

Commission cantonale d'éthique (NE)

Prise de position

**Relative au droit à l'autodétermination des patients contre
l'autonomie des soignants**

Février 2016

Introduction

1. Au cours de ses séances, la commission cantonale d'éthique du canton de Neuchâtel (ci-après : CCE NE) est amenée à traiter du droit à l'autodétermination des patients en examinant différents sujets. Ces discussions ont révélé un conflit potentiel entre le droit à l'autodétermination des patients et l'autonomie des professionnels de la santé. Les membres de la CCE NE ont ainsi décidé de traiter ce sujet complexe. Les développements qui suivent rapportent principalement la vision juridique et médicale de cette problématique, mais l'ensemble des membres a validé ce point de vue¹.
2. Un conflit peut opposer le droit à l'autodétermination du patient à l'engagement moral et professionnel du médecin de soigner et de tout mettre en œuvre pour guérir. GUILLOD écrit que ce conflit « *se résume à un antagonisme entre la notion subjective de liberté personnelle du patient et la notion objective – ou du moins objectivée – d'intérêt et de bien du patient* »². Cet auteur précise que ces deux notions ne se confondent pas.
3. GUILLOD expose que cette situation impose une pesée d'intérêts entre le pouvoir laissé au patient capable de discernement de décider librement des soins auxquels il consent pour son propre corps et la protection paternaliste du corps humain, qui est considéré comme un bien en soi à protéger. Dans cette seconde conception, le corps humain est protégé non seulement contre les atteintes de tiers mais également contre celles de la personne elle-même³.
4. Cette contribution tente d'arbitrer le potentiel conflit pouvant opposer un patient et un professionnel de la santé lorsque leurs croyances et leur philosophie de vie divergent au point où l'autodétermination du patient se heurte à l'autonomie du praticien et inversement. Après la définition de la notion d'autonomie (1), nous évoquerons le droit d'accès aux soins dans la mesure utile à ces développements (2) avant d'évoquer la différence entre la pratique des institutions entrant dans la planification hospitalière cantonale et celle de la médecine privée (3) puis nous aborderons les traitements électifs (4) et les situations d'urgence (5). Nous terminerons par un bref rappel de la responsabilité des professionnels de la santé (6) et aboutirons sur une conclusion. Ces considérations s'appliquent pour autant que le patient soit capable de discernement. Il ne couvre en revanche pas la question du refus de soins d'une patiente enceinte, respectivement d'une parturiente.

1. Définition de la notion

5. L'autonomie en droit est plus souvent nommée autodétermination. Le droit à l'autodétermination constitue « *la liberté de décision de l'individu* »⁴, que l'on peut circonscrire comme étant « *le droit de l'individu de définir et de poursuivre sa propre vision de ce qui est bon* »⁵.
6. L'« *autonomie privée* »⁶, suppose que chaque individu capable de discernement soit libre de régler personnellement ses conditions d'existence⁷. Ce principe débouche sur la liberté contractuelle (art. 1

¹ L'aspect théologique de l'autonomie fait l'objet de développements séparés.

² OLIVIER GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, thèse, Neuchâtel 1986, p. 18.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Commission présidentielle américaine, President's Commission, vol. 1, 1982, p. 51 et GUILLOD, *op. cit.*, p. 18, note 7.

⁶ CR CO I-MORIN, art. 1 CO N 35.

CO), qui détient trois composantes : liberté de conclure, liberté de forme et liberté de l'objet. Des obligations conventionnelles, légales ou jurisprudentielles de contracter limitent cependant cette liberté. De plus, des conditions légales formelles grèvent certains contrats, et l'objet n'est pas sans restriction (art. 19-20 CO)⁸. Ce concept d'autonomie privée ne se retrouve pas exactement en droit public. Celui-ci « *peut en particulier interdire, ou au contraire imposer la conclusion de contrats entre certaines personnes, sans que cela ne viole en soi le droit fédéral* »⁹. Partant, il conviendra de distinguer la pratique privée de la médecine de la pratique publique (N 12 ss).

7. L'autonomie dans l'administration des soins médicaux se manifeste dans le droit du patient de se déterminer sur les actes que lui propose un professionnel de la santé. Il peut soit y consentir, soit s'y opposer. Le droit à l'autodétermination des patients n'est plus discuté. La reconnaissance de cette prérogative a-t-elle toutefois entièrement annihilé l'autonomie des professionnels de la santé ? En d'autres termes, implique-t-elle que les praticiens doivent désormais se conformer aux souhaits des patients ? Plusieurs législations sanitaires cantonales répondent à cette question en réservant l'objection de conscience des praticiens¹⁰. Les droits fondamentaux des uns et des autres ne s'excluent pas mais coexistent. En l'occurrence, les professionnels de la santé disposent eux aussi d'une certaine liberté de décision, de sorte que l'autodétermination du patient se heurte à l'autonomie du médecin et inversement lorsque leurs philosophies divergent. En d'autres termes, le soignant doit proposer des options thérapeutiques qui s'inscrivent toujours dans un cadre normatif plus ou moins contraignant : lois, recommandations de sociétés médicales, état de l'art médical (us et coutumes). Le respect des bonnes pratiques médicales (bienfaisance) peut être en contradiction avec la volonté du patient (autonomie), dans ces situations il est impossible de faire prévaloir par principe l'une sur l'autre.
8. L'interdiction des engagements excessifs (art. 27 CC) limite cependant l'autodétermination du patient. GUILLOD exprime que « *le consentement [du patient] est inopérant lorsque les atteintes consenties sont trop graves, soit lorsqu'elles mettent en danger la vie ou provoquent des lésions graves ou permanentes* »¹¹. Il souligne ensuite que « *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* »¹².

2. Droit d'accès aux soins

9. Le droit d'accès aux soins découle de l'art. 12 Cst., qui confère un droit à des conditions minimales d'existence. Ainsi, les personnes bénéficient des prestations nécessaires à la santé, à savoir celles qui sont essentielles pour mener une existence conforme à la dignité humaine (art. 10 Cst.). Partant, les soins nécessaires sont ceux qui répondent aux conditions minimales d'existence. La personne qui n'aurait pas accès à ces soins pourrait introduire une procédure judiciaire. Il s'agit donc des traitements qui sont justiciables. Toutefois, ni la législation, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne définissent davantage cette notion. Le principe d'égalité de traitement (art. 8 Cst. ; N 10) ainsi que les buts sociaux (art. 41 Cst. ; N 11) fournissent quelques précisions.

⁷ *Ibidem*.

⁸ CR CO I-MORIN, art. 1 CO N 37.

⁹ TF 1C_223/2014 du 15 janvier 2015 c. 4.1.

¹⁰ Tel est par exemple le cas des cantons de Genève (art. 82 de la loi sur la santé) et du Valais (art. 21 de la loi sur la santé).

¹¹ GUILLOD, *op. cit.*, p. 46.

¹² GUILLOD, *op. cit.*, p. 47.

10. Le principe d'égalité de traitement interdit les discriminations, notamment celles qui résulteraient des convictions religieuses ou philosophiques d'un individu (art. 8 al. 2 Cst.). STEFFEN exprime d'ailleurs que les convictions religieuses ou philosophiques bénéficient d'une protection très renforcée et que tout traitement différencié, fondé sur les croyances d'une personne, fait présumer une atteinte. Dans ces cas, seules des raisons très pertinentes permettent de justifier l'atteinte¹³. En lien avec le domaine qui nous occupe, cette disposition impose aux institutions, qui entrent dans la planification hospitalière cantonale, d'offrir les soins pour lesquels elles figurent sur la liste pour toute la population. En effet, le principe d'égalité de traitement s'applique strictement aux prestations étatiques existantes¹⁴. Cependant, les membres de la collectivité ne partagent pas tous les mêmes croyances, de sorte que plusieurs modes de vie coexistent. STEFFEN écrit à cet égard que « *si l'Etat accorde des prestations à certaines personnes, il faudra des raisons pertinentes de ne pas les accorder à d'autres* »¹⁵. A ce stade de la réflexion, ces établissements devraient ainsi offrir les traitements à tous les patients en ayant besoin, indépendamment de leurs convictions et dans le respect de celles-ci, à moins que d'autres intérêts fondent des raisons sérieuses pour déroger au principe de non-discrimination. A cet égard, le Tribunal fédéral a admis des différences de traitement fondées sur des faits objectifs importants, permettant de justifier ces distinctions¹⁶.
11. Selon la Constitution, la Confédération et les cantons s'engagent à fournir les soins nécessaires à la santé de toute personne (art. 41 al. 1 let. b Cst.). Bien qu'aucun droit justiciable n'en découle, cet article impose à l'Etat de mettre sur pied un système de soins répondant aux besoins de la population. Le nouveau système de financement de la LAMal répond à cette exigence. Ainsi, le catalogue des prestations prises en charge par l'assurance-maladie de base donne une bonne indication dans le contexte qui nous occupe¹⁷.

3. Distinction entre un hôpital public et une clinique privée

12. Dans leur offre de soins privée, les institutions bénéficient de l'autonomie privée (N 6). Elles peuvent donc refuser de conclure un contrat de soins avec un patient qui ne consent que partiellement ou conditionnellement à un traitement. En d'autres termes, les institutions peuvent, dans ce cas de figure, offrir des traitements comportant différentes prestations, sans que celles-ci ne soient divisibles.
13. A l'inverse, les établissements intervenant dans la planification hospitalière cantonale couvrent les besoins en soins de la population et assument de ce fait une tâche publique. Les principes constitutionnels et les droits fondamentaux gouvernent leurs pratiques, de sorte que ces institutions doivent respecter notamment le droit d'accès aux soins (art. 12 Cst.), l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) ainsi que la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.). Le potentiel conflit d'intérêts entre l'autonomie des praticiens et l'autodétermination des patients ne peut donc surgir que pour les établissements de la liste de la planification hospitalière cantonale et relativement aux actes pour lesquels ils figurent sur cette liste. Au vu de ce constat, la suite de nos développements s'inscrit uniquement dans le contexte des soins administrés par un « hôpital public ».

¹³ GABRIELLE STEFFEN, *Droit aux soins et rationnement, approche d'une définition des soins nécessaires*, thèse, Berne 2002, p. 53.

¹⁴ STEFFEN, *op. cit.*, p. 307.

¹⁵ STEFFEN, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶ ATF 122 I 348.

¹⁷ En soi, ce critère est insuffisant pour circonscrire les soins nécessaires. Le débat ne porte toutefois pas ici sur le droit d'accès aux soins, de sorte que nous ne discutons pas plus cette notion.

4. Traitements électifs

4.1 Généralités

14. Plusieurs hypothèses doivent être distinguées. La première concerne le refus de soins (N 15 ss), la deuxième examine la demande de l'administration d'un certain traitement (N 17 ss) et la troisième l'acceptation partielle d'un traitement (N 21 ss).

4.2 Refus de soins

15. La première situation vise le refus du patient d'un certain traitement. Tel est par exemple le cas du refus de chimiothérapie ou du refus d'alimentation artificielle ou encore du refus de mesures de réanimation. La licéité du refus de soins, même si ceux-ci sont déterminants pour la survie du patient, n'est plus contestée¹⁸. Partant, les praticiens ne peuvent pas imposer un traitement à un patient, sous réserve d'un motif justificatif autre que le consentement du patient¹⁹.
16. En bref, le principe est que le patient peut refuser de se soumettre à un traitement, même si celui-ci est vital et si les pronostics en cas d'administration sont bons. Ce droit de refus est très fortement protégé.

4.3 Demande de l'administration d'un certain traitement

A. Principe

17. La seconde hypothèse concerne les traitements demandés par le patient aux soignants. MANAI²⁰ distingue deux sous-catégories.
 - D'une part, le patient peut demander un traitement inutile, c'est-à-dire un traitement qui, scientifiquement, ne peut pas atteindre le but visé et ne lui procurera aucun bénéfice. Il s'agit d'une futilité physiologique ou médicale. Dans ce cas, le médecin doit refuser de pratiquer les soins. Son devoir de diligence lui interdit effectivement d'administrer un traitement nuisible, sans effet ou inapproprié sur le plan médical.
 - Le patient peut d'autre part requérir un traitement qui viserait certes le but escompté mais qui n'améliorerait que faiblement son état ou dont les chances de succès sont statistiquement minces. Cette dernière situation met en balance les valeurs morales du patient et celles du médecin. En effet, le traitement n'est pas dépourvu d'utilité. « *Les soignants ne peuvent pas imposer au patient leur propre conception de la qualité de vie. Néanmoins, la demande doit se*

¹⁸ OLIVIER GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, in : Le nouveau droit de la protection de l'adulte, N 47 ; DOMINIQUE MANAI, *Droit du patient face à la biomédecine*, Berne 2013, p. 37 et 46 ss ; TF 4P.9/2002 du 19 mars 2002 ; ODILE PELET, *Nul n'est censé ignorer comment réagir face à un patient non compliant*, in : Revue médicale suisse 26 octobre 2005, p. 2483.

¹⁹ Par exemple, la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 18 décembre 1970 (loi sur les épidémies, RS 818.101) permet aux cantons d'imposer certaines vaccinations à la population (art. 23 al. 2). Des intérêts publics prépondérants, comme la sécurité et la santé publiques, pourraient également fonder l'Etat à imposer certains traitements à la population.

²⁰ MANAI, *op. cit.*, p. 51.

situer dans un rapport raisonnable avec le but escompté »²¹. Une pesée des intérêts doit donc être effectuée ici. La couverture du traitement par les assurances sociales pourrait entrer en compte. Le droit du patient de demander un traitement autre que celui qui lui est protégé est donc faiblement protégé.

18. Dans tous les cas, le médecin doit refuser d'administrer un traitement à la demande du patient qui viole le droit ou les mœurs (art. 27 CC, 19 et 20 CO par renvoi de l'art. 7 CC)²². Par exemple, le professionnel de la santé ne peut pas pratiquer une euthanasie active. La déontologie médicale et l'interdiction des engagements excessifs (art. 27 CC) interdisent aussi au médecin d'administrer un traitement si d'autres soins moins lourds et moins risqués offrent le même résultat. Le médecin doit par conséquent également refuser de pratiquer un tel traitement dans ce cas.

B. Objection de conscience

19. En principe, le soignant peut refuser de pratiquer un acte qui viole ses convictions éthiques ou religieuses (objection de conscience). Dans ce cas, il doit néanmoins délivrer au patient les renseignements nécessaires pour que des tiers lui administrent les soins qu'il refuse de lui administrer.
20. Le soignant ne peut pas invoquer l'objection de conscience en cas d'urgence. Ainsi, lorsque le patient est en proie à un danger grave et imminent, le praticien doit lui prodiguer les soins indispensables à écarter le danger, indépendamment que ceux-ci violent ou non ses principes essentiels.

4.4 Acceptation partielle d'une prise en charge

21. Si les deux premières hypothèses sont relativement claires, l'acceptation partielle d'une prise en charge par le patient constitue une zone grise dans le conflit pouvant opposer l'autodétermination du patient et l'autonomie des professionnels de la santé, mus par le principe de bienfaisance. Dans ce cas, le patient souhaite se soumettre à un traitement que lui propose le praticien mais en refuse certaines composantes. Tel est par exemple le cas d'une personne acceptant une opération chirurgicale mais refusant toute transfusion sanguine en cas d'hémorragie, ou d'un patient qui accepte une péridurale mais pas une anesthésie générale en cas de complications ou encore d'un patient qui consent à une opération par laparoscopie mais qui refuse qu'elle s'étende à une laparotomie. La question sous-jacente est la suivante : l'offre que propose un médecin est-elle divisible ou le professionnel de la santé n'intervient-il au contraire que si le patient consent à toutes les composantes du traitement proposé ?
22. Dans une prise de position, le Conseil d'Ethique Clinique des hôpitaux universitaires de Genève (ci-après HUG) exprime que « *il est impossible et inacceptable qu'une équipe soignante d'un hôpital public [...] comme l'Hôpital Cantonal de Genève s'arroge le droit de refuser d'entrer en matière lorsque un (une) malade membre de l'ATJ se présente. Cela reviendrait à adopter une attitude discriminatoire, vis-à-vis d'un être humain jouissant à ce titre de tous les droits liés à sa condition biologique* »²³.
23. Le patient jouit en principe du droit de se déterminer librement sur son propre corps (art. 10 al. 2 Cst.). Parfois, la demande particulière de soins, qui se traduit souvent par une acceptation partielle d'un

²¹ *Ibidem*.

²² MANAI, *op. cit.*, p. 52.

²³ Conseil d'Ethique Clinique des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) (présidé par Monsieur le Professeur Jean-Claude Chevrollet), *Avis consultatif du Conseil d'Ethique Clinique (CEC) sur la question du refus des transfusions de sang par les membres de l'Association des Témoins de Jéhovah (ATJ)*, Actualisation 2014, p. 8 (disponible sur le site internet des HUG, dernière consultation le 24 mars 2015 : http://www.hug-ge.ch/sites/interhug/files/documents/soigner/ethique/temoin_jehovah.pdf).

traitement, est fondée sur les croyances du patient. A cet égard, la Constitution protège la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.). Elle garantit en outre l'égalité de traitement (art. 8 Cst. ; N 10). Ces droits dits fondamentaux ne peuvent être restreints que si une base légale et un intérêt public prépondérant existent (art. 36 al. 1 et 2 Cst.). De plus, la restriction doit respecter le principe de la proportionnalité et ne peut pas toucher le noyau intangible du droit (art. 36 al. 3 et 4 Cst.). Si une de ces conditions manque, le praticien œuvrant dans un hôpital public doit respecter les souhaits du patient. Ainsi, l'examen de ces quatre conditions déterminera si un médecin travaillant dans un hôpital public peut poser des conditions à la prise en charge d'un patient :

- **Base légale** : aucune disposition légale ne traite directement de la question du consentement partiel à un traitement. En revanche, tous les cantons romands (y compris Berne) ont des dispositions indirectes dans leur législation sanitaire. Les cantons de Berne (art. 23), de Fribourg (art. 88), de Genève (art. 81) et du Valais (art. 21) disposent d'une règle spécifique sur la liberté ou l'objection de conscience, respectivement sur le libre choix du patient. Le canton de Neuchâtel ne s'est pas doté de règle comparable. L'article général dispose que « *chacun reçoit les soins que son état de santé requiert, dans le respect de sa dignité humaine* » (art. 21 al. 1 LS). A notre sens, le fait de poser des conditions à l'administration d'un traitement visant autant que possible le succès de celui-ci ne heurte pas la dignité humaine du patient.

De plus, les praticiens doivent agir dans le respect des règles de l'art médical qui se manifestent par l'intermédiaire de leur devoir de diligence. Partant, ceux-ci ne peuvent pas administrer un traitement qui se distancie des méthodes scientifiques.

Ainsi, la législation sanitaire cantonale et le devoir de diligence que le contrat de soins impose au praticien remplissent cette première condition.

- **Intérêt public ou droit fondamental d'autrui** : lorsque des intérêts prépondérants de tiers existent, l'intérêt public est aisé à démontrer. Ainsi, un patient qui refuserait une transfusion sanguine en cas d'hémorragie intervenant durant une greffe d'organe fonde le refus du médecin de procéder à la transplantation. En effet, la pénurie d'organes commande de maximiser les chances de succès des greffes et, par conséquent, de mettre en œuvre tous les moyens pour que la transplantation soit un succès. Imaginons qu'un patient transplanté s'oppose à toute transfusion et décède après l'opération de suites hémorragiques, le greffon est perdu alors que la transfusion constitue un moyen simple et efficace pour sauver le patient et pour ne pas « gaspiller » un don d'organe. De la même manière, un patient ne peut pas recevoir de greffe s'il s'oppose au traitement antirejet.

Dans le cas où aucun tiers n'est concerné, les droits fondamentaux du patient s'opposent à ceux des soignants, qui disposent aussi de la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.). Les professionnels de la santé ont été formés dans l'esprit de la sauvegarde de la vie et dans le maintien de la santé. Ainsi, un traitement incomplet peut heurter leur morale. Dans cette pesée des intérêts en présence, la doctrine actuelle reconnaît un poids prépondérant aux libertés fondamentales du patient. Si tel n'était pas le cas, un patient ne pourrait pas refuser entièrement un traitement (N 15). La situation n'est cependant pas exactement identique ici. Dans le pur refus de soins, le patient commande au médecin une attitude passive. Dans l'acceptation partielle ou conditionnelle du traitement, le patient sollicite une activité du praticien, en lui dictant pourtant une méthode ou en refusant certains éléments de la prise en charge thérapeutique classique. Ainsi, le patient prive le médecin d'une partie de ses moyens pour optimiser sa prise en charge. De plus, certaines situations peuvent choquer profondément non

seulement le médecin mais aussi toute l'équipe l'accompagnant. Une telle situation est donc susceptible de causer des dommages psychologiques importants à plusieurs professionnels de la santé. A cet égard, le décès en salle d'opération d'un patient refusant une transfusion sanguine est intolérable pour bon nombre de praticiens car ce moyen est une mesure simple et efficace de lutte contre les conséquences d'une hémorragie. Un argument supplémentaire émane de cet exemple : lorsque le traitement est dispensé par toute une équipe soignante, l'acceptation partielle ou conditionnelle d'un seul patient peut heurter la liberté de conscience ou de croyance de plusieurs personnes.

Finalement, une telle pratique pourrait également léser la santé publique. La société attend effectivement une prise en charge optimale par les professionnels de la santé. Le fait que les patients puissent composer leur traitement « à la carte » pourrait déboucher sur un désintérêt des soignants, ce qui serait néfaste pour la santé publique.

Cette deuxième condition est par conséquent remplie.

- **Proportionnalité** : selon cette exigence, qui constitue le nerf de la discussion, la mesure doit non seulement être apte mais encore nécessaire à atteindre le but escompté. La bonne exécution de la médecine et l'exercice praticable de cet art pour les professionnels de la santé forment ici les buts poursuivis.

Le refus du médecin d'administrer un traitement partiel ou soumis à des exigences du patient est une mesure apte à atteindre le but visé.

Tout le débat s'inscrit dans la nécessité (proportionnalité au sens étroit) de ce refus. Seules les mesures restreignant le moins les droits fondamentaux sont légales. Nous estimons que les règles de l'art médical ainsi que les compétences du praticien forment les critères décisifs. Si un patient requiert des soins, ou une manière de les administrer, qui violent les règles de l'art, le refus du médecin est non seulement proportionné mais aussi indispensable. Comme évoqué, la pratique d'un professionnel de la santé ne peut pas être nuisible, sans effet ou inappropriée sur le plan médical (N 17). De même, lorsqu'un traitement partiel rendrait celui-ci futile, le médecin doit refuser d'intervenir. Par exemple, le refus d'un traitement antirejet rendrait toute transplantation d'organe futile. En outre, s'il peut choisir son traitement, le patient ne peut pas imposer une technique au praticien. Ce dernier doit effectivement agir selon ses compétences, que sa formation et son expérience constituent. Ainsi, un patient ne peut pas réclamer au médecin d'appliquer un traitement selon une méthode différente que celle que le soignant pratique, même si les deux techniques respectent les règles de l'art. Par conséquent, le patient peut choisir parmi les différentes techniques que le médecin lui propose et qui respectent les règles de l'art.

A notre sens, la véritable difficulté survient lorsque le patient consent sur le principe à une prise en charge mais refuse les mesures proposées en cas de complications (par exemple, opposition à une anesthésie générale, à une laparotomie ou à une transfusion sanguine). Dans cette hypothèse, le patient refuse une « extension du traitement ». Nous estimons que, dans le cas où les soins complémentaires sont indissociables de l'acte général auquel le patient consent, l'opposition à cette mesure invalide tout le consentement du patient. En d'autres termes, le refus du patient rend toute l'intervention impossible. Tel serait par exemple le cas d'un patient dont la position opératoire impose une anesthésie générale car une anesthésie locorégionale serait inadaptée, (gêne respiratoire conduisant à un sentiment d'oppression puis d'étouffement, tête en

bas impliquant un afflux de sang au cerveau, etc.). Il en va de même si la complication intervient de manière habituelle. Par exemple si une intervention chirurgicale est réputée sanglante (comme une cure de rupture anévrysmale de l'aorte), le refus du patient relatif à une transfusion sanguine invalide tout son consentement puisqu'il faut compter sur une hémorragie. Dans ces cas, tous les soins composent le traitement dans son intégralité. La « complication » étant en fait une difficulté intrinsèque de l'intervention, celle-ci ne peut être pratiquée que si le patient y consent dans son ensemble. Sans ces soins complémentaires, le traitement est voué à l'échec. Dans ce cas, le refus du patient porte non pas sur des éléments de sa prise en charge mais sur le traitement d'une affection précise. Le respect de la proportionnalité au sens étroit impose toutefois un second critère dans cette hypothèse : la gravité de la complication. Lorsque les conséquences de la complication sont si importantes qu'elles mettent le traitement en échec ou qu'elles entraînent de graves séquelles (intensité et durée), le consentement doit également couvrir les soins prodigués pour remédier à cette complication attendue. En revanche, si les désagréments sont moindres, leur traitement ne fait pas partie des soins de base et le patient peut le refuser. Par exemple, certaines chimiothérapies produisent des effets secondaires pénibles, comme des vomissements. La fréquence de ceux-ci peut être si élevée qu'ils sont pour ainsi dire programmés. Malgré la survenance quasiment certaine de ces effets secondaires, le patient peut consentir valablement à la chimiothérapie, même s'il pense refuser les antiémétiques qui lui seront proposés. Ce refus n'impacte effectivement pas sur le succès de la chimiothérapie et les vomissements cessent spontanément après quelques jours.

Notre position rejoint ainsi la thèse de GUILLOD qui qualifie d'engagement excessif (art. 27 CC) le choix du patient qui ferait courir des risques à sa vie ou à son intégrité physique totalement injustifiés en regard des avantages escomptés (N 8). Le Conseil d'Ethique Clinique des HUG juge d'ailleurs, dans le cadre de la prise en charge chirurgicale des membres de l'association des témoins de Jéhovah, que « *une opération chirurgicale électorale, par exemple, peut être à ce point sanglante que la probabilité d'un succès sans transfusion de sang est si minime que le chirurgien, ou l'anesthésiste (ou tout autre intervenant sur la chaîne de soins), estime déraisonnable de l'entreprendre. Il paraît à la CEC contraire à l'éthique, car ceci violerait très gravement la liberté individuelle du soignant, que l'on puisse contraindre, même dans un hôpital public, un soignant à intervenir activement contre sa conscience. Cette opinion est notamment fondée sur le fait qu'un chirurgien par exemple, dans le contexte d'une intervention électorale, est un acteur responsable, qu'il est intrusif et qu'il est légitime de lui offrir la sécurité que les risques qu'il accepte de faire courir à son patient par ses gestes puissent être raisonnablement maîtrisés : c'est une question d'équité vis-à-vis d'un professionnel engagé* ». Ce conseil précise néanmoins que le refus d'intervenir des professionnels de la santé doit se fonder exclusivement sur des considérations scientifiques et qu'il n'est possible que si la prise en charge réclamée par le patient est à ce point « *hors des normes établies par la communauté médicale* » qu'elle est absolument incompatible avec les « *standards médicaux admis par un consensus conforme à l'état présent de l'art médical* ».²⁴

²⁴ Conseil d'Ethique Clinique des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) (présidé par Monsieur le Professeur Jean-Claude Chevrollet), *Avis consultatif du Conseil d'Ethique Clinique (CEC) sur la question du refus des transfusions de sang par les membres de l'Association des Témoins de Jéhovah (ATJ)*, Actualisation 2014, p. 10 (disponible sur le site internet des HUG, dernière consultation le 24 mars 2015 : http://www.hug-ge.ch/sites/interhug/files/documents/soigner/ethique/temoin_jehovah.pdf).

A l'inverse, si la complication, sans pouvoir être exclue, ne survient pas systématiquement, elle constitue un traitement à part car sa cause diffère. Dans cette hypothèse, le patient doit pouvoir se déterminer sur les deux traitements, qui constituent sa prise en charge. Il peut alors consentir au traitement de base mais refuser les soins apportés en cas de complication. Le juriste ne peut pas éluder une zone grise importante. En effet, à partir de quelle probabilité de réalisation une complication est-elle intégrée au traitement de base en lui-même ? A notre sens, le seuil limite est celui qui serait toléré par les règles de l'art médical. En d'autres termes, il faudrait déterminer si un praticien viole ses règles techniques du simple fait qu'il accepte d'intervenir sans appliquer, le cas échéant, les soins complémentaires. Dans l'affirmative, le médecin doit refuser la prise en charge du patient. Dans la négative, un hôpital public devrait l'accepter. Nous pourrions imaginer qu'une clinique privée se développe en assurant des prises en charge considérant au maximum les souhaits des patients et intervenant, dans la mesure du possible, malgré un consentement partiel au traitement. Les règles de l'art médical érigeraient donc les limites de la pratique de cette clinique. Nous estimons par conséquent que tous les traitements que pourraient dispenser la clinique sans tomber dans l'illicéité devraient être administrés par les hôpitaux publics, en vertu du droit d'accès aux soins et de l'égalité de traitement à l'accès aux soins (N 9 ss).

- **Respect du noyau intangible du droit** : la mesure envisagée ne doit pas détruire le noyau intangible du droit. Ainsi, le cœur de la liberté individuelle (art. 10 Cst.), celui de la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.) et celui de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) doivent rester intacts suite à la mise en œuvre de la mesure. En l'occurrence, le patient ne perd pas entièrement son droit à l'autodétermination. Il peut en effet librement refuser les soins ou choisir un traitement entre les différentes thérapies proposées. Sa liberté de conscience et de croyance demeure également puisque le refus de certains traitements partiels ou conditionnels ne l'empêche pas de pratiquer un culte ou de vivre selon une certaine philosophie. Finalement, le cœur de l'égalité de traitement est respecté car le patient a accès aux mêmes soins que ceux que l'établissement propose aux autres patients s'il accepte toutes les composantes du traitement.

24. En bref, le patient peut en principe accepter conditionnellement ou partiellement un traitement. Trois exceptions, dans lesquelles le médecin doit refuser son intervention, nuancent cependant cette position :

- Les souhaits du patient requièrent que le professionnel de la santé viole des règles de l'art médical.
- Le patient réclame l'application d'une méthode à laquelle le praticien n'est pas habitué et dont il ne peut pas garantir l'exécution conforme aux règles de l'art médical. Dans ce cas également, le praticien ne doit pas intervenir. Tout au plus, il peut mettre le patient en contact avec un confrère maîtrisant la technique souhaitée par le patient.
- Le patient refuse une composante essentielle du traitement, de sorte que son opposition invalide tout son consentement à l'acte médical. Tel est le cas lorsque le traitement ne peut raisonnablement pas être entrepris sans l'acte interdit. La fréquence de la réalisation du risque, la gravité et la durée des séquelles déterminent ce point, sans qu'il soit possible de fixer une limite précise.

5. Urgence

25. Les urgences médicale et juridique ne se confondent pas. La seconde existe lorsque le soignant n'a pas le temps d'informer complètement le patient, dont la détermination sur le traitement ne peut ainsi être qu'imparfaite. Distinguons deux situations selon le degré d'urgence.
26. Dans le premier cas, le médecin n'a absolument pas le temps d'informer le patient car il doit intervenir immédiatement. Le patient ne peut donc pas consentir à l'acte médical. Cette hypothèse devrait rarement se réaliser en pratique lorsque le patient est conscient. Imaginons en effet l'arrivée d'un accidenté présentant une hémorragie externe, le médecin peut au moins lui indiquer qu'il va le transfuser et le patient peut s'opposer à ce geste. Il est donc plus plausible qu'un praticien doive prendre en charge un patient inconscient mais qui a adopté valablement des directives anticipées. L'urgence dispense cependant les soignants de chercher d'éventuelles directives anticipées (art. 372 al. 1 *in fine* CC). Par un raisonnement analogique, nous estimons que le soignant peut se dispenser du consentement du patient capable de discernement s'il n'a même absolument pas le temps de lui communiquer les soins qu'il s'apprête à lui prodiguer. Il s'agit effectivement d'un état de nécessité.
27. Dans la seconde hypothèse, le médecin informe le patient mais, en cas de souhaits « hors normes » de celui-ci, le temps manque pour une discussion complète et pour un délai de réflexion (en cas de traitement électif, ces deux protagonistes peuvent effectivement s'entretenir plusieurs fois ; il s'agit d'une véritable négociation précontractuelle). Examinons les trois scénarii possibles :
- **Refus de la prise en charge** : le patient peut refuser les mesures proposées, de la même manière qu'en cas de traitement électif (N 15 ss). Le médecin doit veiller à documenter l'information fournie au patient et la décision de celui-ci. Si le patient est accompagné, le médecin s'entretiendra seul avec lui pour éviter que le refus soit mû par des pressions extérieures.
 - **Demande d'un certain traitement** : les considérations développées en lien avec le traitement électif (N 17 ss) conservent leur pertinence, de sorte que nous ne les répétons pas.
 - **Acceptation partielle d'un traitement** : là aussi, le même raisonnement que pour le traitement électif (N 21 ss) s'applique. L'examen de la proportionnalité peut toutefois conduire à admettre plus largement la restriction aux droits fondamentaux du patient concernés. En effet, le temps à la préparation du traitement manque. Certaines mesures de préparation de l'intervention, visant à augmenter le succès du traitement sans l'administration des soins refusés par le patient, ne peuvent ainsi pas être prises. Par conséquent, la prise en charge du patient peut être plus délicate. De plus, l'équipe qui intervient n'a pas le temps de se préparer aux éventuelles conséquences du refus de certains soins, de sorte que les soignants peuvent être davantage choqués.

6. Exposé succinct de la responsabilité des soignants

6.1 Remarques liminaires

28. Dans le cas où un praticien intervient suite au consentement partiel du patient (celui-ci refuse par exemple une transfusion sanguine suite à une hémorragie), deux questions subséquentes se posent si la complication nécessitant les soins complémentaires survient : le médecin engage-t-il sa responsabilité s'il respecte le souhait du patient et que celui-ci subit des lésions, voire décède (N 29 ss) ? A l'inverse,

le médecin peut-il être inquiété s'il ne respecte pas la volonté du patient et administre le traitement complémentaire malgré le refus du patient (N 34 ss) ?

6.2 Responsabilité malgré le respect de la volonté du patient

29. Si le professionnel de la santé respecte la volonté du patient et ne procède donc pas aux actes complémentaires, il n'engage, sur le principe, ni sa responsabilité civile ni sa responsabilité pénale pour autant que le patient se soit déterminé en toute connaissance de cause (donc après avoir été dûment informé et avoir compris les conséquences de son consentement partiel) et sans céder à des pressions extérieures.
30. Sur le plan civil, le patient ne peut pas invoquer une erreur médicale du praticien si celui-ci n'a pas administré des soins auxquels le patient n'a pas consenti. Un motif (le choix du patient) justifie l'inaction du médecin, qui n'est donc pas illicite. Partant le patient ne peut pas requérir la réparation du dommage ou du tort moral qui en découle.
31. Le droit pénal ne réprime pas celui qui agit avec le consentement valable de la personne concernée, même si cet acte constitue une infraction (art. 14 CP). Par conséquent, le médecin ne peut pas être condamné pour « omission de prêter secours » (art. 128 CP) dans cette hypothèse.
32. Pour que ces principes s'appliquent en pratique, le médecin doit non seulement démontrer l'information claire et complète fournie au patient mais aussi l'étendue du consentement de ce dernier. Ainsi, le praticien doit établir précisément les soins que le patient a acceptés et ceux qu'il a refusés. De plus, il doit prouver que le patient connaissait et comprenait les risques et les conséquences de son refus de bénéficier de certains soins. Ainsi, le professionnel de la santé devrait se prémunir d'un document écrit, daté et comportant la signature du patient. Il ne devrait pas recourir à des formulaires préimprimés ou les compléter, le cas échéant, pour attester de la discussion personnalisée avec le patient dans ce cas précis. Ce document écrit constitue un contrat de soins.
33. Dans l'hypothèse où un patient appartient à une communauté dont les croyances produisent des effets sur les traitements médicaux, le document devrait comporter une rubrique sur ce point, démontrant que le patient n'a pas cédé à des pressions exercées par des tiers. A cet égard, les croyances de la communauté influencent inmanquablement la volonté du patient. Nous estimons néanmoins que, si celui-ci a participé seul aux entretiens avec les professionnels de la santé qui lui ont expressément rappelé le secret médical en lui précisant qu'aucun autre membre de la communauté ne recevra de renseignement sur le traitement dispensé, le refus de soin du patient est valable. A cet égard, le Conseil d'Ethique Clinique des HUG estime que « *la notion de libre choix d'un individu reste en réalité un concept idéal et théorique, puisque toutes les décisions prises par un être humain sont marquées du sceau d'un incontournable déterminisme (psychosocial, génétique, culturel, etc...)* »²⁵. En termes juridiques, la simple appartenance d'une personne à une communauté ne la prive pas de l'élément volitif de sa capacité de discernement (faculté qui est par ailleurs présumée).

²⁵ Conseil d'Ethique Clinique des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) (présidé par Monsieur le Professeur Jean-Claude Chevrollet), *Avis consultatif du Conseil d'Ethique Clinique (CEC) sur la question du refus des transfusions de sang par les membres de l'Association des Témoins de Jéhovah (ATJ)*, Actualisation 2014, p. 6 (disponible sur le site internet des HUG, dernière consultation le 24 mars 2015 : http://www.hug-ge.ch/sites/interhug/files/documents/soigner/ethique/temoin_jehovah.pdf).

6.3 Responsabilité pour violation du consentement du patient

34. Si au contraire il administre des soins que le patient a expressément refusés, le praticien risque d'engager tant sa responsabilité civile que pénale.
35. En responsabilité civile, toute intervention sur le corps humain constitue une atteinte illicite à la personnalité du patient, même si elle est pratiquée conformément aux règles de l'art médical. Le consentement du patient lève toutefois l'illicéité de cet acte. A défaut de consentement, l'illicéité demeure (sauf s'il existe un autre motif justificatif). Par conséquent, le médecin répond du dommage et/ou du tort moral causé(s) par son intervention. Imaginons qu'un médecin-anesthésiste pratique une narcose totale sur un patient malgré le refus de celui-ci et que l'intubation, pourtant parfaitement exécutée, lèse la trachée du patient. La lésion cause une incapacité de travail temporaire au patient, chanteur au sein d'une troupe de comédie musicale. Le lésé peut, dans ce cas, réclamer la réparation de son préjudice car l'anesthésie générale était illicite en tant que telle. Il n'aurait pas en revanche pas pu émettre de prétention s'il avait consenti à la narcose totale puisque le praticien n'a pas commis d'erreur médicale.
36. Cette même intervention sur le corps humain occasionne une infraction contre la vie ou l'intégrité corporelle que le code pénal condamne (art. 111 ss CP), même si le praticien a observé les règles de l'art médical.

Conclusion

37. Cet état des lieux démontre que le conflit d'intérêts entre le droit à l'autodétermination des patients et l'autonomie des médecins trouve une réponse juridique relativement claire. En résumé, le patient peut toujours refuser un traitement, même s'il est vital. Il peut également demander à un praticien l'administration de certains soins, pour autant que les règles de l'art médical ne les proscrivent pas et qu'ils soient utiles. Le patient ne peut en revanche pas avoir d'exigence technique quant à l'administration des soins. La difficulté réside dans le consentement partiel à une prise en charge. Dans ce cas, le principe de la proportionnalité exige de distinguer les cas où le patient s'oppose à un acte indissociable du traitement de base ou s'il refuse des soins complémentaires, qui seraient administrés uniquement en cas de complication. Pour autant que les lésions découlant d'un refus d'une composante du traitement soient graves et durables, l'opposition du patient invalide tout son consentement et le médecin peut refuser d'intervenir. Dans le cas inverse, le praticien doit administrer le traitement, dans les limites du consentement du patient.
38. L'état actuel du droit pondère certes les intérêts en présence. Toutefois, seule une discussion multidisciplinaire, menée par des représentants des patients, des professionnels de la santé, des juristes et des éthiciens, pourra déterminer si cette solution résiste à un examen éthique. La réflexion considérera sans doute cette problématique sous l'angle des principes de bienfaisance et de non-malfaisance, de justice, de futilité et de véracité.