

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 avril 2008

# L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes

Petr Muzny

Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université de Savoie, professeur de droit à l'Université de Genève (Ecole de Traduction et d'Interprétation)

## Introduction

L'accession de l'adolescent à une vie d'adulte s'opère dans notre société de façon de plus en plus précoce. Il est dès lors normal que le droit médical tienne raisonnablement compte de cette émancipation. Dans son arrêt du 2 avril 2008, le Tribunal fédéral a précisément été confronté à la question de l'ampleur de la liberté à accorder au mineur dans ses prises de décisions médicales. La plus haute juridiction suisse s'est inspirée de cette évolution sociale pour rendre un arrêt qui apporte une pierre supplémentaire à la consécration progressive d'un régime d'autonomie du mineur proche de la majorité en matière médicale.

En l'espèce, une adolescente de 13 ans avait subi une lésion du coccyx lors d'une chute en cours de gymnastique. Après avoir consulté une doctoresse, l'adolescente, accompagnée de sa mère, se présenta chez un ostéopathe susceptible de repositionner le coccyx au moyen d'un toucher endo-rectal. Le praticien intervint à deux reprises. Durant ces manipulations, la patiente cria sans discontinuer et supplia l'ostéopathe d'arrêter. Ce dernier avait apparemment interprété ces suppliques comme une réaction normale causée par la douleur. En l'absence de succès, le praticien proposa à la patiente et à la mère de revenir. Au lieu de cela, quatre jours plus tard, la mère porta plainte auprès de la Société vaudoise de médecine.

Le chef du Département de la santé et de l'action sociale donna raison à la patiente en condamnant l'ostéopathe à une amende disciplinaire au motif qu'il aurait dû tenir compte du refus de l'adolescente.

Le Tribunal administratif confirma cette solution en considérant que la jeune patiente était capable de discernement au moment des faits et qu'elle n'avait pas donné son consentement libre et éclairé aux soins prodigués par l'ostéopathe.

Le Tribunal fédéral abonde dans le même sens. Il en profite pour nous éclairer sur le régime de liberté accordé au mineur (I), même si son interprétation laisse place à quelques ambiguïtés (II).

## I Le mineur majeur

En l'espèce, le TF prend bien soin d'aborder le contentieux comme il le ferait pour un adulte.

## Selbstbestimmung des minderjährigen Patienten – einige Fragen bleiben offen

**Muss der Arzt den Willen eines noch minderjährigen Patienten respektieren? Soll er dem Wunsch des Minderjährigen Folge leisten oder eher dem der gesetzlichen Vertreter? In seinem Entscheid vom 2. April 2008 gibt das Bundesgericht (BG) auf diese Frage eine klare Antwort. Ist die minderjährige Person urteilsfähig, so steht deren Wille gegenüber dem Arzt an erster Stelle, noch vor dem Willen der gesetzlichen Vertreter und dem des Arztes selbst.**

**Was ist aber unter dem Begriff der Urteilsfähigkeit zu verstehen? Wie kann der Arzt feststellen, dass der minderjährige Patient diese Fähigkeit besitzt? Gestützt auf frühere Rechtsprechungen und die Rechtsdoktrin gibt das BG dem Arzt praktische Beurteilungskriterien an die Hand.**

**Muss der Arzt den Willen des urteilsfähigen Jugendlichen aber auch dann respektieren, wenn dies schädliche therapeutische Wirkungen für den Patienten selbst hat? Hier ist die Antwort des BG nicht eindeutig. In diesem Beitrag gibt der Autor seine persönliche Meinung zu einer sinnvollen Lösung des Problems ab.**

Ce faisant, il place au cœur de son raisonnement le principe du consentement éclairé du patient (A) pour l'appliquer au cas d'espèce (B).

## A) La prééminence du principe du consentement éclairé du patient mineur

A l'instar du patient majeur, le mineur qui est doué de discernement a le choix d'accepter ou de refuser un traitement [1]. Cela signifie qu'il ne peut pas subir une atteinte à son intégrité corporelle hormis les cas où il y consent au préalable.

Correspondance:  
Prof. Petr Muzny  
Rue du Village 93  
CH-1214 Vernier  
petr.muzny@droit.unige.ch

Les nombreuses références du TF au droit international [2], au droit interne fédéral [3] et cantonal [4] et à la doctrine universitaire [5] ne laissent aucune place au doute. A partir du moment où le patient dispose de la faculté d'exprimer son opinion avec une maturité raisonnable pour le traitement concret à décider, le médecin est tenu de la respecter. C'est le fondement même de la relation médicale.

Partant, lorsque le médecin se trouve face à un patient mineur, il doit 1) l'informer des tenants et aboutissants de son intervention, 2) rechercher quelle est la volonté de son interlocuteur et 3) lorsque la position du patient est contraire à la sienne, déterminer si elle repose sur une capacité de discernement suffisante. En cas de réponse positive à cette dernière interrogation, le médecin agirait de manière illégale s'il devait passer outre à cette volonté.

Dès lors, qu'entend le droit par capacité de discernement?

Le TF ne fait que réitérer sa jurisprudence: «*Est capable de discernement au sens du droit civil celui qui a la faculté d'agir raisonnablement (art. 16 CC). Cette disposition comporte deux éléments, un élément intellectuel, la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé, et un élément volontaire ou caractériel, la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté*» [6].

Bref, être doué de discernement, c'est comprendre la situation médicale et, partant, exprimer un choix raisonnable en tenant compte de ces informations [7].

Mais alors, qu'est-ce qu'un choix raisonnable? Même pour le psychologue, la réponse n'est pas évidente d'autant que, dans ce type de situations, l'appréciation de ce caractère raisonnable intervient dans un contexte d'opposition entre la volonté du médecin et celle du patient. L'approche correcte consiste à évaluer le caractère raisonnable d'un choix en fonction des valeurs propres du patient mineur, à partir du moment où il comprend «*le sens, l'opportunité et les effets de l'acte*» proposé [8]. Si ce dernier est capable d'exprimer de manière logique sa position, quand bien même se fonderait-elle sur un postulat de départ différent de celui du médecin, le caractère raisonnable de son opinion doit être admis [9].

Tel patient privilégiera la rapidité du traitement au mépris de la douleur, tel autre fera un choix inverse. Tel patient préférera un traitement moins invasif, mais à première vue moins efficace, tel autre donnera la priorité au résultat, etc. Dans la mesure où il comprend les causes et les effets de son choix et qu'il assume ce dernier, son attitude est parée de raison.

C'est cette approche que le TF demande aux médecins de respecter tout en précisant que l'appréciation de l'existence du discernement d'un patient mineur doit se faire de manière concrète «*par rapport à un acte déterminé, en fonction de sa nature et de son importance, les facultés requises devant exister au moment de l'acte*» [10].

Cette méthode réaliste connaît un avantage et un inconvénient. D'un côté, elle permet de favoriser l'autonomie du mineur en fonction de ses capacités de discernement réelles. De l'autre, elle rend la détermination de cette capacité plus incertaine, car elle n'autorise pas le médecin à fixer *a priori* une limite d'âge au-delà ou en deçà de laquelle le mineur est doué de discernement ou non. Aussi, pour réduire un peu les risques d'imprévisibilité et suivant en cela la recommandation du professeur Guillod [11], le TF a souhaité fixer des périodes de minorité susceptibles d'éclairer le médecin dans son appréciation.

A l'instar de l'adulte dont la capacité de discernement est présumée, le mineur proche de l'âge adulte dispose à première vue de la faculté de faire des choix raisonnables.

En revanche, s'agissant d'un «*petit enfant*», le TF considère qu'il «*n'a pas la capacité de discernement nécessaire pour choisir un traitement médical*» [12].

Entre ces deux périodes, si l'enfant manifeste des velléités de choix, ce sera à lui de démontrer qu'il dispose de la faculté de discernement en fonction des circonstances.

## B) L'application du principe au cas d'espèce

Dans quelle tranche d'âge se situait l'adolescente de la présente affaire? Le Tribunal fédéral ne répond pas clairement à la question. Il semble hésiter à lui appliquer la présomption de discernement propre aux mineurs proches de l'âge adulte. Quoi qu'il en soit, après avoir apprécié les circonstances de l'espèce, le juge fédéral reconnaît la capacité de discernement de la mineure. Selon lui, «*la patiente était, à son âge, apte à comprendre les renseignements donnés successivement par chacun des deux praticiens, à saisir la lésion dont elle souffrait, à apprécier la portée du traitement proposé, ainsi que son alternative, et à communiquer son choix en toute connaissance de cause*» [13].

A la lumière de ces principes, les arguments présentés par le médecin ne pouvaient prospérer. En effet, l'ostéopathe affirmait qu'il ne serait pas intervenu s'il n'y avait pas eu 1) le comportement paniqué de l'adolescente se manifestant notamment par des pleurs lorsqu'elle apprit qu'elle ne pourrait pas monter pendant longtemps à cheval, ainsi que 2) l'attitude passive de la mère qui semblait accepter l'intervention.

Or, primo, l'existence de pleurs ne discrédite en rien la capacité de discernement d'une personne. D'ailleurs, ses sanglots n'empêchèrent pas l'adolescente d'exprimer clairement et à plusieurs reprises son refus du traitement. Le TF fut donc bien inspiré de ne pas faire dépendre la question du discernement des manifestations émotionnelles du patient. Faute de cela, les personnes mineures ou majeures présentant par exemple une forme d'hypersensibilité pourraient facilement être reléguées dans la catégorie d'incapables.

Secundo, aussi critiquable qu'elle fût, l'attitude consentante de la mère ne concernait en rien le choix de sa fille. A partir du moment où le mineur est doué de discernement, c'est lui qui devient l'interlocuteur direct du médecin et ce, malgré la présence du représentant légal. Le message est de bon sens. En cas de grossesse d'une adolescente douée de discernement, par exemple, il est impensable que le médecin se fie au choix de ses parents pour pratiquer ou non une IVG.

La volonté du TF d'attirer le mineur sous la protection du principe du consentement éclairé est donc évidente. A la lecture de ses motifs, il demeure cependant quelques ambiguïtés quant à la portée de ce principe.

## II Le mineur minoré?

Dans le cas d'un adulte, le principe du consentement éclairé du patient déploie pleinement ses effets. A partir du moment où le patient informé est doué de discernement et conscient, la nécessité de rechercher et d'obtenir son consentement constitue un «*droit absolu*». Aucune exception ne peut y déroger. Même des motifs sanitaires valables ou un état de nécessité ne peuvent justifier une intervention contre la volonté de l'intéressé [14]. Le TF a relevé que ce refus doit être respecté, alors même qu'un homme raisonnable aurait consenti à l'intervention médicale susceptible de prolonger sa vie ou même de le guérir. La liberté personnelle inclut le droit de vivre sa maladie comme on l'entend [15]. Toujours selon le juge fédéral, «*le droit d'autodétermination du patient est extrêmement large, [...] il inclut pour l'intéressé le refus de toutes mesures curatives, même si cela doit le conduire à la mort*» [16]. Ces principes ne trouvent leur limite que dans les cas de privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397 CC) et dans les cas de traitements forcés prévus par les droits cantonaux. Mais à nouveau, dans la plupart de ces cas, la personne ne dispose pas d'une faculté totale de discernement, d'où la possibilité de limiter sa liberté.

Qu'en est-il dès lors du mineur?

Il semble logique que si, dans un cas d'espèce, le mineur dispose de la faculté de discernement,

les effets du consentement éclairé devraient lui être appliqués. Dans ce cas, le médecin sera tenu de respecter pleinement la liberté du patient, à l'instar du patient adulte.

Apparemment, le TF ne remet pas en cause ce point dans son arrêt, faute de quoi il instaurerait deux régimes distincts à partir d'un seul et même principe, ce qui serait discriminatoire.

L'ambiguïté que véhicule cet arrêt provient plutôt du soin que prend le TF à moduler la reconnaissance de la capacité de discernement en fonction de la situation médicale. Ce dernier justifie en effet à plusieurs reprises l'existence de cette capacité en s'appuyant sur le fait qu'en l'espèce «*il ne s'agissait pas d'un traitement indispensable qui aurait dû être imposé ou pratiqué en urgence*» ou encore que «*l'intérêt thérapeutique du patient doit rester prépondérant dans tous les cas*» [17]. Le commentateur de cet arrêt ne peut donc s'empêcher d'en déduire que si l'adolescente, à qui la capacité de discernement fut ici clairement reconnue, s'était trouvée dans une situation médicale aux conséquences plus graves ou sans alternative thérapeutique, le TF ne serait probablement pas parvenu à la même conclusion.

Il est vrai que lorsqu'un patient refuse un traitement qui, aux yeux du médecin, constitue le seul et unique traitement salutaire, le médecin comme le juge peuvent légitimement avoir tendance à traduire ce refus comme une obstination irraisonnée, révélatrice d'une absence de capacité de discernement.

Mais tel n'est pas toujours le cas. L'on pense par exemple au cas où un mineur en phase terminale d'un cancer refuse une chimiothérapie douloureuse ou à celui d'un adolescent Témoin de Jéhovah atteint de leucémie, qui par conviction religieuse n'accepte pas de traitement à base de produit sanguin. Dans de tels cas, le choix du mineur engage vraisemblablement [18] son pronostic vital. Est-il pour autant incapable de discernement? La réponse dépend précisément de son degré d'autonomie qu'il incombe au médecin d'évaluer au cas par cas, en dehors de la pression familiale et/ou sociale [19]. Pour ceux qui ont déjà côtoyé ce genre de situations, il apparaît que bien souvent le mineur, mûri par un mal qu'il n'a pas choisi, dispose d'une capacité de discernement supérieure à la moyenne. Dans la mise en balance des valeurs qui lui sont propres, après avoir peut-être longuement soupesé les avantages et les inconvénients, préférera-t-il une meilleure qualité de vie physique ou spirituelle au détriment de la quantité des jours restants. Et même si la grande majorité de la population ferait un choix différent, le médecin (ou le juge)

peut-il le lui reprocher au point de nier son aptitude au discernement?

Aussi, même si les médecins devraient dans ce genre de situation apprécier avec le plus grand soin si le mineur patient dispose de cette faculté, il nous semble inapproprié de faire uniquement dépendre la solution à cette question de critères tels que la gravité de l'intervention ou de l'existence de traitements alternatifs. En pareil cas, il est fort probable que l'on tomberait dans une jurisprudence aussi irréaliste que celles des juridictions britanniques pour qui, un mineur à quelques mois de sa majorité et considéré comme *de facto* doué de discernement, ne peut jamais l'être *de jure* lorsque son choix est susceptible d'emporter pour lui des conséquences fatales [20].

Mais tout ceci est encore de la fiction. C'est maintenant aux médecins et au juge de faire preuve de discernement dans ce genre de situation.

#### Références

- 1 «L'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle, qui est un bien protégé par un droit absolu» (ATF 117 Ib 197 consid. 2a; ATF 113 Ib 420 consid. 2; ATF 112 II 118 consid. 5e).  
«Le médecin 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. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même s'ils ont été exécutés conformément aux règles de l'art» (arrêt 4P.265/2002 du 28 avril 2003, consid. 4.1, publié partiellement in RDAF 2003 I p. 635 ss; ATF 108 II 59 consid. 3 et les références).
- 2 L'art. 12 al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 2 novembre 1989 (RS 0.107) et l'art. 6 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine du 4 avril 1997, non encore ratifiée par la Suisse (FF 2002 p. 336 ss)
- 3 Parmi d'autres, l'art. 55 al. 1 let. c de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000: LPTh; RS 812.21, relative aux essais cliniques.
- 4 Référence étant faite à l'art. 23 de la loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP; RSV 800.01).
- 5 Olivier Guillod, «Le consentement éclairé du patient», thèse Neuchâtel 1986; Thommen M. Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter. Basler Studien zur Rechtswissenschaft. 2004;15:7ss.
- 6 ATF 124 III 5 consid. 1a p. 8; 117 II 231 consid. 2a p. 232 et les références citées.
- 7 Pour de plus amples précisions, voir l'article suivant: Wasserfallen J-B, Stiefel F, Clarke S, Crespo A. L'appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins. Bull Méd Suisses. 2004;85(32-33):1701-4.
- 8 Consid. 4.3.2. de l'arrêt.
- 9 Par exemple, la Cour suprême du Canada abonde dans le même sens. Elle montre notamment que l'intérêt thérapeutique du patient n'est pas un critère pertinent pour déterminer la capacité de discernement de ce dernier. Sur ce point, voir notamment: Sklar R. Starson v. Swazay: the Supreme Court speaks out (not all that clearly) on the question of «capacity». Can J Psychiatry. 2007;52(6):390-6.
- 10 ATF 118 la 236 consid. 2b in fine p. 238.
- 11 Olivier Guillod, «Le consentement éclairé du patient», thèse Neuchâtel 1986 p.213 et suivants.
- 12 Consid. 4.3.3. de l'arrêt.
- 13 Consid. 4.3.5. de l'arrêt.
- 14 ATF 99 IV 208, JdT 1974 IV 132.
- 15 ATF 4P.265/2002 cons.5.6.
- 16 Ibid.
- 17 Consid. 4.3.2. de l'arrêt.
- 18 Nous disons «vraisemblablement» car la médecine – comme le droit – n'est pas une science exacte. Même pour des traitements considérés par beaucoup comme des standards thérapeutiques, telle que l'administration d'une transfusion sanguine en cas de taux d'hémoglobine inférieure à 9g/dL par exemple, les médecins sont loin d'être en accord sur l'utilité de la transfusion. Sur ce sujet, voir la récente synthèse des travaux en la matière: Marik P, Corwin H. Efficacy of red blood cell transfusion in the critically ill: a systematic review of the literature. Crit Care Med. 2008;36(9):2667-74.
- 19 Le fait de s'entretenir à part avec le mineur peut constituer une solution appropriée. Dans ce cas, il faut cependant faire attention à ménager la sensibilité des parents qui pourraient prendre offense de cette mise à l'écart.
- 20 Voir par exemple, Enright M. «Mature» Minors & the Medical Law; Safety First? Cork Online Law Review, [2004] VII.