

Les personnes et la famille

Bulletin du CERFAP

Centre européen d'études et de recherches
en droit de la famille et des personnes (EA 4194)



UNIVERSITÉ MONTESQUIEU
BORDEAUX IV

13^e année - février 2011 - numéro 12

LE THEME

PERSONNES ET SANTE

DROIT FRANÇAIS

LE CONSENTEMENT DU MAJEUR PROTEGE A L'ACTE MEDICAL

Les derniers progrès scientifiques en matière de biologie et de médecine ont éveillé la question du consentement à l'acte médical. Auparavant tourné vers le maintien en bonne santé, voire la survie de l'intéressé, l'acte médical peut aujourd'hui être dicté par des considérations de pur confort, ou être destiné à la sauvegarde d'un tiers. Ainsi, l'intérêt de la personne malade à subir un acte médical a pu être présumé ; son consentement à l'acte en question n'était pas au cœur des préoccupations, qu'elles soient celles du juriste ou celles du médecin. Au contraire, aujourd'hui, l'intérêt de la personne ne réside plus systématiquement dans l'accomplissement des soins proposés par le médecin. Ainsi certaines personnes atteintes de graves pathologies ne souhaitent-elles pas suivre les programmes et traitements proposés par l'équipe soignante.

L'acte médical apparaît donc comme un acte juridique à part entière, nécessitant sans faute la manifestation de l'accord du patient.

Les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 et du 6 août 2004, le Code de déontologie médicale créé par un décret du 6 décembre 1995, et la loi du 4 mars 2002 intégrée au Code de la santé publique témoignent de cette tendance. Désormais, il est clairement établi que le consentement de l'intéressé doit être recueilli avant qu'il ne soit procédé à l'acte médical. Cela ressort expressément des articles 16-3 du Code civil, 36 du Code de déontologie médicale et L. 1111-2 du Code de la santé publique.

Ce consentement, pour garantir la protection qu'il vise à assurer au patient, doit présenter des qualités d'information et de liberté suffisantes. Véritable prise de décision, il faut s'assurer que la volonté qui y préside est apte à consentir. Ainsi, le consentement à l'acte médical requiert la capacité juridique de son détenteur. Pourtant, en dehors de l'hypothèse où le majeur aura pris ses dispositions par anticipation, la loi française n'établit pas de règle générale applicable au consentement du majeur protégé à l'acte médical. A l'inverse, la tendance législative est à l'instauration de règles particulières, s'appliquant à des actes très spécifiques.

L'existence de dispositions ponctuelles

Au fil des récentes réformes, sont apparues des dispositions ponctuelles, qui établissent, en raison de la singularité de l'acte concerné, tantôt des interdictions de procéder à l'acte, tantôt des régimes spécifiques du consentement à l'acte. Pour ce qui est des interdictions, elles concernent les actes qui ne présentent pas d'intérêt pour le patient concerné. Il s'agit notamment du prélèvement de sang en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui (art. L. 1221-5 du Code de la santé publique), ou des prélèvements d'organes sur une personne vivante en vue d'un don (art. L. 1231-2). Dans la mesure où il est interdit de procéder à ces actes sur un majeur protégé, le consentement de ceux-ci ne sera pas valable, quelles que soient les modalités qui l'entourent.

Quant aux dispositions qui établissent des régimes particuliers, elles portent essentiellement, pour les majeurs protégés, sur la stérilisation à visée contraceptive. En effet, les majeurs vulnérables ont été oubliés par le législateur à l'occasion de la réglementation de l'interruption volontaire de grossesse, et des prélèvements d'organes *post mortem*. Ces deux derniers actes, bien que très spécifiques, ne sont soumis à un régime particulier que lorsqu'ils concernent une personne mineure.

La stérilisation à visée contraceptive, puisque c'est sur elle que nous resterons concentrés, est soumise, depuis la loi du 4 juillet 2001, à des règles de fond et de forme particulières. Les conditions de fond portent à la fois sur les qualités du patient vulnérable, et sur l'insuffisance des moyens de contraception habituels. Ainsi, cet acte ne pourra être pratiqué que sur la personne majeure porteuse d'une altération des facultés mentales constitutive d'un handicap, et justifiant le placement de la personne sous tutelle ou sous curatelle. De plus, la contraception de la personne ne peut prendre cette forme radicale que s'il existe une contre-indication aux autres méthodes de contraception, ou s'il est établi que celles-ci s'avéraient inefficaces.

Lorsque ces conditions sont réunies, il faut suivre une procédure clairement établie pour que soit pratiqué l'acte. Tout d'abord, le juge des tutelles, seul titulaire du pouvoir de prendre cette décision, est saisi par la personne concernée, ses père et mère ou son représentant légal. Une fois saisi, il entend la personne concernée, dont le consentement à l'acte sera recueilli si elle est apte à exprimer sa volonté. Le cas échéant, il lui délivre une information relative à l'acte médical projeté. Celle-ci doit être adaptée à son degré de compréhension. Enfin, il statue, en tenant compte de la décision de la personne si elle a pu exprimer son choix. Si

elle refuse initialement de se soumettre à l'acte ou rétracte par la suite son consentement, le juge ne pourra pas autoriser la stérilisation contraceptive. En revanche, si elle accepte de subir l'intervention, ou si elle n'a pas pu exprimer sa volonté, le juge devra, après avoir consulté un comité d'experts, décider de la mise en œuvre de l'acte médical en question.

L'absence de disposition d'application générale

Le cas des personnes vulnérables confrontées à une intervention médicale a donc suscité l'intérêt du législateur en 2001. Mais cet égard fut limité à l'hypothèse singulière de la stérilisation contraceptive. Bien que les effets radicaux de cet acte légitiment la réglementation spécifique dont il est assorti, il est regrettable que la prise de conscience du législateur n'ait pas été plus large. En effet, le sort du consentement du majeur vulnérable à l'acte médical n'a pas été établi, ni en 2001, ni par la suite. La loi de 2002 et plus largement les évolutions du droit médical ne tiennent pas compte du problème du consentement de l'incapable ; la réforme du droit des majeurs protégés intervenue le 5 mars 2007 ne règle pas la question particulière des actes médicaux.

Faut-il en déduire que le consentement aux actes médicaux déroge au régime de protection établi ? En ce sens, on pourrait envisager d'intégrer l'intervention thérapeutique à la catégorie des actes strictement personnels établie par la loi de 2007 à l'article 458 du Code civil. Le majeur demeurerait, quel que soit le régime de protection établi à son égard, seul apte à y consentir. Mais la catégorie des actes strictement personnels n'inclut pas ces mesures, et les solutions précédentes invitent à penser qu'il est nécessaire d'intégrer l'acte médical parmi les actes qui impliquent une protection.

A défaut d'une nouvelle réglementation, le droit antérieur à la réforme de 2007 continue de s'appliquer. Comme auparavant, il faut s'en référer aux articles L. 1111-2 du Code de la santé publique, et 42 du Code de déontologie médicale. Le second demeurant évasif, le premier semble le plus précis quant à la démarche à suivre en présence d'un incapable souffrant. En revanche, cette disposition concerne précisément le cas du consentement à l'acte médical réalisé sur un majeur placé sous tutelle. Mais alors cette règle doit-elle s'appliquer à tous les majeurs protégés ? Les termes de l'article invitent à écarter cette interprétation extensive, ce qui est d'ailleurs conforme au principe de proportionnalité de la mesure prononcée aux besoins de la personne.

La loi établit donc une solution précise pour ce qui est des majeurs sous tutelle. L'article L1111-2 alinéa 4 du Code de santé publique prévoit que si le consentement à l'acte médical revient en principe au tuteur, le majeur ne sera pas systématiquement évincé de la prise de décision. En effet, les textes en question prévoient que s'il est en mesure de manifester sa volonté, il recevra une information relative à l'acte médical adaptée à ses facultés de compréhension, et sera associé à la prise de décision. Le consentement à l'acte médical du majeur sous tutelle est donc soumis à un régime de pouvoir dérogatoire. Le majeur n'est pas totalement représenté, dans la mesure où il est à même d'exprimer sa volonté.

Pour ce qui est des autres régimes de protection, rien n'est prévu dans la loi. Et c'est en utilisant les prévisions légales en matière patrimoniale que l'on parvient à solutionner notre problème.

Ainsi, lorsque le majeur fait l'objet d'une sauvegarde de justice, il demeure capable, et pourra donc consentir aux actes médicaux sur sa personne. Si le majeur a été placé sous curatelle, l'assistance du curateur sera requise pour les actes les plus graves. Il faudra donc distinguer les actes médicaux d'usage, auxquels le majeur vulnérable sous curatelle pourra consentir seul, des actes médicaux graves, auxquels il devra consentir avec l'assistance de son curateur.

Bien que ces solutions soient établies, il ne semble pas possible de s'en contenter. L'acte médical présente des spécificités telles qu'il apparaît difficile de lui appliquer les mêmes règles qu'à la conclusion du bail ou de la vente d'un bien. Ainsi, en matière de curatelle, comment distinguer un acte médical d'usage d'un acte médical grave ? La frontière a été si difficile à établir en matière patrimoniale, entre actes d'administration et de disposition, qu'un décret a fini par intervenir pour opérer une classification. Comment peut-on envisager de continuer à utiliser le critère de gravité de l'acte pour une matière aux enjeux si importants pour la personne ? De plus, le droit des majeurs protégés a souffert et souffre encore des silences de la loi. Les intervenants à la protection des majeurs étant pour une grande partie des non professionnels, il est essentiel que les règles soient posées de manière claire et précise. Il apparaît donc nécessaire d'apporter une nouvelle modification au Code de la santé publique et au Code civil, en y insérant des dispositions expresses relatives à l'acte médical pratiqué sur le patient juridiquement protégé.

Clémence ALLAIN 

APERÇU RAPIDE DE LA PROCEDURE DE REGLEMENT AMIABLE EN MATIERE D'ACCIDENTS MEDICAUX

La loi du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* - dite Loi Kouchner - a profondément fait évoluer les règles de responsabilité civile médicale. Elle a permis de sécuriser et d'uniformiser les règles applicables. Quittant le Code civil ou la jurisprudence du Conseil d'Etat, les règles de fond sont désormais inscrites dans le Code de la santé publique aux articles L. 1142-1 et suivants. Les points clés sont l'affirmation d'un principe de responsabilité pour faute assorti d'exceptions limitatives en matière d'infection nosocomiale et de produits de santé. De plus, le délai de prescription, qui auparavant variait selon que le patient ait subi un dommage dans le secteur public (4 ans) ou le secteur privé (30 ans), a été unifié à 10 ans à compter de la survenue du dommage ou de la consolidation de l'état du patient.

Mais, au-delà de ces règles de fond, la loi du 4 mars 2002 a surtout mis en place une procédure de règlement amiable visant à accélérer le règlement des litiges. Le fonctionnement du dispositif repose sur quelques principes qui ont pour objectif commun la simplification des démarches pour la victime.

Les principes essentiels sont les suivants. Tout d'abord, ce dispositif est subsidiaire. Il ne se substitue ni à l'action devant le juge, ni à la possibilité de règlement amiable conduite par les assureurs. Il représente, pour les victimes, une possibilité nouvelle et supplémentaire d'obtenir une indemnisation. L'accès au juge de l'indemnisation reste toujours possible jusqu'à l'acceptation de l'indemnisation par la victime qui, seule, éteint la possibilité de recours au juge civil ou administratif pour le même chef de préjudice (l'accès au juge pénal reste bien entendu toujours possible). Elle peut également opter pour une démarche parallèle devant la commission et devant le juge. Il convient alors d'informer la commission comme le juge de l'existence de ce recours parallèle.

Ensuite, la procédure repose sur le principe dit du « *guichet unique* ». Quelle que soit la nature de l'accident médical (infection nosocomiale, accident anesthésique, accident médicamenteux, accidents fautifs ou non, etc.) ou le lieu de

l'accident (établissement de santé public, clinique privée ou cabinet médical), la victime s'adresse à une commission régionale d'indemnisation et de conciliation (CRCI). Il existe autant de commission que de régions, aussi suffit-il de saisir celle de la région du lieu de réalisation de l'acte médical mis en cause.

Enfin, la procédure est très simplifiée, gratuite et rapide. Les démarches sont simplifiées au maximum afin que les victimes puissent constituer et compléter leurs dossiers de demande d'indemnisation dans les meilleurs délais. Ces formulaires peuvent être demandés au secrétariat des commissions ou bien téléchargés. Les coûts de procédure, notamment l'expertise, sont gratuits si la commission s'estime compétente. De plus, le recours à un avocat n'est pas obligatoire. Enfin, la procédure est rapide, puisque l'avis de la commission est émis dans les six mois suivant la saisine de la commission. Le payeur, qui sera soit l'assureur (en cas de faute de l'établissement ou du médecin mais également d'infections nosocomiales peu graves) ou bien l'Oniam (Office national d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, en cas d'accident médical non fautif ou d'infections nosocomiales graves) disposera alors de quatre mois pour faire une offre d'indemnisation. Une fois celle-ci acceptée par la victime, la somme devra être payée dans le mois suivant. Ainsi la procédure doit se dérouler sur moins d'un an au total, alors que les procédures juridictionnelles peuvent durer plusieurs années.

Si ce dispositif peut sembler très efficace, il n'est toutefois pas ouvert à toutes les victimes d'accidents médicaux. Les conditions d'accès au dispositif de règlement amiable sont en effet très strictes. D'une part, le patient doit avoir été victime d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins. Ainsi une chute dans l'escalier de l'établissement ne sera pas considérée comme un accident médical. Ensuite, il faut que le dommage subi soit directement imputable à ces actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Mais les critères les plus discriminants sont ailleurs.

Seules les victimes d'acte de prévention, de diagnostic ou de soins, postérieurs au 4 septembre 2001 peuvent saisir les commissions régionales. Pour les autres, seules la voie de la transaction ou la voie judiciaire est possible. De plus, et c'est là que se trouve l'obstacle principal, le dommage doit être supérieur à un seuil de gravité fixé par décret (art. D. 1142-1 à D. 1142-3 du Code de la santé publique). Ces critères, qui sont alternatifs, sont extrêmement élevés. La victime doit présenter :

- soit un taux d'incapacité permanente partielle strictement supérieure à 24%,
- soit une durée d'incapacité temporaire de travail ou un déficit fonctionnel supérieur à 50 % sur une durée d'au moins 6 mois consécutifs ou 6 mois non consécutifs sur une période d'un an,
- soit la personne est déclarée définitivement inapte à exercer son activité professionnelle,
- soit l'accident occasionne des troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence.

Si la mise en place d'un seuil d'accès au dispositif traduit le souci de mobiliser, en priorité, les ressources de la solidarité nationale pour des préjudices entraînant des troubles importants dans les conditions d'existence, cela implique que la grande majorité des victimes d'accidents n'ont d'autres choix que de saisir le juge et de supporter alors le coût et les aléas de la procédure.

LE CONSEIL D'ETAT HORS LA LOI ?

Entre serment d'Hippocrate et inviolabilité du corps, le cœur du Conseil d'Etat balance ! Ainsi pourrait se résumer l'alternative à laquelle fut confrontée la haute juridiction administrative. Un arrêt déjà ancien (CE, ord. réf., 16 août 2002) affirmait en effet que le Tribunal administratif de Lyon pouvait légitimement enjoindre le Centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne de s'abstenir de toute transfusion sanguine sur la requérante qui la refusait, en réservant au corps médical la faculté d'intervenir si celle-ci venait malgré tout « à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital ».

Pourtant, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat lui-même retenaient précédemment que l'obligation pour le médecin de sauver la vie ne saurait prévaloir sur celle de respecter la volonté du patient. De fait, l'article 16-3 du Code civil indique que l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne n'est autorisée qu'en cas de nécessité médicale pour elle-même ou dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, à condition qu'elle consente préalablement à cette intervention. De même, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique précise non seulement que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de son choix », mais encore qu'« aucun acte médical (...) ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne » (volonté pouvant être modifiée à tout moment).

Là est peut-être la clef de voûte de l'arrêt du Conseil d'Etat en 2002. D'un côté, l'absence de transfusion présentait un risque vital à court terme ; de l'autre, surtout, la patiente invoquait son appartenance aux Témoins de Jéhovah, mouvement qualifié par ailleurs sectaire par la loi, pour refuser tout soin en ce sens. Incapacité de fait ? Autant dire effectivement que la volonté ne s'exprimait plus ni librement ni de façon éclairée. Plus fondamentalement encore, la décision pourrait s'autoriser d'un principe général d'après lequel l'intégrité physique vise moins la protection de l'individu lui-même que la valeur qui représente la vie ; aussi n'est-ce plus un intérêt privé qui est protégé mais l'intérêt général : la volonté qui consisterait à donner son consentement pour porter atteinte à sa propre vie ou à son intégrité physique ne peut être considérée comme valable. En quelque sorte, la société se substitue en la matière (spécialement en droit pénal) à l'individu et ne lui permet pas de disposer de son corps.

Mais les articles 16-3 du Code civil autant que ceux du Code de la santé publique constituent des dispositions spéciales restreignant ce principe. Autrement dit, en cas de refus de soins, ni le médecin ni le juge administratif ne peut passer outre la volonté du patient au nom de l'ordre public.

Que ne dirait-on en comparaison si les juridictions écartaient l'article 458 au nom d'un intérêt supérieur à celui de la personne protégée (spécialement celui d'un enfant) ? Les actes concernés sont si personnels, intimes, que le raison ne pourrait décemment se porter vers d'autres solutions que celle de permettre à la personne protégée de consentir seule : déclaration de naissance, reconnaissance, actes personnels relatifs à l'autorité parentale, choix du nom, adoption. Entre parenthèse, les actes médicaux sur l'incapable requièrent l'intervention d'un tiers (article 459 et 459-1 du Code civil), chaque fois que son état ne permet pas à la personne d'agir seule (cf. *supra* l'article de Clémence Allain) !

Dans le même esprit, et pour revenir à l'arrêt du Conseil d'Etat, l'alinéa 2 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique prévoit qu'en cas de refus du patient, le médecin doit se limiter à essayer de le convaincre d'accepter des soins indispensables. La loi ne peut être plus claire ! En

somme, quand bien même la vocation du médecin est de préserver la vie - le même principe heurte en matière d'euthanasie active ! -, c'est le droit subjectif du patient qui prévaut en droit positif. Tel est bien le sens des articles 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou encore de l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789. Que de (pré)textes pour justifier l'anéantissement de valeurs par ailleurs prétendument suprêmes : respect de la vie (article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 et article 16 du Code civil), inviolabilité et intégrité du corps (articles 16-1, 16-1-1 à propos de la dépouille, 16-3)...

Marc BODIN 

L'ACTIVITE DU SALARIE EN ARRET MALADIE

Fin 2010, la Cour de cassation a rappelé par trois fois l'incompatibilité des indemnités journalières de l'assurance maladie avec certaines activités. Le 9 décembre dernier, la deuxième chambre civile interprète de manière peu restrictive l'alinéa 4 de l'article L. 323-6 du Code de la sécurité sociale qui énonce que « *le service de l'indemnité journalière est subordonnée à l'obligation pour le bénéficiaire (...) de s'abstenir de toute activité non autorisée.* »

La Cour précise tout d'abord que participer à une compétition sportive peut être incompatible avec le bénéfice des indemnités journalières de l'assurance maladie, si le médecin ne l'a pas explicitement autorisé. (Cass. 2^e civ., 9 décembre 2010, n° 09-14.575). Il appartient donc à l'assuré de prouver qu'il avait été autorisé à pratiquer cette activité sportive.

De plus, dans un deuxième arrêt, la Cour poursuit son raisonnement en affirmant qu'en l'absence d'une telle autorisation, « *la prescription de sorties libres par le médecin n'équivalait pas à une telle autorisation.* » (Cass. 2^e civ., 9 décembre 2010, n° 09-16.140). En effet, en 2006 la Cour se limitait à conclure que l'assuré ne commettait aucune faute en se conformant à l'indication de « sorties libres », (Cass. 2^e civ., 9 mars 2006), désormais la charge de la preuve incombe au salarié sous peine de restitution, pour tout ou partie, des indemnités journalières perçues à cette occasion. C'est aux tribunaux du contentieux général de la sécurité sociale, qu'il revient d'évaluer la gravité de la faute en contrôlant l'adéquation du montant de la sanction prononcée par la caisse à l'importance de l'infraction commise par l'assuré.

Quand bien même le salarié serait en arrêt pour état dépressif, et non pour un mal physique, la Cour impose à celui-ci de prouver que la pratique d'une activité sportive était mentionnée dans son arrêt de travail (Cass. 2^e civ., 9 décembre 2010, n° 09-16.140).

A côté de cette interdiction de pratiquer une activité sportive non mentionnée dans l'arrêt de travail, la Cour a, le même jour, interdit l'exercice d'un mandat social par le salarié en arrêt de travail (Cass. 2^e civ., 9 décembre 2010, n° 09-17.449). L'activité de représentant du personnel étant assimilée à du temps de travail effectif, elle est donc incompatible avec son arrêt de travail. Il ne peut à cet égard percevoir d'indemnités journalières de la part de l'assurance maladie. La Cour ajoute que la coïncidence entre les heures de délégations et les heures de sorties autorisées, est indifférente.

Cette portée extensive d'interdiction de toute activité (rémunérée ou non), non autorisée expressément, d'un salarié percevant des indemnités journalières par la Caisse primaire d'assurance maladie semble s'ériger en principe.

En effet, la loi n° 2010-1594 de financement de la sécurité sociale pour 2011 prévoit l'insertion d'un article L. 323-3-1 dans le Code de la sécurité sociale, selon lequel « *le versement de l'indemnité journalière ne fait pas obstacle à ce que l'assuré demande, avec l'accord du médecin traitant, à accéder aux actions de formation professionnelle continue prévues au 10° de l'article L. 6313-1 du code du travail ou à des actions d'évaluation, d'accompagnement, d'information et de conseil auxquelles la caisse primaire participe, sous réserve qu'après avis du médecin conseil, la durée de ces actions soit compatible avec la durée prévisionnelle de l'arrêt de travail. La caisse fait part de son accord à l'assuré et, le cas échéant, à l'employeur, ce dernier en informant le médecin du travail.* »

Il apparaît alors que, pour pouvoir exercer quelque activité pendant un arrêt maladie, celle-ci doit être expressément prévue dans l'arrêt de travail sous peine de sanction, pouvant aller jusqu'au remboursement intégral des indemnités journalières versées par la Caisse primaire d'assurance maladie. Le but est de rendre le repos effectif et ainsi éviter toute utilisation frauduleuse du congé... Cela peut paraître difficile à croire, mais ici, la Cour dit protéger le travailleur contre lui-même en renforçant la protection de sa santé.

Dès 1989, la santé du salarié devient le *leitmotiv* du droit communautaire où la directive cadre européenne du 12 juin plaide en faveur de l'amélioration des conditions de travail dans les Etats membres de la communauté. La France crée alors la loi du 31 décembre 1991, modifiant le Code du travail et le Code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail. Ainsi les articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail exigent-ils que « l'employeur [prenne] les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs (...) ». Depuis 2002, la Cour de cassation a affirmé dans les « arrêts amiantes » (Cass. soc., 28 février 2002) que cette obligation générale de sécurité était en réalité une obligation de sécurité de résultat. Une sanction est prévue envers l'employeur si le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale.

Dans les trois arrêts du 9 décembre 2010, la Cour pousse peut-être à l'excès son raisonnement en imposant au salarié lui-même une obligation de sécurité de résultat, sanctionnée si son manquement a un caractère de faute inexcusable.

Elodie CHAGNAUD 

ASSURANCE-VIE ET SANTE

Dans une démarche rationnelle, on devrait rapprocher inexorablement les vocables assurance-vie et santé ; l'assurance-décès se dénoue lorsque la santé de l'assuré a péri. Au fond, qui n'a pas à l'esprit le formulaire de santé, aux relents d'inquisition que l'on doit remplir avant de s'assurer afin de permettre à l'assureur d'apprécier le risque garanti.

Si cette approche subsiste en présence d'une assurance de groupe, type assurance décès-invalidité souscrite à l'occasion de la conclusion d'un prêt immobilier, elle devient bien rare pour les assurances individuelles frappées le plus souvent du sceau de la capitalisation. Et là, l'assureur ne se préoccupe plus guère de la santé de l'assuré mais plutôt de la santé financière des unités de compte sur lesquelles repose l'assurance-vie. Au fond, il devra verser une somme

déterminée, qui évolue au fil du temps à l'instar d'un PEL (plan d'épargne logement), et ce au profit du bénéficiaire désigné en cas de décès ou au profit du souscripteur lui-même en cas de rachat. Avec ces assurances de placement, on s'éloigne des assurances de pure prévoyance – dites à fonds perdus, qui garantissaient un risque effectif lié à la durée de la vie humaine et imposait à ce titre à l'assureur d'effectuer en amont une subtile police de l'aléa, *via* des questionnaires de santé.

Dans l'assurance de placement, on transmet ce que l'on a, alors que dans la vraie assurance de prévoyance, on transmet précisément ce que l'on n'a pas et ce dont risque de manquer le bénéficiaire après le décès de l'assuré.

Toutes les discussions actuelles relatives à la nature de l'assurance-vie, alimentées par de nombreux arrêts de la Cour de cassation, ne sont que le reflet de cette réalité, où le contrat d'assurance-vie, le plus souvent, a perdu en aléa ce qu'il a gagné en certitude de rendement !

Alea jacta est !

Philippe DELMAS-SAINT-HILAIRE 

LA RECHERCHE DU CONSENTEMENT DU MINEUR A L'ACTE MEDICAL

Lorsque le patient est mineur, ce sont ses parents qui prennent les décisions concernant sa santé et doivent consentir à tous les actes médicaux effectués sur sa personne. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique prévoit d'ailleurs que ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui reçoivent l'information sur l'état de santé du patient mineur.

Toutefois, l'article L. 1111-2, alinéa 5, du Code de la santé publique consacre le droit du mineur à recevoir lui-même une information et à participer à la prise de décision le concernant d'une manière adaptée à sa maturité. Cette disposition du Code de la santé publique transpose dans le domaine spécifique du droit médical le principe consacré par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale selon lequel « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique se montre plus précis en affirmant que le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Cette exigence est conforme à l'article 6 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine qui énonce que « *l'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant en fonction de son âge et de sa maturité* ».

Les termes du texte semblent imposer au médecin de solliciter le consentement de l'enfant à l'acte médical. Il ne semble pas, en revanche, qu'il le contraigne à obtenir ce consentement, la recherche du consentement ne pouvant être assimilée à l'exigence du consentement. On peut cependant difficilement admettre qu'un acte médical soit pratiqué sur un mineur qui le refuse.

Toutefois, lorsque le refus du mineur de recevoir des soins met sa vie en péril (on peut penser notamment à la situation des adolescents anorexiques qui refusent de s'alimenter) la question de la contrainte peut se poser. Le rôle de parents est en effet de protéger l'enfant, y compris contre lui-même,

et c'est ce qui justifie à la fois l'incapacité du mineur à décider lui-même et le pouvoir des parents de décider à sa place.

La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi admis, dans un arrêt *Nielsen c/ Danemark* du 28 novembre 1988 à propos du placement d'un enfant de douze ans en hôpital psychiatrique contre le gré de ce dernier, que « l'enfant se trouvait encore à l'âge où il est normal qu'un parent se prononce, au besoin contre le gré de son enfant [qui] doit pouvoir être hospitalisé à la demande du titulaire de l'autorité parentale ».

La question est plus délicate lorsque l'acte médical n'est pas destiné à soigner le mineur notamment parce que cet objectif est devenu impossible, le mineur étant atteint d'une maladie incurable. On peut regretter que cette situation ne soit pas envisagée par les textes. Il serait en effet opportun d'accorder au mineur placé dans cette situation, au moins lorsqu'il a atteint un certain âge, la capacité de prendre les décisions médicales qui le concernent, notamment pour pouvoir décider de bénéficier d'un traitement antidouleur, y compris lorsque celui-ci comporte des risques pour sa vie.

En pratique, selon une recherche menée par des membres du CERFAP au centre d'oncologie et d'hématologie de l'Hôpital des enfants de Bordeaux, sous forme d'entretiens avec l'équipe soignante, il semble que le consentement du mineur à l'acte médical ne soit pas réellement recherché, au sens où le médecin ne demande pas formellement à l'enfant s'il accepte le traitement qui lui est proposé. Cette démarche s'explique aisément par le caractère incontournable du traitement pour soigner des pathologies particulièrement lourdes. Il est également justifié par le fait qu'en cas de refus de l'enfant, l'équipe médicale et, en général, les parents de l'enfant s'efforceront de convaincre l'enfant de se soumettre au traitement ou à l'acte indispensable à la sauvegarde de sa santé. Il est alors peu logique de solliciter le consentement du mineur tout en passant outre, le cas échéant, à son refus.

Le fait de ne pas rechercher formellement le consentement du mineur n'implique en outre pas qu'il soit traité en « objet » de la décision médicale. Les entretiens menés avec différents soignants montrent que la parole de l'enfant est prise en compte dans la réalisation de l'acte médical et que celle-ci permet d'adapter les modalités des soins afin que leur réalisation corresponde le mieux à ce que souhaite l'enfant. Des dispositions sont ainsi prises pour limiter la douleur ou éviter à l'enfant de subir un acte qui lui est particulièrement désagréable. A l'extrême, les médecins acceptent parfois, dans la mesure du possible, devant la réticence d'un enfant à subir un acte particulièrement douloureux ou intrusif, tel qu'une ponction lombaire ou la pose d'une sonde gastrique, de proposer une alternative ou une modalité alternative. Ainsi la pose de la sonde gastrique pourra être reportée dans le temps ou remplacée par un autre mode d'alimentation externe ; la ponction lombaire pourra être pratiquée sous anesthésie générale.

L'exigence légale d'une recherche formelle de consentement du mineur peut en réalité paraître quelque peu excessive dans la mesure où elle impose au médecin une démarche positive qui n'est pas forcément opportune et conforme à l'intérêt de l'enfant. Sans doute serait-il préférable de limiter cette exigence à la seule recherche de l'adhésion du mineur qui correspondrait davantage à la situation du patient soumis à l'autorité parentale. S'il est indispensable que le mineur comprenne la nécessité du traitement qu'il est appelé à subir, et qu'il adhère à la décision médicale, il est sans doute peu opportun de lui laisser croire qu'il dispose d'un choix quant à la décision à prendre.

Adeline GOUTTENOIRE 

L'HOSPITALISATION PSYCHIATRIQUE SOUS CONTRAINTE

Il peut arriver que s'avère nécessaire l'hospitalisation psychiatrique d'une personne sans son consentement, soit parce qu'elle se met elle-même en danger, soit parce qu'elle provoque un trouble grave à l'ordre public. Si l'on analyse l'opération juridique, il s'agit d'une privation de liberté analogue, dans ses résultats, à un emprisonnement à la suite d'une infraction, même si les motifs et les moyens ne sont heureusement pas les mêmes. Ce rapprochement qui s'impose a ainsi conduit la Cour européenne des droits de l'homme, dans une jurisprudence constante et déjà ancienne, à admettre que les articles de la Convention relatifs à la privation de liberté s'y appliquaient alors que les Etats déferés avaient plutôt tendance à soutenir que la question était différente. Certes, il s'agit là de retenir pour soigner mais n'est-ce pas aussi le but – au moins théorique – de la peine à l'époque moderne ?

Les garanties qui doivent accompagner ce type de décision sont évidemment essentielles. Or le droit français pêche, depuis fort longtemps, d'une grave insuffisance sur ce point. Le mal date très probablement de la loi du 27 juin 1990 qui ambitionnait pourtant de constituer un progrès sur de très vieilles dispositions mais n'a pas su organiser une véritable protection des sujets contre un abus éventuel, faute d'avoir vraiment confié le contrôle à une autorité juridictionnelle, ce que le pouvoir médical, appuyé par le souci de l'ordre public des autorités, supportait mal.

Depuis, on n'en finit pas de compter les graves dysfonctionnements du système. Toute personne dont l'état le requiert peut être, contre son gré, *hospitalisée sur la demande d'un tiers* conformément aux articles L. 3212-1 et suivants du Code de la santé publique, ce qui correspond à la première hypothèse, tout cela sans intervention judiciaire et sur seule décision médicale. Très souvent, les demandeurs seront les membres de la famille. Mais les articles L. 3213-1 et suivants du même code prévoient aussi qu'une *hospitalisation d'office* est possible sur décision d'une autorité administrative qui est en général le préfet, voire le maire de la commune, s'il y a urgence et une atteinte grave à l'ordre public. Dans les deux cas, nombre de précautions et de délais sont prévus mais à aucun moment l'intervention d'une autorité judiciaire quelconque n'est requise. Si un abus était commis, il est évident que la victime pourrait demander réparation de son dommage à celui qui a requis son hospitalisation et à ceux qui l'ont permis abusivement. Dans le cas d'une hospitalisation d'office, cette possibilité connaît toutefois des complications considérables qui tiennent à la séparation, en droit français, des ordres judiciaire et administratif. Après bien des tergiversations et des décisions du Tribunal des conflits (17 février 1997), il est acquis que l'annulation pour irrégularité de la décision administrative doit être demandée aux tribunaux administratifs alors que la décision sur l'opportunité de la mesure et la réparation demeure de la compétence des tribunaux judiciaires. Il s'ensuit inévitablement des délais importants avant d'obtenir une juste réparation, délais qui ont déjà valu une condamnation de la France en ce qu'ils n'étaient pas raisonnables. Plus récemment, le 18 novembre 2010 (*Baudouin c/ France*) la Cour européenne a condamné la France, cette fois parce que le système de double compétence n'avait pas permis à l'intéressé d'exercer un recours effectif. On ne compte plus depuis longtemps les nombreuses décisions d'annulation de la jurisprudence administrative faisant apparaître des arrêtés non ou pas motivés, l'absence de jonction des certificats médicaux requis, l'incompétence de l'autorité qui a pris la décision, etc.

Ce désordre, dénoncé depuis longtemps par la doctrine, a

suscité récemment un projet de réforme qui serait en cours d'examen mais il est probable que les choses devraient s'accélérer.

En effet, dans le cadre de l'hospitalisation sur la demande d'un tiers, mais la solution pourraient concerner l'ensemble du système, le Conseil d'Etat, dans une décision du 24 septembre 2010 a décidé, selon la nouvelle procédure de contrôle de constitutionnalité, de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité sur les articles L. 3211-3 et autres du Code de la santé publique, en ce que ces dispositions révèlent un caractère insuffisant quant à l'intervention de l'autorité judiciaire et des garanties accordées à la personne. Dans une décision n° 2010-71 rendue le 26 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a estimé que l'article L. 3212-7 de ce code qui permet de maintenir et renouveler le maintien en hôpital sans intervention judiciaire était contraire à l'article 66 de la Constitution. Le Gouvernement a jusqu'au 1^{er} août 2011 pour refaire la loi. Tout ce qui a été décidé sur la base de l'article pourra, en attendant, être contesté. On souhaitera qu'il ne s'agisse pas d'un simple colmatage qui exposerait nos textes à de nouveaux recours nationaux ou internationaux. Depuis plus de vingt ans, on savait que tout ceci ne répondait pas aux normes modernes de protection des libertés mais il était urgent... de ne rien faire et de laisser la jurisprudence dans une déshérence regrettable. Maintenant il est urgent... de faire, au risque de faire n'importe quoi. L'équilibre entre les nécessités de l'ordre public, les drames familiaux souvent réels et les libertés fondamentales est toujours difficile à assurer. Souhaitons que ce qui a été raté en 1990 soit enfin réussi en 2011 !

Jean HAUSER 

QUI NE DIT MOT... NE CONSENT PAS !

C'est une nature toute particulière que le consentement revêt en matière médicale et plus largement dans le cadre de la bioéthique. Il est certain que ce consentement ne peut être assimilé à la manifestation de volonté des actes juridiques classiques et être soumis au même régime (v. sur les notions de consentement et d'assujettissement, B. Maumont, *infra*). Dès lors que le corps de l'individu, et donc son intégrité physique, sont en jeu, la personne n'est pas libre de consentir. La loi détermine au préalable les hypothèses dans lesquelles le consentement peut être donné. On trace ainsi les frontières du domaine admis de l'atteinte à l'intégrité physique. Ce n'est qu'ensuite qu'intervient l'exigence du consentement régis par un certain nombre de règles qui déterminent le titulaire du droit de consentir, les formes du consentement, les exceptions à cette exigence. En tout état de cause, le consentement doit être donné de façon expresse. On sait qu'en matière médicale, le consentement peut prendre une forme orale mais que les médecins, soumis à la charge de la preuve du respect de leur obligation d'information, ont rapidement exigé de leurs patients un écrit permettant de prouver ultérieurement l'existence d'un consentement libre et éclairé (ce que l'on assimile parfois à tort à des « décharges de responsabilité »). Au-delà, certains consentements - parce qu'ils portent sur un acte médical grave- doivent revêtir une forme spécifique. On rappellera par exemple qu'en matière de procréation médicale assistée, c'est un consentement écrit qui est exigé *a minima* (v. articles L. 2141-3 et suivants du Code de la santé publique, pour la fécondation et la conservation d'embryons, pour le don d'embryon dans le cadre de la recherche ou à un autre

couple, pour toute mise en œuvre d'une assistance médicale à la procréation). On retrouve cette exigence tout particulièrement lorsqu'il est procédé à un acte médical non plus dans l'intérêt médical de la personne mais dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Cela justifie alors des précautions particulières pour recueillir la volonté. Ainsi, le consentement à un prélèvement d'organes sur une personne vivante doit être exprimé devant le président du tribunal de grande instance (ou le magistrat désigné par lui) et ce n'est qu'en cas d'urgence vitale que le consentement peut être recueilli par le procureur de la République (article L. 1231-1). Ces différentes hypothèses (non exhaustives) montrent à quel point le consentement en matière médicale ne saurait se déduire d'un simple accord tacite et encore moins d'un simple silence (en ce sens, cf. article 2141-4 du Code de la santé publique qui prévoit dans son alinéa 3 que, lorsque l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans).

C'est pourtant à un consentement présumé que la loi fait référence en matière de prélèvement d'organes ou de tissus sur une personne décédée (article L. 1231-1 et suivants). A défaut d'opposition de son vivant au prélèvement (que l'on appelle aussi parfois don d'organe), la personne est en effet présumée avoir accepté (article L. 1231-1, alinéa 2). Le silence vaudrait ainsi consentement. On sait que cette mesure a été adoptée afin d'augmenter le nombre de « donneurs » et donc de favoriser les greffes d'organes qui pâtissent d'une véritable pénurie (consentement présumé qui avait été initié par la loi dite Caillaudet, du 22 décembre 1976). Plusieurs moyens permettent de faire connaître de son vivant le refus de prélèvement. C'est tout d'abord un registre national qui a été mis en place et qui permet de recueillir les oppositions. Mais il ne s'agit en aucun cas d'un moyen exclusif. Le médecin qui n'aurait pas connaissance directement de la volonté du défunt « doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen ». On s'aperçoit alors en pratique, que le système du consentement présumé (qui équivaut au « qui ne dit mot consent ») n'a pas produit les effets escomptés en matière de don d'organes. La généralisation du consentement présumé à tous les prélèvements après décès (quelle que soit leur finalité, thérapeutique ou scientifique) par la loi bioéthique du 6 août 2004, n'a en effet pas eu d'incidence pratique réelle. Les médecins confrontés au décès et à la possibilité d'un prélèvement se tournent en réalité vers les proches (on ne comptait en 2008 que 72 112 personnes inscrites sur le registre national des décès). Et rares sont les proches qui avaient véritablement connaissance de la volonté du défunt en la matière. C'est donc le plus souvent le sentiment des proches par rapport au prélèvement et leur consentement qui prévaut. En l'absence de refus exprimé clairement par la personne de son vivant, la décision des proches l'emporte et dans le doute, ce sera fréquemment un refus. La règle du consentement présumé est donc contournée car les médecins s'en tiennent toujours à la décision de la famille (on estimait à 30,7% le taux d'opposition des familles en 2008). Devant ce relatif échec du système du consentement présumé, certains préconisent le recours à un système de registre des donneurs (donc de recueil des consentements expressément émis). D'autres vont plus loin et envisagent de passer outre l'exigence d'un consentement, en assimilant l'absence de refus à une présomption irréfragable de consentement. La révision des lois bioéthiques en discussion au Parlement début 2011, pourrait être l'occasion de maintenir ou modifier les règles en la matière. Pour autant les priorités législatives sont peut-être plus médiatiques. D'autres consentements sont en effet en cause... consentement et

mère porteuses, consentement, anonymat et dons de gamètes, par exemple...

Marie LAMARCHE 

L'ASSUJETTISSEMENT A L'ACTE MEDICAL

Lors même que la notion juridique de contrat a été mobilisée pour rendre compte de la relation médicale, notre dispositif législatif et l'évolution des positions doctrinales nous invitent à dépasser le seul point de vue contractuel pour mieux apprécier le rôle des sujets à l'acte médical.

L'analyse contractuelle apparaît tout d'abord bien réductrice au regard d'une synecdoque consacrée par les tribunaux. Rappelons en effet que si la référence au « contrat médical » s'est imposée, c'est en premier lieu pour offrir une structure juridique à un objet saisi en termes de prestations ; le paiement des honoraires et l'obligation contractuelle de soin du médecin envers son patient ont « formé » le contrat médical selon le raisonnement un peu simpliste : « qui dit obligation, dit contrat ». Ce n'est pourtant pas l'obligation qui crée le contrat mais bien l'inverse. D'ailleurs, un tel débordement ne lasse de révéler ses faiblesses dans nombre d'hypothèses où l'absence de volonté exprimée rend la référence au contrat assez artificielle (urgence, action en responsabilité *post-mortem*, etc.). De surcroît, les tribunaux administratifs se sont bien gardés de déceler un contrat dans les rapports du médecin hospitalier avec son patient car ici les situations sont nettement objectives, légales et réglementaires. Limité en cela à certains aspects de la médecine libérale, le domaine du contrat médical s'en trouve depuis lors considérablement réduit.

Surtout, le raisonnement contractuel est sclérosant pour la relation médicale. Certes, on sait que tout n'est pas contractuel dans le contrat, mais c'est aussi l'occasion de rappeler que tout ne relève pas nécessairement du contrat.

En principe, le contrat réunit des intérêts complémentaires autour d'un objet saisi en termes de prestations. Il en résulte pour les parties une prise de qualité, celle de débiteur ou de créancier dans un rapport d'obligation, pour rendre compte de leur position dans la relation contractuelle. Mais les considérations plus politiques qui peuvent graviter autour du contrat dans certaines matières (indisponibilité du corps humain ou de l'état des personnes, prohibition des pactes sur succession future, etc.) affectent celui-ci uniquement de manière incidente, par l'intermédiaire des règles d'ordre public, si bien qu'il est parfois nécessaire d'apprécier le jeu de la volonté et de la loi sur un plan différent du contrat lui-même.

Aussi la spécificité du rapport médical est-elle patente. Ici, les qualités préexistent au rapport contractuel et lui sont indépendantes, alors qu'en outre l'essentiel des problématiques liées à la bioéthique et au respect de la dignité de la personne humaine peuvent se poser indépendamment du contenu contractuel.

Ainsi, le consentement du patient à l'acte médical prescrit par les articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4, alinéa 3 du Code de la santé publique ne participe pas de la formation d'un contrat médical en ce qu'il se rapporte en tout premier lieu à l'exigence de dignité de la personne humaine et, plus généralement, au respect des droits et libertés fondamentaux. Il se présente en effet comme le principal contrepoids du pouvoir médical, cet ensemble de

prérogatives dont est investi le médecin, du fait de son titre et de sa compétence, lui permettant d'accomplir des actes matériels de nature médicale sur la personne humaine dans l'intérêt d'autrui. Il est à noter aussi que, contrairement à certaines idées reçues, c'est dans le fond ce pouvoir juridique biomédical que les lois bioéthiques ont renforcé en créant des poches de compétence reconnues par la loi et légitimant les interventions médicales (contraception, IVG, prélèvements d'organes, recherches biomédicales, etc.). De sorte que, selon cette optique, les volitions du droit médical sont une création de la loi pour obvier aux abus potentiels de l'exercice d'un pouvoir médical en expansion.

C'est que le consentement ne forme pas systématiquement un contrat. Pour preuve, le droit des personnes est le siège d'un unilatéralisme latent qui découle en grande partie de la méthode de régulation adoptée, en lien avec la promotion des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée, droit au respect du corps humain, etc.), et consistant à s'en remettre plus souvent que par le passé à la volonté des individus titulaires de droit et destinataires de pouvoirs pour valider l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux dont ils font l'objet.

Reste à déterminer en principe à quelle catégorie se rattache ce consentement. Plus proche de l'autorisation que de l'engagement, on peut y voir un acte juridique unilatéral par lequel le patient approuve l'exercice du pouvoir médical sur sa personne à l'issue d'un contrôle d'opportunité ; l'intérêt poursuivi doit justifier les risques que fait peser l'acte médical sur son intégrité physique. Toujours est-il que limiter le consentement exprimé à un fait juridique serait nier la vocation naturelle de toute manifestation de volonté à constituer un acte juridique dès l'instant que l'effet de droit qui lui est imputable est en lien avec la capacité juridique exercée. Et si une partie de la théorie de l'acte juridique doit être adaptée c'est essentiellement en considération du rôle préventif d'un tel consentement ; il est censé prévenir tout exercice abusif du pouvoir biomédical. Certes, la théorie des vices du consentement et la théorie des nullités ont peu d'intérêt sur le terrain des actes juridiques lorsque l'intervention médicale a eu lieu ; seule compte alors la matérialité des faits, le dommage consécutif à l'acte médical. Il n'en demeure pas moins que le régime juridique du consentement tel qu'il ressort de la législation invite à un rapprochement avec la théorie des actes juridiques par les procédés (consuméristes) employés.

Il existe parfois des délais de réflexion - pour la chirurgie esthétique (article L. 6322-2) - et toujours une faculté de rétractation *ad nutum* (article L. 1111-4, alinéa 3). En outre, le consentement est souvent formalisé – exprimé devant le président du TGI dans le cas du prélèvement d'organes *in vivo* (article L. 1231-1, alinéa 3). Surtout, on exige du patient un consentement « libre et éclairé », ce qui suppose le devoir pour le médecin de lui fournir une information adéquate – un droit à l'information est garanti par l'article L. 1111-2 – sans l'influencer au point d'abolir sa liberté réelle. Notons à ce propos que les précautions de rédaction de l'article L. 1111-4 selon lequel « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé », traduisent la volonté du législateur de placer le patient au centre de la décision. Mais cette disposition n'implique pas qu'il soit à l'initiative de l'acte médical. Et les « préconisations » évoquées signifient bien que les alternatives médicales émanent des hommes de l'art. La liberté du consentement est en somme toute relative.

Mais parce que ce pouvoir est autonome, le consentement n'est pas requis dans certaines circonstances.

Manifestement, seule importe alors la légitimité des mobiles tirés de la situation de fait qui déterminent l'exercice du pouvoir biomédical. Ainsi, l'urgence (article L. 1111-4, alinéa 3), le danger que représente le refus de soin opposé par le représentant légal (article L. 1111-4, alinéa 6) et la nécessité d'intervenir alors que le patient est incapable d'exprimer son consentement, sont autant de faits justificatifs qui légitiment l'intervention.

Dans nombre d'hypothèses toutefois, l'exercice du pouvoir biomédical n'est pas abandonné au libre arbitre du médecin. Mises à part les autres conditions légales de nature objective, le prélèvement d'organes *post mortem* suppose ainsi que le défunt ne s'y soit pas opposé de son vivant (article L. 1241-4). De même, par exemple, une intervention médicale sur un incapable suppose l'avis de la personne de confiance, de la famille ou des proches (article L. 1111-4, alinéa 5) à moins qu'il existe un représentant légal, auquel cas il appartiendrait à celui-ci d'autoriser l'intervention médicale avec l'approbation éventuelle du mineur ou du majeur sous tutelle (article L. 1111-4, alinéa 6).

Au résultat, le consentement du patient est obligatoire quand il peut valablement s'exprimer, il n'est pas pour autant indispensable à l'acte médical dans d'autres circonstances. Extérieur au contrat médical, le lien entre le consentement du patient et le pouvoir du médecin se manifeste principalement dans la notion de cause. Le consentement est en effet causé par l'intérêt que renferme le pouvoir et confère en retour au médecin un mobile complémentaire légitimant son intervention. Quoiqu'il en soit, l'opération juridique est légalement causée car elle repose sur un pouvoir attribué au médecin qui trouve uniquement sa source dans la loi. On remarquera d'ailleurs que la variété des actes médicaux (prélèvements des produits du corps humain, expériences thérapeutiques, chirurgie esthétique, IVG, arrêt d'un traitement, etc.) révèle un intérêt sériel qui n'est certainement pas limité à l'intérêt thérapeutique du patient. C'est là tout l'enjeu des débats portant sur la bioéthique, car plus les intérêts à satisfaire sont pluriels, plus le pouvoir biomédical est étendu. Et le consentement du patient ne peut jamais justifier à lui seul l'atteinte portée par autrui à son intégrité physique. La légitimité de l'acte médical doit préexister à toute manifestation de volonté du patient ou de ses proches.

Par conséquent, de l'établissement du diagnostic à l'intervention *in corpore*, tous les actes médicaux sont le résultat d'une décision médicale prise sur le fondement d'un pouvoir et en considération d'une situation de fait légitime.

En définitive, une importante problématique réside dans la méthode à adopter pour encadrer un pouvoir médical potentiellement omnipotent. C'est ainsi que l'hypothèse du refus de soin offre la démonstration d'un certain impérialisme médical, là où l'on pourrait s'attendre à une paralysie des prérogatives médicales. On connaît la circonspection de l'article L. 1111-4, alinéa 2 qui dispose que « si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables » et que « le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable ». Mais surtout, l'ordonnance du 16 août 2002 a confirmé la position du Conseil d'Etat reconnaissant le pouvoir du médecin d'imposer l'acte médical à un malade refusant des soins pourtant indispensables à sa survie, ce qui conduit à une généralisation de la règle posée par l'article L. 1111-4, alinéa 6 permettant de passer outre le refus des représentants d'autoriser des soins jugés indispensables à la personne protégée. A l'occasion, le pouvoir médical est à même de primer celui des autres intervenants faisant du médecin le protecteur ultime de la personne en matière médicale.

Où l'on perçoit en tous cas la singularité de la figure juridique du *consentement à l'exercice d'un pouvoir*, qui n'est rien d'autre que la marque d'un assujettissement, certes étroitement régulé, à l'acte médical.

Bertrand MAUMONT 

DIRECTIVES ANTICIPEES ET ACTES MEDICAUX

L'un des objectifs affichés de la loi du 4 mars 2002 était de réaffirmer les fondements de l'éthique médicale, en particulier de réhabiliter la volonté du patient. Cet objectif ne pouvait être pleinement atteint qu'en envisageant le cas où le malade était dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté.

La représentation du malade, en dehors du placement sous un régime de protection, a été rendue possible par le recours à la personne de confiance. Il serait pourtant illusoire de croire que la personne ainsi désignée par le majeur, désormais inconscient, peut exercer une réelle représentation. La personne de confiance n'est que « consultée », et la volonté présumée du malade qu'elle reproduit n'est qu'un élément pris en compte par le médecin, qui conserve intact son pouvoir de décision. On rencontre les mêmes limites à propos des « testaments biologiques » ou « directives anticipées » qui permettent au patient, de façon anticipée, de préciser sa volonté quant aux soins qu'il souhaiterait recevoir ou au contraire qu'il entendrait refuser s'il n'était plus en mesure d'exprimer directement sa volonté. La prise en compte de ces dernières volontés reçoit un accueil pour le moins critique de la part de notre législateur craignant toujours le *votum mortis* des proches du malade. Un premier pas a été franchi avec la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. L'article L. 1111-11 du Code de la santé publique dispose ainsi que « toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou de l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment ». Mais, une fois encore, le dispositif mis en place est critiquable sur au moins deux points. D'abord, les directives de fin de vie ne seront prises en compte qu'à condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne (article L. 1111-11) ; ensuite, ces directives ne s'imposent pas au médecin qui n'est pas obligé de les appliquer, mais « en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant ». On perçoit nettement le maintien du pouvoir médical dans les termes de l'article L. 1111-13 qui autorise le médecin à décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne.

La conclusion qui s'impose aujourd'hui est implacable : la volonté du patient, pour s'imposer au médecin, ne saurait être ni anticipée, ni substituée. Et, même dans cette circonstance, elle ne saurait annihiler toute liberté du médecin.

Ces limites ont régulièrement entraîné des propositions parlementaires visant en particulier à imposer le caractère obligatoire des dispositions anticipées. Spécialement, trois propositions émanant respectivement de M. J.-P. Godefroy, relative à l'aide active à mourir, de M. G. Fischer, relative à l'euthanasie active, et de M. A. Fouché relative à l'aide à mourir dans le respect des consciences et des volontés, ont

conduit la Commission des affaires sociales du Sénat à remettre la question à l'ordre du jour. Aux termes de cette proposition, l'article L. 1110-9 du Code de la santé publique serait ainsi complété : « Toute personne capable majeure, en phase avancée ou terminale d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable, lui infligeant une souffrance physique ou psychique qui ne peut être apaisée ou qu'elle juge insupportable, peut demander à bénéficier, dans les conditions prévues au présent titre, d'une assistance médicalisée permettant, par un acte délibéré, une mort rapide et sans douleur ». La demande du malade serait ensuite examinée collégalement par trois médecins chargés de vérifier la réalité des conditions ainsi posées. Huit jours après cette demande, les médecins devraient faire connaître leurs conclusions au malade et à la personne de confiance. Une réponse positive du collège médical ouvrirait ainsi la voie à une euthanasie active. Le malade pourrait naturellement révoquer sa demande à tout moment. Après le décès, un rapport devrait être adressé à une commission régionale de contrôle.

La proposition envisage également de tenir compte des directives anticipées relatives à la fin de vie. Il pourra en être tenu compte dès lors qu'elles auront été rédigées par une personne capable dans les trois ans qui précèdent l'état d'inconscience. La demande sera alors portée par la personne de confiance selon des modalités proches de celles précisées antérieurement (collège médical, confirmation par deux témoins de la volonté du malade...). Le médecin sollicité pourra bien évidemment invoquer la clause de conscience.

Le débat sur la fin de vie est relancé. Il reste maintenant à espérer qu'il se fera dans la dignité et le respect des opinions. C'est peut-être en ce domaine que se situerait la nouveauté...

Jean-Marie PLAZY 

LES SOINS FACE AUX CONVICTIONS RELIGIEUSES

La neutralité de l'Etat à l'égard de toutes les opinions et les croyances, qui trouve sa source dans l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 de même que dans l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, implique qu'un établissement de santé doit respecter les convictions religieuses des personnes accueillies. Dans les établissements de santé publics, toute personne doit pouvoir être mise en mesure de participer à l'exercice de son culte (recueillement, présence d'un ministre du culte de sa religion, nourriture, liberté d'action et d'expression, rites funéraires...). Toutefois, l'expression des convictions religieuses ne doit porter atteinte ni au fonctionnement du service, ni à la qualité des soins, ni aux règles d'hygiène, ni à la tranquillité des autres personnes hospitalisées et de leurs proches. Cette restriction à la liberté religieuse est rappelée par une circulaire du Ministre de la santé en date du 2 février 2006. Elle est également formulée dans la Charte de la laïcité dans les services publics du 13 avril 2007 : « *Les usagers des services publics ont le droit d'exprimer leurs convictions religieuses dans les limites du respect de la neutralité du service public, de son bon fonctionnement et des impératifs d'ordre public, de sécurité, de santé et d'hygiène. Les usagers des services publics ne peuvent récuser un agent public ou d'autres usagers, ni exiger une adaptation du fonctionnement du service public ou d'un équipement public.*

Cependant, le service s'efforce de prendre en considération les convictions de ses usagers dans le respect des règles auquel il est soumis et de son bon fonctionnement ».

Il en résulte que l'exercice de la liberté religieuse doit demeurer compatible avec les exigences d'une bonne dispensation des soins. Ce principe doit néanmoins être précisé selon que cette liberté est exercée par le patient (I) ou le médecin (II).

I – Les soins face aux convictions religieuses du patient

A – Le choix du praticien

Il peut arriver que certaines personnes récusent un médecin pour des motifs religieux. Le rapport de la Commission Stasi (2003) fait état, à l'hôpital, de refus par des maris ou des pères de voir leurs épouses ou leurs filles soignées ou accouchées par des médecins de sexe masculin, ou de soignants récusés au prétexte de leur confession supposée. Ces comportements, qui mettent en cause le fonctionnement des établissements de santé, ne sont pas acceptables.

Certes, l'article L.1110-8 du Code de la santé publique dispose que le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un droit fondamental de la législation sanitaire. Le Conseil d'Etat a même affirmé qu'il s'agissait d'un principe général du droit (CE, 18 février 1998, *section locale du Pacifique Sud de l'ordre des médecins*). Mais cette liberté de choix n'est pas absolue. D'une part, elle doit être exercée par le malade lui-même et non par un parent, un proche ou la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6. D'autre part, elle doit se concilier avec diverses règles telles que l'organisation du service ou la délivrance des soins. Du reste, cette liberté est écartée lorsqu'elle est fondée sur une considération religieuse. Ainsi, dans une Réponse ministérielle n° 109750 du 20 février 2007, le Ministre de la Santé rappelle que le principe de libre choix ne permet pas à une personne de s'opposer à ce qu'un membre de l'équipe de soins procède à un acte de diagnostic ou de soins pour des motifs tirés de la religion, connue ou supposée, de ce dernier. Cette réponse montre que le principe du libre choix cède devant le principe supérieur de laïcité. En effet, la liberté de choix du praticien n'induit pas la nécessité de procéder à une organisation du service public qui épouse les contours divers et changeants des constructions identitaires. Le principe de neutralité s'oppose à ce que l'hôpital public se transforme en un libre service de soins où chacun pourrait choisir son médecin, non en se fondant sur l'appréciation qu'il porte sur sa compétence mais en prenant argument de son appartenance religieuse. Raisonner autrement conduirait inévitablement à lever l'interdiction de recrutement des agents publics hospitaliers en fonction de leurs convictions et à déterminer leur champ d'intervention à partir des mêmes considérations.

B – Le refus de soins

L'intangibilité de l'intégrité corporelle de chaque personne et l'indisponibilité du corps humain sont des principes fondamentaux auxquels il ne peut être dérogé que par nécessité médicale pour la personne et avec son consentement préalable. Pour cette raison, notamment, aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de l'intéressé. Lorsque la personne n'est pas en état d'exprimer sa volonté, sauf urgence ou impossibilité, le médecin ne pourra réaliser aucune investigation ni traitement sans avoir consulté au préalable la personne de confiance, la famille ou, à défaut, un de ses proches.

Toute personne hospitalisée, apte à exprimer sa volonté,

peut donc refuser tout acte de diagnostic ou tout traitement ou en demander l'interruption à tout moment. Mais si, par ce refus ou cette demande d'interruption de traitement, la personne met sa vie en danger, le médecin, tenu par son obligation d'assistance, doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il s'agit là d'une conciliation entre le respect des convictions religieuses du patient et la mise en œuvre d'un acte médical, conciliation qui suscite beaucoup de difficultés en pratique. En vérité, deux situations doivent ici être distinguées selon que l'acte médical présente un caractère obligatoire, l'abstention de s'y soumettre étant assortie de sanctions pénales ou déterminant un certain nombre d'interdictions. La première hypothèse peut être illustrée par l'obligation de vaccination (article L. 3111-1 et suivants), dont l'irrespect est sanctionné pénalement (article L. 3116-1) et qui peut justifier un refus d'inscription dans un établissement scolaire (CE Ass., 4 juillet 1958, *Graff et époux Reyes*). La recherche du consentement du patient n'est pas ici nécessaire dès lors que la loi crée un ordre public sanitaire justifié par des considérations de santé publique. En revanche, l'engagement d'une action thérapeutique est étroitement conditionné par l'existence d'un tel consentement libre et éclairé. Si une ordonnance de référé du 16 août 2002 confirme que ne commet aucune faute le médecin qui met en œuvre les soins indispensables à la survie d'un malade, en dépit de l'opposition de ce dernier, l'on peut exprimer de légitimes inquiétudes lorsque, en l'absence de mise en cause du pronostic vital, des praticiens se trouveront confrontés à des attitudes de refus, fondés sur des motifs religieux, exprimés par le malade ou son entourage.

II – Les soins face aux convictions religieuses du médecin

Les convictions religieuses ne doivent pas pouvoir faire obstacle à la mise en œuvre d'une action thérapeutique ni induire des comportements ou susciter des abstentions dans l'administration de soins qui seraient de nature à porter atteinte à la dignité de la personne humaine. Une telle évidence a conduit à circonscrire la possibilité, pour le personnel médical, de se prévaloir d'une clause de conscience.

L'obligation faite au personnel médical d'assurer, en toute hypothèse, ses obligations légales et déontologiques d'administration de soins appropriés exclut la possibilité pour ses membres de se prévaloir de leurs convictions religieuses pour s'en affranchir. Il s'agit là d'un principe qui ne devrait souffrir d'aucune exception. Néanmoins, l'article L. 2212-8, sans faire une référence expresse aux convictions religieuses, autorise le personnel médical à solliciter le bénéfice de la clause de conscience dans le cas d'interruption volontaire de grossesse.

Des dispositions de nature identique gouvernent les demandes de stérilisation à des fins contraceptives (Loi du 4 juillet 2001, article 26). Des limites sont venues circonscrire cette faculté de telle sorte qu'elle ne constitue pas une entrave à la possibilité pour une femme d'avoir recours à l'interruption volontaire de grossesse. La loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception supprime la possibilité pour le chef de service d'un établissement de santé publique, de refuser que son service assume la responsabilité d'IVG et fasse ainsi obstacle à ce que d'autres que lui procèdent à des IVG dans le service. Dans une décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, le Conseil constitutionnel a confirmé la parfaite constitutionnalité de cette mesure.

DROIT COMPARE

ALGERIE : LE CONSENTEMENT DE LA PERSONNE A L'ACTE MEDICAL, DROIT POSITIF ET CHARIA

Comme valeur universelle, le droit au respect de l'être humain et de son intégrité est inviolable en droit algérien, sauf consentement et sous réserve d'incapacités à exercer ses droits, entre autres le droit à la santé.

Cependant, des limites tenant à la nécessité vitale et au fait que l'acte doit être indispensable à la survie peuvent justifier l'atteinte à ce droit. Des limites d'ordre public et d'intérêt général sont aussi nécessaires à la santé publique, dont l'identification d'empreintes génétiques des condamnés, les campagnes de vaccinations pour parvenir à stopper les épidémies risquant de se propager, l'établissement ou la destruction d'un lien de filiation (article 40 du Code de la famille algérienne, issu de la loi 05/02 du 27 février 2005).

Le don d'organes rend aussi légitime l'atteinte à l'intégrité du corps, dans l'intérêt thérapeutique d'autrui (*chariâ* et loi algérienne).

Par ailleurs, la *chariâ* et la loi algérienne interdisent les conventions de gestation pour autrui ; il ne peut donc y avoir de recours à l'insémination artificielle par le biais d'une mère porteuse (alinéa 4 de l'article 45 du Code de la famille). Certes, l'insémination artificielle est reconnue mais elle est soumise à des conditions, dont essentiellement le mariage légal (alinéa 1^{er} de l'article 45 bis du Code de la famille). La filiation est alors établie par le mariage valide (article 40). Toutefois, lorsque l'insémination n'est pas possible, reste envisageable le recueil légal qui est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils et il est établi par acte légal (*kafala*, article 116). En effet, l'adoption est interdite par la *chariâ* et la loi (article 46). L'adoption consiste soit à donner le nom de famille à l'enfant dont la mère a accouché anonymement, soit à donner le nom de famille à l'enfant né d'une autre mère connue ; l'enfant ne devrait jamais recevoir le nom d'une autre famille. Toutefois, le Code de la santé admet, certes, l'anonymat de la mère qui ne souhaite pas avoir la garde de l'enfant, auquel cas des instructions données à l'officier d'état civil permettent, en vertu du droit objectif, d'inscrire l'enfant né sous anonymat sous le nom de la famille adoptive dans l'acte de naissance ; pour autant, la *chariâ* interdit catégoriquement cette pratique juridique, puisque non seulement il n'existe aucun lien génétique entre l'enfant et les parents adoptifs, mais aussi puisqu'elle accorde de plein droit à cet enfant né anonymement – et innocent, d'une certaine manière – le nom de famille de la mère biologique, à condition qu'elle soit connue ; sinon, un double prénom est conféré à l'enfant (et non plus « SNP » - sans nom, perdu – comme ce fut le cas jusque dans les années 1970 en Algérie !).

Mokhtar SALHI 

BELGIQUE : PRELEVEMENTS SUR UNE PERSONNE VIVANTE

En droit civil belge, l'intégrité physique (psychique comprise) est inviolable sans l'accord de la personne concernée et, parfois mais de moins en moins fréquemment, contre sa volonté. Toute atteinte portée par un tiers contre une personne non consentante est donc passible de sanctions pénales et civiles.

A l'image du droit français, et s'inspirant des articles 3

(interdiction des traitements inhumains et dégradants) et 8 (respect de la vie privée) de la Convention européenne des droits de l'homme, la conception classique de cette intégrité (quelque peu empreinte du droit pénal en vertu duquel le consentement n'éteint pas l'infraction) glisse vers une logique autonomiste, situant ce droit à l'intégrité physique dans le giron des droits subjectifs privés, l'autorité se réservant la faculté de n'intervenir que marginalement.

Evidemment, ce droit à l'intégrité n'est pas illimité et peut venir heurter d'autres intérêts tout aussi légitimes, élevant un conflit de valeurs que le droit tente d'arbitrer. Aussi l'atteinte à la personne d'autrui peut-elle devenir légitime, selon le contexte et l'objectif poursuivi.

En matière de prélèvement d'organes, tissus ou cellules sur une personne vivante, le législateur belge est intervenu dès 1986 pour fixer les limites au consentement du donneur, spécialement en vue de le protéger contre une exploitation vénale de son corps. Sont seuls visés les prélèvements d'organes, tissus et cellules en vue d'une transplantation à des fins thérapeutiques. Sont donc exclues recherche et expérimentation. La loi ne définissant pas la notion d'organe, tout élément du corps humain est concerné, à l'exclusion des embryons (tandis que le prélèvement d'embryon à des fins reproductrices n'est pas réglementé), des cellules reproductrices et du sang. Le prélèvement doit être fait par un médecin en milieu hospitalier et sans but lucratif (le donneur pouvant cependant être défrayé).

En dehors de ce domaine, la maîtrise du corps répond aux limites générales de droit commun : consentement éclairé du patient, finalité thérapeutique (ou même psychique), proportion entre les risques et les bénéfices escomptés de l'intervention et respect des règles de l'art. Le consentement est révocable (cf. le droit de refuser un traitement, in Loi du 22 août 2002) ; celui des incapables est soumis à une représentation « en cascade », déléguant le droit de consentir à une succession de personnes proches du patient.

Par principe, le prélèvement sur une personne vivante suppose sa majorité et son consentement éclairé, reçu par écrit. Sont dès lors écartés les incapables, en droit ou en fait (personne dans le coma, etc.). Si le prélèvement risque d'entraîner des conséquences graves pour le donneur ou concerne des éléments non régénérables, la loi exige que la vie du receveur soit elle-même en danger et qu'il soit impossible de recourir à des éléments prélevés sur une personne décédée ; le consentement du conjoint non séparé du donneur est aussi indispensable. Si le prélèvement est envisagé sur un mineur, il ne peut être destiné qu'à une transplantation sur un membre de la fratrie ; il ne doit pas avoir de conséquences graves sur l'enfant et ne peut concerner que des organes ou tissus régénérables. Le consentement du donneur de plus de douze ans est requis, ainsi que celui de ses parents ou de son tuteur.

Se pose par ailleurs la question de l'exploitation d'organes ou tissus non utilisés : nouveaux examens sur une biopsie, utilisation des résidus d'une intervention chirurgicale ou de tissus de fœtus décédé, embryon surnuméraire... Toute nouvelle destination doit être, dans la mesure du possible, communiquée au sujet qui doit y consentir. Sans que ce dernier jouisse d'un droit de propriété, il voit ainsi préservé un droit de la personnalité opposable *erga omnes*, lui permettant de s'opposer à ce que ces éléments entrent dans le commerce juridique ou deviennent source de profit économique.

Marc BODIN 

**MAURICE :
PERSONNE, SANTE ET CONSENTEMENT**

Le consentement occupe une place indéniable en droit médical de la République de Maurice. Plusieurs lois réglementent la question du consentement du patient, notamment la *Medical Council Regulations* de 2000, la *Human Tissue Act* de 2006, la *Mental Health Care Act* de 1998, et la *HIV and AIDS Act* de 2006.

La Medical Council Regulations de 2000

La section 2 de la deuxième partie de la *Medical Council Regulations* de 2000 dispose que le médecin a besoin d'un consentement éclairé de son patient, avant de procéder à une intervention, ou à une recherche médicale. La section 3 de la même partie ajoute que, lorsqu'il n'est pas possible que le médecin obtienne un consentement éclairé du patient, ou quand il s'agit d'un mineur, le médecin en question devra obtenir le consentement d'un parent proche, ou du représentant légal. La section 4 de la *Medical Council Regulations* prévoit que le médecin a le droit d'intervenir en urgence pour sauver la vie du patient, lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir son consentement. Finalement, l'articulation des sections 2 et 5 mène vers la conclusion que le médecin doit s'abstenir d'agir, si le patient a refusé son consentement.

La section 13 de la *Medical Council Regulations* de 2000 encadre la divulgation des informations que le patient a données au médecin. Le médecin n'a pas le droit de divulguer ces informations à un tiers, sans le consentement du patient. Si le patient est un mineur, il faudra le consentement de son représentant légal, ou d'un de ses parents proches. Il en va de même d'un patient décédé. Néanmoins, ce consentement n'est pas nécessaire quand la divulgation a été ordonnée par les juges, ou par une autre autorité compétente, ou encore quand il y a une urgence médicale pour autrui, alors que le patient est dans l'impossibilité de donner son consentement.

La Human Tissue Act de 2006

La section 4 de la *Human Tissue Act* de 2006 dispose que toute personne vivante peut consentir au don d'un produit de son corps (organes, cellules, etc.) dans le but de rendre possible une transplantation au profit d'un de ses parents, et à condition qu'il n'y ait pas de danger pour la santé du donneur. La section 5(1) ajoute que chacun a droit de consentir dans un but thérapeutique au prélèvement d'un des produits de son corps après sa mort. Si la personne décède sans avoir donné - mais aussi sans avoir refusé - un tel consentement, l'époux et les enfants du décédé peuvent consentir, dans un but thérapeutique, au prélèvement d'un des produits du corps du défunt. Si la personne décédée est mineure, le (ou les) titulaire(s) de l'autorité parentale peuvent consentir au prélèvement d'un produit du corps du mineur décédé. La section 6(1) de la loi interdit les prélèvements sur le corps d'un mineur, ou d'un majeur qu'un spécialiste a déclaré incapable de consentir à un don, en raison de désordres mentaux ou autres. Néanmoins, la section 6(2) contient une exception strictement encadrée.

La Mental Health Care Act de 1998

La section 2 de la *Mental Health Care Act* de 1998 définit le consentement éclairé comme un consentement obtenu librement, sans menaces ni manœuvres, après que le patient ou un de ses proches a obtenu des renseignements compréhensibles et appropriés, dans une forme, et dans un langage que celui-ci est apte à comprendre. Les renseignements en question concernent soit le diagnostic,

soit le but, la méthode et la durée probable du traitement, soit les modes alternatifs du traitement, soit finalement les douleurs, les inconvénients, les risques et les effets secondaires du traitement proposé. La section 7(1) de la même loi dispose qu'une personne soupçonnée de souffrir de désordres mentaux sera examinée par une personne habilitée, à condition que l'examen soit nécessaire et que la personne concernée (ou son parent proche) donne son consentement. La section 8 prévoit que nul ne sera admis dans un centre médical habilité si son désordre mental ne le rend nécessaire, et s'il n'y donne son consentement. Or, la section 7(2) dispose que, même si la personne concernée est amenée contre sa propre volonté, le médecin va l'examiner ou la garder dans le centre où il travaille, à condition que les circonstances de l'espèce lui permettent de croire que cette personne présente un danger pour sa propre santé, ou pour la santé des autres. La section 16(1) ajoute que personne ne recevra un traitement si son désordre mental ne le justifie pas, et s'il ne donne pas son consentement. Or, la section 16(2) précise que, quand la personne concernée n'est pas dans la possibilité de donner son consentement (ou quand son parent proche ne veut pas ou ne peut pas donner le sien), le psychiatre traitant va soumettre un plan de traitement à l'approbation d'une commission.

La HIV and AIDS Act de 2006

La section 7 de la *HIV and AIDS Act* de 2006 dispose que personne, à l'exception du médecin, n'a le droit de demander qu'une autre personne se soumette à un test HIV. Néanmoins, le test HIV peut être conduit sur une autre personne si celle-ci y consent. Dans le cas où la personne concernée serait mineure, ou majeure en tutelle, le consentement doit être donné par son représentant légal. Le test peut être fait sur un mineur sans le consentement de son représentant légal, à condition que le mineur fasse une demande écrite dans ce sens, et qu'il comprenne la nature de sa demande. La section 13(4) de la loi ajoute que personne n'a le droit de divulguer les résultats d'un test HIV concernant une autre personne, à l'exception du cas où l'intéressé (ou son représentant légal) donnerait son consentement par écrit, et dans un but scientifique. Le consentement de l'intéressé n'est pas nécessaire si la Cour ordonne une telle divulgation, dans le souci d'assurer un procès équitable.

Goran & Shivani GEORGIJEVIC 

**QUEBEC :
L'APTITUDE A CONSENTIR AUX SOINS**

Le droit québécois met en avant un droit à l'intégrité qui se rapporte à la protection physique et psychologique de la personne ; il met en cause à la fois la dimension abstraite de la personne humaine (inviolabilité et indisponibilité de la personne et de son corps) et la dimension subjective de l'individu (dignité et exercice de l'autonomie de la personne sur son corps, spécialement intéressante en cas d'incapacité puisque cette dernière renvoie à la volonté de la personne qui détient seule le contrôle de sa personnalité). En vertu de ces deux valeurs, l'intégrité des la personne oscille entre contrôle sur son propre corps et protection de l'inaliénabilité (par le respect de son corps) : en somme, selon l'article 10 du Code civil québécois, la volonté est généralement souveraine, à moins de règles protégeant spécifiquement le respect de l'humanité de la personne physique, en combinaison d'ailleurs avec la notion d'ordre public. Le Code civil du Québec règlemente donc le régime des atteintes à cette intégrité physique (art. 11 s.) : sont concernés non

seulement les examens, prélèvements, traitement ou intervention médicale, psychologique ou sociale, accueil dans un établissement de santé, mais aussi l'aliénation d'une partie du corps du vivant de la personne et l'expérimentation. Dans ce cadre, le consentement est primordial : il rend légitime l'atteinte à l'intégrité (pourvu que la personne ait obtenu une information nécessaire pour consentir librement et de façon éclairée) (cf. la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*). L'urgence – définie comme la situation où la vie de la personne est en danger ou son intégrité menacée sans que son consentement puisse être recueilli en temps utile (art. 13) – justifie naturellement une exception. Mais, si les soins deviennent inutiles, sont inusités, ou si leurs conséquences sont potentiellement intolérables pour la personne, le consentement doit être obtenu d'une personne autorisée à agir (art. 15 : mandataire, tuteur ou curateur ; à défaut, personne vivant maritalement avec le majeur, proche parent ou personne démontrant un « intérêt particulier » pour le majeur).

Soins à la personne majeure

La règle du consentement s'applique de façon absolue pour une personne majeure, si bien que son refus de soins (même déraisonnable) empêche toute intervention médicale). L'inaptitude à consentir aux soins s'apprécie en fonction de l'autonomie décisionnelle de la personne au moment où elle doit consentir, peu important donc l'existence d'un régime de protection sauf pour le mineur suivant son âge). Les juridictions évaluent cette incapacité au regard d'un test inspiré de l'*Hospitals Act* de Nouvelle-Ecosse : la personne comprend-elle la nature de la maladie nécessitant traitement, la nature et le but du traitement en cause ; en saisit-elle les risques et avantages ; comprend-elle les risques de ne pas recourir au traitement ; la capacité de comprendre est-elle affectée par la maladie ? En cas d'inaptitude avérée, un tiers intervient ; l'exercice de ce « consentement substitué » est soumis à l'intérêt de la personne inapte ou mineure (art. 12 al. 1^{er}), impliquant de tenir compte de la volonté que la personne a pu manifester par ailleurs. Les soins doivent alors être bénéfiques (*sic* !) malgré la gravité et la permanence de leurs effets, opportuns dans les circonstances et les risques qu'ils présentent ne doivent pas être disproportionnés avec le bienfait attendu.

Pour la personne majeure inapte, le pouvoir de consentir est attribué, par ordre hiérarchique, au mandataire nommé par mandat d'inaptitude homologué, au tuteur ou curateur à la personne, à défaut à la personne vivant maritalement avec la personne à soigner, à un proche parent à égalité avec une personne montrant un intérêt particulier pour le protégé (art. 15). Si le représentant refuse les soins de manière injustifiée, une autorisation du tribunal est indispensable. Elle sera aussi nécessaire quand le majeur inapte refuse catégoriquement les soins (à moins d'urgence ou de soins d'hygiène), et ce donc nonobstant la mesure de protection le rendant juridiquement inapte ; le refus est globalement retenu lorsque le traitement ne lui apporte pas de bénéfice réel à long terme, compte tenu des effets sur un autre aspect de sa santé. Pour des soins non requis par l'état de santé du majeur inapte, seuls les mandataire, tuteur ou curateur peuvent consentir. Une autorisation judiciaire est nécessaire si les soins présentent un risque sérieux ou s'ils peuvent causer des effets graves et permanents.

Soins à l'enfant

Quant au mineur, le droit québécois reconnaît que l'acquisition de l'autonomie de la volonté est évolutive. Quatorze ans constitue ainsi une charnière dans cette autonomie où la nature des soins, suivant qu'ils sont ou non justifiés par l'état de santé, atténue ou augmente l'exercice

de cette autonomie. Le mineur apte de plus de quatorze ans peut consentir seul aux soins expliqués par son état de santé (art. 14 al. 2). En cas de refus, les soins sont soumis à autorisation du tribunal : ce n'est pas le risque pour l'intégrité de l'enfant qui prévaut mais son intérêt. En cas d'urgence, le consentement du titulaire de l'autorité parentale suffit (art. 16 al. 2). Une partie de la doctrine considère que le médecin est lié par ce refus (l'urgence ne permettant pas de saisir les juridictions) ; mais, pour d'autres, soit l'urgence disparaît s'il reste la possibilité temporelle de recourir au juge, soit l'esprit de la législation devrait permettre de remettre en cause ce refus, mis en balance avec l'état de santé.

Pour les soins sans lien avec l'état de santé, l'enfant de plus de quatorze ans consent seul (art. 17), par écrit (art. 24) ; le consentement du parent ou tuteur devient nécessaire quand les soins présentent un risque sérieux pour la santé du mineur ou peuvent avoir des effets graves et permanents. Tout est alors question de circonstances !

Le mineur de quatorze ans, quant à lui, ne peut consentir seul. Le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur est exigé (articles 1 al. 1^{er} et 18). Si les soins sont liés à la santé du mineur, le consentement substitué peut être remis en cause. En cas d'empêchement ou de refus injustifié, le tribunal peut intervenir (art. 16). Si les soins ne sont pas liés à la santé, le représentant est souverain. Mais une autorisation judiciaire est requise afin de donner une protection additionnelle à l'enfant au cas où les soins présenteraient un risque pour sa santé ou s'ils peuvent causer des effets graves et permanents.

Expérimentation

L'expérimentation (« technique, processus permettant de vérifier certains faits en créant des conditions propices à leur réalisation », selon la Commission de réforme du droit du Canada), outre le consentement et l'information basiques, exige, pour le majeur apte, que le risque encouru ne soit pas disproportionné au bien-être raisonnablement espéré (art. 20) pour la science ou une catégorie de personnes. La participation à l'expérimentation ne peut donner lieu à contrepartie financière (sauf indemnité compensatrice des pertes et contraintes subies) (art. 25 al. 2), ce qui exclut une indemnité fixe prédéterminée. Les majeurs inaptes et les mineurs ne peuvent être soumis à expérimentation qu'en l'absence d'opposition de leur part et de risque sérieux pour leur santé, et s'ils comprennent la nature et les conséquences de l'acte (art. 24 al. 1^{er}). Mais le majeur qui comprend cela ne doit-il pas plutôt être considéré comme apte ? Si le mineur ou le majeur sous régime de protection ne saisit pas la nature et la portée de l'intervention, le représentant pourra consentir. Pour le majeur hors protection, le représentant autorisé à consentir aux soins par l'article 15 peut consentir à l'expérimentation à condition que l'ouverture d'un régime de protection ou l'homologation d'un mandat ne puisse être faite en temps utile afin de permettre l'expérimentation. Celle-ci doit d'ailleurs toujours s'inscrire dans un projet de recherche approuvé et suivi par un comité d'éthique.

Don

L'aliénation d'une partie du corps (organe non vital ou produit du corps) – qui doit rester gratuite (art. 25) – suppose le consentement de l'intéressé. Une personne majeure apte ne peut aliéner entre vifs que si le risque couru n'est pas hors de proportion avec le bien-être attendu (art. 19 al. 1^{er}) ; ce bénéfice peut d'ailleurs être physique ou moral. Les majeurs inaptes ou les mineurs ne peuvent aliéner une partie de leur corps que si celle-ci est susceptible de régénération et qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour leur santé ; le consentement du représentant et l'autorisation du tribunal

doivent être obtenus (art. 19 al. 2), ce qui signifie que seuls le majeur sous protection peut aliéner une partie de son corps. Le refus du mineur ou du majeur protégé doit être respecté.

L'aliénation d'une partie du corps *post mortem* se rattache non seulement aux principes relatifs à l'aliénation entre vifs, mais encore à ceux qui découlent du respect du corps humain après la mort. Le code civil québécois ne distingue plus alors entre majeurs aptes ou non, mais différencie le mineur de plus de quatorze ans (assimilé au majeur) et le mineur moins âgé. Le premier peut donner son corps ou autoriser un prélèvement (art. 43 al. 1^{er}), dans un but médical ou scientifique. Pour le second, le consentement du parent ou du tuteur est nécessaire. Si le défunt n'a pas suivi les formes requises pour exprimer le consentement devant deux témoins ou par écrit – art. 4 al. 1^{er} *in fine*), sa volonté devra tout de même être considérée par la personne qui consent au prélèvement (art. 44). En l'absence d'expression de volonté du défunt, le prélèvement peut être effectué avec le consentement de celui qui aurait pu consentir aux soins (art. 44 et 15 ou 14 al. 1^{er}). Si une urgence ou l'espoir de sauver une vie se présente, le consentement des personnes autorisées à consentir pour le défunt n'est pas nécessaire, pourvu que la volonté ne puisse être obtenue en temps utile (art. 44 al. 2); deux médecins doivent alors attester l'existence de circonstances spéciales).

Par ailleurs, le majeur peut régler ses funérailles et le mode de disposition de son cadavre. Il en va de même pour le mineur, mais avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur (art. 42). Seules des raisons d'intérêt ou de santé publics justifient de ne pas suivre la volonté du défunt.

Internement psychiatrique

La « garde en établissement » concerne l'hébergement des individus dont l'état mental présente un danger pour eux-mêmes ou pour autrui (art. 26). Elle constitue une atteinte à l'intégrité de la personne dans la mesure où elle restreint

physiquement celui qui y est soumis : nul ne peut donc subir un tel traitement sans son consentement ou sans que la loi ou un tribunal l'autorise. Si la personne consent elle-même, c'est à la condition qu'elle comprenne la nature et les conséquences de la garde. Pour le mineur ou le majeur protégé, c'est au représentant de consentir, à moins d'une opposition de sa part, auquel cas l'autorisation judiciaire devient indispensable. Quant au majeur inapte mais dépourvu de représentant, l'autorisation d'un tribunal est exigée, sauf urgence pouvant alors conduire à une garde préventive (art. 27 al. 2).

Dans le cadre d'une demande pour faire subir une évaluation psychiatrique, le requérant doit démontrer des motifs sérieux de penser que la personne est dangereuse pour elle-même ou autrui ; si la requête est rejetée par le tribunal, aucune autre demande ne peut reposer sur les mêmes faits. Lorsque le tribunal ordonne une mise sous garde en vue d'une évaluation psychiatrique un premier examen doit avoir lieu dans les vingt-quatre heures à compter de la prise en charge de la personne ou, s'il y a eu garde préventive, de l'ordonnance du tribunal (art. 28 al. 1^{er}). Si ce premier examen mène à conclure qu'une garde est souhaitable, un second examen doit être effectué (al. 2). La garde provisoire suppose que les deux médecins parviennent à la même conclusion.

Lorsque la loi autorise la garde, malgré l'opposition de la personne concernée et l'absence d'autorisation du tribunal (individu présentant un danger immédiat et grave ou prête à passer à l'acte), la garde ne peut être que préventive et ne peut durer que soixante-douze heures. En l'absence d'une ordonnance prolongeant la garde, l'établissement peut se voir reprocher, par voie d'*habeas corpus*, d'avoir gardé illégalement cette personne.

Marc BODIN 

ACTU' SCIENTIFIQUE

FEVRIER 2011

ARTICLES

Laurent BLOCH, *L'ère post-Chronopost : le retour aux sources* : Resp. civ. et assur. 2010, étude 11

Les infections nosocomiales et la cause étrangère ou l'histoire d'un couple impossible : Dr. et santé janvier 2011

Jérôme CASEY, *Assurance vie et communauté : aspects pratiques et liquidatifs* : Gaz. Pal. 23 janvier 2010 n°23, p. 11

Présentation rapide de la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes et aux violences au sein du couple : Gaz. Pal. 11 septembre 2010 n°254, p. 5

chronique de jurisprudence de *Droit de la famille* : Gaz. Pal. 23 janvier 2010 n°23, p. 22 ; 22 mai 2010 n°142, p. 17 ; 11 septembre 2010 n°254, p. 17 ; & 11 novembre 2010 n°315, p. 25

Liquidation et pouvoirs du JAF : une circulaire discrète mais ferme ! : Gaz. Pal. 11 septembre 2010 n°254, p. 7

Le JAF liquidateur : quel rôle pour l'avocat ? : AJ fam. 2010, p. 163

Jérôme CASEY et John Exshaw, *Intervention du notaire à l'occasion du divorce : aspects de procédure et de fond* : Gaz. Pal. 6 novembre 2009, p. 310-311

Philippe DELMAS-SAINT-HILAIRE, *La valeur de rachat d'un contrat d'assurance vie, dans les liquidations (à propos de la réponse ministérielle Bacquet)* : RJPF 2010-12 p. 30-31

Rendre l'assurance vie successorale ! : RJPF 2010-10 p. 30-31, note sous Cass. 1^{er} civ., 8 juillet 2010

Assurance vie : Praslicka... encore et toujours (à propos de la réponse ministérielle Carayon) : RJPF 2010-5 p. 27-28

Où des actes à titre gratuit sont annulés pour insanité d'esprit avant l'ouverture d'une mesure de protection : RJPF 2010-4 p. 28, note sous Cass. 1^{er} civ., 6 janvier 2010

En l'absence de clause dérogatoire, l'usufruitier ne peut contraindre le nu-propriétaire à effectuer les grosses réparations : RJPF 2010-1 p. 31-32, note sous Cass. 1^{er} civ., 28 octobre 2009

Assurance vie : une réponse ministérielle met fin à la controverse fiscale née de l'arrêt Praslicka : RJPF 2009-12 p. 30-31

Evaluation des lots dans une donation-partage avec réserve d'usufruit : difficultés liquidatives : RJPF 2009-12 p. 33

Attention à l'interprétation de vieux testaments entre époux ! RJPF 2009-6 p. 36-37, note sous Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009

Un pacte post mortem n'est pas un pacte successoral : RJPF 2009-5 p. 28-29

Le recours aux primes manifestement exagérées : Dr. et patrimoine 2009 n°180, p. 107-111

La requalification en donation : Dr. et patrimoine 2009 n°180, p. 111-113

La situation du souscripteur : Dr. et patrimoine 2009 n°180, p. 113-116

La situation du bénéficiaire : Dr. et patrimoine 2009 n°180, p. 117-121

Philippe DELMAS-SAINT-HILAIRE et Jérôme CASEY, *Un post-scriptum n'est pas un testament olographe* : RJPF 2009-10 p. 32, note sous Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009

La Cour de cassation précise le régime de la prescription de l'action en récupération sur la succession des prestations de vieillesse : RJPF 2009-3 p. 33, note sous Cass. 2^e civ., 22 janvier 2009

Aucun droit de divulgation n'est transmis aux héritiers d'un artiste-interprète : RJPF 2009-1 p. 33, note sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008

Adeline GOUTTENOIRE, *Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant* : Petites affiches 7 oct. 2010 n° 200, p. 24-27, in numéro spécial sur l'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant (Roubaix-Lille, 3-4 décembre 2009)

Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant : AJ fam. 2010, p. 12

La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale : AJ fam. 2010, p. 518

Coup d'arrêt de la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale : JCP 2010, éd. G, p. 1880-1882, note sous Cass. 1^{re} civ. 8 juill. 2010

Chronique de droit pénal des mineurs : Rev. pénitentiaire et dr. pén. 2010, p. 709-718

Adeline GOUTTENOIRE et Philippe BONFILS, *Droit des mineurs* : D. 2010, panor. p. 1904-1912

Adeline GOUTTENOIRE et Michel FARGE, *La rétention d'un enfant accompagnant ses parents : la nécessité de faire primer les droits fondamentaux de l'enfant sur l'objectif de maîtrise de l'immigration* : Dr. fam. juin 2010, étude n° 14, p. 19-24

Adeline GOUTTENOIRE et Josiane MOREL-FAURY, *Il faut sauver l'âme de l'ordonnance de 1945 !* : Dr. famille 2011, focus 1

Adeline GOUTTENOIRE et Christophe RADE, *L'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel* : JCP 2010, éd. G, p. 2158-2161, note sous Cons. const., 6 oct. 2010, n°2010-39 QPC

Jean HAUSER, *Le droit et la paternité* : Rev. catholique internationale Communio n° XXXIV, 6, nov.-déc. 2009, p. 27-46

Dieu nous garde de l'équité des parlements, in Histoire, théorie et pratique du droit – Etudes offertes à Michel Vidal, PUB 2010, p. 591-611

Des personnes et des biens : le logement du majeur protégé – Rapport de clôture : Dr. et patrimoine janv. 2011 n° 199, p. 67-72, in dossier sur *Le logement du majeur*

vulnérable, ibid. p. 41-72, acte du colloque organisé à Dijon le 18 juin 2010 par le Centre de recherche et d'étude en droit et science politique (CREDESPO)

L'adoption simple, joker de la crise de la parenté ! : Dr. famille 2009, alerte 55

Chronique de droit de la famille et des personnes, in RTD civ. 2010

Frédérique JULIENNE et Delphine LAHET, *La directive européenne sur les contrats de crédit aux consommateurs* : Rev. dr. économique 2010, n°2

Marie LAMARCHE, *Mater semper certa est et vocations successorales tardives* : Dr. famille 2011, focus 6

Mineurs roumains isolés en France : le Conseil constitutionnel censure les modalités d'un « accompagnement » confié au parquet : Dr. famille 2010, focus 81

Que reste-t-il du mariage ? : Dr. famille 2010, alerte 72

Ne confondons pas polygamie et bigamie ! Distinguons unions légales et unions de fait : Dr. famille 2010, focus 47

Mineurs isolés étrangers en France : quand l'intérêt supérieur de l'enfant doit être mis en pratique : Dr. famille 2010, focus 35

Mariages transnationaux et divorce européen : la Commission européenne propose des solutions de résolution des conflits de loi : Dr. famille 2010, focus 27

Equivalent temps plein travaillé : la fonction du juge aux affaires familiales apprécié en termes d'ETPT : Dr. famille 2010, alerte 21

Eviction du domicile familial du concubin ou du pacsé violent : l'analogie entre mariage et concubinage est-elle toujours possible ? : Dr. famille 2010, focus 12

Jean-Marie PLAZY, Jean-Jacques LEMOULAND et David NOGUERO, *Majeurs protégés. Juillet 2009-juillet 2010* : D. 2010, panor. P. 2115-2128

CONFERENCES & COMMUNICATIONS

Jean HAUSER, *Le majeur protégé, acteur familial* : Dr. famille 2011-2, dossier, n° 6 p. 28-33, in *La protection de la personne vulnérable ou comment concilier protection et autonomie*, colloque de la Faculté de Droit de l'Université d'Artois (Douai, 29 avril 2010)

L'Association française pour la recherche en droit administratif, en collaboration avec le CERDARE et le GRECCAP, a proposé, du 9 au 11 juin 2010 au Pôle universitaire de gestion à Bordeaux, un colloque sur *Les droits publics subjectifs des administrés* au cours duquel Jean HAUSER est intervenu sur le sujet *Les droits privés subjectifs, modèles pour les droits publics subjectifs des administrés ?* (en cours de publication)

Intervention de Jean HAUSER au colloque de formation continue du Centre de formation des avocats du Grand Ouest, à La Baule, du 26 au 28 août 2010, sur le thème des aliments

Jean HAUSER a donné une conférence sur *Autonomie et protection* dans le cadre d'un colloque organisé par l'Université Del Rey Juan Carlos sur le thème *Capacité ou incapacité des personnes protégées*, à Madrid entre le 15 et le 18 septembre 2010 (publication en cours en espagnol)

Mineurs et droits européens (vendredi 22 octobre 2010, grand amphithéâtre de l'ENM à Bordeaux), colloque organisé par le CRDEI, le CERFAP et l'IDM :

Adeline GOUTTENOIRE, *Les mineurs et la Convention européenne des droits de l'homme*

Jean HAUSER, *Conclusion : le mineur, sujet autonome des droits européens ?*

Le 26 octobre 2010, Jean HAUSER a assuré la synthèse et la conclusion d'une journée consacrée à la gestion altruiste du patrimoine des seniors : *Solidarités familiales et transmission patrimoniale*, dans le cadre des 3^e entretiens de l'Institut de la famille et du patrimoine organisés à Paris (en cours de publication)

Le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3 ont invité Jean HAUSER, aux côtés de Claire NEIRINCK, à intervenir sur le thème de *la place de celui ou de ceux qui participe(nt) au projet parental d'autrui*, lors de journées consacrées à une étude sur *Parenté, filiation, origine*, les 18 et 19 novembre 2010

Le Centre de droit privé fondamental de l'Université de Strasbourg organisait le 3 décembre 2010 un colloque *Pacs ou concubinage : que choisir ?*, au cours duquel sont intervenus :

Jean HAUSER sur *Devoirs personnels et obligations pécuniaires*

Jean-Marie PLAZY sur *Donations, libéralités et fiscalité*

les étudiants du Master II droit privé de l'Université Montesquieu sur *Les tiers créanciers*

Dans le cadre des Assises nationales des avocats d'enfants qui se sont tenues en l'Hôtel du département à Bordeaux les 3 et 4 décembre 2010 sur le thème *Faut-il sauver l'ordonnance de 45 ?*, Adeline GOUTTENOIRE est intervenue au sein de l'Atelier *Les procédures d'urgence*

Dans le cadre de la deuxième conférence annuelle de l'Observatoire départemental de la protection de l'enfance (ODPE) qui s'est tenue le 10 décembre 2010 à Cenon, Adeline GOUTTENOIRE, présidente de l'ODPE, a assuré l'ouverture la conférence ainsi qu'une intervention sur le *Rapport annuel de l'ODPE : répondre à une exigence légale dans une dynamique pluri-institutionnelle affirmée*

Jean HAUSER a donné une conférence intitulée *L'intérêt supérieur et la filiation de l'enfant issu d'une PMA*, dans le cadre d'un colloque sur *La maîtrise de la vie, l'exemple des procréations médicalement assistées*, organisé le 10 décembre 2010 à l'auditorium de la Maison du Barreau de Paris, par l'Ecole de formation du Barreau et l'Association Louis-Chatin pour la défense des droits de l'enfant

Le 10 janvier 2011, Laurent BLOCH est intervenu sur *L'obligation d'information du patient : enjeux actuels et perspectives*, dans le cadre d'un colloque organisé par l'Association française de médecine légale, à l'Université René-Descartes-Paris V

Jean HAUSER assurera le rapport de synthèse du colloque organisé le 4 février 2011 par le Centre Pierre-Kayser de l'Université Paul-Cézanne (Aix-Marseille III), sur *Les transformations du contentieux familial*

OUVRAGES

Adeline GOUTTENOIRE, *La protection internationale de*

l'enfant contre la pauvreté, in *Droits de l'enfant et pauvreté*, Paris, Dalloz, 2010, coll. Thèmes et commentaires, p. 39-49, actes du colloque organisé le 11 juin 2009 à l'Université de Toulouse, dir. Claire Neirinck

Rép. proc. civ. Dalloz, v° *Mineurs*, juin 2010

Jean HAUSER, *Cas de divorce – Divorce pour altération du lien conjugal* : J.-Cl. Divorce, fasc. 70 ; J.-Cl. Civil, art. 237 et 238 ; J.-Cl. Notarial répertoire, Divorce, fasc. 15, avril 2010

La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques, in *La liberté de la personne sur son corps*, Paris, Dalloz, 2010, coll. Thèmes et commentaires, p. 85-103, actes du colloque de biomédecine et droit organisé le 8 janvier 2010, au Centre des congrès de Chambéry par l'Ecole des avocats de Rhône-Alpes, dir. Petr Muzny

Le choix de ne pas donner la vie : un droit de en pas donner la vie ?, in *Etre parent aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 2010, coll. Thèmes et commentaires, Actes, sous la direction de Philippe JACQUES, p. 9-25

Jean HAUSER et Philippe DELMAS-SAINT-HILAIRE
Cas de divorce – Généralités : Jurisclasseur Civil, art. 229 (en cours de parution)

Prestations compensatoires et autres règlements : Jurisclasseur Civil, art. 266 à 285-1, fasc. 10 (en cours de parution)

Frédérique JULIENNE, in Jurisclasseur Civil :

Transaction, Notion : fasc. 10, janvier 2010 ;

Transaction, Domaine : fasc. 20, janvier 2010

Frédérique JULIENNE, *Droit des successions et des libéralités*, Paris, éd. Bréal, 2010, coll. Lexifac, 215 p.

MISSIONS

Laurent BLOCH a assuré un cours de responsabilité médicale dans le cadre du DIU Expertise en accidents médicaux organisé par l'Université Victor-Segalen Bordeaux 2, du 4 au 7 janvier 2011

Jean HAUSER a participé au conseil de réflexion sur le droit de la famille au sein du Cabinet Weiss-Gout, à Paris, les 2 juillet (*Faire vivre le mariage*) et 12 septembre 2010 (*Pacs ou concubinage : protéger le plus faible*)

jury de la thèse de Mariam MONJID portant sur *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb – Etude comparative : Algérie, Maroc et Tunisie*, à l'Université de Toulouse 1 Capitole, le 14 décembre 2010

diverses interventions à l'IRTS-Aquitaine pour la formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs

Frédérique JULIENNE, *Les créanciers et le droit des successions*, formation continue à la Caisse des dépôts et consignation

Jean-Marie PLAZY est intervenu :

dans le cadre de la formation continue des avocats et des notaires, à Bayonne, le 3 septembre 2010, sur l'actualité du droit des incapacités ; à Pau, le 22 octobre 2010, à propos de la mise en place d'un régime de protection le sort des actes passés par le protégé ;

auprès de la Chambre régionale des notaires, à Orléans, le 21 octobre 2010, sur l'actualité du droit des incapacités ;

à Bayonne, le 7 octobre 2010, au sein de l'IRTS-Aquitaine, pour ne présentation générale de la loi du 5 mars 2007

Le CERFAP a reçu Mokhtar SALHI, maître assistant au centre universitaire de Souk-Ahras (Algérie), entre le 24 janvier et le 12 février 2011, pour des travaux de recherche sur *La procédure civile entre droit positif et loi islamique : Chari'a*

Julie TEREL a participé aux journées organisées par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3 les 18 et 19 novembre 2010 sur le thème *Parenté, filiation, origine*

Un cours de 20 heures en droit des personnes et de la famille est assuré par Julie TEREL au sein de l'IRTS-Aquitaine au cours de l'année universitaire 2010-2011

ORGANISATION DE COLLOQUES

En collaboration avec le CRDEI (Centre de recherches et de documentation européennes et internationales) et avec le soutien du Conseil régional d'Aquitaine et de l'Ecole nationale de la magistrature, le CERFAP et l'IDM ont organisé un colloque, ouvert aux professionnels, *Mineurs et droits européens* le vendredi 22 octobre 2010, dans le grand amphithéâtre de l'ENM.

Le vendredi 25 mars 2011 aura lieu la **6^e Journée des masters** de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, sur le thème de « l'argent », en lien avec les universités de Strasbourg et de Grenoble.

La **Société française de médecine légale** organise son 47^e congrès international à l'ENM (Bordeaux) du 8 au 10 juin 2011 sur le thème de *La médecine légale à travers les âges de la vie*. Les conférences de ces journées permettront à un

public spécialisé d'échanger et de débattre sur leurs pratiques et leurs expériences ainsi que sur l'actualité de leur profession. La médecine légale est en effet un auxiliaire de premier plan pour la justice car elle touche à des préoccupations sociétales de notre temps, tels que la violence, la sécurité des personnes, les problèmes de responsabilité liés à l'activité médicale ou à l'utilisation des produits de santé. Aucune décision de justice concernant l'état des personnes humaines ne peut être rendue sans une médecine légale professionnelle et performante. A cet égard, 2011 est une date charnière dans la mesure où la réforme de la médecine légale tant attendue doit se déployer cette année, impliquant deux conséquences immédiates : à l'instar des autres disciplines, la médecine légale va adopter des critères de qualité et une pratique constante de l'évaluation ; la réforme va clairement établir le rôle de cette discipline dans le secteur sanitaire et médico-social, au-delà des responsabilités qui lui sont familières comme la validité des preuves. Ainsi se trouve confirmé le caractère transversal de la médecine légale : transversalité dans les champs juridiques, sociaux, psychologiques et médicaux qui amène à renforcer les questionnements éthiques autour des acteurs de ces pôles ; transversalité autour des victimes de tous âges puisque les domaines d'intervention concernent tout être humain, de la conception à la mort.

Inscription et information : www.medecinelegale2011.com et info@comm-sante.com

Les techniques à tout faire en droit des personnes et de la famille : le CERFAP organisera le 27 mai 2011 (Amphi Vizioz) un colloque sur l'utilitarisme en droit des personnes et de la famille, c'est-à-dire sur les détournements des règles de droit opérés dans ces deux domaines

INSTITUT DU DROIT DE LA SANTE (IDS)

CREATION DE L'INSTITUT

A l'initiative du Professeur Pascal COMBEAU (CERDARE) et de Monsieur Laurent BLOCH (CERFAP), un Institut du Droit de la Santé (I.D.S.) a été créé, en fin d'année 2010, au sein de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV.

Cet institut a pour objectif de réunir tous les chercheurs s'intéressant aux problématiques du droit de la santé. L'I.D.S. a également pour mission :

- de rassembler la totalité de la documentation, tant papier que numérique, concernant le droit de la santé, qu'il s'agisse d'ouvrages, de revues, d'études, de données statistiques françaises ou étrangères ;
- de promouvoir et de réaliser tous travaux de recherche concernant le droit de la santé, et notamment de répondre à des appels d'offre, régionaux ou nationaux, et de proposer tous travaux de recherche en relation avec le droit de la santé ;
- de proposer des activités de formation, tant initiale que tout au long de la vie, ayant trait au droit de la santé ;

- développer des partenariats avec l'Institut du droit de la santé du barreau de Bordeaux ;
- développer des partenariats avec des acteurs majeurs du monde de la santé.

L'I.D.S. est situé Avenue Léon Duguit dans les locaux de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, à Pessac (33608 cedex). La bibliothèque est située au CERDARE (Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'Etat, EA 505) et le secrétariat assuré par le CERFAP.

L'I.D.S. va organiser régulièrement des journées d'études réunissant universitaires, médecins, magistrats, avocats, travailleurs sociaux...

Une première journée aura lieu le 4 mai 2011, à 17 heures en salle de conférences de l'Université (bâtiment Recherche), sur « *La responsabilité du fait des produits de santé : médicaments et transfusions sanguines* ». Une autre journée d'études est aussi programmée le 18 novembre 2011 sur « *Le consentement du mineur à l'acte médical* », en partenariat avec l'Institut des mineurs (IDM).

**PREMIERES RENCONTRES
MEDICO-JURIDICO-SOCIALES
AUTOUR DE L'ENFANT**

L'Institut Des Mineurs a organisé le 11 juin 2010 les premières rencontres médico-juridico-sociales *Autour de l'enfant* sur le thème de la Chaîne de la protection de l'enfance : du médecin au juge.

Cette journée, qui a vu intervenir l'ensemble des acteurs de la chaîne de la protection de l'enfance : médecin de l'Hôpital des enfants de Bordeaux, de la PMI (Services de la protection maternelle et infantile), du CAUVA (Centre d'accueil en urgence de victimes d'agressions), responsables de la Cellule de l'enfance en danger du Conseil général, pédopsychiatre, gendarme de la BPDJ (Brigade de prévention de la délinquance juvénile), substitut chargé des mineurs, juge des enfants, présidente de l'Observatoire départementale de la protection de l'enfance, a connu un franc succès. Plus de 600 personnes ont effet assisté aux débats. La diversité et la pluridisciplinarité du public correspondait à celle des intervenants. Etaient en effet présent dans la salle des infirmières et assistantes scolaires, des médecins, des psychologues ou psychiatres, des membres des différents services du Conseil général dont la mission concerne la protection de l'enfance mais aussi des avocats ou magistrats.

Les débats ont montré à quel point la connaissance par chacun des acteurs de la protection de l'enfance du rôle des autres partenaires est indispensable à l'efficacité du dispositif. La formation en cette matière, qui est d'ailleurs un des objectifs clairement formulé de la loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance est sans nul doute l'un des moyens d'améliorer l'effectivité du système multi-partenariale de protection de l'enfance. L'Université a un rôle certain à jouer dans ce domaine. Outre l'organisation des formations, elle contribue à provoquer une synergie des différentes institutions concernées par la protection de l'enfance. Les Rencontres médico-juridico-sociales en sont un exemple flagrant puisqu'elles ont été organisées à l'Université grâce au concours du Conseil général, de l'Ecole des avocats et de l'Hôpital des enfants.

Les deuxièmes *Rencontres médico-juridico-sociales Autour de l'enfant* auront lieu en juin 2011 à l'Université Montesquieu Bordeaux IV sur le thème *Mineurs et violences sexuelles*.

COLLOQUES

Mineurs et Droits européens

L'Institut des mineurs a organisé le 22 octobre 2010, dans le cadre de l'ENM (Ecole nationale de la magistrature), en collaboration avec le CRDEI un colloque sur le thème *Mineurs et Droits européens*. Cette journée qui dépassait la traditionnelle subdivision droit privé/droit public, en raison du thème traité et de la qualité des intervenants, a permis de mettre en exergue la richesse du droit communautaire comme du droit de la Cour européenne des droits de

l'homme sur la question des enfants. Alors que ni l'un ni l'autre des droits européens ne contenaient de dispositions spécifiques au mineur dans leur *corpus* originaires, ils ont su l'un et l'autre, particulièrement grâce au dynamisme de leur juridiction respective, élaborer un véritable statut du mineur européen.

**La participation du mineur
aux décisions qui le concernent**

L'Institut des mineurs organisera, en collaboration avec l'Institut du droit de la santé, un colloque sur le thème *La participation du mineur aux décisions qui le concernent* le 18 novembre 2011.

**CERFAP
Centre européen d'études et de recherches
en droit de la famille et des personnes**

Université Montesquieu-Bordeaux IV
Avenue Léon-Duguit – 33608 Pessac cedex

salle E 131

cerfap.u-bordeaux4.fr
cerfap@u-bordeaux4.fr

téléphone / télécopie : 05 56 84 54 90

Directeur : Jean Hauser
Directrice adjointe : Marie Lamarche

Bulletin du CERFAP
ISSN 1622-1141

Directeur de la publication : Jean Hauser
Conception et réalisation : Marc Bodin