ans, demanda l'assurance que ses filles ne recevraient aucun traitement sans

<sup>114</sup> *Younts v. St. Francis Hospital & School of Nursing, Inc.*, 469 P.2d 330 (Kan. 1970).

<sup>115</sup> *Bakker v. Welsh*, 108 N.W. 94 (Mich. 1906).

<sup>116</sup> Le seul fait qu'un traitement soit une forme de chirurgie ne signifie pas nécessairement qu'il est grave. Voir par exemple *Lacey v. Laird*, 139 N.E.2d 25, 34 (Ohio 1956) où une intervention de chirurgie esthétique (correction du nez) fut qualifiée de « simple ». Voir aussi *Wadlington*, 1973, p. 119.

qu'elle en soit au préalable avertie et y ait consenti. Devant le refus de l'autorité sanitaire locale, elle attaqua les directives et demanda au juge de déclarer qu'il était interdit de prodiguer soins et conseils en matière de contraception à ses enfants sans son accord.<sup>117</sup>

Le premier juge estima qu'en droit anglais, la capacité de consentir au traitement médical dépendait «de la maturité et de la compréhension du mineur ainsi que de la nature du consentement requis».<sup>118</sup> Il précisa, à l'intention du mandataire de la demanderesse qui avait fait allusion aux principes de l'époque victorienne, qu'il n'était pas tenu «to ignore the change in attitude since the Victorian era».<sup>119</sup>

Le juge prit soin, toutefois, de relativiser le principe général qu'il venait de poser à plusieurs égards: selon la gravité et la nature du traitement et selon les circonstances d'espèce. Il déclara ainsi que le consentement d'un enfant de moins de seize ans à une intervention grave et causant une atteinte permanente (donnant l'exemple d'une stérilisation) ne serait jamais suffisant.<sup>120</sup> En preuve de l'assistance particulière en matière de contraception dont ont besoin les adolescentes, il rappela une statistique qui révélait qu'en 1972, il y avait eu en Angleterre 1490 naissances et 2804 avortements parmi les jeunes filles de moins de seize ans.<sup>121</sup> Enfin, il souligna que des contraceptifs pouvaient être fournis à une jeune adolescente sans le consentement de ses parents dans des cas exceptionnels uniquement (non précisés par ailleurs). Même en pareille hypothèse, il appartenait en dernier ressort au médecin de décider de la meilleure façon d'agir.<sup>122</sup> Le corps médical se trouvait ainsi investi de la parcelle de pouvoir retirée aux parents.

L'arrêt, d'un pragmatisme assez britannique, me paraissait salutaire. Il tenait compte de l'idée largement admise aujourd'hui que l'exigence du consentement ou de l'information des parents décourage bien des mineures de rechercher de l'aide en matière de contraception auprès de personnes qualifiées. Il reconnaissait d'autre part le principe et la valeur du contrôle des parents sur leurs enfants et ne le limitait que lorsque, exceptionnellement, il ne servait en somme pas, de l'avis d'un médecin, l'intérêt de l'enfant.

La Cour d'appel l'entendit autrement. Elle jugea «qu'une jeune fille de moins de seize ans n'était pas capable de consentir à un traitement médical ou chirurgical ni ne pouvait valablement interdire à un médecin de rechercher le consentement

<sup>117</sup> Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1984] 1 All E.R. 365 (Q.B.D.), reversed [1985] 2 W.L.R. 413 (C.A.), reversed, Law Report, Times, 18 octobre 1985, p. 25. Cette affaire a suscité de vives controverses outre-Manche, tant dans les milieux juridiques que dans le public. Voir notamment Ruth Adler, *The Gillick case: a question of law?* 30 *Journal of the Law Society of Scotland* 341ss (1985); Diana Brahmans, *Parental consent: does doctor know best after all?* the Gillick case, 135 *New Law Journal* 8 (1985). Voir aussi Jacques-Michel Grossen, *L'autorité parentale, le secret médical et la contraception*, in *Mélanges Cyril Hegnauer*, Berne, 1986, p. 79ss.

<sup>118</sup> P. 373, se référant spécialement à l'arrêt canadien *Johnston v. Wellesley Hospital*, en l'absence de précédents anglais.

<sup>119</sup> P. 374, citant en outre une phrase fameuse de Lord Denning M.R. dans *Hewer v. Bryant* [1969] 3 All E.R. 578, 582: «The common law can, and should, keep pace with the times.»

<sup>120</sup> P. 374. Au contraire, la capacité de consentir doit être plus facilement admise quand le mineur est normalement intelligent, proche de 16 ans et le traitement est de peu d'importance.

<sup>121</sup> P. 375, concluant: «The need must be even greater today and, at least as a result of my conclusions, the help will still be available.»

<sup>122</sup> P. 375, ajoutant: «In many matters concerning our health, we have to rely on doctors to act responsibly and, in this area, it is to be expected that the doctors will exercise their responsibility, which is a heavy one, in a proper manner.»

de ses parents ou de son tuteur». <sup>123</sup> Par conséquent, le médecin qui traiterait une mineure de moins de seize ans sans le consentement de ses parents porterait atteinte à leurs droits.

La cour nota à titre préliminaire que le problème donnait lieu à des prises de position très marquées, dictées par des motifs de nature éthique ou sociale. Elle ajouta que son rôle n'était pas de prendre parti dans ces controverses, mais seulement de dire le droit. Plus loin, elle reconnut toutefois le danger que sa décision n'ait parfois comme conséquence une grossesse indésirée, un avortement dans une arrière-cour, voire la mort. Mais elle écarta ces considérations de politique juridique comme étant du ressort exclusif du législateur. <sup>124</sup>

Le jugement rappela la controverse existant autour de l'interprétation de la section 8(3) du *Family Law Reform Act 1969*, qui dispose: «Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted.» Selon la demanderesse, cela signifiait que le consentement des parents d'un mineur de plus de seize ans restait valable. Pour les défendeurs, cela signifiait que le consentement d'un mineur de moins de seize ans restait valable.

Pour trancher la question, la cour chercha à déterminer l'étendue des droits des parents sur leurs enfants. Le juge de première instance n'avait consacré que quelques lignes au sujet, en disant que les prérogatives accordées aux parents n'étaient pas tant des droits fondamentaux sur l'enfant mais plutôt des devoirs ou des responsabilités. <sup>125</sup> La Cour d'appel en fit au contraire le centre de son arrêt. Elle s'attela à tirer des enseignements de diverses dispositions légales et de plusieurs arrêts s'occupant des limites de l'autorité parentale dans des domaines plus ou moins éloignés de l'administration d'un traitement médical. <sup>126</sup> Elle en déduisit un droit de contrôle étendu des parents sur la personne, l'éducation et la conduite de leurs enfants et estima que ce droit inaliénable ne pouvait être défait que par recours à un juge exerçant son pouvoir général d'agir dans le meilleur intérêt du mineur. <sup>127</sup>

Le droit des parents ne cesse qu'à la majorité de l'enfant ou à un autre âge, nécessairement fixe, choisi dans des domaines spéciaux. Des considérations de sécurité juridique imposent cette solution: il faut que tous les intéressés sachent à quoi s'en tenir. Citant l'exemple des procédures d'*habeas corpus*, où l'âge de décision est fixé à seize ans pour les filles et quatorze pour les garçons, le juge Parker remarqua: «The fixed age might be different for girls and boys but I am unable to see how it can vary as between individual girls and boys.» <sup>128</sup> Sans se prononcer sur le fait de savoir si seize ans représentait la limite d'âge la plus

<sup>123</sup> [1985] 2 W.L.R. 413, 414. L'un des trois juges, Eveleigh L.J., estimait préférable de limiter la portée de l'arrêt aux circonstances d'espèce. Ceci évitait de poser une règle générale disant que dans tous les cas (peu importe quelle est la question ou qui est l'enfant) les parents doivent toujours être consultés avant toute décision importante concernant l'enfant.

<sup>124</sup> P. 420, 431 où on peut lire: «Such matters are, however, matters for debate elsewhere.» On notera que dans *Sidaway*, la même cour ne s'est pas embarrassée des mêmes scrupules à l'égard des considérations de politique juridique!...

<sup>125</sup> [1984] 1 All E.R. 365, 373.

<sup>126</sup> La cour donna notamment un poids important à un arrêt de 1883(!) traitant du pouvoir d'un père de limiter les relations de sa fille de 17 ans avec sa mère: In re Agar-Fillis (1883) 24 Ch.D. 317.

<sup>127</sup> Notamment p. 430, 438s.

<sup>128</sup> P. 430. Le point est repris dans les conclusions, p. 435. Pourrait-on alors prétendre qu'un garçon de 14 ans est en mesure de consentir valablement à un traitement médical?

appropriée en matière médicale, la cour conclut que cela resterait la solution du droit anglais tant que le législateur n'en déciderait pas autrement.<sup>129</sup>

L'opinion concurrente de Eveleigh L.J. entendait limiter la portée du jugement aux faits de la cause et laisser ouverte la possibilité de se dispenser de l'avis des parents dans des circonstances tout à fait exceptionnelles «and almost impossible to conceive when the parents are thoroughly responsible people».<sup>130</sup>

On ne pouvait pas reprocher à la Cour d'appel un activisme judiciaire ni un libéralisme débridés! C'est en réalité tout le sens et l'étendue de l'autorité parentale qu'elle a discuté. Elle a estimé que les parents avaient un droit de contrôle quasi absolu sur leur progéniture et que leur décision correspondait, *a priori*, au meilleur intérêt de leurs enfants (à moins qu'un juge pût être convaincu du contraire). Elle plaça ainsi les prérogatives des parents au-dessus de tout droit que peut revendiquer le mineur. Elle les jugea intrinsèquement dignes de protection, sans tenir compte de leur finalité: protéger le mineur et lui permettre de s'épanouir et de devenir un individu autonome.

La Chambre des Lords vient de casser cette décision, dans un arrêt centré plus sur les droits des mineurs que sur ceux des parents. Elle nota que «parental rights to control the child existed not for the benefit of the parent but for the child».<sup>131</sup> Elle releva aussi que le droit devait tenir compte de l'évolution sociale et jugea finalement que, dans des circonstances *exceptionnelles*, une mineure de moins de seize ans pouvait consentir seule à la prescription de contraceptifs à condition qu'elle en comprit le sens et la portée.<sup>132</sup>

L'arrêt de la Chambre des Lords va dans le sens de l'évolution qui s'est manifestée outre-Atlantique. Mus par les préoccupations qui animaient le tribunal anglais de première instance, plusieurs législateurs *américains* avaient adopté, depuis une bonne quinzaine d'années, des dispositions spéciales en matière de contraception. Certaines prévoyaient qu'un mineur, peu importe son âge, pouvait obtenir conseils et soins sans le consentement de ses parents, et parfois même sans qu'ils en fussent avisés.<sup>133</sup>

La Cour suprême américaine s'est occupée aussi du problème dans l'optique des droits du mineur. Au préalable, elle avait, dans des décisions célèbres, déclaré d'une part que l'usage de contraceptifs par des adultes était protégé par le *right of privacy* et d'autre part que le *Bill of Rights* (soit l'ensemble des libertés constitutionnelles) n'était pas réservé aux adultes seulement. Les mineurs devaient en bénéficier aussi, quoique dans une mesure plus limitée parfois (en tout cas

<sup>129</sup> P. 431, 435.

<sup>130</sup> P. 446. Le juge estimait qu'en permettant à un enfant de se passer de l'accord de ses parents, on entamerait leur autorité et la stabilité de la famille de manière intolérable (p. 444s).

<sup>131</sup> Law Report, Times, 18 octobre 1985, p. 25, per Lord Fraser.

<sup>132</sup> *Ibidem*, per Lord Fraser, Lord Scarman et Lord Bridge, Lord Brandon et Lord Templeman dissenting. Lord Scarman ajouta: «Unless and until Parliament thought fit to intervene, the courts should establish a principle flexible enough to enable justice to be achieved by its application to the particular circumstances placed before them.» Lord Fraser demanda en outre que le médecin ne puisse pas convaincre la jeune fille d'informer ses parents, que la non-prescription de contraceptifs n'empêche vraisemblablement pas la mineure d'avoir des relations sexuelles et que la prescription de contraceptifs soit dans le meilleur intérêt de l'adolescente. Il conclut: «If the doctor satisfied himself that the girl could understand his advice, there would be no question of his giving contraceptive advice to very young girls.»

<sup>133</sup> Pour des détails, voir Rosoff, 1981, p. 211ss; Engum, 1982, p. 576; Harriet Pilpel, U.S. laws on contraception, voluntary sterilization and abortion with special reference to minors, 4 *Jus Medicum* 303 (1979).

lorsqu'ils n'avaient pas encore le discernement).<sup>134</sup> En 1977, la Cour suprême cassa une loi new-yorkaise qui interdisait la distribution de contraceptifs à des mineurs de moins de seize ans.<sup>135</sup> Cet arrêt ne signifiait pas encore que tout adolescent américain pouvait obtenir des moyens anticonceptionnels sans que ses parents en fussent avertis.<sup>136</sup> Une relative incertitude demeure, mais des décisions plus récentes en matière d'avortement permettent, par analogie, de tirer la conclusion suivante : un mineur doit avoir accès à des contraceptifs sans que ses parents en soient avisés s'il peut montrer, devant un juge, qu'il a une maturité suffisante ou que c'est dans son intérêt.<sup>137</sup>

En France, une loi de 1974 permet aux mineurs d'obtenir de l'assistance en matière de contraception sans le consentement du représentant légal. Les centres de planning familial ont l'autorisation de fournir *gratuitement* des moyens contraceptifs, sur prescription médicale, aux mineurs qui désirent que leurs parents ne soient pas avisés.<sup>138</sup>

Le problème n'a pas encore reçu de solution claire en Suisse ni en Allemagne. Certains auteurs n'exigent que le discernement<sup>139</sup>, d'autres estiment nécessaires l'information et le consentement concomitants des parents.<sup>140</sup>

Le seul critère applicable en droit suisse reste le discernement. Il doit être admis dès que la jeune fille saisit les conséquences physiologiques et les effets secondaires possibles de la pilule. Il ne faut en revanche pas s'ériger en censeur moral et demander une certaine «maturité» dans les relations avec l'autre sexe, ce qui reviendrait à juger de la conduite du mineur dans le domaine de la sexualité.<sup>141</sup> Le fait qu'une jeune fille fasse la démarche de consulter un médecin pour solliciter la pilule révèle à mon avis un sens des responsabilités qui peut faire présumer la capacité de discernement dans ce domaine.

Dans la plupart des cas, les parents ne seront donc ni consultés ni avisés. Ceci me paraît conforme au but principal de l'autorité parentale, qui est de protéger le mineur. Exiger la participation des parents irait ici le plus souvent à fin

<sup>134</sup> Voir *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *In re Gault*, 387 U.S. 1, 13 (1967); *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629, 649s (1968). Voir aussi les remarques de Gary Melton, *Children's competence to consent: a problem in law and social science*, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 1, 3s.

<sup>135</sup> *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977). Pour une discussion de la situation antérieure à cet arrêt, voir Note, *Parental consent requirements and privacy rights of minors: the contraceptive controversy*, 88 *Harvard Law Review* 1001 (1975) et la jurisprudence citée p. 1011, note 73. L'auteur concluait: «Requirements that minors obtain parental consent before obtaining contraceptives should be declared unconstitutional» (p. 1020).

<sup>136</sup> Ainsi, peu après *Carey*, deux cours fédérales de première instance jugèrent que les parents devaient être avisés et consultés: *Doc v. Irwin*, 441 F.Supp. 1247 (Mich. 1977) et *M.S. v. Wermers*, 409 F.Supp. 312 (S.D. 1976). Mais ces deux décisions furent cassées par les Cours d'appel: *Doc v. Irwin*, 615 F.2d 1162 (3rd Cir. 1980) et *M.S. v. Wermers*, 557 F.2d 170 (8th Cir. 1977).

<sup>137</sup> Voir en particulier *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979) ainsi que l'opinion concurrente des juges Powell et Stewart et l'opinion dissidente des trois juges dans *H.L. v. Matheson*, 101 S.Ct 1164 (1981), 450 U.S. 3980 (1981). En outre, un règlement fédéral obligeant les centres de planning familial subventionnés à aviser les parents de la prescription de contraceptifs à des mineures a été abrogé en septembre 1984: voir Grossen, *supra* note 117, p. 88. Au Canada, la Cour suprême de Colombie britannique a retenu le même principe pour la pose d'un stérilet chez une jeune fille de 15 ans: *Re «D» and Council of the College of Physicians and Surgeons of British Columbia* (1970) 11 D.L.R.(3d) 570.

<sup>138</sup> Loi portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, J.O. 4 décembre 1974, p. 12123. Voir aussi Favre, 1984, p. 34.

<sup>139</sup> Par exemple Nägeli, 1984, p. 106; Angela Hollmann, *Ovulationshemmer für Minderjährige*, *Deutsche Medizinische Wochenschrift* 1978, p. 1258; Grömig, 1971, p. 234.

<sup>140</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 36, qui appliquent par analogie le principe général dégagé par le BGH dans son arrêt NJW 1972 335.

<sup>141</sup> Dans ce sens, Nägeli, 1984, p. 106; d'un avis différent, Grömig 1971, p. 234.

contraire: cela dissuaderait la jeune fille de demander la pilule, mais certainement pas d'avoir des rapports sexuels.<sup>142</sup> Le même problème de l'accès de la mineure aux soins risque alors de se poser ultérieurement: non plus pour prévenir une grossesse, mais pour l'interrompre. Il s'agit assurément là d'un résultat à éviter.

### c) En matière d'avortement

La jurisprudence allemande a eu à connaître de quelques affaires concernant l'avortement de mineures. La plus ancienne avait clairement posé que l'avortement ne pouvait être imposé à une adolescente par ses parents ou son tuteur si elle avait une conscience suffisante de la nature et de la portée de l'intervention. L'exigence posée était moindre que celle donnant droit au mineur de consentir au traitement. La chose était particulièrement apparente dans le cas d'espèce, où la jeune fille qui refusait d'avorter souffrait d'une maladie mentale accompagnée d'altérations de la perception de la réalité.<sup>143</sup>

Ce droit de veto accordé en matière d'avortement à la jeune fille dès avant sa pleine capacité de discernement doit être admis en droit suisse aussi. Dès le moment où la mineure est en âge de se trouver enceinte, on doit lui reconnaître en principe la faculté de s'opposer à l'interruption de grossesse. L'idée a été admise aux Etats-Unis également<sup>144</sup>, de même qu'en France, où la législation impose le consentement concurrent de la mineure et du représentant légal, ce qui investit chacun d'un droit de veto.<sup>145</sup>

La jurisprudence allemande n'a pas admis en revanche que toute mineure puisse obtenir un avortement sans ou contre l'avis de ses parents. Contrairement à la doctrine, qui proposait volontiers des limites d'âge<sup>146</sup>, les tribunaux se sont plutôt fondés sur des motifs d'opportunité.

Dans une affaire, une adolescente de seize ans désirait un avortement, pour indication sociale, que ses parents persistaient à refuser pour des motifs religieux et éthiques. Après avoir entendu la jeune fille, le tribunal jugea qu'elle avait la maturité nécessaire pour décider seule de l'interruption de sa grossesse. Mais il ajouta qu'elle ne pouvait pas conclure valablement le contrat médical sans le consentement de ses parents ou, à défaut, d'un curateur.<sup>147</sup> Comme les parents n'avaient pas enfreint, par leur attitude, le devoir de soin à l'égard de leur fille, un curateur ne pouvait pas lui être nommé. Il semble qu'ainsi, l'avortement n'ait finalement pas eu lieu.<sup>148</sup>

<sup>142</sup> Dans ce sens, Note, 88 Harvard Law Review 1001, 1010 et les auteurs cités à la note 67, p. 1010.

<sup>143</sup> OLG Celle, Monatschrift für deutsches Recht 1960 136s. Voir aussi les commentaires de Kern/Laufs, 1983, p. 39 et de Caesar, 1963, p. 95.

<sup>144</sup> Par exemple *In re Smith*, 295 A.2d 238 (Md. 1972).

<sup>145</sup> Voir l'article L. 162-7 Code de la santé publique et l'article 8 de la loi du 31 décembre 1979, tous deux cités par Favre, 1984, p. 30s.

<sup>146</sup> Trockel, 1972, p. 1496, proposait 16 ans; Deutsch, 1983, p. 175, proposait une limite inférieure (sans la fixer) et admettait par exemple la validité du consentement d'une jeune fille de 15 ans. En accord avec les pénalistes qu'ils citent, Kern/Laufs, 1983, p. 37 écrivent que le critère reste le discernement, à présumer absent jusqu'à 14 ans et présent dès 16 ans.

<sup>147</sup> Voir *infra*, p. 230ss.

<sup>148</sup> LG Munich I, NJW 1980 646. Le Tribunal reconnut la valeur des objections formulées par les parents et nota qu'ils avaient proposé d'entretenir leur fille et l'enfant ou de s'occuper personnellement de lui dès sa naissance, voire de l'adopter. Voir aussi les commentaires de Kern/Laufs, 1983, p. 37s; Schwab/Kramer/Kriegstein, 1983, p. 14s; G. Schlund, Können Eltern einer minderjährigen Tochter dem Schwangerschaftsabbruch widersprechen?, *Geburtshilfe und Frauenheilkunde* 1980, p. 834, qui note que l'avortement pouvait se faire «in vertragslosen Zustand», ce qui aurait privé le médecin de la possibilité de réclamer des honoraires aux parents.

Une autre jeune fille, d'à peine dix-sept ans, était confrontée à la même situation. Toxicomane à l'époque, elle se prostituait pour gagner l'argent nécessaire à son approvisionnement en stupéfiants et se retrouva un jour enceinte. Elle voulait avorter mais ses parents s'y opposaient pour des raisons religieuses. Le tribunal nia la capacité de consentir de la jeune fille, malgré son style de vie: elle manquait à son avis de la maturité et de l'esprit critique nécessaires. Il considéra d'autre part le refus des parents comme une violation de leur devoir de soins car ils voulaient que l'enfant naisse mais n'étaient pas disposés à s'en occuper ou à aider leur fille d'une autre manière. Un curateur fut dès lors nommé, qui consentit à l'avortement.<sup>149</sup>

Du point de vue des droits des mineurs, ces deux arrêts ne sont pas exempts de contradictions. Par exemple, la jeune fille la plus âgée et menant la vie la plus indépendante se voit refuser une faculté accordée à une adolescente plus jeune et plus dépendante de ses parents. Mais les décisions mettent en relief la place particulière qu'occupe l'avortement parmi les soins médicaux: elles s'expliquent très bien non pas en terme de droits de la mineure mais en termes d'intérêt du fœtus. Dans la première affaire, les juges avaient toute assurance que l'enfant serait, dès sa naissance, entouré. Dans la seconde en revanche, des conditions de vie favorables ne pouvaient être assurées à l'enfant, du fait du mode de vie de sa mère et du refus de ses grands-parents d'apporter toute aide.<sup>150</sup> Plus que les droits respectifs de la mineure enceinte et de ses parents, c'est donc l'avenir de l'enfant en gestation qui a été décisif.

En France, depuis la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, une mineure doit obtenir le consentement de l'une des personnes exerçant l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal.<sup>151</sup> L'inobservation de cette disposition, adoptée après des débats passionnés, n'est cependant assortie d'aucune sanction.<sup>152</sup> Une loi de décembre 1979 a maintenant imposé le consentement concomitant de la mineure, qui doit être recueilli « en dehors de la présence des parents ou du représentant légal ». <sup>153</sup> La mineure ne pourrait surmonter le refus de ses parents qu'en s'adressant au juge et à condition que la conduite des parents constitue une défaillance susceptible de porter une atteinte sérieuse à sa santé.<sup>154</sup>

Depuis le récent arrêt de la *Chambre des Lords*, il est vraisemblable qu'une jeune fille de moins de seize ans peut exceptionnellement consentir seule à un avortement.<sup>155</sup> Si elle comprend la nature de l'intervention et que celle-ci correspond à son meilleur intérêt, elle peut obtenir l'avortement sans que ses parents en soient avisés.<sup>156</sup>

<sup>149</sup> LG Berlin, FamRZ 1980 285. Voir les remarques de Kern/Laufs, 1983, p. 38s.

<sup>150</sup> Kern/Laufs, 1983, p. 39, notent aussi que dans le premier cas, aucune indication, même sociale, ne semblait présente tandis que dans le second, l'indication sociale était en tout cas réalisée, et peut-être aussi l'indication médicale ou eugénique.

<sup>151</sup> Article L. 162-7 Code de la santé publique; voir aussi Nerson, 1978, p. 862.

<sup>152</sup> Trib. gde inst. Aix, 10 mars 1977, D. 1978 J. 16 note Roujou de Boubée; Favre, 1984, p. 30, fait remarquer que des sanctions disciplinaires sont possibles à l'égard de l'auteur de l'avortement.

<sup>153</sup> Article 8, cité par Favre, 1984, p. 31.

<sup>154</sup> Voir, par analogie, Nancy, 3 décembre 1983, Gaz. Pal. 1984 J. 132 note Dorsner-Doliver.

<sup>155</sup> Law Report, Times, 18 octobre 1985, p. 25. Un des juges de la Cour d'appel, Fox L.J., avait expressément dit que le raisonnement tenu en matière de contraception s'appliquerait en matière d'avortement aussi: Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1985] 2 W.L.R. 413, 443.

<sup>156</sup> Law Report, Times, 18 octobre 1985, p. 25 per Lord Fraser, par analogie.

Les *Etats-Unis* ont abordé le problème sur deux fronts, législatif et jurisprudentiel. Quelques Etats ont une disposition générale déclarant que le fait d'être enceinte émancipe la mineure, qui peut donc consentir seule à tout traitement médical, y compris un avortement.<sup>157</sup> D'autres, plus nombreux, ont prévu qu'une jeune fille, peu importe son âge, pouvait consentir seule à un avortement.<sup>158</sup> La question demeure cependant de savoir si les parents doivent être informés. Elle a été résolue très diversement dans les Etats.<sup>159</sup>

Seule la Cour suprême pouvait harmoniser les solutions adoptées dans les différents Etats. Elle ne l'a pour le moment pas fait avec toute la clarté souhaitable. Les juges se sont attelés à définir les limites qu'un Etat peut placer à l'obtention de l'avortement par des mineures. En d'autres termes, ils devaient déterminer si le droit des mineures devait être protégé à l'égal de celui reconnu aux adultes depuis *Roe v. Wade* en 1973<sup>160</sup>, ou si des restrictions pouvaient légitimement lui être imposées.<sup>161</sup>

La première décision fut rendue en 1976. Une loi du Missouri fut déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle exigeait le consentement des parents pour toute jeune fille célibataire de moins de dix-huit ans. La cour jugea que l'Etat, qui ne pouvait pas empêcher une femme adulte d'obtenir un avortement pendant le premier trimestre de sa grossesse, ne pouvait pas non plus donner un droit de veto similaire à un tiers.<sup>162</sup> Elle précisa que l'intérêt des parents n'avait pas plus de poids que «the right of privacy of the competent minor mature enough to have become pregnant».<sup>163</sup> Mais elle avait pris le soin de noter par ailleurs que sa décision ne signifiait pas que toute mineure, quel que soit son âge ou sa maturité, pouvait consentir valablement à un avortement.<sup>164</sup>

Cet arrêt laissait de nombreuses obscurités. La notion de maturité n'était pas définie par exemple, et la constitutionnalité de conditions moins strictes que le consentement parental (en particulier l'exigence d'aviser les parents) restait controversée. Un second arrêt est venu soulever une petite partie du voile. La cour jugea que la législation d'un Etat devait offrir à la mineure désirant obtenir un avortement une alternative à l'exigence du consentement des parents (afin qu'elle ne leur confère pas un droit de veto). La mineure a ainsi le droit de demander à un juge, sans intervention des parents, la permission d'avoir un avortement. Celle-ci doit lui être accordée dès qu'elle établit soit qu'elle est suffisamment mûre et informée pour prendre la décision, soit que l'avortement est dans son meilleur intérêt.<sup>165</sup>

<sup>157</sup> Notamment l'Alabama, l'Illinois, le Massachusetts et le New Jersey; pour des détails, voir Capron, *supra* note 23, p. 93ss.

<sup>158</sup> Parmi eux, l'Alaska, l'Arkansas, la Californie, la Floride, le Maryland, le Minnesota, le Missouri, le Montana, le Nouveau-Mexique, la Pennsylvanie et la Virginie; pour des détails, voir Capron, *supra* note 23, p. 94ss; Engum, 1982, p. 576. Le Delaware a retenu une limite d'âge, fixée à 12 ans.

<sup>159</sup> Certains Etats ont expressément prévu que le médecin soit *pouvait* soit *devait* informer les parents, à titre général ou spécialement pour l'avortement. Pour des détails, voir Engum, 1982, p. 576ss.

<sup>160</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>161</sup> La Cour aborde donc la question sous l'angle de la protection des libertés constitutionnelles; voir Wadlington, *supra* note 67, p. 71.

<sup>162</sup> *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976). La cour parlait d'un «absolute, and possibly arbitrary, veto»: p. 74.

<sup>163</sup> *Id.*, p. 95.

<sup>164</sup> *Id.*, p. 75. Voir les remarques sur cet arrêt de Capron, *supra* note 23, p. 78ss; Melton, *supra* note 134, p. 68; Wadlington, *supra* note 67, p. 72.

<sup>165</sup> *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622, 643 (1979). La procédure doit être suffisamment rapide pour permettre à la mineure de se soumettre à temps à un avortement, s'il y a lieu. Voir aussi les commentaires de Capron, *supra* note 23, p. 79s; Melton, *supra* note 143, p. 7s; Wadlington, *supra* note 67, p. 72. Voir en outre Dembitz, 1980, p. 1251ss.

Une troisième affaire a examiné la constitutionnalité d'une loi de l'Utah qui exigeait des médecins qu'ils avisent, si possible, les parents d'une mineure qui requiert un avortement. La cour décida que, s'appliquant à une mineure ni émancipée ni suffisamment mûre qui, de plus, cohabite avec ses parents dont elle dépend financièrement, la disposition attaquée était admissible. Elle n'octroyait un droit de veto à personne et servait à protéger les jeunes adolescentes. La cour réserva le point de savoir si l'exigence générale d'avertir les parents (s'appliquant donc aussi aux *mature minors*) était constitutionnelle. Chief Justice Burger, qui rédigea l'opinion de la cour, affirma simplement: «Le fait que l'exigence de l'avis aux parents puisse dissuader certains mineurs de rechercher un avortement n'est pas un argument valable pour invalider la loi, en tant qu'elle s'applique à la *recourante*.»<sup>166</sup>

C'est la principale question qui demeure aujourd'hui. Selon un commentateur<sup>167</sup>, une telle exigence serait probablement jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême. Il relève en effet que l'opinion dissidente des juges Marshall, Brennan et Blackmun la considèrent telle, tout comme les juges Powell et Stewart dans leur opinion concurrente. Mais il faut se rappeler que le juge Stewart a depuis lors été remplacé par Sandra O'Connor, qui est délibérément conservatrice dans le domaine de l'avortement.

En droit suisse, la capacité de discernement fournit ici encore le critère déterminant, comme on en trouve confirmation à l'article 120 CPS. A mon sens, une adolescente enceinte doit être présumée avoir le discernement nécessaire pour décider seule d'un avortement. Dès le moment où la chose est admise, la mineure est aussi en mesure de décider que ses parents ne doivent pas être avisés.<sup>168</sup> Le médecin devrait néanmoins s'employer à persuader la mineure de consulter ses parents.

La pratique semble exister déjà dans plusieurs établissements hospitaliers de notre pays. Des mineures y obtiennent en soins ambulatoires un avortement sans aucune participation des parents. C'est heureux dans la mesure où une trop grande sévérité ou rigidité du droit risquerait de rejeter dans une clandestinité dangereuse l'interruption de grossesse de mineures.

#### d) En cas de don d'organe

Le don d'organe *inter vivos* pose un problème particulier. L'intervention consistant à prélever un organe à des fins de greffe ne sert en effet pas l'intérêt thérapeutique du donneur. Par cet aspect, elle se rapproche des traitements de nature expérimentale. La question se pose de savoir si la règle qui veut qu'un mineur capable de discernement puisse consentir seul reste valable en pareille occurrence.<sup>169</sup>

<sup>166</sup> H.L. v. Matheson, 450 U.S. 3980 (1981), 101 S.Ct 1164, 1173 (1981) (mes italiques). Une définition précise du *mature minor* n'a malheureusement jamais encore été donnée. L'opinion dissidente, 101 S.Ct 1164, 1193 note 49 (1981), parle simplement d'un mineur «capable d'apprécier la nature et les conséquences de l'avortement».

<sup>167</sup> Melton, *supra*, note 134, p. 8. Voir aussi les remarques de Capron, *supra* note 23, p. 80 et de Wadlington, *supra* note 67, p. 72s.

<sup>168</sup> La loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse, du 9 octobre 1981, attache une importance toute particulière au respect du secret médical, même à l'égard du représentant légal d'une mineure enceinte: voir Grossen, *supra* note 117, p. 93.

<sup>169</sup> On part ici du principe qu'un adulte peut valablement consentir à donner un organe, en dépit de l'absence de valeur curative pour lui d'un pareil acte. Le point n'a pas toujours été admis sans autre: en France par exemple, l'acte était illicite jusqu'à la loi de 1976: voir Buisson, 1984, p. 207.

Quelques Etats y ont répondu dans des dispositions légales. Ainsi au Canada, plusieurs provinces, dont l'Ontario, ont interdit le don de tissus par des mineurs, suivant en cela une loi-modèle dont l'adoption était recommandée.<sup>170</sup> Au Québec en revanche, un mineur capable de discernement peut consentir à donner un organe si trois conditions sont par ailleurs réunies: le don ne s'accompagne pas de risques sérieux pour sa santé; la personne détenant l'autorité parentale y consent aussi; l'intervention est autorisée par un juge.<sup>171</sup> Somerville estime que le consentement du mineur est constitutif tandis que celui des parents est simplement déclaratif, ce qui investit le mineur du véritable pouvoir de décision et lui donne un droit absolu de veto.<sup>172</sup>

La France s'est dotée de dispositions rappelant celles du Québec. Un prélèvement d'organe ne peut être effectué sur un mineur qu'en vue d'une greffe destinée à sauver la vie d'un frère ou d'une sœur. Il y faut en outre l'accord du mineur qui est en mesure de donner un avis, le consentement du représentant légal ainsi que l'autorisation d'un comité d'experts.<sup>173</sup> Un droit de veto analogue est conféré au mineur dans une résolution adoptée en 1978 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Elle invite en effet à toujours respecter le refus du mineur de se prêter à un prélèvement d'organe.<sup>174</sup>

Enfin, quelques Etats américains ont aussi légiféré en la matière. Par exemple, l'Alabama a prévu que tout mineur de plus de quatorze ans (ce qui correspond à la majorité médicale reconnue dans cet Etat) peut valablement consentir à un prélèvement de moelle osseuse à des fins de transplantation.<sup>175</sup> Le Colorado a fixé la limite à dix-huit ans pour toute transplantation, de même que le Wyoming.<sup>176</sup> On mentionnera au passage que la plupart des Etats ont également prévu une limite d'âge (variant de seize à dix-huit ans, mais en général dix-sept) pour le don du sang.<sup>177</sup>

Une véritable jurisprudence ne s'est, à ma connaissance, développée qu'aux Etats-Unis sur les dons d'organes par des mineurs.<sup>178</sup> En 1957, trois affaires — les premières du genre — survinrent dans le Massachusetts. Chacune concernait le

<sup>170</sup> De même la Colombie britannique, Nova Scotia et le Newfoundland. Pour des détails et les références complètes de ces lois, voir Somerville, 1979, p. 77 notes 515 à 520. Voir aussi Bernard Dickens, *The use of children in medical experimentation*, 43 *Medico-Legal Journal* 166, 168 (1975).

<sup>171</sup> Voir l'article 20 du Code civil québécois, dans la teneur datant de la révision de 1977. Pour la situation antérieure à 1977 (identique si ce n'est que l'on parlait de *consentement* du juge et non d'*autorisation*), voir Crépeau, 1974, p. 256c.

<sup>172</sup> 1979, p. 77. L'auteur s'étonnait qu'aucune demande d'autorisation n'avait été formulée jusque là.

<sup>173</sup> Loi du 22 décembre 1976 et décret du 31 mars 1978: voir Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 51; Favre, 1984, p. 31; Buisson, 1984, p. 206ss.

<sup>174</sup> Résolution (78) 29, du 11 mai 1978.

<sup>175</sup> Ala. Code § 22-8-9 (Supp. 1981).

<sup>176</sup> Colo. Rev. Stat. § 13-22-104 (1973 & Supp. 1980); Wyo. Stat. § 35-5-102 (1977 & Supp. 1981).

<sup>177</sup> Pour des détails, voir Engum, 1982, p. 577s; Capron, *supra* note 23, p. 94ss. Je noterai simplement que dans les Etats ayant une majorité médicale, l'âge choisi pour pouvoir donner son sang lui correspond (par exemple en Pennsylvanie: 18 ans), lui est supérieur d'un an (par exemple en Oregon: 16 et 15 ans; en Caroline du Sud: 17 et 16 ans) ou inférieur d'un an (par exemple dans l'Etat de New York: 17 et 18 ans). Pour la situation en Allemagne, voir Kern, *supra* note 66, p. 738ss (limite fixée à 18 ans dans des directives de 1980).

<sup>178</sup> D'autres pays ont des arrêts sur des prélèvements *ex mortuo*: voir par exemple Amtsgericht Berlin-Schöneberg, FamRZ 1979 633 (prélèvement sur un mineur décédé). En Suisse, il n'existe à ma connaissance que des arrêts concernant des prélèvements sur le cadavre d'un adulte: voir en particulier ATF 98 Ia 508 et ATF 101 II 177 et les commentaires de ces arrêts de Jean Guinand, *Les droits de la personnalité et les transplantations d'organes*, in XVI<sup>e</sup> Journées juridiques, Genève, 1976, p. 1ss; Hans Hinderling, *Die Organtransplantation in der heutigen Sicht des Juristen*, RSJ 75 (1979), p. 37ss. Voir aussi Jacques-Michel Grossen, *Aspects juridiques de la chirurgie des transplantations*, in Festgabe

don d'un rein par un adolescent, âgé respectivement de quatorze, quatorze et dix-neuf ans, à son frère jumeau. La Cour suprême de l'Etat devait trancher l'admissibilité du prélèvement auquel avait consenti non seulement le donneur mais aussi ses parents et son frère jumeau.

Il ressort implicitement des décisions que les juges sont partis de l'idée que le consentement du mineur était à lui seul insuffisant.<sup>179</sup> Sans se prononcer sur le point de savoir si le consentement des parents était suffisant ou devait être confirmé par un tribunal, la cour donna dans chaque cas son aval à la transplantation en se fondant sur la notion de bienfait psychologique pour le jeune donneur. Elle déclara que le prélèvement, malgré l'atteinte à l'intégrité physique du donneur, était dans son intérêt parce qu'à défaut, il risquait d'être hanté pour le reste de sa vie par des sentiments de culpabilité à l'égard de son frère décédé, qu'il aurait peut-être pu sauver.<sup>180</sup>

Le raisonnement de la Cour suprême du Massachusetts fut repris par la suite dans d'autres juridictions, qui l'étendirent même à l'hypothèse où le donneur n'est pas en mesure de donner un avis, en raison de son jeune âge ou d'une infirmité mentale.<sup>181</sup>

La jurisprudence américaine n'a pas tranché clairement la question de savoir si un *mature minor* peut valablement consentir au don d'un organe. Une cour d'appel avait jugé qu'un adolescent de quinze ans ne pouvait pas consentir seul à un don de peau.<sup>182</sup> Les trois décisions de la Cour suprême du Massachusetts de 1957 paraissaient aussi rejeter l'idée. La même cour a cependant rendu ultérieurement un arrêt en sens contraire. Elle a en effet admis la validité du consentement d'une jeune fille de dix-sept ans à un prélèvement de moelle osseuse en vue d'une greffe.<sup>183</sup> En doctrine, les avis sont variés aussi.<sup>184</sup> Celui qui reflète peut-être le mieux la réalité est celui de Wadlington<sup>185</sup>; sans se prononcer vraiment sur le fond de la question, il remarque qu'en pratique les médecins ne se contentent pas du seul consentement du mineur en pareille occurrence. Il ne semble pas contesté en

für Karl Oftinger, Zurich, 1969, p. 87ss; Jörg Paul Müller, *Recht auf Leben, persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation*, RDS 67 (1971), p. 457ss.

<sup>179</sup> Bien qu'ils aient trouvé que le donneur comprenait pleinement la nature de l'intervention.

<sup>180</sup> Ces trois décisions (*Masden v. Harrison*; *Huskey v. Harrison*; *Foster v. Harrison*) n'ont pas été publiées mais sont relatées en détail par Curran, 1959, p. 891ss. Il note, p. 898, que les deux receveurs de 14 ans sont décédés peu après la transplantation. Sur ces arrêts, voir aussi Skegg, 1973, p. 377ss et Somerville, 1979, p. 78ss, qui se lancent tous deux dans une intéressante discussion de cette notion d'intérêt psychologique du donneur.

<sup>181</sup> Notamment *McMahon v. McMahon* (Wash. 1963), cité par Skegg, 1973, p. 378 note 51 [enfant de 3 ans, greffe de peau]; *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969) [donneur de 27 ans avec un âge mental d'environ 6 ans, don d'un rein]; *Little v. Little*, 576 S.W.2d 493 (Tex. 1979) [donneuse de 15 ans, mongolienne, don d'un rein] et les affaires que citent cet arrêt, en particulier *Hart v. Brown*, 289 A.2d 386 (Conn. 1972) [jumeau de 8 ans, don d'un rein]. *Contra*: In re *Richardson*, 284 So.2d 185 (La. 1973); *Lausiet v. Pescinski*, 226 N.W.2d 180 (Wisc. 1975). Voir en outre Dickens, 1981, p. 476s; Charles Baron, Margot Botsford, Garrick Cole, *Live organ and tissue transplants from minor donors in Massachusetts*, 55 Boston University Law Review 159 (1975); Joe Savage, *Organ transplantations with an incompetent donor: Kentucky resolves the dilemma of Strunk v. Strunk*, 58 Kentucky Law Journal 129 (1970); Robertson, 1976, p. 48ss; J.-G. Castle, G. Sharpe, *Minors, consents, and organ transplantation*, 4 *Jus Medicum* 87 (1979).

<sup>182</sup> *Bonner v. Moran*, 126 F.2d 121 (D.C. Cir. 1941).

<sup>183</sup> *Rapport v. Stott* (Ma. 1974), cité par Somerville, 1979, p. 78 note 530 et par Baron/Botsford/Cole, *supra* note 181, p. 176.

<sup>184</sup> Voir par exemple Curran, 1959, p. 891ss; William Curran, Henry Beecher, *Experimentation in children*, 210 J.A.M.A. 77 (1969); Somerville, 1979, p. 79 et les auteurs cités *supra* note 181.

<sup>185</sup> *Supra* note 67, p. 69.

revanche, ni en jurisprudence ni en doctrine, que le mineur dispose d'un droit de veto quand il est en mesure d'exprimer un avis.

En droit suisse, le principe de la relativité du discernement permet d'apprécier avec plus de rigueur le degré nécessaire de maturité d'un mineur appelé à donner un organe. Cette sévérité particulière s'explique pour les mêmes raisons de politique juridique qui ont justifié de limiter la validité du consentement d'un adulte à une intervention non curative. Une pleine maturité, tant intellectuelle qu'émotive, est exigée tant par l'absence de but thérapeutique du prélèvement d'organe que par les risques importants de pression au sein même de la famille (puisque le bénéficiaire de la greffe est dans la règle un parent proche du donneur).

A cet égard, les directives de l'ASSM sont décevantes. Elles se bornent à déclarer que «le consentement du représentant légal est nécessaire pour les personnes incapables de discernement» puis ajoutent: «Des prélèvements de tissus provoquant la perte définitive d'un organe ne doivent pas être pratiqués chez les enfants.»<sup>186</sup> Cela revient donc à exclure le don d'organe par des enfants ne disposant pas du discernement.

Une position plus nuancée me paraît souhaitable, qui s'articulerait autour des trois principes suivants. Premièrement, seul le mineur ayant une pleine maturité (qui ne devrait pas être admise en principe avant l'âge de dix-huit ans environ) peut consentir valablement à un don d'organe. Deuxièmement, il faut renoncer au prélèvement d'organe sur un mineur qui n'a pas atteint ce degré de maturité, sauf en des circonstances tout à fait exceptionnelles (par exemple la mort certaine, dans un proche avenir, d'un parent très proche, qui affecterait profondément le jeune donneur potentiel). En pareille hypothèse, il faudrait le consentement du mineur et l'assentiment de ses parents. Le médecin devrait en outre s'assurer de l'aval de l'autorité tutélaire chaque fois que les parents ont un autre intérêt immédiat (que le bien-être de l'enfant donneur) dans l'intervention, par exemple sauver un autre de leurs enfants. Troisièmement, le refus du mineur, quel que soit son âge, doit toujours être honoré. Afin de se prémunir contre les possibilités d'influences abusives de la famille, le mineur doit être entendu seul.

Il faut souligner pour conclure l'éventail très large d'actes médicaux que peut rechercher un mineur. Savoir quand il peut y consentir seul et quand il a besoin du consentement de ses parents est toujours une question délicate. Les quelques illustrations qui précèdent montrent bien que seul un critère très souple permet de résoudre chaque situation de la manière la plus satisfaisante possible. La solution suisse, centrée sur la capacité de discernement du mineur, à évaluer dans chaque cas d'espèce, me paraît bien supérieure à tout critère fixe tel que l'âge.

Certes, la sécurité juridique y perd, ce dont se plaindront spécialement les médecins. Mais ne sont-ils pas les premiers à s'élever contre tout carcan normatif de l'exercice de leur profession, en arguant que chaque patient est unique? On voit de toute façon très mal un tribunal helvétique condamner le médecin qui aurait par exemple pratiqué un avortement sur une adolescente de quatorze ans, au motif qu'il n'a pas recueilli le consentement des parents, en dehors de situations extrêmes (jeune fille handicapée par exemple) que le praticien diligent

<sup>186</sup> Recommandations d'éthique médicale pour les transplantations, du 17 novembre 1981, Bulletin des médecins suisses 63 (1982) p. 680.

identifierait sans peine. Le risque n'est donc pas aussi grand que certains peuvent le craindre. Il en existe en revanche un autre qui, on va le voir, touche plus directement au porte-monnaie des médecins: l'inexigibilité des honoraires.

### § 2.3 Consentement au contrat et consentement au traitement: la question du paiement des honoraires

Une distinction entre le consentement à l'acte médical et le consentement au contrat médical est reconnue dans tous les pays considérés. Dans la règle, on peut dire que le premier ne requiert qu'une capacité factuelle tandis que le second exige au surplus une capacité juridique.<sup>187</sup>

En droit suisse, la capacité de consentir au traitement est fondée sur le discernement, car il s'agit d'un acte strictement personnel au sens de 19/2 CC. En revanche, la conclusion du contrat de soins exige en principe la pleine capacité légale, donc la majorité, puisqu'elle crée à la fois des droits et des obligations, de nature financière, pour le patient. Le mineur a donc besoin du consentement du représentant légal, aux termes de l'article 19/1 CC.<sup>188</sup> A défaut, le contrat passé est boiteux et le médecin court le risque de ne pas être payé pour ses services, sauf ratification du contrat par le mineur lorsqu'il devient majeur.

On a vu là un pouvoir de contrôle préventif accordé aux parents.<sup>189</sup> En réalité, ce contrôle est grandement illusoire dans la mesure où les parents sont le plus souvent mis devant le fait accompli: c'est en recevant la facture qu'ils apprennent que leur enfant a pris l'initiative de suivre un certain traitement. Les prérogatives accordées aux parents peuvent en revanche avoir des effets pernicieux, en décourageant les mineurs de rechercher certains soins (avortement, ...) de peur que leurs parents ne l'apprennent par la suite. Elles peuvent aussi inciter les praticiens à ne pas traiter un mineur en l'absence d'une autorisation des parents.

Le principe fondamental est analogue en France et en Allemagne: le mineur (la majorité est à dix-huit ans) ne peut pas conclure valablement un contrat médical sans le consentement du représentant légal.<sup>190</sup> Le Code civil français réserve, il est vrai, les hypothèses dans lesquelles «la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes».<sup>191</sup> La règle ne paraît cependant pas être déterminante pour les contrats passés avec des médecins.

Les pays de *common law* connaissent aussi la règle qui prive les mineurs de la capacité contractuelle.<sup>192</sup> Mais il existe un tempérament plus large, qui a trait aux contrats portant sur des prestations indispensables (*necessaries*) pour le mineur. Il repose sur l'idée qu'un mineur doit être mis en mesure d'obtenir la satisfaction des besoins fondamentaux de l'existence sans que son jeune âge y fasse obstacle. La notion de *necessaries* n'est pas limitée aux éléments strictement nécessaires à la survie (le manger, le boire, le logis, l'habillement) mais comprend aussi divers

<sup>187</sup> Voir notamment Somerville, 1979, p. 72s.

<sup>188</sup> Nägeli, 1984, p. 87; Grotsch, 1973, p. 72; Hinderling, 1963, p. 72. Le consentement du représentant légal, qui peut être tacite, peut intervenir avant, après ou lors de la conclusion du contrat.

<sup>189</sup> Notamment Grotsch, 1973, p. 72.

<sup>190</sup> Article 1124 Code civil français; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 49; Favre, 1984, p. 28. § 107 BGB; Kern/Laufs, 1983, p. 29; LG München I, NJW 1980 646.

<sup>191</sup> Articles 389-3 et 450; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 52.

<sup>192</sup> Par exemple E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Boston et Toronto, 1982, § 4.3, p. 214ss; Rosoff, 1981, p. 203; Chitty on Contracts, 25<sup>e</sup> éd., Londres, 1983, p. 297.

services jugés essentiels, tels que les soins médicaux, voire l'éducation ou l'assurance juridique.<sup>193</sup> Elle varie aussi en fonction des conditions de vie et des autres circonstances propres à chaque individu.<sup>194</sup> Mais les tribunaux ne l'admettent en principe que si le représentant légal n'a pas pourvu lui-même aux besoins du mineur.<sup>195</sup> Il semble douteux de dire qu'un parent n'a pas pourvu aux besoins de l'enfant lorsqu'il ne les connaissait même pas. Or, c'est bien ce qui risque de se produire en matière de contraception, d'avortement ou de traitement de maladies vénériennes. La qualification même de *necessaries* serait peut-être discutable dans certaines de ces hypothèses.

La règle accordant au mineur la capacité de contracter pour les *necessaries* ne joue donc qu'un rôle limité en matière médicale. Rosoff affirme néanmoins que cela assure aux médecins et aux hôpitaux «quelque sécurité contre le non-paiement de soins administrés à des mineurs».<sup>196</sup>

Certains Etats américains ont prévu par ailleurs que les parents n'avaient plus l'obligation de payer les soins prodigués à leur enfant lorsqu'ils ne les avaient pas autorisés. En pareille hypothèse, seul le mineur pourrait être recherché en paiement des honoraires.<sup>197</sup> L'idée de lier l'obligation de payer les soins à leur connaissance me paraît critiquable. Il ne s'agit là en effet que d'un aspect du devoir général d'entretien à charge des parents.<sup>198</sup> On peut noter aussi que le parent qui verse des contributions d'entretien n'a pas le droit de connaître leur affectation exacte. En outre, on ne s'attend plus de nos jours à ce qu'un adolescent rende compte précisément de l'emploi de l'argent que lui ont mis à disposition, parfois généreusement, ses parents.<sup>199</sup>

D'autres Etats américains ont supprimé la faculté du mineur d'invalidiser le contrat médical qu'il a personnellement conclu lorsqu'il devient majeur, ou bien ont institué une responsabilité commune des parents et du mineur pour le paiement des soins.<sup>200</sup> Enfin, il faut dire que la plupart des Etats n'ont tout simplement pas abordé le problème, ce qui fait qu'aucune solution uniforme n'existe actuellement aux Etats-Unis.<sup>201</sup>

L'application d'un régime différent au consentement au traitement d'une part, au contrat d'autre part, est insatisfaisante. Elle paraît peu logique dans la mesure où la prestation essentielle du contrat médical est le traitement lui-même. Cela revient en quelque sorte à dire qu'un mineur ne peut pas demander valablement des soins mais qu'il peut fort bien les accepter ou les refuser quand on les lui propose!

<sup>193</sup> Les soins médicaux ont appartenu depuis longtemps à la catégorie des *necessaries*: Somerville, 1979, p. 73 note 485 cite une affaire de 1610 (!): Dale v. Copping. Voir aussi Cole v. Wagner, 150 S.E. 339 (N.C. 1929): soins hospitaliers urgents.

<sup>194</sup> Rosoff, 1981, p. 204; Farnsworth, *supra* note 192, p. 221; Trask v. Davis, 297 S.W.2d 792 (Mo. 1954).

<sup>195</sup> Farnsworth, *supra* note 192, p. 221.

<sup>196</sup> 1981, p. 204. La sécurité n'est pas immédiate dans la mesure où le mineur peut, dans la règle, différer le paiement jusqu'à sa majorité.

<sup>197</sup> Wadlington, *supra* note 67, p. 67; Rosoff, 1981, p. 209 et ses références.

<sup>198</sup> Dans ce sens, par exemple Boll, 1983, p. 26.

<sup>199</sup> Un mineur dispose librement de son argent de poche et le consentement préalable général de son représentant légal est présumé: Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 84. Wilkins, 1975, p. 74, note que les adolescents dépensent, aux Etats-Unis, plus de 12 milliards de dollars par année. Il critique aussi l'argument qu'il baptise «no knowledge no pay».

<sup>200</sup> Wadlington, *supra* note 67, p. 67.

<sup>201</sup> Wadlington, 1973, p. 124; Wilkins, 1975, p. 78, qui le regrette et prône une solution nationale ne serait-ce que pour éviter d'inciter les mineurs à faire des fugues dans les Etats les plus libéraux.

Outre ce manque de cohérence interne, ce régime double est source d'insécurité. Le médecin consulté par un mineur n'est pas certain de toucher ses honoraires s'il le soigne. Ne sera-t-il pas tenté dès lors de refuser de se charger du cas en dehors de toute participation du représentant légal? Le risque est moindre s'agissant de soins nécessaires (enfant accidenté, maladies ordinaires) dès l'instant où les parents ne pourraient pas refuser de les payer, ou pourraient y être contraints. De plus, le mineur n'aurait guère de raisons de dissimuler la chose à ses parents. Le problème est beaucoup plus aigu à propos de traitements liés à la vie sexuelle du mineur (contraception, avortement, maladies vénériennes) ou à son équilibre psychique (état dépressif, alcoolisme, toxicomanie). Dans ces domaines, le mineur peut se sentir piégé dans l'alternative de se faire soigner à l'insu de ses parents ou de ne pas se faire soigner du tout. Le problème existe aussi quand les parents ne se préoccupent pas ou guère de la bonne santé de leurs enfants.

Idealement, il s'agirait à la fois de garantir la rémunération des médecins et de permettre au mineur capable de discernement de conclure seul le contrat de soins en dehors de toute pression, surtout économique, de ses parents. Cela implique donc la possibilité de supprimer la responsabilité financière des parents.<sup>202</sup>

En droit suisse, on pourrait soutenir que le mineur capable de discernement peut conclure le contrat médical, qui n'est en somme que le corollaire du traitement.<sup>203</sup> Le contrat apparaît comme le cadre nécessaire de l'administration des soins. De par sa finalité, il a un caractère éminemment personnel puisqu'il concerne l'exercice des droits de la personnalité du patient. A ce titre, il serait couvert par l'article 19/2 CC, qui lie la capacité au seul discernement. Selon un auteur<sup>204</sup>, le problème se pose dans les mêmes termes pour le mineur qui veut faire valoir une prétention personnelle dans un procès. Afin de ne pas rendre ses droits illusoire, on a admis que le mineur devait être en mesure de mandater valablement un avocat et d'assumer les charges financières en résultant.<sup>205</sup>

On peut noter au passage qu'en France, plus d'un auteur a estimé que le contrat médical avait un caractère tellement personnel qu'il se justifiait d'accorder au mineur capable de discernement la capacité de le conclure.<sup>206</sup>

La proposition devrait à tout le moins être admise lorsque les soins recherchés par le mineur entraînent pas des dépenses trop importantes. A défaut, comme le note Nægeli<sup>207</sup>, l'obligation financière contractée par le mineur constituerait une atteinte plus grave à sa personnalité que la limitation de ses droits découlant de l'incapacité de conclure le contrat. A moins que l'on n'admette, comme

<sup>202</sup> Dans le même sens, Eagum, 1982, p. 612; Wilkins, 1975, p. 74s qui écrit: «Placing financial responsibility upon the parents (...) must be considered as a less than optimum alternative to the objective of providing unhindered access to medical treatment for young people.»

<sup>203</sup> Dans ce sens, Nægeli, 1984, p. 87 et ses références; Boll, 1983, p. 27. On peut aussi tirer argument de l'article 323 CC, qui laisse à l'enfant l'administration et la jouissance du produit de son travail, pour admettre la capacité contractuelle du mineur. Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 87 écrivent à cet égard que «la capacité correspondante a les mêmes effets que l'exercice des droits civils.»

<sup>204</sup> Boll, 1983, p. 27. Il donne l'exemple d'une prétention en tort moral. Il diffère quelque peu de l'hypothèse des soins médicaux dans la mesure où le mineur ne déboursa pas un sou, l'indemnité qu'il touche compensant en principe largement les honoraires dus à l'avocat. Bucher, 1976, note 314 ad 19 CC réserve d'ailleurs le cas où les honoraires dépasseraient l'indemnité attendue.

<sup>205</sup> Bucher, 1976, note 314 ad 19 CC et ses références.

<sup>206</sup> Nerson, 1978, p. 861; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 52; Savatier/Auby/Savatier/Péquignot, 1956, p. 215, n° 239. Kornprobst/Delphin, n° 51, cités par Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 51, font allusion au contrat de travail valablement conclu par un ouvrier mineur.

<sup>207</sup> 1984, p. 87, où il parle de «alltäglichen kleineren Behandlungen». Voir aussi p. 96 («Rechtsgeschäften mit höchstpersönlichem Gegenstand und ohne weitreichenden finanziellen Konsequenzen»).

n'hésite pas à le faire un auteur, que le mineur a une prétention en remboursement des soins contre ses parents, fondée sur leur obligation d'entretien (276/1 CC).<sup>208</sup> Celle-ci se limiterait aux soins nécessaires<sup>209</sup>, une notion susceptible d'être interprétée plus ou moins extensivement.<sup>210</sup>

La capacité contractuelle du mineur devrait d'autant plus facilement être admise qu'il est au bénéfice d'une assurance-maladie. Or, on sait que plus de 95% de la population helvétique est actuellement assurée contre la maladie, et que les non-assurés se comptent essentiellement parmi les personnes âgées.<sup>211</sup> Dans ces conditions, le contrat médical n'entraîne que des obligations financières minimales pour le patient mineur.<sup>212</sup> De même en Allemagne a-t-on avancé qu'un mineur assuré social pouvait conclure un contrat de soins, car il ne présentait pour lui que des avantages.<sup>213</sup>

Dierkens notait que «les prescriptions de droit civil en matière de capacité (...) ne sont pas d'application stricte lorsque les droits sur la vie ou le corps sont mis en question».<sup>214</sup> Les efforts entrepris pour accorder au mineur la capacité de conclure le contrat concernant des soins qu'il est en mesure d'autoriser en est une illustration. Mais le fondement juridique de cette faculté reste pour le moment aléatoire, en Suisse comme dans les autres pays considérés.

La position nuancée qui vient d'être suggérée en droit suisse ne satisfait toutefois qu'un aspect du régime idéal esquissé: elle supprime dans une large mesure les possibilités de pression économique par les parents. Pour améliorer encore l'accès des mineurs aux soins, il faudrait en plus offrir aux médecins des garanties de nature financière pour les contrats qu'ils concluent avec des mineurs.

L'un des moyens d'y parvenir consisterait à reconnaître aux mineurs la même faculté qu'aux adultes d'exercer les droits découlant du contrat d'assurance. Un mineur devrait être autorisé à remplir une déclaration et à recevoir les prestations en son propre nom, sans intervention du représentant légal.<sup>215</sup> On notera ici que les femmes assurées ont maintenant droit aux prestations légales en cas d'interruption non punissable de la grossesse, comme l'a confirmé le Tribunal fédéral.<sup>216</sup> En revanche, les moyens contraceptifs ne font pas partie des prestations obligatoires des caisses maladie.<sup>217</sup>

La solution radicale de la socialisation complète de la médecine est évidemment utopique dans notre pays. On imagine à peine plus facilement la gratuité de

<sup>208</sup> Boll, 1983, p. 27s.

<sup>209</sup> Qui sont en effet englobés dans le devoir d'entretien des parents; voir Boll, 1983, p. 26, qui se réfère à Hegnauer.

<sup>210</sup> Sur le caractère nécessaire de la prescription de moyens contraceptifs ou d'interventions de chirurgie esthétique, voir notamment Boll, 1983, p. 28.

<sup>211</sup> Message du Conseil fédéral sur la révision partielle de l'assurance-maladie, du 19 août 1981, F.F. 1981 II 1069, 1079s. Voir aussi Pierre-Yves Greber, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Lausanne, 1982, p. 372.

<sup>212</sup> Il se rapproche alors des acquisitions à titre gratuit dont parle l'article 19/2 CC. Les pays de *common law* admettent aussi que des contrats qui sont au bénéfice du mineur qui les a conclus puissent le lier: voir notamment Chitty, *supra* note 192, p. 304ss.

<sup>213</sup> En particulier Deusch, 1983, p. 174. Pour ce problème en Allemagne, voir en général Friedrich Althoff, *Der Honoraranspruch des Arztes bei Behandlung Minderjähriger*, thèse, Erlangen, 1932.

<sup>214</sup> Dierkens, 1966, p. 43.

<sup>215</sup> Pour une proposition de cette nature aux Etats-Unis, voir Engurn, 1982, p. 613. Voir aussi Wadlington, *supra* note 67, p. 68, qui discute les *Juvenile Justice Standards on the Rights of Minors* qui contiennent notamment des dispositions allant dans le même sens.

<sup>216</sup> Article 12quater LAM, adopté le 9 octobre 1981 (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 1982); ATF 108 V 35, modifiant l'ancienne jurisprudence restrictive (par exemple ATF 107 V 100).

<sup>217</sup> Pascal Mahon, *Institutions de sécurité sociale*, Lausanne, 1983, p. 88.

certaines catégories de soins aux mineurs et la création d'un fonds public pour payer ces frais médicaux. Les modalités d'alimentation du fonds ne seraient pas la question la moins délicate à résoudre.

Un autre moyen, proposé aux Etats-Unis, serait de mettre sur pied un système de prêts garantis par l'Etat, accordés aux mineurs pour leurs frais médicaux. Wilkins, qui a lancé l'idée, envisage un système proche de celui des bourses d'études octroyées sous forme de prêts.<sup>218</sup> La réalisation ne présenterait pas trop de difficultés aux Etats-Unis, dès l'instant où la législation de nombreux Etats autorise les mineurs à conclure des emprunts à des fins de formation professionnelle ou des polices d'assurance.<sup>219</sup> Wilkins est conscient que tous les prêts ne seraient pas remboursés, mais il fait remarquer que le programme serait de toute manière une charge moins lourde pour l'Etat qu'un système complet d'assistance aux patients mineurs. Il resterait à voir comment les jeunes réagiraient à un tel programme.<sup>220</sup>

## § 2.4 La résolution de situations conflictuelles

Dans l'immense majorité des familles, les décisions sur les soins à administrer à l'enfant sont prises par les parents avec l'assentiment du mineur. Des désaccords peuvent cependant survenir. La décision appartient au mineur s'il a le discernement (soit lorsqu'il a plus de quinze ans en principe) et aux parents s'il ne l'a pas (soit en principe lorsqu'il a moins de dix ans). Pour un enfant entre dix et quinze ans, les circonstances d'espèce dictent à qui appartient le choix, mais dans toute hypothèse, soit l'un soit les autres sont en principe investis du pouvoir primaire de décision.<sup>221</sup>

Il serait faux de croire pour autant que l'on a résolu toute forme possible de conflit. En droit, la question n'est en effet pas simplement de donner la priorité à la volonté de l'une ou l'autre partie. En limitant le pouvoir de décision du mineur, la loi a voulu le protéger d'actes immatures ou déraisonnables. En confiant les prérogatives enlevées au mineur à ses parents, elle a entendu que ceux-ci les exercent exclusivement pour le bien de l'enfant. Un troisième élément intervient donc dans l'appréciation de chaque situation, à côté de la volonté du mineur et de la volonté des parents: c'est l'intérêt du mineur, qui est en quelque sorte la volonté légale.<sup>222</sup>

Entre ces trois volontés, des conflits peuvent exister. J'envisagerai ici trois situations principales:

- A. un mineur capable de discernement prend une décision manifestement contraire à son intérêt;
- B. des doutes existent sur la capacité de discernement du mineur;
- C. les parents d'un enfant incapable de discernement prennent une décision contraire à son intérêt.

<sup>218</sup> Wilkins, 1975, p. 76. Son idée est reprise par Engum, 1982, p. 614.

<sup>219</sup> Wilkins, 1975, p. 77.

<sup>220</sup> Pour d'autres propositions encore, voir en particulier Engum, 1982, p. 613ss (par exemple paiement différé, extension de *Medicaid*).

<sup>221</sup> Voir en général *supra* p. 214ss.

<sup>222</sup> «Modern legislation is designed to achieve protection of children and the promotion of their welfare»: Dickens, 1981, p. 463.

Le conflit oppose ici la volonté du mineur et son intérêt thérapeutique. En voici quelques exemples : un jeune homme de dix-neuf ans mordu par un renard enragé refuse, par phobie des piqûres, les injections antirabiques. Une jeune fille de dix-huit ans refuse, par conviction religieuse, une intervention vitale impliquant des transfusions de sang. Un adolescent de dix-sept ans ne vivant que pour le football refuse l'amputation de sa jambe atteinte par la gangrène. Une adolescente de seize ans demande, à l'occasion de l'accouchement de son premier enfant, d'être stérilisée. Une jeune fille de dix-sept ans qui se trouve laide veut se soumettre à une opération de chirurgie esthétique comportant des risques.

En droit *suisse*, le principe de la relativité du discernement permet de trouver des solutions satisfaisantes. En règle générale, plus la décision du mineur est contraire à son intérêt et plus sa capacité de discernement doit être examinée avec rigueur. On exigera une maturité toute particulière du mineur, que font présumer des indices tels que l'expression d'un système de valeurs cohérent, le raisonnement logique à l'intérieur de ce système, la compréhension de toutes les implications, tant personnelles que sociales, de la décision à prendre, l'indépendance de pensée et l'aptitude à résister aux influences extérieures.

S'agissant du choix entre mener une vie normale ou mourir, les conditions qui viennent d'être posées rendent fort improbable l'admission de la capacité de discernement avant dix-huit, voire vingt ans.<sup>223</sup> Dans les cas exceptionnels où l'on parviendrait à la conclusion que le mineur possède une pleine maturité, son choix devrait être respecté, allât-il à l'encontre de son intérêt.<sup>224</sup> Dans les exemples imaginés, le jeune homme de dix-neuf ans ne remplirait pas les conditions posées ; la question est en revanche très ouverte pour la jeune fille de dix-huit ans. Il est malgré tout presque certain qu'un tribunal helvétique ne reconnaîtrait la validité d'aucune des deux décisions. Il suivrait l'opinion émise par quelques auteurs<sup>225</sup>, qui voient dans la simple contrariété d'une décision aux intérêts essentiels du mineur une présomption d'incapacité.

Une décision a été rendue dans ce sens en *France*. Une adolescente de dix-sept ans et demi, témoin de Jéhovah, refusait une transfusion de sang absolument nécessaire. Ses parents approuvaient sa décision. Le juge des enfants de Poitiers estima que la santé de la jeune fille était en danger et ordonna au médecin d'« effectuer tous actes médicaux (*sic*) et en particulier des transfusions sanguines sur la personne de la mineure ».<sup>226</sup>

La plupart des provinces *canadiennes* se sont dotées de lois sur le sujet. Typiquement, elles prévoient que le mineur capable qui refuse un traitement nécessaire peut être confié à la tutelle de l'Etat (*ward of the government*), afin que le consentement requis puisse être donné.<sup>227</sup> En *Angleterre*, Skegg a écrit que les parents pouvaient parfois donner un consentement valable à une intervention nécessaire refusée par leur enfant capable de discernement.<sup>228</sup> De même en

<sup>223</sup> Voir aussi *supra* p. 49ss (sur le refus d'un traitement vital par un adulte) et p. 226ss (sur le don d'organe par un mineur).

<sup>224</sup> C'est ce que semble dire aussi Grottsch, 1973, p. 87 : « Besitzt ein Unmündiger die zur Einwilligung in eine ärztliche Behandlung erforderliche Einsicht, ist er gleich zu behandeln, wie ein erwachsener Patient. »

<sup>225</sup> En particulier Hinderling, 1963, p. 72; Grottsch, 1973, p. 78. Voir aussi Caesar, 1963, p. 97.

<sup>226</sup> L'affaire est rapportée par Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 52s, qui approuvent la décision.

<sup>227</sup> Notamment Picard, 1978, p. 70 et ses références.

<sup>228</sup> 1973, p. 376.

*Allemagne*, Kern/Laufs estiment que le consentement des parents prime le refus de leur enfant mineur, même capable, quand l'intervention est «dingend indiziert».<sup>229</sup>

Aux *Etats-Unis*, quelques affaires donnent à penser que l'opinion d'un mineur capable sera prise en considération, voire respectée, par les juges même si elle entraîne un préjudice pour lui. Par exemple, un des juges de la Cour suprême avait laissé entendre que le tribunal devait être en mesure de soutenir les désirs d'un mineur, même contre la volonté de ses parents.<sup>230</sup> Une affaire jugée par la Cour suprême de Pennsylvanie mit partiellement en œuvre ce principe. Un adolescent, Ricky, souffrait d'une déformation de la colonne vertébrale, séquelle de deux attaques de poliomyélite. Un médecin demanda l'autorisation du tribunal d'opérer Ricky, affirmant qu'à défaut, il risquait de devoir rester alité pour le restant de ses jours. La mère du jeune homme s'opposait à l'intervention car elle nécessiterait des transfusions de sang. Contrairement aux deux instances précédentes, la cour jugea que l'avis de l'adolescent (qui avait alors presque dix-sept ans) devait être recueilli. Comme Ricky déclara ne pas vouloir se soumettre à l'opération (dont la nécessité n'était pas unanimement admise), la cour rejeta la requête du médecin.<sup>231</sup>

Lorsqu'il s'agit du choix entre mener une vie marquée par une invalidité permanente ou mourir, la maturité à exiger du mineur sera quelque peu moindre. L'alternative n'est en effet pas entre la santé et la mort, mais plutôt entre deux maux. L'appréciation de la qualité de la vie est trop individuelle pour la laisser à un tiers sans raisons absolument impérieuses. Dire quel est le meilleur intérêt de l'adolescent devient une gageure. Dans la mesure où la décision du mineur obtient le soutien de son entourage, un tribunal ne devrait s'immiscer qu'avec la plus grande réserve dans la décision. On peut se demander en tout cas si le mineur n'a pas un droit de veto en pareilles circonstances.<sup>232</sup>

Dans une affaire américaine dramatique, un tribunal valida la décision d'une jeune fille de ne plus se soumettre à une dialyse rénale plusieurs fois par semaine. Ce choix, respecté par les parents, était le fruit d'une longue réflexion et de l'expérience prolongée de la dialyse. Pour l'adolescente, il signifiait la mort à court terme. Un tribunal suisse aurait probablement jugé différemment, comme il le ferait pour le jeune homme mordu de football pris en exemple.

Lorsque le choix est entre la pleine santé et une atteinte permanente à l'intégrité physique (par exemple une stérilisation), on peut soutenir que le mineur possède un droit de veto avant de jouir du droit d'autoriser l'intervention.<sup>233</sup> Ainsi, il est douteux que la jeune fille de seize ans puisse donner un consentement valable à sa propre stérilisation en l'absence de toute indication médicale. Le même raisonnement pourrait être soutenu à l'égard d'atteintes de moindre importance. Savoir si l'adolescente de dix-sept ans peut accepter une opération de chirurgie esthétique dépend des circonstances. Souhaitée par caprice, l'intervention, surtout

<sup>229</sup> 1983, p. 35, en réservant l'avortement. Ils notent avec regret que la jurisprudence ne s'est pas encore occupé de la question.

<sup>230</sup> *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 242 (1972) [dissenting opinion].

<sup>231</sup> *In re Green*, 292 A.2d 387 (Pa. 1972), notant, p. 392: «It would be most anomalous to ignore Ricky in this situation when we consider the preference of an intelligent child of sufficient maturity in determining custody.»

<sup>232</sup> Dans ce sens, par exemple *Deutsch*, 1983, p. 176.

<sup>233</sup> Le droit de veto n'existe avant le droit de consentir en principe que pour préserver une situation qui n'est pas dangereuse pour la vie du mineur: voir sur ce point *Somerville*, 1979, p. 75.

si elle s'accompagne de risques, ne serait sans doute pas légitimée par le consentement de la jeune patiente. Tout autre serait l'opération effectuée pour supprimer la cause de véritables dépressions chez la jeune fille.

Un mineur, même capable, a donc un droit plus limité qu'un adulte de faire un choix qui ne correspond pas à son meilleur intérêt thérapeutique. Lorsque la décision du mineur est mûrement réfléchie et cohérente avec son échelle des valeurs (qui est elle-même défendable), lorsqu'elle est soutenue par son entourage et ne choisit pas la mort plutôt qu'une vie normale, le droit devrait se garder d'intervenir. Il est évident que parfois, l'urgence de la situation rend impossible toute évaluation sérieuse de la maturité du mineur.<sup>234</sup> En pareille hypothèse, le consentement des parents devrait dans la mesure du possible être recherché.<sup>235</sup> Si l'une des branches de l'alternative correspond clairement au meilleur intérêt du mineur, le médecin peut même prendre la responsabilité de la choisir.

### B. *Conflit entre la volonté du mineur et la volonté des parents*

Lorsque des doutes existent sur la capacité de discernement du mineur, le médecin fera bien de s'assurer du consentement de l'enfant et de ses parents.<sup>236</sup> Cela présuppose alors une double information, de même substance, mais dont la forme aura été adaptée au niveau de compréhension du mineur et à son expérience plus limitée de la vie.<sup>237</sup> Des études ont montré que les enfants se faisaient souvent une idée déformée de la maladie et de ses causes, dans laquelle entraient des sentiments d'anxiété et de culpabilité.<sup>238</sup> Dès lors, une préparation psychologique devrait accompagner la communication de l'information.<sup>239</sup> En pratique, l'admission du privilège thérapeutique et, dans certains Etats, l'application du critère professionnel risquent de limiter indûment l'information fournie aux mineurs. Pourtant, comme le fait remarquer Wadlington<sup>240</sup>, «les exigences quant à l'information à transmettre devraient être plus élevées pour de jeunes mineurs, ou à tout le moins (...) on devrait accorder un soin plus grand à rendre les explications claires pour eux». Le mineur devrait en tout cas être entendu seul, pour éviter les pressions des parents.

Lorsque parents et enfant sont d'accord, leur décision commune devrait être respectée (comme dans l'affaire de Ricky) à moins de condamner un enfant en bonne santé à la mort. Une affaire *américaine* mettait en scène un garçon de

<sup>234</sup> Grottsch, 1973, p. 78, proposait que dans les cas douteux mais non urgents, on recourût à un psychologue pour évaluer le discernement du mineur.

<sup>235</sup> Sa valeur sera toutefois limitée selon les règles discutées *infra*, p. 238ss.

<sup>236</sup> C'est l'opinion généralement admise, afin que les actes du médecin soient en toute hypothèse couverts par un consentement valable. Voir notamment Grottsch, 1973, p. 78; Nägeli, 1984, p. 121; de même en Allemagne, Laufs, 1984, p. 61; Caesar, 1963, p. 97; Trockel, 1972, p. 1496.

<sup>237</sup> Nägeli, 1984, p. 114s; Grottsch, 1973, p. 83; Laufs, 1984, p. 61; Eberbach, *supra* note 66, p. 454; Staak/Uhlenbruck, *supra* note 66, p. 183. Voir aussi Michael Saks, *Social perspectives on the problem of consent*, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 41ss.

<sup>238</sup> Gerald Koocher, *Competence to consent: psychotherapy*, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 111, 120ss et ses références. Il note que la maladie est souvent perçue par les enfants comme le résultat d'une désobéissance ou d'une transgression de leur part. Voir aussi Gary Melton, *Decision making by children: psychological risks and benefits*, in Melton/Koocher/Saks, 1983, p. 21ss; E. Perrin, S. Gettrity, *There is a demon in your belly: children's understanding of illness*, 67 *Pediatrics* 841 (1981).

<sup>239</sup> Sur ses avantages, voir Koocher, *supra* note 238, p. 121 et ses références. Il estime que des enfants de 6 ans peuvent déjà donner «some measure of informed consent».

<sup>240</sup> *Supra* note 67, p. 66.

quatorze ans affligé d'un bec de lièvre. Son père, tout comme lui, refusait l'intervention (assez commune) car il croyait en la guérison mentale. L'autorisation d'opérer, demandée par un médecin, fut refusée par le premier juge, qui estima que l'adolescent était assez âgé pour comprendre la situation. Sa décision fut cassée en seconde instance: les juges déclarèrent que l'enfant était la victime des croyances illusoire de son père et que son intérêt commandait l'intervention correctrice. La plus haute juridiction de l'Etat de New York cassa à son tour, refusant de s'immiscer dans une décision appartenant à la famille, en l'absence de danger de mort pour le mineur.<sup>241</sup>

Le véritable dilemme apparaît lorsque survient un désaccord entre le mineur et ses parents. Il doit à mon sens être résolu en fonction de l'intérêt de l'enfant, conformément à la volonté légale. En d'autres termes, on préférera l'opinion qui est la plus conforme à l'intérêt thérapeutique du mineur.<sup>242</sup> Ceci laisse en pratique une grande liberté au médecin.

La question devient de déterminer dans chaque cas ce qui correspond à l'intérêt de l'enfant. La chose est facile s'il s'agit par exemple d'une transfusion de sang vitale. Mais comment savoir si une opération risquée, qui présente de bonnes chances (mais aucune garantie) de corriger une malformation importante correspond à l'intérêt de l'enfant?

Il est bien sûr malaisé de trouver des critères généraux. Il faudrait me semble-t-il s'inspirer de la notion de qualité de la vie, ce que les Américains appellent volontiers «a life worth living».<sup>243</sup> La notion est certes subjective. Il n'en demeure pas moins que la majorité des gens tombe d'accord sur certaines de ses composantes, en particulier la santé mentale, les perceptions sensorielles intactes et la liberté de mouvement. La décision qui paraît promouvoir au mieux cette finalité de «vie valant la peine d'être vécue» sera censée correspondre à l'intérêt de l'enfant. Dans les situations absolument cornéliennes, l'avis du mineur devrait l'emporter<sup>244</sup>, spécialement s'il s'oppose à une intervention mutilante. Si le *statu quo* n'est pas potentiellement léthal, on peut soutenir qu'il doit être conservé, afin que le mineur puisse ultérieurement décider pour lui-même.<sup>245</sup>

### C. Conflit entre la volonté des parents et la volonté légale

Dans tous les pays considérés, il est admis que les parents doivent protéger leurs enfants et agir dans leur meilleur intérêt.<sup>246</sup> Comme le précise l'article 371-2 du Code civil français, l'autorité parentale doit être exercée pour «protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité».<sup>247</sup> Cela revient à dire que la liberté de

<sup>241</sup> In re Seiferth, 137 N.Y.S.2d 35 (N.Y. 1955), reversed, 127 N.E. 2d 820 (N.Y. 1955). Sur cet arrêt, voir notamment Rosoff, 1981, p. 197s.

<sup>242</sup> Dans ce sens, notamment Caesar, 1963, p. 97s; Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 52, qui préfèrent la volonté du mineur à celle des parents quand celle-là va dans le sens de l'acceptation des soins.

<sup>243</sup> Voir en particulier Joseph Goldstein, Medical care for the child at risk: on State supervision of parental autonomy, in Gaylin/Macklin, 1982, p. 153, 187. Voir aussi Skegg, 1973, p. 377.

<sup>244</sup> L'article 301/2 CC n'enjoint-il pas les parents à tenir compte «autant que possible de son [l'enfant] avis pour les affaires importantes?»

<sup>245</sup> C'est ce qu'avait retenu une cour américaine: In re Hudson, 126 P.2d 765 (Wash. 1942).

<sup>246</sup> Par exemple Miller, 1983, p. 255s; Nägeli, 1984, p. 152; Bucher, 1956, p. 170; Somerville, 1979, p. 71; Deutsch, 1983, p. 177.

<sup>247</sup> Voir en général de Touzalin, 1974; M.L. Desgranges, La protection judiciaire de l'enfant hospitalisé, Revue internationale de droit pénal 1979, p. 625ss.

décision des parents à l'égard du traitement de leurs enfants est plus limitée que s'il s'agissait de leur propre traitement.<sup>248</sup> Le *Bundesgerichtshof* l'a bien dit: le représentant légal du patient n'a pas la possibilité « dans la même mesure qu'un patient capable de discernement de se décider pour une méthode de soins objectivement erronée et de la faire administrer ». <sup>249</sup> Il va sans dire que les cas sont exceptionnels où les parents prennent une décision contraire à l'intérêt thérapeutique de leurs enfants.

Tous les pays aussi ont prévu un mécanisme pour surmonter une décision de parents qui porterait un grave préjudice à l'enfant. Dans les Etats américains, une telle situation peut faire du mineur un *neglected child* et habiliter alors le juge des enfants (*juvenile court*) à intervenir.<sup>250</sup> Celui-ci peut nommer un curateur chargé de décider du traitement ou ordonner lui-même l'administration de soins.<sup>251</sup> La plupart des Etats ont prévu une procédure d'urgence, où le juge autorise les soins par téléphone, avant de recevoir le dossier écrit de l'affaire.<sup>252</sup> Les provinces canadiennes ont des dispositions analogues.<sup>253</sup> Au Québec par exemple, la loi habilite un juge de la Cour supérieure à autoriser les soins nécessaires à l'enfant que refusent ses parents.<sup>254</sup> De même en Angleterre, l'enfant peut être placé sous tutelle judiciaire, ou confié à l'autorité locale, qui décide des soins à lui fournir.<sup>255</sup> En Allemagne, le médecin peut s'adresser à l'autorité tutélaire (§ 1666 BGB) qui nomme un curateur, ou prend immédiatement la décision, éventuellement sur simple demande téléphonique.<sup>256</sup> En France, l'intervention du juge se fonde sur l'article 375 du Code civil (mesures d'assistance éducative).<sup>257</sup> Le principe est expressément mis en œuvre par l'article 28 du Décret du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, qui dispose que « lorsque la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal du mineur ou l'impossibilité de recueillir le consentement de celui-ci, le médecin responsable du service peut saisir le Ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent ». <sup>258</sup> En Suisse enfin, l'autorité tutélaire peut être alertée afin que des soins nécessaires soient prodigués au mineur malgré l'opposition de ses parents.<sup>259</sup> L'autorité peut soit nommer un curateur (308 CC) soit autoriser directement le traitement.<sup>260</sup>

<sup>248</sup> Bucher, 1956, p. 174; Nägeli, 1984, p. 144; Kern/Laufs, 1983, p. 30: « Ihre [die Eltern] Entscheidungsfreiheit ist also erheblich enger als die eines Kranken über seine eigene Person. »

<sup>249</sup> BGH, MedR 1983 25, 27.

<sup>250</sup> Pour des détails, voir par exemple Sanford Katz, *Child neglect laws in America*, 9 *Family Law Quarterly* 1 (1975); Rosoff, 1981, p. 195s.

<sup>251</sup> Rosoff, 1981, p. 201; In the Interest of Ivey, 319 *So.2d* 53 (Fla. 1975).

<sup>252</sup> Rosoff, 1981, p. 195s.

<sup>253</sup> Voir en général Picard, 1978, p. 70.

<sup>254</sup> Article 36 de la Loi sur la protection de la santé publique, du 21 décembre 1972; Crépeau, 1974, p. 250, signale trois décisions antérieures où le tribunal avait autorisé (sans fondement légal clair) des transfusions de sang pour sauver la vie d'enfants.

<sup>255</sup> Notamment Skegg, 1973, p. 375s et ses références.

<sup>256</sup> Laufs, 1984, p. 61; Deutsch, 1983, p. 177; Kern/Laufs, 1983, p. 40.

<sup>257</sup> Favre, 1984, p. 35; Mémetean/Mélenec, 1982, p. 51.

<sup>258</sup> Voir les commentaires de de Touzalin, 1974, n° 15ss, qui admet que le médecin agisse de son propre chef pour le bien de l'enfant s'il y a urgence.

<sup>259</sup> Hinderling, 1963, p. 73; Bucher, 1956, p. 171; Grottsch, 1973, p. 58; Nägeli, 1984, p. 150s. Tous ces auteurs précisent qu'en cas d'urgence, le médecin peut agir pour le bien de l'enfant. Grottsch, 1973, p. 58 recommande alors la consultation d'un collègue.

<sup>260</sup> Nägeli, 1984, p. 151.

Quand les père et mère divergent d'opinion, l'autorité tutélaire doit donner la préférence au parent dont l'avis correspond à la volonté légale. Une affaire new-yorkaise illustre ce principe général. Les médecins recommandaient une intervention pour stopper la détérioration d'une déformation de la jambe chez une fillette de dix ans. Un des parents l'acceptait tandis que l'autre la refusait. Le tribunal saisi ordonna l'opération, estimant que l'usage de ses membres était essentiel pour un enfant.<sup>261</sup>

Plusieurs affaires américaines concernaient de jeunes enfants, voire des bébés, qui avaient besoin de soins que refusaient catégoriquement leurs parents. Un certain nombre de principes directeurs se dégagent à mon sens de cette jurisprudence.

Tout d'abord, lorsque les soins sont dénués de risques sérieux et sont estimés nécessaires pour prévenir un danger imminent de mort ou d'infirmité permanente, les tribunaux n'ont en général guère hésité à les ordonner, à l'encontre de la volonté des parents.<sup>262</sup> L'exemple classique est celui des transfusions de sang refusées par les témoins de Jéhovah en vertu d'une interprétation littérale controversée de divers passages bibliques.<sup>263</sup>

Un tribunal du New Jersey décida qu'un enfant *in utero* devait être confié à la tutelle de l'Etat dès sa naissance, afin que les transfusions nécessaires à sa survie puissent être immédiatement autorisées et pratiquées en dépit de l'objection des parents.<sup>264</sup> Un juge de la Cour supérieure du district de Columbia autorisa de même une transfusion de sang pour un nouveau-né. L'opposition des parents fut écartée car il en allait de la vie du bébé. Simultanément, le juge honora le refus de la mère d'avoir une transfusion salvatrice.<sup>265</sup> Par là, il montra de manière frappante où devait s'arrêter le pouvoir d'intervention du tribunal. La Cour suprême d'Illinois se prononça dans le même sens. Un bébé de huit jours souffrant d'érythroblastose du fœtus avait besoin d'une transfusion de sang. L'absence de traitement entraînerait sa mort ou des dommages irréversibles importants au cerveau. La cour écarta le refus des parents et nomma un curateur aux fins d'autoriser la transfusion.<sup>266</sup> Une décision de même nature fut prise lorsque l'omission de la transfusion créait un danger imminent d'atteinte grave et irréversible au cerveau.<sup>267</sup>

Il est intéressant de noter que les témoins de Jéhovah ont attaqué la constitutionnalité de dispositions qui permettent aux tribunaux d'ordonner une transfusion sanguine pour un enfant, à l'encontre des objections religieuses de ses parents. Ils furent déboutés: la liberté de religion n'a pas été considérée comme

<sup>261</sup> *In re Rotkowitz*, 25 N.Y.S.2d 624 (N.Y. 1941).

<sup>262</sup> Dans ce sens notamment *Vorys*, 1981, p. 818; *Ewald*, 1982, p. 717; *Wadlington*, 1973, p. 116; *Rosoff*, 1981, p. 196.

<sup>263</sup> Les témoins de Jéhovah s'appuient en particulier sur les passages suivants: Genèse IX: 3, 4; Lévitique III: 17 et XVII: 13, 14; Apôtres XV: 28, 29.

<sup>264</sup> *Hoener v. Bertinato*, 171 A.2d 140 (N.J. 1961).

<sup>265</sup> L'affaire est rapportée par *Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert Solnit, Before the best interests of the child*, New York, 1979, p. 95.

<sup>266</sup> *People ex rel. Wallace v. Labrenz*, 104 N.E.2d 769 (Ill. 1952), cert. denied, 344 U.S. 824 (1952). Voir aussi *Morrison v. State*, 252 S.W.2d 97 (Mo. 1952); *State v. Perricone*, 181 A.2d 751 (N.J. 1962), cert. denied, 371 U.S. 890 (1962); *In re Santos*, 227 N.Y.S.2d 450 (N.Y. 1962); *In re Clark*, 185 N.E.2d 128 (Ohio 1962); *Application of Brooklyn Hospital*, 258 N.Y.S.2d 621 (N.Y. 1965); *In the interest of Ivey*, 319 So.2d 53 (Fla. 1975).

<sup>267</sup> *Muhlenberg Hospital v. Patterson*, 320 A.2d 518 (N.J. 1974). Voir aussi *In re Cicero*, 421 N.Y.S.2d 965 (N.Y. 1979) où les parents refusaient une opération d'une méningomyélocèle, fatale dans les 6 mois. L'intervention devait permettre un développement mental normal de l'enfant.

investissant les parents de telles prérogatives, qui constitueraient une sorte de droit de vie ou de mort sur leurs enfants.<sup>268</sup>

Des juges d'autres pays sont arrivés à des décisions analogues à celles de leurs collègues américains. En *Allemagne* par exemple, un père témoin de Jéhovah refusait une transfusion nécessaire à sauver la vie de son bébé de deux jours. Le médecin prit contact avec l'autorité tutélaire, qui nomma le médecin-chef curateur de l'enfant, afin d'autoriser immédiatement la procédure.<sup>269</sup> Un jugement du *Bundesgerichtshof* est révélateur aussi. Il estima que le défaut d'information des parents ne rendait pas l'intervention illicite lorsqu'il s'agissait de la seule méthode existante pour soigner une maladie menaçante pour la santé de l'enfant.<sup>270</sup> Kern/Laufs en ont déduit que, pour des enfants, la nécessité objective d'une mesure médicale pouvait à elle seule justifier l'intervention du médecin.<sup>271</sup>

Une cour *anglaise* eut à trancher un cas plus délicat. Un enfant mongolien était né avec une occlusion intestinale que seule une opération pouvait corriger. Les parents refusaient l'intervention (ce qui signifiait la mort du bébé) car ils voulaient épargner à leur enfant la vie d'un handicapé mental. Le tribunal ordonna l'opération. Il déclara qu'après l'intervention, l'enfant aurait une espérance de vie de vingt à trente ans et qu'on ne pouvait rien dire de certain sur la vie qu'il pourrait mener avant qu'il atteigne l'âge de deux ans.<sup>272</sup>

Le premier principe que j'ai cru discerner au travers de la jurisprudence américaine garde toute sa valeur pour le droit  *suisse*. Il ne fait aucun doute qu'une autorité tutélaire suisse ordonnerait les soins nécessaires à sauver la vie d'un bébé ou d'un enfant malgré l'opposition des parents. Elle suivrait certainement aussi un tribunal du New Jersey qui ordonna une transfusion de sang pour une femme enceinte (qui la refusait) afin de sauver à la fois sa vie et celle de l'enfant qu'elle portait.<sup>273</sup> Elle suivrait encore la décision d'un juge de Géorgie rendue en 1981. Celui-ci ordonna à une femme adulte enceinte de se soumettre à une césarienne, à l'encontre de sa volonté, si cela devenait nécessaire pour sauver la vie du bébé à naître.<sup>274</sup> Les deux dernières décisions sont intéressantes en ce qu'elles justifient une atteinte à l'intégrité physique d'un individu par le droit à la vie d'un tiers.

Un deuxième principe me paraît se dégager de la jurisprudence américaine : c'est la retenue observée par les juges lorsque le traitement n'est pas vraiment nécessaire ni urgent, ou lorsqu'il comporte des risques non négligeables. Dans une vieille affaire, les parents avaient refusé de consentir à une opération risquée qui devait prévenir leur garçonnet de sept ans de devenir infirme. Le tribunal respecta cette décision.<sup>275</sup> De même la Cour suprême de l'Etat de Washington n'a

<sup>268</sup> *Washington v. King County Hospital*, 278 F.Supp. 488 (Wash. 1967), aff'd per curiam, 390 U.S. 598 (1968). Voir aussi *In re Harwath*, 199 N.W.2d 147 (Iowa 1972); *Mannis v. State ex rel. DeWitt School Dis.*, 398 S.W.2d 206 (Ark. 1966).

<sup>269</sup> *OLG Hamt*, NJW 1968 212; voir aussi *Max Kohlhaas, Elterliche Ablehnung der Operationseinstimmung trotz Notwendigkeit zur Lebenserhaltung des Kindes*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1965, p. 46ss.

<sup>270</sup> BGH, VersR 1962 46.

<sup>271</sup> 1983, p. 31. Voir aussi l'article 6/4 du projet de recommandation du Conseil de l'Europe sur les devoirs juridiques des médecins.

<sup>272</sup> *Re B (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1981] 1 W.L.R. 1421.

<sup>273</sup> *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson*, 201 A.2d 537 (N.J. 1964), cert. denied, 377 U.S. 985 (1964).

<sup>274</sup> *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority*, 274 S.E.2d 457 (Ga. 1981). La cour considère que le fœtus était un *deprived child*, ce qui l'habilite à intervenir.

<sup>275</sup> *In re Tuttendario*, cité in *Wadlington*, 1973, p. 116, note 9; voir aussi *In re Phillip B.*, 156 Cal. Rptr. 48 (Cal. 1979), cert. denied, 100 S. Ct. 1597 (1980).

pas renversé le refus d'une mère d'autoriser une opération destinée à corriger une malformation congénitale semblable à l'éléphantiasis chez sa fille de onze ans.<sup>276</sup>

La même retenue n'est cependant pas observée dans toutes les juridictions<sup>277</sup>, ni par toutes les instances d'une même juridiction. Les cours de l'Etat de New York paraissent plus interventionnistes, comme le montre l'affaire suivante. Un adolescent souffrait d'une déformation du visage. Les médecins préconisaient une intervention comportant des risques (même de mort) et aucune garantie de succès, pour corriger le mal. Les parents s'y opposaient. La plus haute cour new-yorkaise ordonna l'opération. Elle nota que la difformité avait tenu le garçon éloigné de l'école depuis des années et limitait donc par trop le développement normal de l'enfant.<sup>278</sup> De même, un tribunal de l'Oregon ordonna l'opération contre l'avis des parents d'un enfant souffrant d'hydrocéphalie, afin d'éviter un retard mental.<sup>279</sup>

L'interventionnisme de certains tribunaux a été critiqué par certains auteurs américains. L'un des plus virulents est sans doute Goldstein<sup>280</sup>, qui affirme que « quand la mort n'est pas une conséquence probable de l'exercice d'un choix médical, il n'y a aucune justification à l'intrusion gouvernementale ».<sup>281</sup>

En droit suisse, définir de manière générale jusqu'où l'autorité tutélaire devrait intervenir paraît impossible. Aucune limite absolue n'existe. Une intervention me paraît justifiée lorsque la décision des parents est en contradiction nette avec l'intérêt de l'enfant. Cette notion doit être définie principalement comme la possibilité de mener « a life worth living or a life of relatively normal healthy growth », comme l'exprime Goldstein.<sup>282</sup> Elle est suffisamment individuelle pour ne pas habiliter l'autorité à intervenir trop souvent.<sup>283</sup> La décision des parents jouit en quelque sorte de la présomption d'être dans l'intérêt de l'enfant. Mais il n'est pas nécessaire d'établir que l'enfant va mourir pour renverser cette présomption.

Une troisième idée ressort de la jurisprudence des Etats-Unis. Les juges donnent dans la règle leur aval à la décision des parents lorsque le traitement d'une affection est l'objet de controverses et que différents choix ne sont par conséquent pas déraisonnables. Par exemple, un enfant de huit ans souffrait de la

<sup>276</sup> In re Hudson, 126 P.2d 765 (Wash. 1942). La cour de première instance avait ordonné au contraire l'opération. Voir les commentaires de Rosoff, 1981, p. 199s.

<sup>277</sup> Ce manque d'uniformité est déploré par plus d'un auteur. Voir par exemple Vorys, 1981, p. 829, qui souhaite que la Cour suprême « squarely addresses the issue and carefully defines the outer limits of parental autonomy »; Plotkin, 1981, p. 121, 129; Sher, 1983, p. 157 et p. 206 pour un cadre uniforme d'analyse.

<sup>278</sup> In re Sampson, 317 N.Y.S.2d 641 (N.Y. 1970), aff'd, 323 N.Y.S.2d 253 (N.Y. 1970), aff'd 278 N.E.2d 918 (N.Y. 1972).

<sup>279</sup> Matter of Jensen, 633 P.2d 1302 (Ore. 1981); voir aussi In re Vasko, 263 N.Y.S. 552 (N.Y. 1933); In re S., 380 N.Y.S.2d 620 (N.Y. 1976); In re Carstairs, 115 N.Y.S.2d 314 (N.Y. 1952).

<sup>280</sup> Voir en général Goldstein/Freud/Solnit, *supra* note 265, p. 92; Goldstein, *supra* note 243, p. 153ss; voir aussi les remarques critiques de Dickens, 1981, p. 468s. Voir en outre Margaret O'Brien Steinfelds, Children's rights, parental rights, family privacy, and family autonomy, in Gaylin/Macklin, 1982, p. 223ss.

<sup>281</sup> Goldstein/Freud/Solnit, *supra* note 265, p. 92; voir aussi le passage de Goldstein cité par Macklin, *supra* note 52, p. 297.

<sup>282</sup> Goldstein, *supra* note 243, p. 187; voir aussi Goldstein/Freud/Solnit, *supra* note 265, p. 93s; Peter Brown, Human independence and parental proxy consent, in Gaylin/Macklin, 1982, p. 209, 210s, qui estime que la responsabilité première des parents est d'assurer chez l'enfant le développement de sa capacité à être autonome (ce qu'il appelle *the independence principle*). A partir de là, il déduit que les parents (ou tout autre tiers agissant pour l'enfant) ne peuvent pas prendre une décision qui va à l'encontre de l'indépendance présente ou future de l'enfant.

<sup>283</sup> Comme l'écrit Veatch, 1984, p. 447: « The values of society as a whole have no claim of moral superiority to justify displacing the role of the family in applying its own values. »

maladie de Hodgkin. Plutôt que de le faire soigner par les traitements conventionnels (radiations, chimiothérapie), ses parents lui firent suivre une diète spéciale (*nutritional therapy*) accompagnée d'injections de lactile pratiquées par un médecin diplômé de l'État. La Cour d'appel de New York refusa de considérer que les parents avaient négligé leur enfant. Elle déclara notamment : «le droit, le devoir et le privilège de choisir le type de traitement médical à donner et le médecin qui l'administrera appartient en premier lieu aux parents».<sup>284</sup> Une décision contraire, à mon sens regrettable, a été prise dans le Massachusetts. La Cour suprême de cet État ordonna l'administration de la chimiothérapie classique pour un petit garçon de trois ans atteint d'un cancer alors que les parents la refusaient au profit d'un traitement au lactile.<sup>285</sup>

En droit suisse, chaque fois que des personnes responsables peuvent raisonnablement entretenir des opinions différentes sur le choix d'un traitement, l'autorité tutélaire ne devrait à mon sens pas intervenir.<sup>286</sup> La décision du milieu familial reste la meilleure pour l'enfant tant que le contraire n'est pas clairement démontré.

La Cour de Nancy a adopté ce point de vue dans les circonstances suivantes. Une jeune fille de quatorze ans atteinte d'aplasie médullaire idiopathique décida, en accord avec sa mère, de cesser le traitement conventionnel qu'elle suivait, en raison de ses effets secondaires (perte de cheveux, virilisation, bouffissures). D'entente avec sa mère, elle choisit un traitement moins orthodoxe, que préconisait un généraliste du Finistère. Son ancien médecin alerta les autorités. La cour jugea qu'elle ne pouvait intervenir qu'en cas de défaillance des parents, qui constitue une faute de nature à mettre en danger la vie de l'enfant. En l'espèce, la mère faisait soigner sa fille dont la vie n'était au surplus pas immédiatement en danger. La cour refusa dès lors de s'immiscer dans le choix de la thérapeutique, qui appartenait à la famille.<sup>287</sup>

Une dernière idée apparaît dans la jurisprudence américaine. Les tribunaux entendent tenir compte de l'opinion de l'enfant dans la mesure où il est capable d'en exprimer une. Il s'agit là d'une tendance salutaire qui ne peut qu'être recommandée en droit suisse aussi. Dans l'affaire de la jeune fille de onze ans atteinte d'une sorte d'éléphantiasis, le tribunal respecta le refus de la mère en particulier parce qu'il n'y avait aucune urgence et parce qu'elle tenait à ce que sa fille prenne elle-même la décision dans le futur.<sup>288</sup>

On notera pour terminer que lorsque les tribunaux américains doivent prendre une décision à la place des parents, ils font appel en général à la notion de «best interests of the child».<sup>289</sup> Macklin estime d'ailleurs que ce critère «reste le seul fondement moral valable pour des décisions concernant des procédures biomédi-

<sup>284</sup> Matter of Hofbauer, 411 N.Y.S.2d 416, 418 (N.Y. 1978).

<sup>285</sup> Custody of a Minor, 393 N.E.2d 836 (Ma. 1979). Défiant l'ordonnance du juge, les parents allèrent faire soigner leur enfant au Mexique. Sur cette affaire, voir notamment Rosoff, 1981, p. 201. Une décision différente fut rendue in Green v. Truman, 459 F.Supp. 342 (Ma. 1978).

<sup>286</sup> Nägeli, 1984, p. 151, propose d'apprécier la décision des parents en vertu du principe général de proportionnalité. Il admet par exemple le refus des parents si l'intervention est risquée ou sans garantie de succès et le mal à combattre pas mortel.

<sup>287</sup> Nancy, 3 décembre 1983, Gaz. Pal. 1984 J. 132 note Dorsner-Dolivet. Voir aussi Harichaux-Ramu, Fasc. 440-2, 1984, p. 9 n° 36.

<sup>288</sup> In re Hudson, 126 P.2d 765 (Wash. 1942). Voir aussi In re Seiferth, 127 N.E.2d 820 (N.Y. 1955); In re Green, 292 A.2d 387 (Pa. 1972).

<sup>289</sup> Voir Alexander Capron, The authority of others to decide about biomedical interventions with incompetents, in Gaylin/Macklin, 1982, p. 115, 125s; voir aussi Skogg, 1973, p. 380.

cales pour des mineurs». <sup>290</sup> Quelques cours ont préféré le principe du « substituted judgment ». <sup>291</sup> Cette règle est plus subjective que la première en ce sens qu'elle cherche à déterminer le plus précisément possible les désirs et les besoins de l'individu en cause. La décision finale est censée correspondre à celle qu'aurait prise le patient s'il avait été capable. <sup>292</sup>

Le conflit entre la volonté des parents et la volonté légale peut prendre une autre forme que le refus parental d'un traitement nécessaire ou recommandé. C'est l'hypothèse où les parents entendent soumettre leur enfant sain à une procédure comportant des risques ou portant atteinte à son intégrité physique (par exemple don d'organe, stérilisation, participation à une expérimentation médicale). Deux positions peuvent ici être adoptées, l'une stricte, l'autre plus large.

La première dérive de l'idée que les parents doivent exercer leurs pouvoirs pour le bien de l'enfant. Elle correspond à la règle traditionnelle de la *common law*, qui pose que les parents ne peuvent consentir qu'aux actes servant l'intérêt thérapeutique de leur enfant. <sup>293</sup> Comme ils ne peuvent consentir à l'infliction d'un dommage ou de douleurs à leur enfant, ils ne peuvent pas autoriser par exemple une stérilisation ou une expérimentation sans but thérapeutique comportant des risques. <sup>294</sup> Ils ne pourraient pas davantage consentir à un don du sang de leur enfant, car cela ne sert pas son bien. <sup>295</sup> Toutes ces procédures seraient donc illicites tant que l'enfant n'est pas en mesure de donner lui-même une opinion éclairée. Dès ce moment, le mineur disposerait d'un droit de veto.

En Angleterre, le Conseil de la recherche médicale avait retenu cette optique en déclarant que « les parents et les tuteurs de mineurs ne peuvent pas consentir à leur place pour toutes les procédures qui ne sont d'aucun bénéfice particulier pour eux et qui peuvent s'accompagner de quelque risque de préjudice ». <sup>296</sup> Les lois américaines sur ce point varient, certaines admettant le consentement du représentant légal à une expérimentation et d'autres pas. <sup>297</sup> En Allemagne, l'*Arzneimittelgesetz* de 1976 exige le consentement du mineur et de ses parents. <sup>298</sup> Des auteurs en ont déduit que tout essai scientifique (c'est-à-dire sans but thérapeutique) sur un enfant de moins de sept ans était illicite car jusqu'à cet âge aucun consentement de l'enfant n'est possible. <sup>299</sup> En outre, l'essai n'est licite que s'il vise à traiter une maladie affectant les enfants et qu'on ne peut recueillir des résultats suffisamment

<sup>290</sup> *Supra* note 52, p. 267.

<sup>291</sup> Notamment Hirshberg, 1980, p. 222. Voir aussi *Custody of a Minor*, 379 N.E.2d 1053, 1065 (Ma. 1978).

<sup>292</sup> En pratique, il ne semble pas que l'on arrive à des résultats différents, s'agissant de mineurs. Cela vient du fait qu'ils n'ont jamais pu, au préalable, exprimer une opinion, comme cela est imaginable pour un adulte qui devient incapable.

<sup>293</sup> Somerville, 1979, p. 79ss; voir aussi Roger Dworkin, *Law relating to organ transplantations in England*, 33 *Modern Law Review* 353, 360 (1970).

<sup>294</sup> Voir Somerville, 1979, p. 75ss, 80ss. La jurisprudence, aux Etats-Unis comme dans les autres pays, n'est guère unanime: voir Henri-Robert Schüpbach, *Aspects juridiques de la stérilisation des handicapés mentaux*, in *Annales 1980-1981 de l'Université de Neuchâtel*, p. 306ss, 320; Dickens, 1981, p. 475.

<sup>295</sup> Dans ce sens en Allemagne, Kern, *supra* note 66, p. 740.

<sup>296</sup> Cet avis est cité par Somerville, 1979, p. 171 note 547.

<sup>297</sup> Comparer par exemple les législations de Louisiane et de New York. Voir en outre National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Research, *Report and Recommendations, Research Involving Children*, DHEW Publication, Washington D.C., 1977.

<sup>298</sup> § 40/4; voir en général Eberbach, *supra* note 66, p. 454.

<sup>299</sup> Staak/Uhlenbruck, *supra* note 66, p. 182s (sauf s'il n'y a absolument aucun risque pour la santé de l'enfant).

valables par des essais sur des adultes.<sup>300</sup> En Suisse, les directives de l'ASSM entendent limiter les essais sur des enfants aux cas où « pour des raisons médicales, il est impossible de procéder à la recherche sur des sujets capables ». <sup>301</sup> Elles interdisent d'autre part les études sans but thérapeutique sur des enfants lorsqu'elles présentent des risques de préjudice. <sup>302</sup> Appliquée littéralement, cette dernière phrase exclurait pratiquement toute expérimentation scientifique sur des enfants.

La seconde position laisse une plus grande latitude d'appréciation aux parents. Leur décision reste licite tant qu'elle n'est pas contraire à l'intérêt général de leur enfant, non pas seulement lorsqu'elle sert son intérêt. <sup>303</sup> Selon Skegg, sont admissibles toutes procédures qu'un parent raisonnable serait prêt à autoriser sur son enfant. <sup>304</sup> Cet auteur propose par ailleurs une notion élargie d'intérêt pour l'enfant, qui ne se limite pas à l'aspect thérapeutique mais pourrait en inclure d'autres, y compris de nature matérielle. Il donne comme exemple un prélèvement de sang d'un type rare chez un mineur contre paiement d'une somme substantielle versée sur un compte bancaire à son nom. Sa suggestion que « financial benefit may outweigh any possible detriment to health » <sup>305</sup> semble irréconciliable avec les principes juridiques des pays d'Europe continentale.

Une position trop dogmatique ne me paraît pas souhaitable. L'essentiel est finalement que la décision des parents ne porte pas préjudice à l'enfant, mais on ne devrait pas exiger à chaque fois qu'elle serve son intérêt. Le recours à des enfants dans la recherche médicale doit être banni en principe. Exceptionnellement, lorsque la recherche a une éminente utilité sociale (soit quand elle vise à trouver un moyen de guérir une maladie grave affectant les enfants et ne peut être menée qu'avec des enfants) et ne comporte ni douleurs, ni inconforts, ni risques importants, les parents doivent pouvoir consentir à la participation de leurs enfants. <sup>306</sup>

<sup>300</sup> Deutsch, 1983, p. 179s; Staak/Uhlenbruck, *supra* note 66, p. 182.

<sup>301</sup> Directives pour la recherche expérimentale sur l'homme, des 1<sup>er</sup> décembre 1970 et 17 novembre 1981, point IV.3, publiées in Bulletin des médecins suisses 63 (1982) p. 676. Voir aussi Otto Gsell, Directives éthiques et juridiques de l'Académie suisse des sciences médicales, 7 Jus Medicum 13 (1982). L'auteur, alors président de la Commission éthique de l'ASSM estimait qu'il ne fallait recourir aux enfants que « pour la prophylaxie des maladies graves ».

<sup>302</sup> « Les études qui n'ont pas de but thérapeutique, sur des sujets incapables de discernement, ne sont pas autorisées si elles présentent le risque d'un préjudice »: point IV.3. La Déclaration de Tokyo, adoptée par l'AMM en 1975 précise simplement: « En cas d'incapacité légale et notamment s'il s'agit d'un mineur, le consentement devra être sollicité auprès du représentant légal. »

<sup>303</sup> Dickens, 1981, p. 471, estime que « these duties [the parents'] are not positively to do good, but to avoid harm. (...) The duty to avoid harm is more elastic ». Cette optique n'est toutefois plus permissive que dans des cas limites. Le plus souvent, le résultat sera le même. A propos de la stérilisation, voir deux approches différentes préconisées dans notre pays: les Recommandations d'éthique médicale pour la stérilisation, du 17 novembre 1981, de l'ASSM, Bulletin des médecins suisses 63 (1982) 683 déclarent que « chez un incapable de discernement, l'opération est inadmissible parce qu'il s'agit d'un droit extrêmement personnel qui ne peut pas être exercé par un suppléant légal ». Des directives de 1980 du Service neuchâtelois de la santé publique permettent la stérilisation avec l'accord du représentant légal et l'aval du médecin cantonal: voir Schüpbach, *supra* note 294, p. 326.

<sup>304</sup> 1973, p. 381; voir aussi Skegg, 1984, p. 63ss, 67.

<sup>305</sup> 1973, p. 379.

<sup>306</sup> Dans cette hypothèse, la procédure n'est pas contraire à l'intérêt du mineur et sert un intérêt social éminent. Voir la discussion de B. Freedman, A moral theory of informed consent, 5 Hastings Center Report n° 4, p. 32ss (1975).

L'obligation de secret imposée au corps médical est essentielle dans notre conception des relations entre médecins et malades, fondée sur la confiance.<sup>307</sup> Le patient ne s'ouvrira le plus souvent au médecin que parce qu'il sait que ses confidences ne sortiront pas du cabinet médical. Le secret médical, d'origine déontologique (on le trouve dans le Serment d'Hippocrate), est de nos jours protégé aussi par la loi. Il est très large, comprenant à la fois toutes les révélations du patient et toutes les constatations du médecin.<sup>308</sup> En droit suisse, sa violation peut avoir des suites tant pénales (art. 321 CPS) que civiles (art. 28 et 41ss CO).

L'article 321 ch. 2 CPS prévoit que «la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé». Le principe est identique en droit civil: la faculté de délier le médecin du secret professionnel est un droit strictement personnel au sens de 19/2 CC.<sup>309</sup> Dès qu'il a le discernement, un patient mineur est donc le seul titulaire de cette prérogative.

Quand le mineur est incapable de discernement, la question se pose de savoir si ses parents peuvent délier le médecin. Des réponses diverses ont été données en doctrine.<sup>310</sup> A mon sens, les parents ne peuvent pas délier le médecin à leur gré, mais uniquement dans la mesure où la divulgation sert l'intérêt de l'enfant.<sup>311</sup> Cette condition serait par exemple réalisée lorsque les parents veulent annoncer une maladie de leur enfant afin de toucher des prestations d'assurance.

Lorsque le patient mineur est capable de discernement, sa seule permission est suffisante pour délier le médecin de son obligation. Ses parents ne pourraient pas s'opposer à la révélation à un tiers de faits concernant le traitement de leur enfant.<sup>312</sup> Par exemple, une jeune fille qui s'est fait avorter pourrait délier le médecin du secret à ce propos sans que ses parents puissent l'en empêcher.

Le problème assurément le plus délicat est celui de déterminer si le mineur capable de discernement peut s'opposer à la révélation d'informations par le médecin à ses parents. S'il a pris seul l'initiative de consulter un médecin, on peut s'attendre à ce que, tôt ou tard, la chose filtre et que les parents s'approchent du médecin pour savoir quels soins il a administrés à leur enfant.

Des auteurs ont estimé que seuls les mineurs de plus de dix-huit ans avaient le droit de s'opposer à toute révélation à leurs parents, en raison de l'article 28/2 et 3 CPS.<sup>313</sup> Cette position est insoutenable, comme l'a montré Rehberg dans la meilleure analyse du problème. La faculté de délier le médecin se juge d'après les dispositions de fond du droit civil concernant la capacité, et non pas d'après une

<sup>307</sup> Voir en général Thouvenin, 1982; Boll, 1983.

<sup>308</sup> Pour des détails, voir Graven, 1975, p. 1733s; Ney, 1979, p. 121s.

<sup>309</sup> Notamment Boll, 1983, p. 24; Frank, 1983, n° 396, p. 163 et n° 401, p. 164; Nägeli, 1984, p. 122. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que le consentement du mari de la patiente n'était pas nécessaire: ATF 97 II 369.

<sup>310</sup> Voir notamment Röhliberger, 1982, p. 334 et ses références; Ney, 1979, p. 125; Boll, 1983, p. 32.

<sup>311</sup> Dans le même sens, Boll, 1983, p. 32.

<sup>312</sup> Nägeli, 1984, p. 121s; Frank, 1983, n° 400, p. 164. Voir cependant ATF 87 IV 110, qui admet que les parents portent plainte contre un médecin pour violation du secret médical concernant le traitement de leur enfant décédé. Le médecin n'est en principe jamais obligé de rompre le secret, même quand son patient le désire, en dehors des cas de nécessité pour la suite du traitement.

<sup>313</sup> En particulier Heim et Roth, cités in Boll, 1983, p. 31 notes 25 et 26.

disposition de nature processuelle contenue dans le Code pénal à propos du droit de porter plainte.<sup>314</sup>

Une conception stricte du secret médical me paraît devoir être préservée. Je souscris dès lors pleinement aux conclusions de Rehberg: «Nous devons ainsi parvenir à la conclusion que le médecin est, à l'égard du représentant légal d'un patient qui est capable de discernement mais pas majeur, obligé dans la même mesure que vis-à-vis de tiers à garantir le secret médical.»<sup>315</sup> En d'autres termes, le mineur qui est capable d'apprécier raisonnablement le sens du secret médical a le droit de s'opposer à toute divulgation à ses parents. Il s'agit là en effet d'un droit de la personnalité, de nature absolue, c'est-à-dire opposable à *tout* tiers.<sup>316</sup> En outre, comme l'a bien montré Rehberg, une pesée des intérêts en présence parle en faveur de l'application stricte du secret médical. Si ce dernier n'était pas garanti, le mineur hésiterait souvent à aller trouver un médecin.<sup>317</sup>

En pratique, l'autorisation de renseigner les parents doit être présumée de la part du mineur chaque fois qu'il ne s'y oppose pas expressément et que deux conditions supplémentaires sont réalisées: il fait ménage commun avec ses parents en bonne harmonie et le traitement n'est pas de nature «sensible», comme le sont en particulier tous les soins liés à une activité sexuelle du mineur (contraception, avortement, maladie vénériennes, etc.).<sup>318</sup> Dans ces hypothèses, le médecin doit demander au mineur de prendre clairement position.

Au principe, certains auteurs ont voulu apporter des exceptions. Nägeli envisage la situation où le contrat médical a été conclu par les parents et constitue une charge financière importante. Dans ce cas, il admet un droit à l'information des parents, limité à ce qui est absolument nécessaire (*das Allernotwendigste*) aux relations contractuelles avec le médecin. Il précise toutefois que si le mineur insiste pour que le secret soit gardé, le médecin est alors lié.<sup>319</sup> Frank admet le droit du mineur tant que le devoir d'assistance des parents ne le prime pas. Il accepte ainsi, dans l'intérêt de l'enfant, que les parents soient informés afin de pouvoir élever certaines prétentions à l'égard d'assurances.<sup>320</sup> Cela rejoint les préoccupations d'Hegnauer. Il entendait accorder aux parents le droit de savoir lorsque cela servait les intérêts de l'enfant (qu'il est de leur devoir de protéger).<sup>321</sup> Encore une fois, il faut approuver Rehberg quand il rejette cette argumentation comme inconciliable avec les fondements du secret médical. Cela reviendrait à délier le médecin sur la base d'un intérêt jugé prépondérant. Or, cette solution a été rejetée par le législateur, qui a résolu la difficulté en permettant au médecin de s'adresser à l'autorité pour être au besoin délié du secret.<sup>322</sup>

La seule exception admissible (valable aussi pour les adultes) concerne les situations où des révélations sont absolument nécessaires afin de pouvoir traiter

<sup>314</sup> Rehberg, 1968, p. 24s; Boll, 1983, p. 31 reprend son argumentation.

<sup>315</sup> 1968, p. 34. Sa conclusion est adoptée par Boll, 1983, p. 31; voir encore Grotzsch, 1973, p. 81.

<sup>316</sup> Rehberg, 1968, p. 28; Boll, 1983, p. 29.

<sup>317</sup> 1968, p. 30. Il cite l'exemple d'une jeune fille dont les parents sont très stricts qui désire un avortement: «Wenn sie nicht auf die Diskretion der sich damit befassenden Ärzte gegenüber ihren Eltern zählen könnte, würde sie in die Hände der illegalen Abtreiberin oder zum Selbstunord getrieben.»

<sup>318</sup> Dans ce sens, Rehberg, 1968, p. 35.

<sup>319</sup> 1984, p. 121. Il note que le médecin pourrait sortir du dilemme en révoquant le mandat (sauf urgence des soins bien sûr).

<sup>320</sup> 1983, n° 404, p. 165.

<sup>321</sup> Cité in Rehberg, 1968, p. 31.

<sup>322</sup> Article 321 ch. 2 CPS; voir Rehberg, 1968, p. 32.

le malade.<sup>323</sup> Cela peut arriver lorsque les proches du patient doivent être associés de quelque manière au traitement. Ou lorsque le patient est inconscient et le médecin a besoin de certaines informations pour administrer le traitement. Hormis ces cas exceptionnels, le secret médical s'impose sans restrictions au médecin à l'égard de tous les tiers, y compris les parents d'un patient mineur ayant le discernement.

En guise de conclusion générale du chapitre, je reprendrai une remarque de Dickens<sup>324</sup>: «La fonction moderne des droits des parents est de préparer les enfants et les adolescents à être responsables; lorsque les mineurs atteignent cette maturité et se mettent à exercer leur autonomie, cela peut être considéré non pas comme une limitation ou un échec du contrôle parental, mais comme l'accomplissement réussi de la responsabilité de parents.»

<sup>323</sup> Dans un sens voisin, Reiberg, 1968, p. 34. En pareille hypothèse, les révélations du médecin devraient toujours se limiter au strict nécessaire.

<sup>324</sup> 1981, p. 485.

### § 3.1 Quelques particularités de la situation des interdits par rapport à celle des mineurs

La situation des patients interdits sera traitée de façon extrêmement brève. En effet, de nombreuses règles mises en lumière dans les chapitres précédents<sup>325</sup> leur sont applicables, *mutatis mutandis*. La plus importante veut que l'interdit capable de discernement puisse consentir seul au traitement médical.

Comparée à celle des mineurs, la situation des interdits présente plusieurs particularités, dont certaines influencent l'analyse de la question du consentement au traitement. J'en retiendrai trois :

1. L'interdiction de personnes adultes a en général un fondement différent de celui de la privation de l'exercice des droits civils de mineurs. L'enfant est protégé par le régime légal de l'incapacité « à cause de l'infirmité présumée de son esprit ». <sup>326</sup> L'adulte est frappé d'une mesure d'interdiction parce qu'il ne peut pas s'occuper convenablement de ses affaires, spécialement économiques, et s'expose à tomber dans le besoin, ou parce qu'il constitue une menace à la sécurité d'autrui. <sup>327</sup> La mesure tutélaire protège donc souvent autant les tiers que l'interdit lui-même. En outre, les conditions de l'interdiction qui viennent d'être évoquées peuvent provenir de causes diverses, prévues limitativement par la loi. Parmi celles-ci, deux seulement rejoignent l'idée justifiant l'incapacité des mineurs : la maladie mentale et la faiblesse d'esprit, qui consistent toutes deux en des déficiences intellectuelles. <sup>328</sup> Les autres causes résident dans des travers moraux (prodigalité ; ivrognerie ; inconduite) ou dans une situation de fait qui est censée empêcher l'individu de s'occuper de ses affaires (détention supérieure à un an). <sup>329</sup> La dernière cause (la seule qui soit purement objective) est la plus éloignée du fondement de l'incapacité des mineurs, et sans doute aussi la plus controversée. Elle a récemment été relativisée par le Tribunal fédéral<sup>330</sup>, qui en a fait une simple présomption réfragable.

<sup>325</sup> En particulier celles concernant l'incapacité de fait (p. 180ss), le discernement (p. 209ss), la capacité contractuelle (p. 230ss) et la résolution des situations conflictuelles (p. 234ss).

<sup>326</sup> Cornu, *supra* note 46, p. 16.

<sup>327</sup> Voir en particulier les articles 369 et 370 CC. La clause générale de 370 CC, portant de mauvaise gestion, est révélatrice de l'idée économique à la base de l'interdiction. Voir en général Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 47ss.

<sup>328</sup> Article 369 CC. Sur ces notions, voir Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 47s et leurs références.

<sup>329</sup> Articles 370 et 371 CC. Sur ces notions, voir Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 48s et leurs références. Il faut encore mentionner, pour être complet, la tutelle des mineurs (368 CC) et l'interdiction volontaire (372 CC).

<sup>330</sup> ATF 104 II 12; voir aussi ATF 109 II 8. Dans sa thèse, Edwin Muret, *Die Entmündigung wegen Freiheitsstrafe* – Art. 371 ZGB, Fribourg, 1972, avait déjà proposé cette solution.

La première particularité a donc trait au *fondement de l'incapacité*. Alors que l'incapacité des mineurs est étroitement liée à la présomption d'un manque de discernement, celle des interdits s'appuie sur des raisons essentiellement économiques, qui n'ont pas (ou peu) de rapport avec le discernement nécessaire pour consentir à un traitement médical.

2. Le tuteur ne remplit pas, à l'égard de son pupille, le même rôle que les parents pour leur enfant. Ceux-ci sont à la fois les protecteurs légaux et naturels de l'enfant. Ils font dans la règle ménage commun avec lui et sont unis par des liens affectifs profonds. Le tuteur n'est le plus souvent « que » le protecteur légal du pupille. Sa fonction sociale n'est pas issue des liens du sang, mais d'une décision de l'autorité tutélaire.<sup>331</sup>

La loi tient d'ailleurs compte de cette différence dans plusieurs dispositions. Par exemple, tout acte du tuteur peut être contesté au moyen d'un recours adressé à l'autorité tutélaire (art. 420 CC). Contre-partie de son salaire (416 CC), le tuteur encourt une responsabilité personnelle (426 CC). Une intervention de l'autorité tutélaire à l'encontre des parents ne peut en revanche être provoquée que si le développement de l'enfant est menacé (art. 407 CC notamment). D'autre part, le tuteur doit s'assurer du consentement de l'autorité tutélaire voire de l'autorité de surveillance avant de faire certains actes juridiques pour son pupille (art. 421 et 422 CC). Il doit aussi rendre compte périodiquement de l'accomplissement de sa tâche (art. 423 CC). De pareilles dispositions n'existent pas à titre général pour les parents,<sup>332</sup> dont on présume plus volontiers qu'ils agissent pour le bien de leur enfant.

La seconde particularité tient par conséquent à l'identité du représentant légal. A l'égard du tuteur, la loi a institué un système de contrôle plus étendu et plus inquisiteur qu'à l'égard des parents.

3. Souvent, un interdit se voit *retirer* l'exercice des droits civils. Le mineur au contraire en est *originellement privé*. Cela signifie que le pupille a pu, avant l'interdiction, exprimer valablement sa volonté et indiquer les options qu'il prendrait face à certains choix essentiels de l'existence. L'enfant ne porte pas en lui une expérience passée de laquelle on pourrait déduire ses préférences.

La dernière particularité pourrait donc être exprimée de la manière suivante : le mineur est une personnalité nouvelle en formation tandis que l'interdit est la continuation d'une personnalité antérieure parfois autonome.

D'autres différences existent, de moindre importance toutefois pour notre propos. Il s'agit maintenant de voir quelles conséquences il faut tirer des trois traits particuliers dont j'ai parlé pour caractériser la situation des patients interdits.

<sup>331</sup> Celle-ci doit, il est vrai, nommer de préférence un des proches parents de l'interdit comme tuteur (art. 380 CC). Dans la règle, la tutelle est déferée pour deux ans, puis continue s'il y a lieu de deux ans en deux ans (art. 415 CC).

<sup>332</sup> Voir toutefois les articles 287, 318/2 et 3 ainsi que 324ss CC.

*A. La capacité de consentir des patients interdits*

Il est établi en droit suisse qu'un patient sous tutelle peut consentir à son propre traitement dès l'instant où il dispose du discernement.<sup>333</sup> Cette notion, de même que le principe de sa relativité, ont déjà été rappelés à propos du consentement des patients mineurs.<sup>334</sup> Mais le critère objectif (donc fort commode) de l'âge est sans pertinence pour les incapables majeurs. C'est pourquoi la notion intellectuelle du discernement doit être précisée ici, puisqu'elle demeure le seul critère déterminant.

Une première déduction s'impose à mon sens. La faculté de discernement doit être présumée chaque fois que l'interdiction n'est pas fondée sur l'article 369 CC, soit sur des déficiences mentales.<sup>335</sup> En d'autres termes, un individu prodigue, alcoolique<sup>336</sup>, vivant dans l'inconduite ou incapable de gérer ses biens, de même qu'un détenu peuvent valablement consentir à un acte médical. La mesure qui les frappe est en effet de nature essentiellement économique. Elle suppose tout au plus dans certains cas une faiblesse de caractère ou un vice moral, mais non pas un handicap intellectuel.

La question se corse considérablement pour les interdits classés comme malades mentaux ou faibles d'esprit. Ce seul fait ne devrait pas être suffisant pour déclarer une fois pour toutes que ces individus n'ont jamais le discernement nécessaire pour consentir à un traitement médical.<sup>337</sup> La classification d'un individu dans des catégories imprécises telles que «malade mental»<sup>338</sup> est sujette à caution car elle comporte une part d'arbitraire. Souvent faite à l'origine sur la base d'une déficience sectorielle (par exemple incapacité de gérer ses affaires) elle est ensuite interprétée comme également valable pour toutes les autres activités de l'interdit.<sup>339</sup> Cet étiquetage est dangereux car il incite à tirer des conclusions hâtives et à adopter une attitude qui le renforcera constamment. L'incapacité de consentir au traitement ne doit donc être admise chez un «malade mental» ou un «faible d'esprit» que lorsqu'elle est étayée par d'autres éléments que cette simple étiquette.

Quelques études américaines ont cherché à savoir si des individus classés «malades mentaux» étaient vraiment incapables de consentir à diverses procédu-

<sup>333</sup> Notamment Hinderling, 1963, p. 72 (donnant l'exemple d'un prodigue); Werner Baumann, Die höchstpersönlichen Rechte des Bevormundeten, RDT 11 (1956), p. 1, 13; Nägeli, 1984, p. 101 et ses références. Voir aussi, en Allemagne, Kern/Laufs, 1983, p. 28; BGH, DRiZ 1981 310; BGH, MedR 1983 30 [sur l'information nécessaire à un pupille avant une stérilisation]. Voir enfin l'article 6/3 du projet de Recommandation du Conseil de l'Europe sur les devoirs juridiques des médecins.

<sup>334</sup> *Supra*, p. 209s.

<sup>335</sup> Les principes dégagés concernant les mineurs s'appliqueraient évidemment à l'hypothèse de l'article 368 CC (tutelle des mineurs qui ne sont pas sous autorité parentale).

<sup>336</sup> Pour une affaire d'alcoolique soumis à un traitement par électrochocs, voir BGH, 9 décembre 1958, BGHZ 29 46.

<sup>337</sup> Dans ce sens, Nägeli, 1984, p. 107s; Rosoff, 1981, p. 236; Kern/Laufs, 1983, p. 26, notant que seule une expertise médicale peut résoudre la question. Voir aussi BGH, VersR 1961 632.

<sup>338</sup> Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 40, disent qu'il peut s'agir d'une perturbation des facultés mentales (folie), d'un affaiblissement de celles-ci (démence) ou d'une surexcitation des facultés intellectuelles et affectives (manie), qui peuvent toutes trois présenter divers degrés... Voir aussi R. Furget, Wandel der Psychiatrie und seine Auswirkungen auf die vormundschaftliche Fürsorge, RDT 30 (1975), p. 95ss.

<sup>339</sup> De même, Somerville, 1979, p. 90, note qu'en *common law*, l'incapacité visait traditionnellement à protéger les biens de l'incapable et non pas sa personne, mais qu'un effet global lui était ensuite attribué.

res médicales. Dans l'une d'elles, trente patients souffrant de différentes affections psychiques furent évalués au moyen de quatre critères de capacité, dont la faculté de comprendre le traitement envisagé et ses implications. Un patient qui ne remplissait pas les conditions de l'un des critères était estimé incapable de donner un authentique consentement. Tous les patients atteints de schizophrénie, de troubles de la personnalité ou de dépression furent jugés capables de discernement. Parmi les dix-sept qui souffraient d'«organic brain syndrome», dix furent estimés incapables. La conclusion générale des auteurs restait nuancée. Ils relevaient simplement que les patients des services psychiatriques des établissements de soins sont bien plus capables de donner un véritable consentement que ce qui est généralement admis.<sup>340</sup>

Aucune règle précise ne peut être déduite des rares jurisprudences étrangères. En *Allemagne*, des tribunaux ont jugé que des patients dépressifs étaient capables de consentir à leur traitement, par exemple par électrochocs.<sup>341</sup> Aux *Etats-Unis*, des avis divers ont été émis sur la capacité de consentir de patients atteints de troubles émotifs ou psychiques.<sup>342</sup> Dans une affaire souvent commentée, un tribunal du Michigan l'a clairement niée. Il s'agissait cependant d'une intervention de psychochirurgie expérimentale chez un malade mental interné.<sup>343</sup> Des critères généraux pour évaluer la capacité de discernement n'ont malheureusement pas été dégagés par ces tribunaux.

Cette tâche est particulièrement ardue car elle touche un domaine flou relevant à la fois du droit, de l'éthique et de la psychiatrie. Néanmoins, plusieurs auteurs, spécialement dans la littérature médicale américaine, s'y sont attelés.<sup>344</sup> Pour sa part, la Commission présidentielle américaine proposait d'adopter un critère qu'elle appelait fonctionnel, et le définissait ainsi : «Ce qui est pertinent, c'est de savoir si quelqu'un est capable en fait de prendre une décision particulière, ce qui est à évaluer par la correspondance entre le choix de la personne et son système de valeurs et par la mesure dans laquelle le choix opéré sert le bien-être de l'individu tel qu'il ou elle le conçoit.»<sup>345</sup>

La proposition la plus intéressante dans ce domaine me paraît être celle de Drane.<sup>346</sup> Elle a en outre l'avantage de s'adapter particulièrement bien au principe de la relativité du discernement admis en droit suisse. Cet auteur suggère de recourir à trois critères, dont la rigueur augmente en fonction de la gravité de la décision à prendre. Le premier consiste en la prise de conscience de la situation

<sup>340</sup> Weinstock/Copelan/Bagheri, 1984, p. 119s; voir aussi Roth/Lidz/Meisel/Soloff/Kaufman/Spiker/Foster, 1982, p. 45; Murphy, 1979, p. 415ss; Allan Tepper, Amiram Elwork, Competence to consent to treatment as a psychological construct, 8 *Law and Human Behavior* 205 (1984).

<sup>341</sup> OLG Bremen, VersR 1954 63; BGH, NJW 1966 1855. Voir en outre Kern/Lauf, 1983, p. 26s.

<sup>342</sup> Voir par exemple *Apointe v. United States*, 582 F.Supp. 65 (P.R. 1984) [capacité d'un schizophrène notoire niée]; *Goedecke v. State of Colorado*, 603 P.2d 123 (Colo. 1979) [un schizophrène paranoïde, gravement handicapé et dangereux, peut refuser le traitement]; voir aussi *Chase v. Groff*, 410 F.Supp. 602 (Pa. 1976).

<sup>343</sup> *Kaimowitz v. Department of Mental Health for the State of Michigan*, 2 *Pris. L. Rptr* 433 (Mich. 1973). Le Tribunal retint aussi l'effet coercitif inhérent à la condition d'interné dans un établissement psychiatrique.

<sup>344</sup> Voir en particulier Roth/Meisel/Lidz, 1977, p. 279ss; Weinstock/Copelan/Bagheri, 1984, p. 117ss; Drane, 1984, p. 925ss; Paul Appelbaum, Stuart Mirkin, Alan Bateman, Empirical assessment of competency to consent to psychiatric hospitalization, 138 *American Journal of Psychiatry* 1170 (1981).

<sup>345</sup> *President's Commission*, vol. 1, 1982, p. 171. La Commission avait rejeté à la page précédente le critère du résultat (le patient a-t-il fait le «bon» choix?) et celui du statut (le patient fait-il partie d'une catégorie d'individus estimés généralement incapables de consentir?). Drane, 1984, p. 925, estime que la proposition de la Commission n'apporte pas grand-chose de concret.

<sup>346</sup> 1984, p. 925ss.

et la manifestation d'un accord avec le traitement envisagé. Il s'applique pour les décisions peu importantes.<sup>347</sup> Le second consiste en la compréhension des risques, des bienfaits et des alternatives du traitement et en l'expression d'un choix fondé sur cette compréhension. C'est le critère sans doute le plus proche de celui qui serait appliqué par un tribunal helvétique. Il doit être retenu pour l'immense majorité des interventions médicales.<sup>348</sup> Le dernier critère, le plus strict, consiste en l'évaluation globale du traitement, tenant compte de toutes ses implications, fondée sur un système de valeurs cohérent. Il doit être réservé pour les seules hypothèses où la vie du patient est en jeu ou une atteinte grave et irréversible est attendue.<sup>349</sup> L'admettre plus largement reviendrait à mon sens à pénaliser les personnes soupçonnées de déficiences mentales : leur capacité serait soumise à des conditions plus strictes que celle des individus adultes classés « mentalement normaux ». Cette restriction supplémentaire à leur autonomie ne serait en rien justifiée.

L'évaluation de la capacité de discernement reste bien sûr toujours partiellement subjective. La formation professionnelle et la philosophie de celui qui y procède influencent ses conclusions.<sup>350</sup> C'est pourquoi l'avis d'un expert unique est insatisfaisant. Une affaire américaine fournit une bonne illustration de la manière dont l'évaluation devrait être menée. Trois psychiatres ont affirmé de manière concordante qu'un patient de soixante-sept ans atteint de gangrène au pied « manquait de l'aptitude mentale à comprendre la nature de sa condition physique et la nécessité de l'amputation ». Le tribunal nomma alors un cousin du patient comme curateur chargé de prendre la décision qui répondait à son intérêt.<sup>351</sup> De nombreux tribunaux se sont penchés aussi sur la capacité de consentir de patients internés dans des établissements psychiatriques. La jurisprudence, d'origine récente, est encore trop disparate pour en tirer des conclusions définitives. Le droit de tels patients à refuser le traitement, en particulier des médicaments psychotropes, est, semble-t-il, de plus en plus nettement reconnu.<sup>352</sup>

Lorsque la capacité de discernement d'un patient sous tutelle est admise, c'est alors lui seul qui est habilité à recevoir l'information du médecin.<sup>353</sup> Comme à l'égard d'un mineur, le médecin doit être particulièrement prudent dans sa façon de l'éclairer. Il tiendra compte des éventuels troubles émotifs ou mentaux du patient et veillera à être spécialement simple et clair dans ces domaines.<sup>354</sup>

Dans la plupart des cas, l'interdit peut aussi consentir au contrat médical, sur la base des mêmes considérations que pour le mineur.<sup>355</sup> Nägeli admet ainsi la capacité contractuelle de l'interdit pour les « kleinere alltägliche Behandlungen » en raison du contenu éminemment personnel du contrat.<sup>356</sup> D'autre part, il n'est

<sup>347</sup> On pourrait les définir comme celles qui concernent des « actes courants, sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle » : ATF 108 II 59, 61. Drane, 1984, p. 926s, définit ce premier critère par les termes *awareness and assent*.

<sup>348</sup> Drane, 1984, p. 927, parle d'*understanding and choice*.

<sup>349</sup> Drane, *ibidem*, parle d'*appreciation*.

<sup>350</sup> Une étude montra par exemple des évaluations différentes selon qu'elles émanaient de juristes ou de psychiatres : Roth/Lidz/Meisel/Soloff/Kaufman/Spiker/Foster, 1982, p. 29ss.

<sup>351</sup> In the Matter of William Schiller, 372 A.2d 360 (N.J. 1977). Il serait encore mieux que des personnes de disciplines différentes procèdent à l'évaluation, qui n'est pas purement psychiatrique.

<sup>352</sup> Voir *supra* p. 49 note 172.

<sup>353</sup> Dans le même sens, Kern/Laufs, 1983, p. 27.

<sup>354</sup> Sur ce point, voir aussi Nägeli, 1984, p. 116s.

<sup>355</sup> Voir *supra*, p. 232ss et Mémeteau/Mélenec, 1982, p. 53.

<sup>356</sup> 1984, p. 94s.

pas rare qu'un pupille exerce une profession, avec le consentement exprès ou tacite de l'autorité tutélaire. La loi l'habilite alors à faire « tous les actes rentrant dans l'exercice régulier de cette profession ». <sup>357</sup> Il serait à mon point de vue choquant de ne pas l'autoriser alors à conclure le contrat médical, dont la nécessité subjective peut être bien supérieure à celle d'un contrat d'affaires. En outre, le pupille peut gérer les biens acquis par son travail (ou d'autres biens laissés à sa disposition) en vertu de l'article 414 CC. Cela signifie que tous les actes juridiques qu'il fait avec ces biens-là (y compris le cas échéant un contrat médical) bénéficient du consentement général anticipé du tuteur. <sup>358</sup> Enfin, le consentement du tuteur en dehors de cette hypothèse peut toujours intervenir de manière tacite. Nägeli interprète comme tel le fait qu'un tuteur a, le sachant, laissé son pupille aller consulter un médecin. <sup>359</sup>

### B. Les limites du pouvoir de décision du tuteur

Quand le patient sous tutelle n'a pas le discernement, le consentement au traitement doit être recueilli auprès de son tuteur. Celui-ci ne peut pas prendre n'importe quelle décision, mais doit tenir compte de l'intérêt du pupille. <sup>360</sup> Sa liberté de choix varie en fonction de deux éléments au moins: la nature de la décision et les liens avec le pupille. Elle est d'autant plus restreinte que l'alternative est claire et appelle une solution qui est la seule raisonnable et que ses liens personnels avec le pupille sont distants.

On a relevé que le tuteur n'est souvent que le protecteur légal du pupille, et non pas aussi son protecteur naturel, comme les parents. A mon sens, la différence justifie de restreindre la marge de manœuvre d'un tel tuteur par rapport à celle laissée aux parents. <sup>361</sup>

Le tuteur sans liens affectifs ou familiaux avec le pupille est tenu dans la règle de prendre la décision la plus conforme aux intérêts de l'interdit. Il ne peut pas valablement refuser un traitement salvateur qui permettrait au patient de mener ensuite une vie consciente. <sup>362</sup> Il ne peut pas soumettre le pupille à quelque expérimentation scientifique ou consentir à une atteinte grave à son intégrité. En effet, les risques d'abus sont plus grands que pour les enfants, en raison de la tendance de certaines personnes à considérer les incapables majeurs comme des

<sup>357</sup> Article 412 CC. C'est le principe « *Handel macht mündig* ». Le pupille est alors tenu sur tous ses biens.

<sup>358</sup> Comme l'écrivain Deschenaux/Steinauer, 1980, p. 88; dans le même sens, Nägeli, 1984, p. 95; comparer aussi avec 323 CC pour les mineurs.

<sup>359</sup> 1984, p. 95. Il conclut, p. 97: « *Der beschränkt handlungsfähige Patient wird demzufolge in den allermeisten Fällen aus verschiedenen Rechtsgründen fähig sein, den Behandlungsvertrag mit dem Arzt selbstständig und ohne ausdrückliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abzuschließen.* »

<sup>360</sup> Nägeli, 1984, p. 144; Bucher, 1956, p. 170, qui note qu'il s'agit de la « *Erfüllung einer Kompetenz und Organfunktion* » qui n'est pas laissée au gré du tuteur mais doit viser le bien du patient; Somerville, 1979, p. 91 et ses références à la note 592.

<sup>361</sup> Dans ce sens, Bucher, 1956, p. 174; Somerville, 1979, p. 91; Veitch, 1984, p. 427ss; *contra*, Nägeli, 1984, p. 144.

<sup>362</sup> En revanche, il pourrait refuser la prolongation artificielle de la vie de son pupille condamné ou plongé dans un coma total et irréversible, comme cela a été admis aux Etats-Unis. Voir en particulier *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 370 N.E.2d 417 (Ma. 1977) et le commentaire de Allen Buchanan, *Medical paternalism or legal imperialism: not the only alternatives for handling Saikewicz-type cases*, 5 *American Journal of Law and Medicine* 97 (1979).

individus de moindre valeur.<sup>363</sup> Un handicapé risque d'être utilisé sans que lui soient accordées les mêmes garanties qu'aux autres individus, sur la base de considérations éthiquement inadmissibles, telles qu'une espérance de vie réduite, une autonomie limitée, une utilité sociale moindre. La recherche médicale aux Etats-Unis a connu de tristes exemples de cette attitude.<sup>364</sup>

La jurisprudence américaine sur la stérilisation de personnes incapables de discernement illustre bien le principe. Les cours n'autorisent en général pas le tuteur à consentir à l'intervention sur le pupille.<sup>365</sup> Un tribunal californien a posé le principe qui doit à mon avis faire règle: le tuteur ne peut autoriser la stérilisation que s'il montre de manière absolument claire (*clear and convincing evidence*) que l'intervention est nécessaire pour protéger la vie de son pupille.<sup>366</sup> Une position intransigeante me paraît nécessaire car la moindre porte entrebâillée pourrait insensiblement devenir béante. En Suisse, les directives de l'ASSM vont encore plus loin et rejettent complètement la stérilisation d'une personne incapable de discernement.<sup>367</sup>

Dans d'autres domaines, les règles légales ou éthiques<sup>368</sup> de chaque pays ne font pas toujours preuve de la même sévérité. Les provinces canadiennes ont par exemple proscrit, par législation, le prélèvement d'organe chez les incapables de discernement.<sup>369</sup> La jurisprudence américaine est à cet égard beaucoup plus nuancée.<sup>370</sup> Les directives de l'ASSM autorisent pour leur part le prélèvement d'organe avec le consentement du représentant légal.<sup>371</sup> L'ASSM a en revanche interdit les expérimentations scientifiques sur les incapables de discernement quand elles présentent le risque d'un préjudice.<sup>372</sup> A l'inverse, les recommandations de l'AMM en la matière les tolèrent avec le consentement du représentant légal.<sup>373</sup>

Lorsque le tuteur a été choisi parmi les proches de l'interdit (comme le voudrait 380 CC), il devrait être traité à l'égal d'un parent pour son enfant.<sup>374</sup> La notion de proche est concrète: elle tient compte des liens effectifs et ne se limite pas forcément aux rapports familiaux.<sup>375</sup> Dans une affaire américaine par exemple, le leader d'une communauté religieuse dont faisait partie le patient avait été choisi

<sup>363</sup> Voir à ce propos Robertson, 1976, p. 48; Somerville, 1979, p. 91.

<sup>364</sup> Voir *supra* p. 28 et note 40.

<sup>365</sup> Notamment *Guardianship of Tulley*, 146 Cal. Rptr. 266 (Cal. 1978), cert. denied, 440 U.S. 967 (1979); voir aussi *Matter of A.W.*, 637 P.2d 366 (Colo. 1981).

<sup>366</sup> *Maxon v. Superior Court*, 185 Cal. Rptr. 516 (Cal. 1982). L'hystérectomie fut admise *in casu* afin de stopper un cancer. Voir aussi *Foy v. Greenblott*, 190 Cal. Rptr. 84 (Cal. 1983).

<sup>367</sup> Recommandations d'éthique médicale pour la stérilisation, du 17 novembre 1981, Bulletin des médecins suisses 63 (1982), p. 683.

<sup>368</sup> Qui, entre parenthèses, ont une influence considérable sur le droit: voir surtout ATF 98 la 508, qui adopte les Directives de l'ASSM pour la définition et le diagnostic de la mort. Somerville, 1979, p. 93, parle de «potential law-making effect», en citant de nombreux textes éthiques nationaux et internationaux.

<sup>369</sup> Somerville, 1979, p. 91s; le Québec fait exception, mais les dispositions générales existantes doivent être interprétées dans le même sens selon cet auteur.

<sup>370</sup> Comparer par exemple *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d (Ky. 1969) et *Lausier v. Pescinski*, 226 N.W.2d 180 (Wis. 1975). Voir en outre Note, 16 Wayne Law Review 1460 (1970); Note, 58 California Law Review 754 (1970).

<sup>371</sup> Recommandations d'éthique médicale pour les transplantations, du 17 novembre 1981, Bulletin des médecins suisses 63 (1982), p. 680.

<sup>372</sup> Directives pour la recherche expérimentale sur l'homme, du 17 novembre 1981, Bulletin des médecins suisses 63 (1982), p. 676.

<sup>373</sup> Déclaration de Tokyo (1975), confirmée à Venise (1983), point 1.11.

<sup>374</sup> Les principes dégagés *supra*, p. 238ss sont alors applicables par analogie.

<sup>375</sup> Comme à propos de l'information à donner aux proches: voir *supra*, p. 126ss, 180.

comme tuteur, avec l'accord des neveux et nièces du patient (qui étaient sa seule famille). Il était le plus proche du patient en ce sens qu'il avait souvent discuté avec lui de ses préférences en matière de soins.<sup>376</sup>

L'opinion du tuteur qui est aussi un proche du malade a une valeur spéciale parce qu'il est étroitement concerné par le bien-être du pupille. Il connaît ses préférences, s'il avait pu en exprimer avant l'interdiction. À défaut, il choisit sur la base d'un système de valeurs qui correspond probablement à celui du pupille.<sup>377</sup>

### C. Le critère de décision

On sent bien que la décision du tuteur, qu'il soit un proche du pupille ou non, doit être guidée par une seconde considération, aussi importante que le bien du patient. Il s'agit de la volonté de l'interdit, qui a pu être exprimée valablement dans le passé.

Lorsque le pupille a effectivement émis des vœux avant son incapacité, le tuteur (ou l'autorité tutélaire, ou le tribunal appelé à trancher) doit en tenir compte dans sa décision. En d'autres termes, le principe que les Américains appellent *substituted judgment* trouve à s'appliquer.<sup>378</sup> Parfois, le patient avait clairement exprimé sa volonté, peut-être même par écrit.<sup>379</sup> Elle est alors déterminante, à moins d'être totalement déraisonnable. Une volonté ancienne de refuser toute transfusion de sang peut être écartée afin de sauver la vie du patient. A l'inverse, la volonté claire d'une patiente plongée dans un coma irréversible de ne pas être maintenue en vie artificiellement dans de telles circonstances doit être honorée. Elle l'a effectivement été dans un cas où la patiente était un membre actif du *Delaware Euthanasia Educational Council* et avait fait connaître sa position.<sup>380</sup> Lorsqu'aucune volonté nette n'existe pour la situation spécifique, le tuteur a une liberté plus ou moins grande d'interpréter ce qu'aurait voulu le pupille selon qu'il est un de ses proches ou non.

Quand l'interdit n'a jamais pu exprimer de désirs propres à guider la décision à prendre, le tuteur se fondera exclusivement sur le critère du meilleur intérêt du patient.<sup>381</sup> Il s'agit là d'une notion essentiellement objective que l'on a déjà tenté de préciser.<sup>382</sup>

Si l'on essaie de récapituler les principes gouvernant la décision du tuteur en fonction des deux variables principales identifiées (la personnalité du tuteur et

<sup>376</sup> Eichner, 420 N.E.2d 64 (N.Y. 1981). Le tuteur décida d'interrompre le traitement du pupille tombé dans un état végétatif, selon les vœux que lui avait communiqués le pupille lors de discussions au sein de la communauté.

<sup>377</sup> On retrouve la même idée de l'autonomie à laisser à la famille en tant qu'unité sociale et affective, chère à Goldstein. Voir aussi Veatch, 1984, p. 446, parlant de «family unit's right to autonomy».

<sup>378</sup> Dans ce sens, Veatch, 1984, p. 439s. Sur ce principe, voir généralement Robertson, 1976, qui note qu'il remonte à une décision judiciaire new-yorkaise de 1844 (p. 58, note 63) et affirme: «The substituted judgment doctrine is explicitly non-utilitarian (...). Since a court making a substituted judgment always seeks to do for the incompetent what he would do if capable of formulating and communicating his own choices, it never deviates from the demands of respect for persons» (p. 76-77).

<sup>379</sup> Sur le «testament biologique», voir *supra* p. 181, spéc. note 571; voir en outre Steinbrook/Lo, 1984, p. 1598ss; President's Commission, vol. 1, 1982, p. 156.

<sup>380</sup> *Severns v. Wilmington Medical Center Inc.*, 425 A.2d 156 (Del. 1980); voir aussi Eichner, 420 N.E.2d 64 (N.Y. 1981).

<sup>381</sup> Dans ce sens, Veatch, 1984, p. 440s.

<sup>382</sup> Voir *supra*, p. 238.

l'expression antérieure d'une volonté par le pupille) on en arrive aux règles suivantes<sup>383</sup> :

1. Le tuteur est un proche et le pupille a exprimé des préférences. Le tuteur doit décider selon ce qu'il sait être la volonté du pupille, à moins qu'elle n'aboutisse à choisir la mort plutôt qu'une vie digne d'être vécue.<sup>384</sup> En l'absence de volonté spécifique, il déduira de la personnalité du pupille la décision qu'il aurait prise dans les circonstances d'espèce. L'interprétation du tuteur doit être respectée tant qu'elle n'aboutit *pas* à une décision *déraisonnable*.

2. Le tuteur n'est pas un proche et le pupille a exprimé des préférences. Dans la mesure où elle était clairement affirmée (par exemple des directives écrites récentes) la volonté du pupille devrait faire règle, avec la même restriction que ci-dessus. Si une volonté spécifique n'existe pas, le tuteur s'efforcera de déceler ce qu'aurait été la décision du pupille, et s'y conformera. Son choix sera validé pour autant qu'il apparaisse *raisonnable*.<sup>385</sup>

3. Le tuteur est un proche et le pupille n'a jamais pu exprimer de préférences. Le tuteur doit prendre une décision fondée sur la notion de meilleur intérêt du pupille. Ce critère objectif peut cependant être mâtiné d'éléments subjectifs que le tuteur a glânés grâce à sa connaissance de l'interdit. Cela signifie que tout choix *raisonnable* effectué par le tuteur doit être honoré, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que c'est le choix objectivement le plus raisonnable dans les circonstances.

4. Le tuteur n'est pas un proche et le pupille n'a jamais pu exprimer de préférences. Le meilleur intérêt objectif du patient est alors l'unique critère. Le tuteur doit choisir l'option *la plus raisonnable* dans les circonstances, soit celle qui sert le mieux l'intérêt de son pupille.

<sup>383</sup> Veatch, 1984, p. 427ss, arrive à des conclusions analogues.

<sup>384</sup> Certains esprits ne manqueraient pas de se demander si la vie d'un individu atteint d'une profonde arriération mentale vaut la peine d'être vécue. Ethiquement aussi bien que juridiquement, la réponse doit être positive.

<sup>385</sup> Ceci doit être entendu dans un sens plus restrictif que « pas déraisonnable » tel qu'employé au paragraphe précédent.

Quand on aborde la responsabilité médicale, le droit américain est aussitôt évoqué comme un spectre, comme l'exemple à ne pas suivre. Ce travail aura montré la nature simpliste de cette conclusion fondée sur une comparaison sommaire des deux ordres juridiques. S'agissant du consentement éclairé, l'épouvantail (si épouvantail il doit y avoir) serait plutôt le droit allemand: devoir d'information étendu, causalité facile à établir, preuve à charge du médecin, privilège thérapeutique très restreint.

La comparaison avec le droit américain est délicate dans la mesure où les règles sur le consentement éclairé sont beaucoup plus développées que chez nous. Mais la parenté des principes juridiques matériels apparaît d'emblée, même si le droit positif américain se distingue du droit suisse sur plus d'un point. Un inventaire complet des différences et des similitudes montrerait que les secondes l'emportent sur les premières.

Le droit des Etats-Unis, comme celui des autres pays de *common law*, est parti d'un point de vue plus individualiste que le nôtre. Au siècle passé, Mill écrivait que «with respect to his own feelings and circumstances, the most ordinary man or woman has means of knowledge immeasurably surpassing those that can be possessed by any one else».<sup>386</sup> Il affirmait dès lors que le choix fait par l'individu est le meilleur, non pas qu'il soit le meilleur intrinsèquement mais parce que c'est le sien.<sup>387</sup> Ainsi, le désaccord du patient avec l'avis, même savant, du médecin, de tout le corps médical, voire de la société entière, ne justifie jamais de le priver de sa liberté de choix.

Le droit suisse ne reconnaît pas la même portée à l'autonomie individuelle, qui trouve ses limites dans des valeurs sociales ou objectives. Par exemple, si le droit suisse a toujours admis, comme le droit américain, le principe de l'intangibilité du corps humain, il l'a appliqué pour protéger la vie et l'intégrité physique plutôt que l'autodétermination du patient. L'appréciation juridique de toute la gamme des situations médicales s'en trouve légèrement modifiée. Une similitude de principe cache donc des nuances d'application.

Pourtant, l'option théorique plus individualiste du droit américain n'a, pendant longtemps, pas eu d'effets pratiques notables. Jusqu'au milieu du vingtième siècle, il entérinait dans une large mesure (comme le droit suisse aujourd'hui encore) les règles de la pratique médicale. Or, celles-ci avaient placé le patient sous une sorte de tutelle. On la justifiait par le savoir à la fois essentiel et exclusif du médecin et par l'intérêt bien compris du patient. Portes parlait par exemple de l'«opacité intellectuelle» du malade, qui n'est qu'un «jouet à peu près complè-

<sup>386</sup> John Stuart Mill, *Utilitarianism, Liberty, Representative government*, édité par H.B. Acton, Londres, 1972, p. 133.

<sup>387</sup> *Id.*, p. 73, 125, 133 notamment. Mais voir aussi l'article provoquant de M. F. Waithe, *Why Mill was for paternalism*, 6 *International Journal of Law and Psychiatry* 101 (1983).

ment aveugle, très douloureux et essentiellement passif».<sup>388</sup> Les partisans du paternalisme soulignaient que le patient adoptait souvent une attitude infantile de soumission et de passivité et s'en remettait complètement au médecin. A leurs yeux, ce comportement tenait à la nature humaine, qui voudrait, dans ces circonstances, une relation autoritaire de cette nature.

En réalité, nul n'a pu dire encore si cette attitude provient d'un conditionnement social ancien ou d'un trait inhérent à la nature humaine. Katz relève que l'un des souvenirs les plus anciens du patient, qui doit continuer de l'influencer, remonte à l'époque où il se rendait avec ses parents chez le pédiatre et «saw how the pediatrician made children out of (his) powerful parents».<sup>389</sup> Je ne saurais aller au-delà de sa conclusion sur l'origine du comportement: «So, what the answer (...) is, I don't know, but it's worth learning more about.»<sup>390</sup> La réserve, bien réelle, des patients n'est à mon sens pas un signe de désintérêt pour les soins ni une abdication de la liberté de décision. Le plus souvent, elle recouvre une crainte d'ennuyer ou de contredire le médecin. L'impatience affichée par certains praticiens ne fait que renforcer cette peur d'importuner l'homme en blouse blanche, qui est toujours perçu comme le représentant d'une élite.

Un courant à la fois social et moral a peu à peu donné mauvaise presse au paternalisme médical. Les théories globalistes de la santé revenaient à la mode alors que le paternalisme réduit le patient à un simple organisme dérégulé. On demandait au médecin qu'il ne s'occupe pas tant «de la vie physiologique d'un individu comme on s'occuperait d'une cellule de topinambour, mais de la personnalité de son malade».<sup>391</sup> Une collaboration était souhaitée entre médecin et patient, qui supposait que ce dernier soit mis au courant des données essentielles de l'entreprise commune qu'est le traitement et soit associé aux décisions qui l'émaillent. On voulait que le médecin devienne une sorte de «conseiller technique».<sup>392</sup> En un mot, la majorité des patients désirait une relation plus égalitaire.<sup>393</sup>

Dès les années soixante, les tribunaux américains sont intervenus dans ce processus de réévaluation des relations médecin-malade. La consécration de l'autonomie du patient s'est faite par le développement des règles sur le consentement éclairé. L'évolution extraordinaire qui a suivi n'est en soi pas si surprenante. Ce qui particularise surtout le droit américain, c'est que le consentement est véritablement le cœur et le support de toute la relation médicale, qui est bâtie autour et sur cet élément primordial.

<sup>388</sup> 1949, p. 158s.

<sup>389</sup> 1980, p. 130.

<sup>390</sup> *Ibidem*.

<sup>391</sup> Hamburger, cité par Boyer-Chamard/Monzein, 1974, p. 145s.

<sup>392</sup> Voir aussi Ileri, 1983, p. 73: le rôle du médecin «beschränkt sich auf die Beratung und allenfalls Empfehlungen, die er dem Patienten aufgrund seines Fachwissens und seiner Rechtsstellung schuldet».

<sup>393</sup> Selon Katz, 1980, p. 128, le paternalisme médical «may be a history of physician-patient interaction that has remained stuck in ancient practices, uninfluenced by medicine's march from magic to science and society's from feudalism to contract». Pour Kirby (qui est Chairman de la Law Reform Commission d'Australie), 1983, p. 74, «the days of paternalistic medicine are numbered. The days of unquestioning trust of the patient also appear numbered. The days of complete and general consent to anything a doctor cared to do appear numbered». David Douglas, David Feinberg, Robin Jacobsohn, Alice Stock, Treatment for the elderly: legal rights (and wrongs) within the health care system, 20 Harvard Civil Rights—Civil Liberties Law Review 425, 482 (1985) sont d'un autre avis: «Legal doctrines surrounding physician-patient relationships, despite some movement toward a more patient-oriented standard and increased possibilities for hospital liability, remain skewed toward protection of professional prerogative rather than personal autonomy». Voir aussi Buchanan, 1978, p. 370ss; Symposium, 14 Hastings Center Report n° 5, p. 5ss (1984); Teff, 1985, p. 432ss.

L'essor de la jurisprudence a eu un certain impact sur la pratique médicale. Elle a amené la généralisation des formules écrites de consentement, que les médecins voyaient comme un moyen de défense. Elle a poussé les médecins à plus de sincérité, en particulier dans la révélation d'un pronostic fatal. D'autre part, elle a suscité l'adoption de lois dans de nombreux États, qui voulaient certes freiner l'expansion de la responsabilité médicale mais ont en même temps reconnu l'importance fondamentale du consentement.

L'optique favorable à l'autonomie du patient se révèle aujourd'hui dans divers domaines de la jurisprudence américaine. La reconnaissance très large du droit de refuser tout traitement, fût-il vital, en est une illustration. Pour autant, chaque litige n'est pas uniformément résolu en faveur du patient, même si la jurisprudence américaine se montre globalement plus favorable aux patients que les tribunaux suisses. La différence entre les deux droits n'est en fin de compte pas aussi grande qu'on pourrait le croire: cette thèse a montré que les solutions pratiques se rejoignent bien souvent.

Parfois, les règles sont similaires. Il en va ainsi de celles sur l'urgence ou le privilège thérapeutique notamment. Parfois, la combinaison de règles différentes dans les deux droits aboutit à un résultat comparable. Par exemple, le droit américain impose un devoir d'information plus étendu que le droit suisse, spécialement sur les risques. En d'autres termes, la notion de faute est plus large. En revanche, il apprécie la causalité de façon plus stricte, en exigeant du patient qu'il prouve qu'il n'aurait pas consenti au traitement. L'effet combiné des deux règles peut se compenser. Dans l'hypothèse de la révélation éventuelle d'un risque très rare, la responsabilité sera niée dans les deux droits: aux États-Unis, parce que la causalité est niée, même si la faute est admise; en Suisse, parce que la faute serait niée. Parfois encore, des méthodes différentes conduisent à un résultat voisin. Pour le consentement du mineur, l'approche par catégories de traitement ou par classes d'âge retenue initialement par le droit américain permettrait des solutions finalement comparables à celles qui découleraient dans notre pays de l'application du critère du discernement. Le développement de la règle du *mature minor* a maintenant encore rapproché les deux droits.

En Suisse, les tribunaux n'ont pour l'heure guère disputé les prérogatives des médecins. Cette position conservatrice, qui consacre le paternalisme médical, ne pourra pas être maintenue. Elle heurte le postulat général du droit que l'individu est un homme libre et responsable. Or, comme le relevait Savatier, «l'individu malade est homme d'abord, malade ensuite».<sup>394</sup> Et le droit se doit de soutenir l'image du patient en tant qu'individu autonome, car «die Würde des Menschen beruht ja auf der Autonomie».<sup>395</sup>

D'ailleurs, la réévaluation de la relation médicale est en cours en Suisse aussi. Le débat sur l'acharnement thérapeutique et l'euthanasie comme la vogue des médecines parallèles le montrent. Le droit commence à être touché aussi. On assiste à une multiplication des colloques et des écrits sur le sujet. La notion de faute médicale est remise en cause, comme les règles sur le fardeau de la preuve. Le rôle des tribunaux, timide pour le moment, pourrait bien s'accroître: plus que

<sup>394</sup> Observations sous Paris, 11 mars 1966, J.C.P. 1966 II 14716.

<sup>395</sup> P. Henke, Die freie Willensbestimmung des Menschen, in Lawin/Huth, 1982, p. 7, 8; voir aussi Willard Gaylin, In defense of the dignity of being human, 14 Hastings Center Report n° 4, p. 18 (1984).

les législateurs<sup>396</sup>, ils peuvent apporter une contribution essentielle. Mais il n'est pas sûr que le consentement éclairé prenne dans cette réévaluation la part prépondérante qui a été la sienne aux Etats-Unis. On a certes constaté dans les années quatre-vingts une augmentation du nombre de réclamations fondées sur les défauts du consentement.<sup>397</sup> Mais le consentement ne semble être vu que comme un aspect mineur, comme un incident dans le déroulement de la relation médicale. Celle-ci n'est pas construite sur le consentement, mais plutôt sur la mission de guérir du médecin et sur la qualité technique des soins.

Le développement des règles sur le consentement éclairé paraît néanmoins inéluctable. Dans cette tâche, nos tribunaux devraient s'inspirer de la notion retenue par la Commission présidentielle américaine dans son remarquable rapport.<sup>398</sup> Elle estime «que les patients qui possèdent la capacité de prendre des décisions concernant leurs soins doivent être autorisés à le faire librement et doivent obtenir toute information pertinente sur leur état de santé et les possibilités de traitement, y compris les bienfaits, risques et coûts éventuels, les autres conséquences et les incertitudes importantes entourant n'importe laquelle de ces informations». Un consentement authentique est donc «a process of shared decisionmaking based upon mutual respect and participation».<sup>399</sup>

Cette thèse a tenté de soutenir une conception analogue.

<sup>396</sup> La médecine (donc les patients, les médecins, les maladies) a trop de visages pour que des lois générales puissent être satisfaisantes. On peut néanmoins envisager des interventions législatives ponctuelles, par exemple dans l'expérimentation des nouveaux médicaments, afin de mieux protéger les sujets.

<sup>397</sup> De même en Allemagne, les défauts du consentement remplacent de plus en plus souvent la faute technique (ou s'y ajoutent) comme fondement des actions en responsabilité. Voir notamment Wachsmuth, 1981, p. 1985; Hermann Schünemann, Note, NJW 1980 2753, 2754; Deutsch, 1983, p. 57s; Giesen, 1983, p. 70. A mon avis, de simples arguments techniques (commodité de preuve par exemple) ne suffisent pas à expliquer cette évolution.

<sup>398</sup> Pour une appréciation critique de ce rapport, voir Louis Lasagna, *The professional-patient dialogue*, 13 *Hastings Center Report* n° 4, p. 9 (1983).

<sup>399</sup> *President's Commission*, vol. 1, 1982, p. 2. La Commission était consciente des obstacles formidables à surmonter pour atteindre en pratique cet objectif. Elle admettait que sa valeur principale était «as a measuring stick against which actual performance may be judged and as a goal toward which all participants in health care decisionmaking can strive» (p. 6). De même, Katz, 1980, p. 124 plaide pour une «shared decisionmaking», qu'il admet être «opposed by thousands of years of tradition».

Hôpital cantonal Bâle  
Cliniques universitaires

CONSENTEMENT À UNE INTERVENTION MÉDICALE

(Sont visés par le terme «intervention médicale»:  
opération, examen et traitements spéciaux, radiothérapie haut voltage)

Patient: \_\_\_\_\_

Médecin responsable: \_\_\_\_\_

Intervention proposée: \_\_\_\_\_

Type d'anesthésie: \_\_\_\_\_

Je soussigné(e) ai été informé(e) de manière explicite par le médecin, lors d'un entretien personnel, au sujet de l'objectif et du déroulement concret de l'intervention médicale formulée ci-dessus. J'ai de plus été renseigné(e) à propos des avantages et inconvénients essentiels de l'intervention, également par rapport aux conséquences d'une éventuelle renonciation ou d'une mise en pratique d'autres méthodes. Par la même occasion, j'ai été prévenu(e) quant à l'objectif et à l'effet du type d'anesthésie envisagé.

J'ai reçu des réponses explicites à mes questions et j'ai eu la possibilité de discuter des problèmes spécifiques à mon cas. J'ai été rendu attentif/ve à des conséquences potentielles à intervenir en phase postopératoire. De même, j'ai été instruit(e) quant au comportement adéquat avant et après l'intervention.

Je me rends compte de ce que, le cas échéant, la nécessité d'une extension ou d'une modification du procédé envisagé ne s'impose qu'en cours d'intervention.

Je confirme par la présente d'avoir déclaré toutes les atteintes, irrégularités et réactions particulières connues (par exemple allergies, tendance aux crampes).

Après instruction en bonne et due forme, je me déclare d'accord avec l'intervention prévue y compris l'anesthésie. Mon consentement s'étend également à d'éventuelles extensions et modifications du procédé envisagé dans la mesure où l'objectif visé l'exige.

Remarques particulières du patient / du médecin:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Date: \_\_\_\_\_

Le patient:  
(ou son représentant légal)

## OHIO REVISED CODE

2317.54 *Written Consent to Medical Procedures; Presumption of Validity; Form*

Written consent to a surgical or medical procedure or course of procedures shall, to the extent that it fulfills either all the requirements in divisions (A), (B), and (C) of this section or the requirements of division (D) of this section, be presumed to be valid and effective, in the absence of proof by a preponderance of the evidence that the person who sought such consent was not acting in good faith, or that the execution of the consent was induced by fraudulent misrepresentation of material facts, or that the person executing the consent was not able to communicate effectively in spoken and written English or any other language in which the consent is written. Except as herein provided, no evidence shall be admissible to impeach, modify, or limit the authorization for performance of the procedure or procedures set forth in such written consent.

(A) The consent sets forth in general terms the nature and purpose of the procedures, together with the known risks, if any, of death, brain damage, quadriplegia, paraplegia, the loss of function of any organ or limb, or disfiguring scars associated with such procedure or procedures, with the probability of each such risk if reasonably determinable.

(B) The person making the consent acknowledges that such disclosure of information has been made and that all questions asked about the procedure or procedures have been answered in a satisfactory manner.

(C) The consent is signed by the patient for whom the procedure is to be performed, or, if the patient for any reason including, but not limited to, competence, infancy, or the fact that, at the latest time that the consent is needed, the patient is under the influence of alcohol, hallucinogens, or drugs, lacks legal capacity to consent, by a person who has legal authority to consent on behalf of such patient in such circumstances.

(D) The consent is in ten-point type and is executed in the following form:

**"CONSENT FOR MEDICAL PROCEDURE AND ACKNOWLEDGMENT  
OF RECEIPT OF RISK INFORMATION"**

State law requires us to obtain your consent to your contemplated surgery or other medical procedure. What you are being asked to sign is simply a confirmation that we have discussed your contemplated operation or medical procedure and that we have given you sufficient information upon which to make a decision whether to have the operation or medical procedure and any choice as to the type of operation or medical procedure of your own free will. We have already discussed with you the common problems or undesired results that sometimes occur. We wish to inform you, not to alarm you. If you wish, however, we can go into more elaborate details of more unlikely problems. If you do not, that is also your privilege. Please read the form carefully and check the appropriate boxes. **ASK ABOUT ANYTHING THAT YOU DO NOT UNDERSTAND.** We will be pleased to explain it. I hereby authorize and direct \_\_\_\_\_, with associates or assistants of his choice to perform the following surgical, diagnostic, or medical procedure on \_\_\_\_\_, my \_\_\_\_\_, as we have agreed upon.

relationship

---

I further authorize the doctors to perform any other procedure that in their judgment is advisable for my well being. Details of this operation have been explained to me. Alternate

methods of treatment, if any, have also been explained to me as have the advantages and disadvantages of each. I am advised that though good results are expected, the possibility and nature of complications cannot be accurately anticipated and that therefore there can be no guarantee as expressed or implied either as to the result of surgery or as to cure.

DEGREE AND KIND OF RISKS KNOWN TO BE ASSOCIATED WITH  
THIS PROCEDURE, INCLUDING ANESTHESIA

EACH MARKED BOX INDICATES SOME RISKS THAT  
ARE ASSOCIATED WITH

This Procedure

Comments

- Death
- Brain damage
- Quadriplegia (paralysis of all arms and legs)
- Paraplegia (paralysis of both legs)
- Loss of organ
- Loss of an arm or leg
- Loss of function of organ
- Loss of function of an arm or leg
- Disfiguring scars

---

---

---

---

---

---

---

---

---

The doctor has explained to me the most likely complications or undesired results that might occur in this operation or medical procedure AND I UNDERSTAND THEM. The doctor has offered to detail the LESS LIKELY COMPLICATIONS OF UNDESIRE RESULTS which, even if rare, could occur.

I do \_\_\_\_\_ I do not wish to have a full description of all the possible complications given to me.

I hereby authorize and direct the above named physician with associates or assistants to provide such additional services as they may deem reasonable and necessary including, but not limited to, the administration of any anesthetic agent, or the services of the x-ray department or laboratories, and I hereby consent thereto.

I hereby state that I have read and understand this consent and that all blanks were filled in prior to my signature.

Date: \_\_\_\_\_ Time: \_\_\_\_\_ a.m. p.m.

Signature of patient \_\_\_\_\_

Signature of relative (where required) \_\_\_\_\_

Signature of representative (where required) \_\_\_\_\_

Witness \_\_\_\_\_

I certify that I have personally completed all blanks in this form and explained them to the patient or his representative before requesting the patient or his representative to sign it.

\_\_\_\_\_  
(Signature of the above named physician)"

Any use of the consent form stated in division (D) of this section has no effect on the common law rights and liabilities, including the right of a physician to obtain the oral or implied consent of a patient to a medical procedure, that may exist as between physicians and patients at the time this section is enacted.

CONSENT TO OPERATION, ANESTHETICS, AND OTHER  
MEDICAL SERVICES

Date \_\_\_\_\_ Time \_\_\_\_\_ a.m.  
p.m.

1. I authorize the performance upon \_\_\_\_\_  
(myself or name of patient)  
of the following operation \_\_\_\_\_  
(state nature and extent of operation)  
to be performed by or under the direction of Dr. \_\_\_\_\_

2. I consent to the performance of operations and procedures in addition to or different from those now contemplated, whether or not arising from presently unforeseen conditions, which the above-named doctor or his associates or assistants may consider necessary or advisable in the course of the operation.

3. I consent to the administration of such anesthetics as may be considered necessary or advisable by the physician responsible for this service, with the exception of

\_\_\_\_\_ (state "none", "spinal anesthesia", etc.)

4. The nature and purpose of the operation, possible alternative methods of treatment, the risks involved, the possible consequences, and the possibility of complications have been explained to me by Dr. \_\_\_\_\_ and by \_\_\_\_\_.

5. I acknowledge that no guarantee or assurance has been given by anyone as to the results that may be obtained.

6. I consent to the photographing or televising of the operations or procedures to be performed, including appropriate portions of my body, for medical, scientific or educational purposes, provided my identity is not revealed by the pictures or by descriptive texts accompanying them.

7. For the purpose of advancing medical education, I consent to the admittance of observers to the operating room.

8. I consent to the disposal by hospital authorities of any tissues or body parts which may be removed.

9. I am aware that sterility may result from this operation. I know that a sterile person is incapable of becoming a parent.

10. I acknowledge that all blank spaces on this document have been either completed or crossed off prior to my signing.

(CROSS OUT ANY PARAGRAPHS ABOVE WHICH DO NOT APPLY)

Signed \_\_\_\_\_  
(Patient or person authorized to  
consent for patient)

Witness \_\_\_\_\_

## AUTHORIZATION AND CONSENT FOR SURGERY AND ANESTHESIA

THE FORM BELOW IS A CONSENT TO SURGERY AND ANESTHESIA. IT SAYS THAT YOU HAVE DISCUSSED THE MATTER WITH YOUR PHYSICIAN, UNDERSTAND THE RISK AND AGREE TO HAVE THE OPERATION. YOU SHOULD READ THE CONSENT FORM CAREFULLY BEFORE SIGNING. YOU SHOULD NOT SIGN THIS FORM IF YOU HAVE NOT DISCUSSED THE MATTER WITH YOUR PHYSICIAN.

The \*\*\* Hospital                      Date \_\_\_\_\_ 19 \_\_\_\_\_ Time \_\_\_\_\_ a.m.  
p.m.

This is to certify that the surgical procedure known as

\_\_\_\_\_  
(Name of operation)

the reasons why it is considered necessary, its risks and possible complications, as well as alternative modes of treatment have been explained to me by

\_\_\_\_\_  
(Name of physician or surgeon)

In light of this information, the undersigned requests and authorizes

\_\_\_\_\_  
(Name of surgeon)

\_\_\_\_\_ and physician assistants of his choice to perform the operation stated above and such additional procedures as may be held to be therapeutically necessary on the basis of findings in the course of the operation. I acknowledge that no guarantee or assurance has been made as to the results that may be obtained. I also consent to the administration of anesthesia by physicians or by nurse anesthetists under the supervision of a physician. The nature of the anesthesia and its administration will be discussed with me prior to surgery. Any tissue surgically removed may be examined and disposed of by the Hospital in accordance with accustomed practice.

SIGNED:

\_\_\_\_\_  
(Patient's name - Printed)

\_\_\_\_\_  
(Signature of patient or nearest relative)

\_\_\_\_\_  
(Witness)

\_\_\_\_\_  
(Relationship)

(Authorization must be signed by the patient or nearest relative or guardian in the case of a minor or when the patient is physically or mentally incompetent.)

## PROPOSED INFORMED-CONSENT FORM FOR HERNIA PATIENT:

I, \_\_\_\_\_, being about to be subjected to a surgical operation said to be for repair of what my doctor thinks is a hernia (rupture or loss of belly stuff—intestines—out of the belly through a hole in the muscles), do hereby give said doctor permission to cut into me and do duly swear that I am giving my informed consent, based upon the following information:

*Operative procedure* is as follows: The doctor first cuts through the skin by a four-inch gash in the lower abdomen. He then slashes through the other things—fascia (a tough layer over the muscles) and layers of muscle—until he sees the cord (tube that brings the sperm from testicle to outside) with all its arteries and veins. The doctor then tears the hernia sac with a string. He then pushes the testicle back into the scrotum and sews everything together, trying not to sew up the big arteries and veins that nourish the leg.

*Possible complications* are as follows:

1. Large artery may be cut and I may bleed to death.
2. Large vein may be cut and I may bleed to death.
3. Tube from testicle may be cut. I will then be sterile on that side.
4. Artery or veins to testicle may be cut—same result.
5. Opening around cord in muscles may be made too tight.
6. Clot may develop in these veins which will loosen when I get out of bed and hit my lungs, killing me.
7. Clot may develop in one or both legs which may cripple me, lead to loss of one or both legs, go to my lungs, or make my veins no good for life.
8. I may develop a horrible infection that may kill me.
9. The hernia may come back again after it has been operated on.
10. I may die from general anesthesia.
11. I may be paralyzed if spinal anesthesia is used.
12. If ether is used, it could explode inside me.
13. I may slip in hospital bathroom.
14. I may be run over going to the hospital.
15. The hospital may burn down.

*I understand:* the anatomy of the body, the pathology of the development of hernia, the surgical technique that will be used to repair the hernia, the physiology of wound healing, the dietetic chemistry of the foods that I must eat to cause healing, the chemistry of body repair, and the course which my physician will take in treating any of the complications that can occur as a sequela of repairing an otherwise simple hernia.

---

 (Patient)

---

 (Lawyer for patient)

---

 (Lawyer for doctor)

---

 (Lawyer for hospital)

---

 (Lawyer for anesthesiologist)

---

 (Mother-in-law)

---

 (Notary public)

---

 (Date)

---

 (Place)

## DROIT SUISSE

- ARZT Günther, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht, in *Arzt und Recht*, Berner Tage für die juristische Praxis, 1984, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Berne, 1985, p. 49.
- BACHTLER Heinz, Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und die Grenzen der ärztlichen Behandlung nach schweizerischem Recht, *Bulletin des médecins suisses* 63 (1982), p. 826.
- BERNHARD Roberto, Der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, *Bulletin des médecins suisses* 61 (1980), p. 1227.
- Von BLARER Christoph, *Die Einwilligung in die Verletzung der Körperintegrität*, thèse, Bâle, 1942.
- BODAMER Joachim, Das Recht des Menschen auf seine eigene Krankheit, in *Festgabe für Karl Oftinger*, Zurich, 1969, p. 1.
- BOLL Jürg, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, thèse, Zurich, 1983.
- BUCHER Eugen, *Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit*, thèse, Zurich, 1956.
- BUCHER Eugen, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 1. Teilband: *Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Berne, 1976.
- BUCHER Eugen, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in *Arzt und Recht*, Berner Tage für die juristische Praxis, 1984, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Berne, 1985, p. 39.
- BUSSMANN Daniel, *Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen*, thèse, Zurich, 1984.
- CUENDET Jean, *La faute contractuelle et ses effets*, thèse, Lausanne, 1970.
- DESCHENAUX Henri, STEINAUER Paul-Henri, *Personnes physiques et tutelle*, Berne, 1980.
- DESCHENAUX Henri, TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1982.
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973.
- ERNST Ursula, LANZ Aoni, SCHARF Balz, Warum machen nur wenige Patienten von ihren Rechten Gebrauch? in *Patient Patientenrecht | Droits des patients — quel diagnostic?* Berne, 1984, p. 43.
- FAESCH Remigius, *Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes in der Schweiz mit Berücksichtigung der französischen und deutschen Praxis*, thèse, Bâle, 1956.
- FRANK Richard, *Persönlichkeitsschutz heute*, Zurich, 1983.
- GALLIKER Franz, *Die Ausübung der höchstpersönlichen Rechte durch den urteilsfähigen und den urteilsunfähigen Bevormundeten*, thèse, Bâle, 1950.
- GANZONI N., Dokumentation der Patientenaufklärung in einer allgemein-chirurgischen Abteilung, *Bulletin des médecins suisses* 64 (1983), p. 1297.
- GAUTSCHI Georg, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, 4. Teilband: *Der einfache Auftrag*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 1964.
- GLAUS Bruno, *Deine Rechte als Patient*, Zurich, 1979.
- GLAUS Bruno, Verfassungswidriges Patientenrecht auf kantonaler Ebene, in *Patient Patientenrecht | Droits des patients — quel diagnostic?* Berne, 1984, p. 31.

- GONTERSWEILER-LÜCHINGER Ursula, *Die Wahrung höchstpersönlicher Rechte handlungsunfähiger und beschränkter handlungsunfähiger Personen*, thèse, Zurich, 1955.
- GRAVEN Philippe, *Le secret médical, Médecine et Hygiène* 1975, n° 1171, p. 1729.
- GRIOT Gubert, *Das Recht am eigenen Körper: auf Grund des Art. 28 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, thèse, Zurich, 1921.
- GROSS Jost, *Die persönliche Freiheit des Patienten*, thèse, Berne, 1977.
- GROSSEN Jacques-Michel, *La protection de la personnalité en droit privé*, *Revue de droit suisse* 79 (1960), II, p. 1a.
- GROSSEN Jacques-Michel, *Traité de droit privé suisse*, tome II, 2: *Les personnes physiques*, Fribourg, 1974.
- GROTSCH André, *Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung unter besonderer Berücksichtigung der Unmündigen*, thèse, Bâle, 1973.
- HAUSHEER Heinz, *Arztrechtliche Fragen*, *Revue suisse de jurisprudence* 73 (1977), p. 245.
- HINDERLING Hans, *Organtransplantation und Zustimmungsprobleme*, 3 *Jus Medicum* 263 (1973).
- HINDERLING Hans, *Persönlichkeit und subjektives Recht — Die ärztliche Aufklärungspflicht*, Bâle, 1963.
- HOHERMUTH Matthias, *Zur Frage der Aufklärungspflicht des Arztes bei biomedizinischen Versuchen am Menschen mit Hinweisen auf das amerikanische und deutsche Recht*, thèse, Zurich, 1979.
- HOIGNE R., *WAS teilen wir unserem Patienten WIE mit?* *Bulletin des médecins suisses* 66 (1985), p. 1967.
- HOTZ Kaspar, *Zum Problem der Abgrenzung der Persönlichkeitschutzes nach Art. 28 ZGB*, thèse, Zurich, 1967.
- ILERI Atilay, *Arzt und Patient im Konflikt*, Zurich, 1983.
- ILERI Atilay, *Die Haftung des Arztes*, in *Patient Patientenrecht | Droits des patients — quel diagnostic?* Berne, 1984, p. 145.
- KAUFMANN G., *Wie weit soll der Arzt den Patienten informieren?* *Bulletin des médecins suisses* 57 (1976), p. 736.
- KOBER E., *Die beschränkte Handlungsfähigkeit des urteilsfähigen Minderjährigen*, thèse, Bâle, 1938.
- KÜNZLER Fritz, *Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB*, thèse, Zurich, 1951.
- KUMMER Max, *Vertrauen und Recht im Verhältnis zwischen Patienten und Chirurgen. Zivilrechtliche Aspekte*, *Journal suisse de médecine* 113 (1983), p. 586.
- LINDEGGER Marianne, *Die Rechte des Mündels im schweizerischen ZGB*, thèse, Berne, 1952.
- LOEFFLER Walter, *Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung*, thèse, Zurich, 1945.
- LOTZ Albert, *Zur Frage der rechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes*, *Basler juristische Mitteilungen* 1968, p. 107.
- MAZENAUER Béatrice, *Psychischer Anker und ausgeliefert? Die Rechte des psychiatrischen Patienten im Vergleich zum Somatischerkrankten*, thèse, Berne, 1985.
- MÉDECINE ET DROIT, 7<sup>e</sup> Séminaire pluridisciplinaire, Lausanne, 1979.
- MEISEL Hans-Peter, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, in *Patient Patientenrecht | Droits des patients — quel diagnostic?* Berne, 1984, p. 157.
- MERZ Barbara, *Analyse der Haftpflichtsituation bei Schädigung durch Medikamente*, thèse, Zurich, 1980.
- Von der MÜHLI Maurice, *Etude pratique sur la responsabilité professionnelle du médecin*, *Revue de droit suisse* 122 (1981), p. 289.
- MÜLLER Jörg Paul, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitschutz des Privatrechts*, thèse, Berne, 1964.
- NÄGELI Max, *Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht*, thèse, Zurich, 1984.
- NEY Michel, *La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire*, thèse, Lausanne, 1979.

- NEY Michel, De quelques problèmes juridiques posés par le consentement du patient, *Thérapeutique Umschau* 38 (1981), p. 558.
- NOLL Peter, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, Bâle, 1955.
- OERI Hans Rudolf, *Die Stellung der urteilsunfähigen Mündigen im schweizerischen Privatrecht*, thèse, Bâle, 1945.
- OFTINGER Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil, 4<sup>e</sup> éd., Zurich, 1975.
- OTT Werner, *Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes*, thèse, Zurich, 1978.
- PAGE Gérald, *Le droit d'accès et de contestation dans le traitement des données personnelles. Etude de base en droit privé suisse et américain*, thèse, Saint-Gall, 1983.
- PEDRAZZINI Alex, *L'euthanasie. De l'avortement eugénique à la prolongation artificielle de la vie*, thèse, Lausanne, 1982.
- PERRIN Jean-François, Les droits du malade en général, in *Médecine et Droit*, 7<sup>e</sup> Séminaire pluridisciplinaire, Lausanne, 1979.
- PETITPIERRE Gilles, La responsabilité de droit privé du médecin, *Revue internationale de droit comparé* 28 (1976), p. 567.
- PFEIFFER Karl, Die Einwilligung zu chirurgischen Operationen nach dem schweizerischen ZGB, *Revue suisse de jurisprudence* 10 (1914), p. 337.
- PFEIFFER Karl, Chirurgische Operationen ohne Einwilligung und die Sterilisation von Geisteskranken, *Revue pénale suisse* 27 (1914), p. 38.
- PROTECTION DES DONNÉES DANS LE DOMAINE MÉDICAL, Rapport d'une commission instituée par l'Office fédéral de la justice, Berne, 1984.
- REHBERG Jörg, Ärztliches Berufsgeheimnis und gesetzlicher Vertreter des Patienten, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Fritz Schwarz*, Berne, 1968, p. 23.
- RÖTHLISBERGER Arthur, Secret médical et secret de fonction, *Revue de droit administratif et fiscal* 38 (1982), p. 325.
- SCHNETZLER Jean, L'intervention pratiquée contre le gré du patient par les médecins d'un établissement hospitalier public, *Revue de droit administratif et fiscal* 23 (1967), p. 61.
- SCHNYDER Bernhard, Die Haftung des Arztes für seinen Vertreter, *Revue suisse de jurisprudence* 51 (1955), p. 105.
- SCHROEDER Karl, *Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes*, thèse, Zurich, 1982.
- STAUFFER Emmanuel, Civil liability of physicians, in *Recueil des travaux suisses présentés au X<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bâle, 1979, p. 41.
- STÜRNER Rolf, Die schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich, *Revue suisse de jurisprudence* 80 (1984), p. 121.
- THÉLIN Marc-Henri, *La responsabilité civile du médecin*, Lausanne, 1943.
- THÉLIN Marc-Henri, Incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil, in *Recueil de travaux suisses présentés au VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bâle, 1970, p. 123.
- THILO Émile, *La responsabilité professionnelle du médecin*, Lausanne, 1936.
- THILO Émile, La responsabilité professionnelle du médecin. L'intervention du chirurgien et le consentement éclairé du patient, *Journal des Tribunaux* 94 (1946), I, p. 105.
- UNDRITZ Nils, Grenzen der Aufklärungspflicht, *Hôpital suisse* 44 (1980), n<sup>o</sup> 9, p. 53.
- VIRET J., L'expérimentation clinique. Quelques réflexions sur l'aspect juridique du problème, *Revue médicale de la Suisse romande* 89 (1969), p. 911ss.
- WALDER Hans, Vertrauen und Recht im Verhältnis zwischen Patienten und Chirurgen. Allgemeine und strafrechtliche Aspekte, *Journal suisse de médecine* 113 (1983), p. 590.
- WIEGAND Wolfgang, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in *Arzt und Recht*, Berner Tage für die juristische Praxis, 1984, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Berne, 1985, p. 81.
- ZINK Peter, Was kann der Arzt falsch machen? in *Arzt und Recht*, Berner Tage für die juristische Praxis, 1984, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Berne, 1985, p. 17.

- AUBY Jean-Marie, Le consentement en matière de stérilisation — Eléments de droit comparé, 7 Jus Medicum 75 (1982).
- BOUVIER Françoise, La responsabilité médicale, Gaz. Pal. 1984 doct. 284.
- BOYER-CHAMMARD Georges, MONZEIN Paul, *La responsabilité médicale*, Paris, 1974.
- BUISSON Jacques, Le corps humain, les progrès de la médecine et le droit, Revue internationale de criminologie et de police technique 1984, p. 199.
- CARBONNEAU Thomas, The principles of medical and psychiatric liability in French law, 29 International and Comparative Law Quarterly 742 (1980).
- CODE DE DÉONTOLOGIE MÉDICALE, Décret n. 79-506 du 28 juin 1979, J.O. 30 juin 1979, p. 1568.
- DEMICHÉL André, *Droit médical*, Paris, 1983.
- DÉROBERT Léon, *Droit médical et déontologie médicale*, Collection médico-chirurgicale à révision périodique, Paris, 1974.
- DIERKENS Raphaël, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Paris, 1966.
- DOLL Paul-Julien, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Paris, 1970.
- DOLL Paul-Julien, Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé, Gaz. Pal. 1972 doct. 428.
- DOLL Paul-Julien, La notion de «consentement éclairé» selon la récente jurisprudence française, 4 Jus Medicum 19 (1979).
- DORSNER Anne, SCEMAMA Annie, Médecine et information du malade, Gaz. Pal. 1977 doct. 433.
- DUPRAT Jean-Pierre, Information et consentement éclairé du sujet dans le cas de l'expérimentation de médicaments sur l'homme, 18 Revue de droit sanitaire et social 369 (1982).
- ECK Marcel (Ed.), *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Paris, 1968.
- FAVRE Pascale, Droits du mineur et médecine, in *Droit de l'homme et médecine*, L. Roche, D. Malicier, P. Maisonneuve (Eds), Paris, 1984, p. 27.
- GISSER François, Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation: la pré-majorité, J.C.P. 1984 I 3142.
- GUÉRIN Jean, *Guide pratique de responsabilité médicale*, Paris, 1979.
- HARICHAUX-RAMU Michèle, Juris Classeur Civil, art. 1382 à 1386, Responsabilité médicale: Fasc. 440-1: Principes généraux; Fasc. 440-2: Fautes se rattachant aux devoirs d'humanisme du médecin; Fasc. 440-3: Fautes de technique médicale, 1984.
- HÉRAUDEAU Madeleine, *Le malade, personne libre, face au médecin*, thèse, Poitiers, 1955.
- JEANSON François, *La responsabilité médicale en psychiatrie*, Paris, 1980.
- KAYSER Pierre, Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques, Revue trimestrielle de droit civil 1971, p. 445.
- KORNPROBST Louis, *La responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Paris, 1957.
- KORNPROBST Louis, Les droits de l'homme malade devant les nouveaux programmes thérapeutiques — Rapport juridique, Revue des droits de l'homme 7 (1974), p. 528.
- KORNPROBST Louis, DELPHIN Suzanne, *Le contrat de soins médicaux*, Paris, 1960.
- MAINGUET M., *Le consentement du patient à l'acte médical*, thèse, Paris, 1957.
- MARLIN P., Le problème de la vérité exposée à l'opéré et à son entourage, Nouvelle presse médicale 1979, p. 621.
- MARLIN P., Du renversement des valeurs au renversement de la charge de la preuve ou l'évolution vers le paradoxe, Jus Medicum 1 (1969), p. 191.
- MÉMETEAU Gérard, MÉLENNEC Louis, *Traité de droit médical*, tome 2: *Le contrat médical. La responsabilité civile du médecin*, Paris, 1982.
- NERSON Roger, L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil, Revue trimestrielle de droit civil 68 (1970), p. 661.

- NERSON Roger, Le respect par le médecin de la volonté du malade, in *Mélanges Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, p. 853.
- PENNEAU Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, 1973.
- PENNEAU Jean, *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, Paris, 1975.
- PENNEAU Jean, *La responsabilité médicale*, Paris, 1977.
- PHARON Hicham, *Responsabilité civile du médecin en droit français*, thèse, Lausanne, 1961.
- PORTES Louis, *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris, 1949.
- ROCHE Louis, MALICIER Daniel, MAISONNEUVE Pascale (Eds), *Droit de l'homme et médecine*, Paris, 1984.
- ROUZIOUX Jean-Marc, *Les essais des nouveaux médicaments chez l'homme*, Paris, 1978.
- ROUZIOUX Jean-Marc, Aspects juridiques et éthiques de l'expérimentation clinique des nouveaux médicaments, in *Droit de l'homme et médecine*, L. Roche, D. Malicier, P. Maisonneuve (Eds), Paris, 1984, p. 103.
- SAVATIER René, Impérialisme médical sur le terrain du droit: le permis d'opérer et les pratiques américaines, *Dalloz* 1952 Chron. 157.
- SAVATIER René, Au confluent de deux humanismes: entente et mésentente entre médecins et juristes, in *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2<sup>e</sup> série, Paris, 1959, p. 234.
- SAVATIER René, AUBY Jean-Marie, SAVATIER Jean, PÉQUIGNOT Henri, *Traité de droit médical*, Paris, 1956.
- SORGUES M., Application du droit à la médecine, in *Droit de l'homme et médecine*, L. Roche, D. Malicier, P. Maisonneuve (Eds), Paris, 1984, p. 133.
- THOUVENIN Dominique, *Le secret médical et l'information du malade*, Lyon, 1982.
- DE TOUZALIN Hubert, Refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort, *J.C.P.* 1974 I 2672.
- VIDAL J., CARLOTTI J.-P., Le consentement du malade à l'acte médical, in *Premier congrès international de morale médicale*, Paris, 1955, tome 1: Rapports, 1955, p. 75.

## DROIT ALLEMAND

- AHRENS Hans-Jürgen, Ärztliche Aufzeichnungen und Patienteninformationen – Wegmarken des BGH, *NJW* 1983, p. 2609.
- BAUER Karl-Heinrich, Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in medizinischer Sicht, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, Munich, 1979, p. 497.
- BAUR Ulrich, HESS Rainer, *Arzthaftpflicht und ärztliches Handeln*, Bâle/Wiesbaden, 1982.
- BOCHNIK H. J., GÄRTNER H., RICHTBERG W., Ärztliche Aufklärung zwischen Vertrauen und Alibi. Einseitiges Rechtsdenken schädigt die Heilkunst, *VersR* 1981, p. 793.
- BOCKELMANN Paul, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, *NJW* 1961, p. 945.
- BODENBURG Reinhardt, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprätogative, *NJW* 1981, p. 601.
- BÖSCHE J. W., Aufklärung des Patienten über das Für und Wider einer stationären Behandlung, *Deutsches Ärzteblatt* 1984, p. 829.
- BRÜGMANN Walter, Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, *NJW* 1977, p. 1473.
- CAESAR Barbara, *Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen an Kindern*, thèse, Tübingen, 1963.
- DEUTSCH Erwin, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, *NJW* 1979, p. 1905.
- DEUTSCH Erwin, Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, *NJW* 1980, p. 1305.
- DEUTSCH Erwin, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes. Ethische und rechtliche Grundlagen der Information des Patienten, *VersR* 1981, p. 293.
- DEUTSCH Erwin, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, *NJW* 1982, p. 2585.

- DEUTSCH Erwin, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin, 1983.
- DEUTSCH Erwin, Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, p. 1802.
- DUNZ Walter, *Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung*, Karlsruhe, 1974.
- EBERBACH Wolfram, SCHULER Heinz, Zur Aufklärungspflicht bei psychologischen Experimenten, Juristenzeitung 37 (1982), p. 356.
- EBERBACH Wolfram, Die Aufklärung des Patienten vor dem Hintergrund der Einstellung zum Tod, MedR 1984, p. 201.
- ENGISCH Karl, Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in rechtlicher Sicht, in Festschrift für Paul Bockelmann, Munich, 1979, p. 519.
- ENGISCH Karl, HALLERMANN Wilhelm, *Ärztliche Aufklärungspflicht aus ärztlicher und rechtlicher Sicht*, Cologne, 1970.
- FRANZKI Dietmar, *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess*, Berlin/Munich, 1982.
- FRANZKI Harald, *Der Arzthaftungsprozess*, Karlsruhe, 1984.
- FÜLLGRAF Lutz, Zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1984, p. 2619.
- GEILEN Gerd, *Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht*, Bielefeld, 1963.
- GIESEN Dieter, Arzthaftungsrecht im Umbruch (II) – Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung seit 1974, Juristenzeitung 37 (1982), p. 391.
- GIESEN Dieter, *Wandlungen des Arzthaftungsrechts*, Tübingen, 1983.
- GRÖMIG Ursula, Die Verordnung der Anti-Baby-Pille durch den Arzt, insbesondere an Minderjährige, NJW 1971, p. 233.
- GRÜNWALD Gerald, Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in *Arzt und Recht. Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit*, Hans Göppinger (Hrsg.), Munich, 1966, p. 125.
- HEIM Wilhelm (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht* (7. Symposium der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für Juristen und Ärzte), Cologne, 1984.
- HIRSCH Günter, WEISSAUER Walther, Kausalitätsprobleme beim Aufklärungsmangel, MedR 1983, p. 41.
- HOFMANN Edgar, Zur Beweislastumkehr bei Verletzung vertraglicher Aufklärungs- oder Beratungspflichten, NJW 1974, p. 1641.
- HOHLOCH Gerhard, Ärztliche Dokumentation und Patientenvertauen, NJW 1982, p. 2577.
- HOLLMANN Angela, *Aufklärungspflicht des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der Neurochirurgie*, these, Würzburg, 1969.
- HOLLMANN Angela, Das ärztliche Gespräch mit dem Patienten, NJW 1973, p. 1393.
- JUNG Heike, SCHREIBER Hans Wilhelm (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, Stuttgart, 1981.
- KAUFMANN Franz-Joseph, *Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozess*, these, Cologne, 1984.
- KAUFMANN Franz-Xaver (Hrsg.), *Ärztliches Handeln zwischen Paragraphen und Vertrauen*, Düsseldorf, 1984.
- KERN Bernd-Rüdiger, LAUFS Adolf, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, Berlin, 1983.
- KESSELRING Karl, *Die Beweislastverteilung in Arzthaftungsprozessen*, these, Würzburg, 1981.
- KLEINEWEFERS Herbert, Zur Aufklärung des Patienten, VersR 1981, p. 99.
- KÖHLE K., Aufklärung von Patienten in fortgeschrittenem Krebsstadium, Münchner Medizinische Wochenschrift 1984, p. 214.
- KOHLHAAS Max, Zur Einwilligung Minderjähriger in ärztlich indizierte Eingriffe, Deutsche Medizinische Wochenschrift 93 (1968), p. 2088.
- KUHLENDahl Hans, Die ärztliche Aufklärungspflicht oder der kalte Krieg zwischen Juristen und Ärzten, Deutsche Ärzteblätter 1978, p. 1984.
- KUHLMANN Goetz-Joachim, Zur ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1973, p. 2239.
- LAUFS Adolf, Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge, NJW 1974, p. 2025.

- LAUFS Adolf, Die Entwicklung des Arztrechts: 1984/85, NJW 1985, p. 1361; 1983/84, NJW 1984, p. 1383; 1982/83, NJW 1983, p. 1345; 1981/82, NJW 1982, p. 1319; 1980/81, NJW 1981, p. 1289; 1979/80, NJW 1980, p. 1315; 1978/79, NJW 1979, p. 1230; 1977/78, NJW 1978, p. 1177; 1976/77, NJW 1977, p. 1081; 1975/76, NJW 1976, p. 1121.
- LAUFS Adolf, Grundlagen des Arztrechtes, in Festgabe für Herbert Weitnauer, Berlin, 1980, p. 363.
- LAUFS Adolf, *Arztrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Munich, 1984.
- LAWIN Peter, HUTH Hanno (Hrsg), *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht*, Interdisziplinäre Tagung in Münster, Stuttgart, 1982.
- LINZBACH Moritz, Ärztliche Aufklärungspflicht gegenüber Ausländern, Das Krankenhaus 1984/85, p. 213.
- REITELMANN A., *Die ärztliche Aufklärungspflicht und ihre Begrenzung*, thèse, Hambourg, 1965.
- RIEGER Hans-Jürgen, *Lexikon des Arztrechts*, Berlin, 1984.
- SCHLOSSHAUER-SELBACH Stefan, Typologie der ärztlichen Aufklärungspflicht, Deutsche Richterzeitung 60 (1982), p. 326.
- SCHLOSSHAUER-SELBACH Stefan, Zurechnungszusammenhang und Selbstbestimmung bei ärztlicher Aufklärung, NJW 1985, p. 660.
- SCHLUND G., Die ärztliche Aufklärungspflicht im Spannungsfeld der Gerichte und der Ärzteschaft, VersR 1977, p. 496.
- SCHMID Hugo, Die Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, p. 2601.
- SCHMIDT Eberhard, *Empfiehl es sich, dass der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?* Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Tübingen, 1962.
- SCHUCK Martin, *Strafrechtliche Bedeutung der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der kosmetischen Chirurgie*, thèse, Munich, 1980.
- SCHÜNEMANN Hermann, Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, VersR 1981, p. 306.
- SCHWAB Peter, KRAMER Eugen, KRIEGLSTEIN Günter, *Rechtliche Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht*, Heidelberg, 1983.
- SIGEL Walter, Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht im Strafvollzug? NJW 1984, p. 1390.
- SPANN Wolfgang, LIEBHARDT Erich, BRAUN Werner, Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Willensfreiheit des Patienten, in Festschrift für Paul Bockelmann, Munich, 1979, p. 487.
- STEFFEN Erich, Der «verständige Patient» aus der Sicht des Juristen, MedR 1983, p. 88.
- TEMPEL Otto, Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW 1980, p. 609.
- TROCKEL Horst, Die Einwilligung Minderjähriger in den ärztlichen Heileingriff, NJW 1972, p. 1493.
- TRÖNDLE H., Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Wohltat oder Plage? Monatsschrift für deutsches Recht 1983, p. 881.
- TROSCHKE Jürgen, SCHMIDT Helmut (Hrsg), *Ärztliche Entscheidungskonflikte*, Stuttgart, 1983.
- UHLENBRUCK Wilhelm, Die Einwilligung in ärztliche Heileingriffe bei minderjährigen Patienten, Deutsche Medizinische Wochenschrift 102 (1977), p. 65.
- VOGELER Michael, *Das Verhältnis von Arzthaftung und Arzneimittelhaftung*, thèse, Göttingen, 1983.
- WACHSMUTH Werner, Ein falsches Bild vom Patienten und seiner Belastbarkeit, NJW 1982, p. 686.
- WACHSMUTH Werner, SCHREIBER Hans-Ludwig, Das Dilemma der ärztlichen Aufklärung, NJW 1981, p. 1985.
- WILHELM Edmund, *Ist das therapeutische Privileg der Nichtaufklärung zugunsten des Patienten als zulässig anzusehen?* thèse, Würzburg, 1981.

- WINKHAUS Dietrich, *Die Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen als zivilrechtliches Problem*, thèse, Münster, 1970.
- ZIEGLER Arthur, *Die Aufklärung des Patienten in ihrer Bedeutung für das ärztliche Handeln*, thèse, Munich, 1962.

## DROIT AMÉRICAIN

- ABBOT Lisa, Abortion regulation: the circumscription of state intervention by the doctrine of informed consent, 15 *Georgia Law Review* 681 (1981).
- ABRAMSON Norman, MEISEL Alan, SAFAR Peter, Informed consent in resuscitation research, 246 *J.A.M.A.* 2828 (1981).
- ABROMOVITZ Joseph, MCGOVERN James, Informed consent in Massachusetts—the patient's right of self determination, 27 *Boston Bar Journal* n° 6, p. 25 (1983).
- ALFIDI Ralph, Controversy, alternatives, and decisions in complying with the legal doctrine of informed consent, 114 *Radiology* 231 (1975).
- ANDREWS Lori, Informed consent statutes and the decisionmaking process, 5 *Journal of Legal Medicine* 163 (1984).
- ANNAS George, Avoiding malpractice suits through the use of informed consent, 1977 *Legal Medicine Annual* 219.
- ANNAS George, DENSBARGER Joan, Competence to refuse treatment: autonomy v. paternalism, 15 *University of Toledo Law Review* 561 (1984).
- ANNAS George, GLANTZ Leonard, KATZ Barbara, *Informed consent to human experimentation: the subject's dilemma*, Cambridge, Ma, 1977.
- BAILEY Charles, Informed consent, 1978 *Legal Medicine Annual* 273.
- BAMBERG Daniel, Informed consent after Cobbs—Has the patient been forgotten? 10 *San Diego Law Review* 913 (1973).
- BARBER Bernard, *Informed consent in medical therapy and research*, New Brunswick, N.J., 1980.
- BARBOUR G., BLUMENKRANTZ M., Videotape aids informed consent decision, 240 *J.A.M.A.* 2741 (1978).
- BARON Charles, Medicine and human rights: emerging substantive standards and procedural protections for medical decision making within the American family, in *The resolution of family conflicts*, John Eekelaar, Sanford Katz (Eds), Toronto, 1984, p. 575.
- BEECHER Henry, *Research and the individual*, Boston, 1970.
- BELOUD Robert, The growing importance of informed consent, 8 *Lincoln Law Review* 115 (1972).
- BERGLER Jane, PENNINGTON A. Cleo, METCALFE Madeline, FREIS Edward, Informed consent: how much does the patient understand? 27 *Clinical Pharmacology and Therapeutics* 435 (1980).
- BORAK Jonathan, VEILLEUX Suzanne, Informed consent in emergency settings, 13 *Annals of Emergency Medicine* 731 (1984).
- BRACKSHAW Susan, Health care of children over objections of the parents: clash of rights, 2 *Medical Law* 221 (1983).
- BROWN Rowine, TRUITT Richard, The right of minors to medical treatment, 28 *De Paul Law Review* 289 (1979).
- BRUCE Christopher, Testing the hypothesis of common law efficiency: the doctrine of informed consent, 6 *Research in Law and Economics* 227 (1984).
- BUCHANAN Allen, Medical paternalism, 7 *Philosophy and Public Affairs* 370 (1978).
- BUCKLIN Robert, JOHNSON Spencer, Informed consent—a new approach to the problem, 4 *Jus Medicum* 31 (1979).
- BURSTEIN Carole, Medical malpractice: a move toward strict liability, 21 *Loyola Law Review* 194 (1975).
- BUTLER Edward, MILLER Donna, Uninformed consent, 19 *Tennessee Bar Journal* n° 1, p. 20 (1983).

- CAPRON Alexander, Informed consent in catastrophic disease research and treatment, 123 *University of Pennsylvania Law Review* 340 (1974).
- CAPRON Alexander, Uniform Law Commissioners' Model Health-Care Consent Act: considerations against adoption, 4 *Journal of Legal Medicine* 513 (1983).
- CASSILETH Barrie, ZUPKIS Robert, SUTTON-SMITH Katherine, MARCH Vicky, Informed consent—Why are its goals imperfectly realized? 302 *N.E.J.M.* 896 (1980).
- CHUANG M., MAN P., Informed consent—Ethical considerations, 2 *Medical Law* 19 (1983).
- CURRAN William, A problem of consent: kidney transplants in minors, 34 *New York University Law Review* 891 (1959).
- CUSHING Maureen, Informed consent. An MD responsibility? 84 *American Journal of Nursing* 437 (1984).
- DAVIS Sonya, The refusal of life-saving medical treatment vs. the state's interest in the preservation of life: a clarification of the interests at stake, 58 *Washington University Law Quarterly* 85 (1980).
- DEMBITZ Nanette, The Supreme Court and a minor's abortion decision, 80 *Colorado Law Review* 1251 (1980).
- DOUDERA A. Edward, PETERS J. Douglas (Eds), *Legal and ethical aspects of treating critically and terminally ill patients*, Ann Harbor, Mich., 1982.
- DRANE James, Competency to give an informed consent, 252 *J.A.M.A.* 925 (1984).
- DREW Katherine-Marie, When minors seek medical treatment on their own behalf, 2 *Medical Law* 209 (1983).
- EDWARDS Stephen, Failure to inform as medical malpractice, 23 *Vanderbilt Law Review* 754 (1970).
- ENGUM Eric, Expanding the minor's right to consent to non-emergency health care. A psycho-legal rationale, 3 *Journal of Legal Medicine* 557 (1982).
- EPSTEIN Lynn, LASAGNA Louis, Obtaining informed consent: form or substance, 123 *Archives of Internal Medicine* 682 (1969).
- EWALD Linda, Medical decisionmaking for children: an analysis of competing interests, 25 *Saint Louis University Law Journal* 689 (1982).
- FADEN Ruth, Disclosure and informed consent: does it matter how we tell it? 5 *Health Education Monographs* 198 (1977).
- FADEN Ruth, BEAUCHAMP Tom, Decisionmaking and informed consent: a study of the impact of disclosed information, 7 *Social Indicators Research* 313 (1980).
- FADEN Ruth, LEWIS Carol, BECKER Catherine, FADEN Alan, FREEMAN John, Disclosure standards and informed consent, 6 *Journal of Health, Politics, Policy and the Law* 255 (1981).
- FELD Daniel, Necessity and sufficiency of expert evidence to establish existence and extent of physician's duty to inform patient of risks of proposed treatment, 52 *A.L.R.3d* 1084 (1973) et 52 *A.L.R.3d* Supplement 44 (1984).
- FELD Daniel, Malpractice: physician's duty to inform patient of nature and hazards of treatment in pregnancy and childbirth cases under the doctrine of informed consent, 69 *A.L.R.3d* 1250 (1976) et 69 *A.L.R.3d* Supplement 38 (1984).
- FELD Daniel, Malpractice: physician's duty to inform patient of nature and hazards of radiation or X-ray treatments under the doctrine of informed consent, 69 *A.L.R.3d* 1223 (1976) et 69 *A.L.R.3d* Supplement 37 (1984).
- FELLNER Carl, MARSHALL John, Kidney donors—The myth of informed consent, 126 *American Journal of Psychiatry* 1245 (1970).
- FIERSTEIN Ronald, Who's afraid of informed consent? An affirmative approach to the medical malpractice crisis, 44 *Brooklyn Law Review* 241 (1978).
- FLASTER Donald, *Malpractice*, New York, 1983.
- FLETCHER John, The evolution of the ethics of informed consent, 128 *Progress in Clinical and Biological Research* 187 (1983).
- POST Norman, A surrogate system for informed consent, 233 *J.A.M.A.* 800 (1975).
- FOWLER Mark, Appointing an agent to make medical treatment choices, 84 *Columbia Law Review* 985 (1984).

- FRANTZ Laurent, Modern status of view as to general measure of physician's duty to inform patient of risks of proposed treatment, 88 A.L.R.3d 1008 (1978) et 88 A.L.R.3d Supplement (1984).
- FRENKEL David, Consent of incompetents (minors and mentally ill) to medical treatment, 1 Legal Medical Quarterly 187 (1977).
- FRIES James, LOFTUS Elizabeth, Informed consent: right or rite? 29 A Cancer Journal for Clinicians 316 (1979).
- FURLOW Terrance, Consent for minors to participate in nontherapeutic research, 1980 Legal Medicine Annual 261 (1980).
- FURROW Barry, Informed consent: a thorn in medicine's side? an arrow in law's quiver? 12 Law, Medicine & Health Care 268 (1984).
- GAUVEY S., LEVITON S., SHUGER N., SYKES J., Informed and substitute consent to health care procedures: a proposal for state legislation, 15 Harvard Journal on Legislation 431 (1978).
- GAYLIN Willard, MACKLIN Ruth (Eds), *Who speaks for the child?* New York, 1982.
- GERTSON Linda, McNAMARA J. Regis, Factors influencing a person's reaction to informed consent, 54 Psychological Reports 112 (1984).
- GOLAN J., BEN-HUR N., Informed consent in plastic surgery, 2 Medical Law 113 (1983).
- GOLDSMITH Lee, Informed consent and the consent form: a practical approach, 10 Legal Aspects of Medical Practice 4 (1982).
- GOLDSTEIN Joseph, Medical care for the child at risk: on State supervision of parental autonomy, 86 Yale Law Journal 645 (1977).
- GOULDEN Paula, NAITOVE Benjamin, *Medical science and the law*, New York, 1984.
- GREENLAW Jane, Should hospitals be responsible for informed consent? 11 Law, Medicine and Health Care 173 (1983).
- GRUNDNER T., On the readability of surgical consent forms, 302 N.E.J.M. 900 (1980).
- GUTHEIL Thomas, BURSZTAJN Harold, BRODSKY Archie, Malpractice prevention through the sharing of uncertainty, 311 N.E.J.M. 49 (1984).
- HAGMANN Donald, The medical patient's right to know: report on a medical-legal-ethical, empirical study, 17 U.C.L.A. Law Review 758 (1970).
- HALLIGAN Patrick, The standard of disclosure by physicians to patients: competing models of informed consent, 41 Louisiana Law Review 9 (1980/81).
- HELFAND Mark, Understanding how physicians think: medical decisionmaking and informed consent, 46 Pharos n° 4, p. 31 (1983).
- HIRSH Harold, SHAPIRO Deborah, LUSTIG Joseph, *Res ipsa loquitur* and medical malpractice—Does it really speak for the patient? 1984 Medical Trial Technique Quarterly 410.
- HIRSHBERG Beth, Who speaks for the child and what are his rights? A proposed standard for evaluation, 4 Law & Human Behavior 217 (1980).
- HOLDER Angela, *Legal issues in pediatrics and adolescent medicine*, New York, 1977.
- HOLDER Angela, *Medical malpractice law*, 2<sup>e</sup> éd., New York, 1978.
- HOLLANDER R., Changes in the concept of informed consent in medical encounters, 59 Journal of Medical Education 783 (1984).
- HOLT John, The right of children to informed consent, in *Research on Children*, Jan van Eys (Ed.), Baltimore, 1978, p. 5.
- HOSFORD Bowen, *Making your medical decisions*, New York, 1982.
- HOWARD Jan, DeMETS David, How informed is informed consent? 2 Controlled Clinical Trials 287 (1981).
- INGELFINGER F., Informed (but uneducated) consent, 287 N.E.J.M. 465 (1972).
- KATZ Jay, CAPRON Alexander, *Catastrophic diseases: who decides what?* New York, 1975.
- KATZ Jay, Informed consent—A fairy tale?: Law's vision, 39 University of Pittsburgh Law Review 137 (1977).
- KATZ Jay, Disclosure and consent: in search of their roots, in *Genetics and the law II*, Aubrey Milunsky, George Annas (Eds), New York, 1980, p. 122.

- KATZ Jay, *The silent world of doctor and patient*, New York, 1984.
- KAUFER David, STEINBERG Erwin, TONEY Sarah, Revising medical consent forms—an empirical model and test, 11 *Law, Medicine and Health Care* 155 (1983).
- KAUFMANN Caroline, ROTH Loren, LIDZ Charles, MEISEL Alan, Informed consent and patient decisionmaking—The reasoning of law and psychiatry, 4 *International Journal of Law and Psychiatry* 345 (1981).
- KEITER Robert, Privacy, children, and their parents: reflections on and beyond the Supreme Court's approach, 66 *Minnesota Law Review* 459 (1981/82).
- KELLY William, The physician, the patient, and the consent, 8 *University of Kansas Law Review* 405 (1960).
- KESSENICK Laurence, MANKIN Peter, Medical malpractice: the right to be informed, 8 *University of San Francisco Law Review* 261 (1973).
- KIRBY M. D., Informed consent: what does it mean? 9 *Journal of Medical Ethics* 69 (1983).
- KOOPERSMITH Eve, Informed consent: the problem of causation, 3 *Medical Law* 231 (1984).
- KRUEGER James, Informed consent by videotape, 4 *Trial Diplomacy Journal* n° 3, p. 40 (1981).
- KUSSMAN Russel, Informed consent: new rulings, new concepts, new terms, 9 *Legal Aspects of Medical Practice* n° 9, p. 3 (1981).
- LeBLANG Theodore, Informed consent—duty and causation: a survey of recent developments, 18 *Forum* n° 2, p. 280 (1983).
- LEVINE Robert, Informed consent in research and practice. Similarities and differences, 143 *Archives of Internal Medicine* 1229 (1983).
- LIDZ Charles, MEISEL Alan, OSTERWEIS Marian, HOLDEN Janice, MARX John, MUNETZ Mark, Barriers to informed consent, 99 *Annals of Internal Medicine* 539 (1983).
- LIDZ Charles, MEISEL Alan, ZERUBAVEL Eviatar, CARTER Mary, SESTAK Regina, ROTH Loren, *Informed consent: a study of decisionmaking in psychiatry*, New York, 1984.
- LUDLAM James, *Informed consent*, Chicago, 1978.
- McCLELLAN Frank, Informed consent to medical therapy and experimentation: the case for invoking punitive damages to deter impingement of individual autonomy, 3 *Journal of Legal Medicine* 81 (1982).
- McCOID Allan, A reappraisal of liability for unauthorized medical treatment, 41 *Minnesota Law Review* 381 (1957).
- MACKLIN Ruth, Some problems in gaining informed consent from psychiatric patients, 31 *Emory Law Journal* 345 (1982).
- MALDONADO J., Strict liability and informed consent: don't say I didn't tell you so, 9 *Akron Law Review* 609 (1976).
- MALONE Mary, Informed consent and hospital consent forms: paper chasing in a video world, 61 *University of Detroit Journal of Urban Law* 105 (1983).
- MARTIN Georges, Informed consent and medical experimentation, 3 *Iustitia* n° 1, p. 29 (1975).
- MEISEL Alan, The expansion of liability for medical accidents: from negligence to strict liability by way of informed consent, 56 *Nebraska Law Review* 51 (1977).
- MEISEL Alan, The exceptions to the informed consent doctrine: striking a balance between competing values in medical decisionmaking, 1979 *Wisconsin Law Review* 413.
- MEISEL Alan, KABNICK Lisa, Informed consent to medical treatment: an analysis of recent legislation, 41 *University of Pittsburgh Law Review* 406 (1980).
- MEISEL Alan, ROTH Loren, Toward an informed discussion of informed consent: a review and critique of the empirical studies, 25 *Arizona Law Review* 265 (1983).
- MEISEL Alan, ROTH Loren, LIDZ Charles, Toward a model of the legal doctrine of informed consent, 134 *American Journal of Psychiatry* 285 (1977).

- MELTON Gary, KOOSCHER Gerald, SAKS Michael (Eds), *Children's competence to consent*, New York, 1983.
- MICHAELS Thomas, OETTING E., The informed consent dilemma: an empirical approach, 109 *Journal of Social Psychology* 223 (1979).
- MILLER Leslie, Informed consent, 244 *J.A.M.A.* 2100, 2347, 2556, 2661 (1980).
- MILLER Robert, *Problems in hospital law*, 4<sup>th</sup> ed., Rockville, Md., 1983.
- MILLER Robert, WILLNER Henry, The two-part consent form: A suggestion for promoting free and informed consent, 290 *N.E.J.M.* 964 (1974).
- MONTANGE Charles, Informed consent and the dying patient, 83 *Yale Law Journal* 1632 (1974).
- MORRIS Louis, KANOUSE David, Informing patients about drug side effects, 5 *Journal of Behavioral Medicine* 363 (1982).
- MORROW Gary, How readable are subject consent forms? 244 *J.A.M.A.* 56 (1980).
- MORTON James, Informed consent and the material risk standard: a modest proposal, 12 *Pacific Law Journal* 915 (1981).
- MURPHY Jeffrie, Therapy and the problem of autonomous consent, 2 *International Journal of Law and Psychiatry* 415 (1979).
- MYERS Michael, Informed consent in medical malpractice, 55 *California Law Review* 1396 (1967).
- NORRIS John, CARROLL Katen, WATSON Bruce, Refusal of treatment—incompetent minors—parents' rights, 2 *American Journal of Law and Medicine* 382 (1980).
- NOTE, Restructuring informed consent: legal therapy for the doctor-patient relationship, 79 *Yale Law Journal* 1533 (1970).
- NOTE, Informed consent—A proposed standard for medical disclosure, 48 *New York University Law Review* 548 (1973).
- NOTE, Informed consent: the illusion of patient choice, 23 *Emory Law Journal* 503 (1974).
- NOTE, Parental consent requirements and privacy rights of minors: the contraceptive controversy, 88 *Harvard Law Review* 1001 (1975).
- NOTE, When the truth can hurt: patient-mediated informed consent in cancer therapy, 9 *U.C.L.A.—Alaska Law Review* 143 (1980).
- OPPENHEIM Milton, Informed consent to medical treatment, 11 *Cleveland-Marshall Law Review* 249 (1962).
- PENMAN Doris, HOLLAND Jimmie, BAHNA Geraldine, MORROW Gary, SCHMALE Arthur, DEROGATIS Leonard, CARNRIKE Charles, CHERRY Roxanne, Informed consent for investigational chemotherapy: patients' and physicians' perceptions, 2 *Journal of Clinical Oncology* 849 (1984).
- PICKLE Jerry, Uniform Law Commissioners' Model Health-Care Consent Act: considerations in favor of adoption, 4 *Journal of Legal Medicine* 501 (1983).
- PILPEL Harriet, Minors' right to medical treatment, 36 *Albany Law Review* 462 (1971/72).
- PLANT Marcus, An analysis of informed consent, 36 *Fordham Law Review* 639 (1968).
- PLANT Marcus, The decline of informed consent, 35 *Washington & Lee Law Review* 91 (1978).
- PLOTKIN Robert, When rights collide: parents, children, and consent to treatment, 6 *Journal of Pediatric Psychology* 121 (1981).
- POLEWSKI John, Texas adopts an objective standard of medical disclosure: is there a reasonable layperson in the house? 15 *Texas Tech Law Review* 389 (1984).
- POWELL Robert, Consent to operative procedures, 21 *Maryland Law Review* 189 (1961).
- POZGAR George, *Legal aspects of health care administration*, 2<sup>nd</sup> ed., Rockville, Md., 1983.
- PRESIDENT'S COMMISSION for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research, *Making health care decisions*, vol. 1: Report; vol. 2: Appendices (Empirical studies on informed consent); vol. 3: Appendices (Studies on the foundations of informed consent), Washington, 1982.
- PROSSER William, KEETON W. Page, *The law of torts*, 5<sup>th</sup> ed., Saint Paul, Minn., 1984.

- QUINTILIAN Patricia, Unnecessary hysterectomy: the lack of informed consent, 13 Golden Gate University Law Review 573 (1983).
- RAITT G. Emmet, The minor's right to consent to medical treatment: a corollary of the constitutional right of privacy, 48 Southern California Law Review 1417 (1975).
- RAMSEY Paul, *The patient as person*, New Haven, 1970.
- RAUZI Edwin, Informed consent in Washington: expanded scope of material facts that the physician must disclose to his patient, 55 Washington Law Review 655 (1980).
- RAVITCH Mark, Informed consent—Descent to absurdity, 101 Medical Times n° 9, p. 164 (1973).
- RECHER Bruce, Informed consent liability, 26 Drake Law Review 696 (1976/77).
- RICHARDS III Edward, RATHBUN Katharine, Informed consent and the Texas Medical Disclosure Panel, 46 Texas Bar Journal 349 (1983).
- RIGA Peter, Informed consent, 10 Lincoln Law Review 159 (1977).
- RISKIN Leonard, Informed consent: looking for the action, 1975 University of Illinois Law Forum 580.
- ROBERTSON John, Organ donations by incompetents and the substituted judgment doctrine, 76 Columbia Law Review 48 (1976).
- ROCKWELL Don, PEPITONE-ROCKWELL Frances, The emotional impact of surgery and the value of informed consent, 63 Medical Clinics of North America 1341 (1979).
- ROSENBERG Alan, Informed consent: the latest threat? 1 Journal of Legal Medicine n° 2, p. 17 (1980).
- ROSOFF Arnold, *Informed consent: a guide for health care providers*, Rockville, Md., 1981.
- ROTH Loren, LIDZ Charles, MEISEL Alan, SOLOFF Paul, KAUFMAN Kenneth, SPIKER Duane, FOSTER F. Gordon, Competency to decide about treatment or research: an overview of some empirical data, 5 International Journal of Law and Psychiatry 29 (1982).
- ROTH Loren, MEISEL Alan, LIDZ Charles, Tests of competency to consent to treatment, 134 American Journal of Psychiatry 279 (1977).
- SCHNEYER F., Informed consent and the danger of bias in the formation of medical disclosure practices, 1976 Wisconsin Law Review 124.
- SEIDELSON David, Medical malpractice: informed consent cases in "Full Disclosure" jurisdictions, 14 Duquesne Law Review 309 (1976).
- SEPLER Harvey, Professional malpractice litigation crises: danger or distortion? 15 Forum 493 (1980).
- SHAPIRO Herman, Drawing the line on voluntary consent, Rapport au 6<sup>e</sup> Congrès mondial de droit médical, Gent, 1982, tome I, 1982, p. 258.
- SHARTSIS Arthur, Informed consent: some problems revisited, 51 Nebraska Law Review 527 (1972).
- SHAUB Henri, The right to refuse medical treatment: under what circumstances does it exist? 18 Duquesne Law Review 607 (1980).
- SHER Elizabeth, Choosing for children: adjudicating medical care disputes between parents and the State, 58 New York University Law Review 157 (1983).
- SIMPSON Richard, Informed consent: from disclosure to patient participation in medical decisionmaking, 76 Northwestern University Law Review 172 (1981).
- SMITH Hubert, Therapeutic privilege to withhold specific diagnosis from patient sick with serious or fatal illness, 19 Tennessee Law Review 349 (1946).
- SPIRO Howard, Constraint and consent—On being a patient and a subject, 293 N.E.J.M. 1134 (1975).
- SPOONHOUR James, Psychosurgery and informed consent, 26 University of Florida Law Review 432 (1974).
- SPRING David, AKIN John, MARGULIS Alexander, Informed consent for intravenous contrast-enhanced radiography: a national survey of practice and opinion, 152 Radiology 609 (1984).
- STANLEY Barbara, GUIDO Jeanine, STANLEY Michael, SHORTELL DiAnn, The elderly patient and informed consent, 252 J.A.M.A. 1302 (1984).

- STEINBROOK Robert, LO Bernard, Decisionmaking for incompetent patients by designated proxy, 310 N.E.J.M. 1598 (1984).
- STEWART Larry, The duty of obtaining medical consent, 48 Florida Bar Journal 614 (1974).
- STONE Alan, Informed consent: special problems for psychiatry, 30 Hospital Community Psychiatry 321 (1979).
- STRONG Carson, Informed consent: theory and policy, 5 Journal of Medical Ethics 196 (1979).
- STRULL William, LO Bernard, CHARLES Gerald, Do patients want to participate in medical decision making? 252 J.A.M.A. 2990 (1984).
- SYMPOSIUM, Autonomy, paternalism, and community, 14 Hastings Center Report n° 5, p. 5 (1984).
- TANCREDI Laurence, Competency for informed consent: conceptual limits of empirical data, 5 International Journal of Law and Psychiatry 51 (1982).
- TAUB Sheila, Cancer and the law of informed consent, 10 Law, Medicine and Health Care 61 (1982).
- TRICHTER Joseph, Informed consent: the patient as an individual, 15 Forum 455 (1980).
- TRICHTER Joseph, LEWIS Peter, Informed consent: the three tests and a modest proposal for the reality of the patient as an individual, 21 South Texas Law Journal 155 (1981).
- VEATCH Robert, Limits of guardian treatment refusal: a reasonableness standard, 9 American Journal of Law and Medicine 427 (1984).
- VICTOR Michael, Informed consent, 1981 Medical Trial Technique Quarterly 138.
- VORYS Yolanda, The outer limits of parental autonomy: withholding medical treatment from children, 42 Ohio State Law Journal 813 (1981).
- WALTZ Jon, SCHEUNEMAN Thomas, Informed consent to therapy, 64 Northwestern University Law Review 628 (1970).
- WEINSTOCK Robert, COPELAN Russel, BAGHERI Abbas, Competence to give informed consent for medical procedures, 12 Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law 117 (1984).
- WEITHORN Lois, CAMPBELL Susan, The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions, 53 Child Development 1589 (1982).
- WETHMANN Barbara, *Medical malpractice law: how medicine is changing the law*, Lexington (Ma.), 1984.
- WHITE W., Informed consent: ambiguity in theory and practice, 8 Journal of Health, Politics, Policy and the Law n° 1, p. 99 (1983).
- WILKINS Lawrence, Children's rights: removing the parental consent barrier to medical treatment of minors, 1975 Arizona State Law Journal 31.
- WOODWARD William, Informed consent of volunteers: a direct measurement of comprehension and retention of information, 27 Clinical Research 248 (1979).
- ZERUBAVEL Eviatar, The bureaucratization of responsibility: the case of informed consent, 8 Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law 161 (1980).

## DROIT ANGLAIS

- BOYLE Charles, Difference between patients' and doctors' interpretation of some common medical terms, [1970] 2 British Medical Journal 286.
- BRAHAMS Diana, Informed consent does not demand full disclosure of risks, 51 Medico-Legal Journal 185 (1983).
- CAMPBELL Alistair, HIGGS Roger, *In that care. Medical ethics in everyday practice*, Londres, 1982.
- Lord DENNING, *The discipline of law*, Londres, 1979.
- DICKENS Bernard, The modern function and limits of parental rights, 97 Law Quarterly Review 462 (1981).
- DUGDALE A., STANTON K., *Professional negligence*, Londres, 1982.

- DUNSTAN G., SELLER Mary (Eds), *Consent in medicine. Convergence and divergence in tradition*, Oxford, 1983.
- FARNDAL William, *Law on hospital consent forms*, Beckenham, 1979.
- FOULKES David, Consent to medical treatment, 120 *New Law Journal* 194 (1970).
- JACKSON Rupert, POWELL John, *Professional negligence*, Londres, 1982.
- JACOB Joe, Biomedical law: lost horizons regained, 46 *Modern Law Review* 21 (1983).
- JONES Michael, Doctor knows best? 100 *Law Quarterly Review* 355 (1984).
- KENNEDY Ian, *The unmasking of medicine*, Londres, 1981.
- KENNEDY Ian, The patient on the Clapham Omnibus, Note of case, 47 *Modern Law Review* 454 (1984).
- McLEAN Sheila, McKAY Angus, Consent in medical practice, in *Legal issues in medicine*, S. McLean (Ed.), Aldershot, 1981, p. 96.
- MASON J., McCALL SMITH R. Alexander, *Law and medical ethics*, Londres, 1983.
- NORRIE Kenneth, Medical malpractice: the scope of informed consent in negligence, 32 *International and Comparative Law Quarterly* 229 (1983).
- POLANI Paul, The development of the concepts and practice of patient consent, in *Consent in medicine*, G. Dunstan, M. Sellar (Eds), Oxford, 1983, p. 57.
- ROBERTSON Gerald, Informed consent to medical treatment, 97 *Law Quarterly Review* 102 (1981).
- SAMUELS Alec, What the doctor must tell the patient, 22 *Medicine, Science and the Law* 41 (1982).
- SAMUELS Alec, Can a minor (under 16) consent to a medical operation? 13 *Family Law* 30 (1983).
- SKEGG P., Consent to medical procedures on minors, 36 *Modern Law Review* 370 (1973).
- SKEGG P., A justification for medical procedures performed without consent, 90 *Law Quarterly Review* 512 (1974).
- SKEGG P., Informed consent to medical procedures, 15 *Medicine, Science and the Law* 124 (1975).
- SKEGG P., *Law, ethics and medicine*, Oxford, 1984.
- SPELLER Sydney, *Law of doctor and patient*, Londres, 1973.
- TEFF Harvey, Consent to medical procedures: Paternalism, self-determination or therapeutic alliance? 101 *Law Quarterly Review* 432 (1985).
- WOOD Clive (Ed.), *The influence of litigation on medical practice*, Londres, 1977.

## DROIT CANADIEN

- AZARD Pierre, L'évolution actuelle de la responsabilité médicale au Canada, 10 *Revue internationale de droit comparé* 16 (1958).
- BRAZIER Margaret, Informed consent to surgery, 19 *Medicine, Science and the Law* 49 (1979).
- CASSWELL Donald, Recent developments in Canadian law relating to the liability of doctors and hospitals, Rapport au 6<sup>e</sup> Congrès mondial de droit médical, Gent, 1982, 4 *Jus Medicum* 175 (1984).
- CATTON Katherine, GRAHAM Wendy, KOULACK Estet, *Doctor's understanding of and practices regarding the law of minors' medical consent: a pilot study*, Toronto, 1979.
- CONSENT TO HEALTH CARE, Recueil d'articles publiés in 2 *Health Law in Canada* 52 (1981).
- CRÉPEAU Paul, Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien, 52 *Canadian Bar Review* 247 (1974).
- FERGUSON D., Informed consent to medical treatment, 5 *Advocates' Quarterly* 165 (1984).
- GILBORN D., Legal problems involved in the prescription of contraceptives to unmarried minors in Alberta, 12 *Alberta Law Review* 359 (1974).
- GOSSE R., Consent to medical treatment: A minor digression, 9 *University of British Columbia Law Review* 56 (1974).

- HOLLAND Richard, What is happening and what is ahead in medical malpractice, 5 *Health Law in Canada* n° 1, p. 5 (1984).
- LINDEN Allen, The patient, the doctor, and their duty to communicate with one another, 2 *Health Law in Canada* 57 (1981).
- MAGNET S. Rodgers, Legislating for an informed consent to medical treatment by competent adults, 26 *McGill Law Journal* 1056 (1981).
- MARSHALL T. David, *The physician and Canadian law*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, 1979.
- PATERSON Alex, Informed consent: the scope of the doctor's duty to disclose, 40 *Revue du Barreau québécois* 816 (1980).
- PICARD Ellen, The tempest of informed consent, in *Studies in Canadian tort law*, L. Klar (Ed.), Toronto, 1977, p. 129.
- PICARD Ellen, *Legal liability of doctors and hospitals in Canada*, Toronto, 1978.
- PICARD Ellen, Consent to medical treatment in Canada, 19 *Osgoode Hall Law Journal* 140 (1981).
- PICARD Ellen, Informed consent takes shape, 24 *Canadian Cases on the Law of Torts* 250 (1983).
- ROBERTSON Gerald, Informed consent in Canada: an empirical study, 22 *Osgoode Hall Law Journal* 139 (1984).
- ROZOVSKI Fay, *Consent to treatment: a practical guide*, Toronto, 1984.
- ROZOVSKI Lorne, Consent to treatment, 11 *Osgoode Hall Law Journal* 103 (1973).
- ROZOVSKI Lorne, Informed consent and investigational drugs, 1 *Legal-Medical Quarterly* 162 (1977).
- ROZOVSKI Lorne, ROZOVSKI Fay, *The Canadian law of patient records*, Toronto, 1984.
- SCALETTA Dean, Informed consent and medical malpractice: where do we go from here? 10 *Manitoba Law Journal* 289 (1980).
- SHARPE Gilbert, Informed consent: some consensus, more confusion, 3 *Canadian Lawyer* 10 (1979).
- SOMERVILLE Margaret, *Consent to medical care: a study paper prepared for the Law Reform Commission of Canada*, Ottawa, 1979.
- SOMERVILLE Margaret, Legal investigation of a medical investigation, 19 *Alberta Law Review* 171 (1981a).
- SOMERVILLE Margaret, Structuring the issues in informed consent, 26 *McGill Law Journal* 740 (1981b).
- SOMERVILLE Margaret, Therapeutic and non-therapeutic medical procedures—What are the distinctions? 2 *Health Law in Canada* 85 (1981c).
- SOMERVILLE Margaret, Therapeutic privilege: variation on the theme of informed consent, 12 *Law, Medicine and Health Care* 4 (1984).
- SYMPOSIUM ISSUE ON CONSENT, Recueil des contributions publiées in 1 *Health Law in Canada* 46 (1980).
- TOMKINS Barbara, Health care for minors: the right to consent, 40 *Saskatchewan Law Review* 41 (1974/75).
- WADLINGTON Walter, Minors and health care: the age of consent, 11 *Osgoode Hall Law Journal* 115 (1973).

## DROIT COMPARÉ

- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXVI, 1975, Paris, 1977.
- DEUTSCH E., SCHREIBER H.-L. (Eds), *Medical responsibility in Western Europe*, Berlin, 1985.
- EBERHARDT E., *Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands*, Karlsruhe, 1968.
- FLEMING John, *The law of torts*, 6<sup>e</sup> éd., Sydney, 1983.
- GHISEN Dieter, *Arzthaftungsrecht — Medical malpractice law*, Bielefeld, 1981.

- HONORÉ Anthony, *Causation and remoteness of damage*, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XI, Torts, chapter 7, Tübingen, 1971.
- LINZBACH Motitz, *Informed consent. Die Aufklärungspflicht des Arztes im amerikanischen und im deutschen Recht*, Frankfurt, 1980.
- de LOUSANOFF Oleg, *Facilitations of proof in medical malpractice cases. A comparative analysis of American and German law*, Frankfurt, 1982.
- McGREGOR Harvey, *Personal injury and death*, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XI, Torts, Chapter 9, Tübingen, 1972.
- MAEHLER Gisela, *Selbstbestimmung des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im deutschen und französischen Recht*, thèse, Munich, 1964.
- STOLL Hans, *Consequences of liability: remedies*, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XI, Torts, Chapter 8, Tübingen, 1972.
- WACHSMUTH Werner, *Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht im westeuropäischen Vergleich*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1984, p. 153.
- ZEPOS Panayotis, CHRISTODOULOU Phoebus, *Professional liability*, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XI, Torts, Chapter 6, Tübingen, 1978.