Les Avis de la C.N.E.

Avis 3/1990

Avis concernant les articles 7, alinéas 3 et 4, et 43 du projet de loi No 2557 relatif à la protection de la jeunesse

Commission Consultative Nationale d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé

A la demande de Monsieur le Ministre de la Justice, Monsieur le Premier Ministre a saisi la Commission le 22 février 1990 des problèmes éthiques soulevés par les articles 7, alinéas 3 et 4, et 43 du projet de loi no 2557 relatif à la protection de la jeunesse. Il a été délibéré de ces problèmes en séance plénière lors des sessions des 16 mars, 27 avril, 13 juillet, 28 septembre 1990 et au sein d'un groupe de travail lors des séances des 21 mai, 25 juin, 20 août et 28 août 1990.

L'Avis comprend cinq parties:

- Situation du problème
- Délimitation des aspects d'ordre éthique
- Critères d'appréciation
- Considérations pratiques
- Annexes

1. Situation du problème : refus de soins en cas d'urgence

Dans les articles 7, alinéas 3 et 4, et 43, les auteurs du projet de loi no 2557 relatif à la protection de la jeunesse ont l'intention de régler la situation où des parents voire des tuteurs s'opposent à des interventions médicales urgentes et indispensables selon l'avis d'un médecin. De par leurs formes de procédure, les mesures légales en vigueur ne permettent pas de faire face à de telles situations. L'objectif consiste à créer un procédé spécial qui permette une décision rapide en situation d'extrême urgence.

Spontanément, l'on peut penser au refus de certains gestes médicaux par les parents qui invoquent des motifs d'ordre philosophique et religieux. L'exemple cité est celui de l'opposition aux transfusions sanguines urgentes. Il faut noter que le refus de soins n'est pas toujours le fruit d'un esprit borné, il peut être « l'expression d'un désespoir ou représenter une certaine sagesse » (Patrick Verspieren).

Les membres de la CNE soulignent que, de par sa formulation, le texte proposé pourrait s'appliquer à bien d'autres situations soulevant des problèmes éthiques complexes : avortement, acharnement thérapeutique notamment dans le traitement de nouveaux-nés très gravement handicapés (réanimation néo-natale) ...

Le problème du refus de soins suscite d'autres questions :

- Qui peut décider de l'interruption du traitement ?

- Quels sont les critères déterminants d'une telle décision ?
- Qui peut revendiquer le mandat de protéger les intérêts de l'enfant ?
- Comment arbitrer les conflits éventuels ?
- Quels sont les droits d'intervention des personnes immédiatement concernées (adolescents parvenus à un certain âge de discernement permettant l'expression d'une volonté consciente) ?

Des questions du même ordre peuvent d'ailleurs se présenter à propos de majeurs hors d'état de manifester leur volonté, et notamment des incapables majeurs.

2. Délimitation des aspects d'ordre éthique

2.1. Mandat de protéger les intérêts de l'enfant

Dans nos sociétés, la charge de garantir le bien-être physique, psychique et social des enfants est normalement confiée aux parents et aux représentants légaux. Cette mission est liée à la fois à des obligations et à des prérogatives qui sont d'ailleurs à respecter, voire à protéger par l'Etat (cf. Article 5 de a convention relative aux Droits de l'Enfant, Nations Unies 1989).

Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que l'Etat, c'est-à-dire la société civile et civilisée, s'est toujours préoccupé de la protection des incapables et notamment des mineurs, en instituant, au cours de ce siècle, des régimes assurant une large supervision par des autorités administratives ou judiciaires.

En ce qui concerne notamment les mineurs, le texte actuel de la loi permet déjà au Tribunal de la Jeunesse de retirer un enfant à la garde de ses parents si ceux-ci négligent sa santé et ne lui font pas suivre les traitements que son état requiert et de le confier à un tiers ou à une institution pour qu'il soit pris soin de sa santé. En effet, les pouvoirs des parents ne sont plus absolus et la société s'estime investie d'une certaine responsabilité à l'égard des enfants, qui s'exerce à l'encontre de parents qui n'assurent pas le bien-être de leurs enfants, du moins tel que l'entend la société organisée.

2.2. Conflit entre le représentant légal et le médecin

Le texte du projet de loi en question essaie de résoudre les cas (relativement rares) des situations d'urgence, où la survie du patient mineur dépend de l'application immédiate d'un traitement médical urgent, et qu'il y a conflit entre :

- l'avis du médecin traitant d'appliquer le traitement urgent pour

sauvegarder la vie du patient mineur et

- le refus du parent ou du tuteur de faire appliquer le traitement proposé au mineur dont il a légalement la charge.

Le problème éthique consiste dans la gestion d'un conflit entre deux instances différentes qui, toute deux, sont mandatées par la société pour défendre et protéger le bien-être de personnes qui, du point de vue civil, ne se voient pas reconnaître le droit à une expression libre et consciente de leur volonté.

2.3. Situation de dilemme pour le médecin traitant

Le texte actuel des articles 7 et 43 du projet de loi entend répondre au problème délicat qui, en situation d'urgence médicale, est celui du médecin traitant dont les propositions de traitement sont refusées par le représentant légal.

On peut considérer la situation embarrassante d'un médecin qui, quoi qu'il décide, s'expose au risque d'être mis en accusation soit, pour ne pas avoir respecté la décision parentale de non-intervention soit, pour avoir omis d'assister une personne en danger de vie (cf. loi du 13 décembre 1985 sur l'incrimination de certains cas d'abstention fautive).

La mission du médecin est de veiller à la santé de l'être humain : « La santé de mon patient sera mon premier souci » (Serment de Genève). Sa pensée et son action doivent être guidées par les repères que lui fournissent sa compétence professionnelle, la déontologie médicale et la loi. Dans les cas envisagés, ces repères sont contradictoires. La question se pose si, dans de telles conditions, la liberté indispensable de l'exercice de l'art médical reste garantie.

2.4. L'opportunité de l'intervention du pouvoir judiciaire

Comme réponse à bien des questions soulevées dans ce contexte, le projet de loi propose de faire dépendre l'intervention médicale d'une autorisation préalable du juge de la jeunesse et des tutelles ou du procureur d'Etat.

Du point de vue éthique une telle intervention du pouvoir judiciaire n'est pas « neutre », elle prend position à l'égard de valeurs éthiques.

3. Critères d'appréciation

3.1. Le principe du consentement libre et éclairé du patient

Mis à part des circonstances exceptionnelles (épidémies) et les cas d'extrême

urgence, l'intervention médicale présuppose le consentement libre et éclairé du patient. Les membres de la CNE admettent le principe que l'homme responsable de ses actes et pleinement capable d'exprimer sa volonté, doit rester maître de son sort. En effet, le traitement n'a de raison d'être que s'il s'inscrit dans une signification pour celui qui le demande; il ne se justifie pas en lui-même. Ce serait un non-sens d'agir ici au nom d'un principe, d'une idéologie, d'une loi aux dépens de la liberté du patient ou des personnes responsables. Il s'en suit qu'en principe le médecin ne peut passer outre l'opposition du patient et lui appliquer un traitement ou une intervention contre son gré.

Les membres de la CNE ont considéré que l'application de ce principe prête à discussion dans bien d'autres situations que celle qu'évoque la protection de la jeunesse.

- Quel est l'impact d'instructions antérieures données par un malade qui, devant un danger imminent de mort, n'a plus les moyens de s'exprimer ?

- Peut-on évaluer correctement la lucidité momentanée de certains patients ou de certains parents et tuteurs ?

- Un doute raisonnable sur cette lucidité devrait-il avoir des conséquences sur l'attitude du médecin à l'égard des instructions antérieures et présentées par le malade ou par son représentant légal ?

Devant le choix de protéger soit, les droits des personnes qui assument l'autorité parentale (ou la tutelle) soit, la vie et la santé d'enfants (ou de majeurs incapables), les membres de la CNE sont unanimes pour affirmer le principe que nul ne peut, fût-ce sous prétexte de croyances religieuses ou philosophiques, par un refus d'une certaine forme de traitement, mettre en péril la vie d'un enfant (ou d'un incapable majeur).
Le principe que l'homme responsable de ses actes et capable d'exprimer sa volonté doit rester maître de son sort ne saurait trouver application lorsqu'il s'agit de la vie d'un autre. Les membres de la CNE ont retenu qu'il peut y avoir des situations où le médecin peut légitimement refuser de se conformer à la volonté des représentants légaux sans que ce refus constitue automatiquement une infraction.

Dans le cas évoqué, il y a conflit entre deux principes qui sont ancrés tous les deux dans les articles de la Convention relative aux Droits de L'Enfant (Nations Unies 1989) :

- le respect par l'Etat de la responsabilité, des droits et des devoirs des parents et des tuteurs (article 5) ;

- l'obligation pour l'Etat de limiter l'autorité parentale dans 1'« intérêt supérieur de l'enfant ». Pour justifier davantage ce principe, on peut notamment citer l'article 19, alinéa 1:

> « Les Etats parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou de ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié ».

3.2. Structures de dialogue et de concertation

Dans les situations évoquées par le projet de loi, les membres de la CNE sont d'accord pour que la société relativise et, éventuellement, restreigne par voie légale et/ou judiciaire les prérogatives parentales.

Plusieurs membres tiennent pourtant à nuancer leur position.

Ils font valoir qu'il paraît illusoire de régler dans une loi, tous les cas de figure imaginables qui, en effet, sont trop nombreux. Du reste, un texte de loi ne saurait jamais tenir compte de la complexité des situations concrètes qui sont rarement en « noir et blanc », mais généralement toutes en nuances. Le « oui » et le « non » des parents n'est pas toujours exprimé avec la même netteté. Qu'arrive-t-il d'ailleurs si l'un des parents s'oppose au traitement et que l'autre le réclame avec véhémence? Même à supposer que les deux parents refusent le traitement, la situation peut se présenter où, l'un des deux, dominé par son conjoint, ne formule son refus que du bout des lèvres. Enfin, la situation sur le plan purement médical n'est pas non plus forcément univoque.

Le projet de loi par les solutions qu'il envisage en cas de conflit entre le représentant légal et le médecin traitant, privilégie la position de ce dernier. Si l'enjeu – la vie et la santé de l'incapable – peut justifier le procédé, le médecin peut risquer de ne pas prendre en compte la position parentale. Dans son refus au traitement proposé, le représentant légal peut faire valoir des motifs divers :

- des convictions religieuses et philosophiques

- l'opposition à ce qu'il pense être un acharnement thérapeutique menant finalement à un handicap trop grave pour permettre une survie digne de la vie humaine

- la contestation de la compétence du médecin ou de son jugement dans la situation concrète

- le respect des désirs de l'incapable

- la priorité donnée à des réalités psychologiques relationnelles ou spirituelles sur des considérations médicales.

L'enjeu est de taille puisqu'il s'agit de questions éthiques fondamentales : la liberté des personnes face à la société organisée, les prérogatives parentales avec leur nécessité et leurs limites, la responsabilité au niveau à la fois individuel et social, les mécanismes institués par et dans une société en vue de favoriser le dialogue, la concertation, la coopération et la gestion des conflits potentiels entre des instances différentes... Face à cet enjeu éthique et social, le texte actuel des articles 7 et 43 du projet de loi no 2557 relatif à la protection de la jeunesse n'est pas « neutre », mais tend à prendre position à l'égard du triple dilemme qui est celui du médecin : la contradiction à propos des repères scientifiques, déontologiques et légaux. Ni le magistrat en tant que représentant mandaté de la société organisée, ni le médecin traitant ne peuvent être dispensés de leur obligation morale de favoriser dans leur communication avec les parents (ou les tuteurs) et les incapables mineurs ou majeurs un climat de dialogue, d'écoute, de respect et de concertation.

3.3. Discernement de l'incapable

Plusieurs membres de la CNE ont redouté la tendance à considérer les mineurs d'âge comme une population homogène, à laquelle un seul et même traitement pourrait être appliqué. Or rien n'est plus faux. S'il n'est pas possible de demander son avis à un enfant d'un an sur l'opportunité d'une intervention médicale, il paraît en revanche inconcevable de faire abstraction de l'opinion d'un adolescent de 17 ans. Dès lors toute législation qui ne voit le problème que sous l'angle de vue d'un conflit entre médecin et parents, à arbitrer par la société représentée par un juge, passe à côté d'un aspect important de la question.

Les mêmes considérations peuvent être avancées à propos de l'incapable majeur.

3.4. Principe de la liberté de décision du médecin

Les membres de la CNE sont unanimes pour affirmer que la liberté de décision du médecin constitue un élément fondamental de l'exercice de l'art médical.

Il est tout à fait compréhensible que, dans les situations envisagées par le projet

de loi, le corps médical revendique une protection de ce principe par la société. Les membres de la CNE n'ont pas trouvé d'accord sur les moyens à mettre en oeuvre pour y arriver.

Pour certains membres de la CNE, la liberté de l'exercice de l'art médical requiert des garanties qui mettent le médecin à l'abri d'éventuelles poursuites judiciaires et qui lui permettent d'assurer ses responsabilités envers le patient, même à l'encontre de ceux qui en assurent la représentation légale. D'ailleurs, il faut relever que dans un état de droit, c'est aux seuls magistrats qu'il appartient de limiter par des actes juridictionnels l'autorité parentale.

D'autres membres considèrent que la liberté de décision du médecin ne peut point être garantie par des moyens extérieurs et que, de toute façon, il n'est pas possible de mettre le médecin à l'abri d'éventuelles poursuites. En tout cas, le texte proposé qui introduirait des procédures très informelles n'y parviendrait pas.

Un grand nombre des membres de la CNE reprochent au texte proposé justement de mettre en cause la liberté de décision du médecin dont l'intervention est soumise à « l'autorisation » préalable d'un magistrat. L'autorité du juge ne peut se substituer à celle du médecin. D'un côté, le magistrat n'a aucune compétence pour se prononcer sur l'opportunité d'un acte à caractère médical, d'un autre côté, le médecin qui se trouve être en opposition avec le représentant légal de l'incapable, devra agir selon sa conscience même s'il devait, par son comportement, enfreindre une obligation légale. A la demande d'une partie du corps médical d'être dégagée par une intervention du législateur de toute responsabilité civile ou pénale, l'on peut répondre que l'indépendance du médecin est un principe qu'il ne faut pas abandonner. Une intervention du législateur pourrait avoir pour effet de mettre en cause la conscience professionnelle, seul garant réel du principe de la liberté de décision.

4. Considérations pratiques

Les membres de la CNE sont d'avis que, du point de vue éthique, il n'y a pas de réponse unique à la question de l'opportunité de légiférer dans la matière. D'ailleurs avec le Dr Jean Bernard, ils soulignent que « le rôle d'un comité d'éthique est d'essayer de régler des tensions entre des devoirs contradictoires ».

Une partie des membres, compte tenu des arguments développés plus haut (cf. Critères d'appréciation), pensent que toute réglementation – et notamment les articles 7 et 43 du projet de loi considéré – est liée à des risques qui seraient plus importants que les avantages éventuels. Dans les situations concrètes, les décisions à prendre doivent tenir compte d'un ensemble d'éléments. Leur

nombre et leur complexité s'opposent à une standardisation de la solution par voie législative. Dès lors, et compte tenu du fait que les rares cas qui se sont présentés jusqu'ici ont pu trouver en l'absence de texte une solution acceptée finalement par tout le monde, on peut douter de l'opportunité d'une législation en la matière.

D'autres membres de la CNE, tout en soulignant le principe établissant qu'un acte médical relève exclusivement de la conscience professionnelle du médecin, estiment nécessaire une réglementation légale. Celle-ci pourrait éventuellement consister à exiger qu'en cas de refus par le représentant légal du traitement ou de l'intervention proposés par le médecin traitant, une autorisation judiciaire soit nécessaire pour passer outre ce refus. Eventuellement, cette autorisation ne pourrait être accordée que sur avis conforme d'un deuxième médecin, le représentant légal gardant toujours la faculté de dessaisir le médecin traitant pour en désigner un autre. Il a même été envisagé au sein de la CNE de lier cette autorisation à l'obligation pour le médecin traitant de prendre la décision en équipe et de coopérer étroitement avec les représentants légaux afin que ces derniers puissent obtenir toutes les informations médicales souhaitées, qu'ils puissent exprimer leurs inquiétudes et leurs sentiments profonds. Certains membres font toutefois valoir que de telles exigences procédurales, pour justifiées qu'elles puissent paraître, se concilient difficilement avec les impératifs d'une intervention en situation d'extrême urgence, hypothèse dont part le projet de loi et dont, pour cette raison, ils acceptent l'orientation.

Plusieurs membres ont suggéré une solution de « compromis » qui obligerait le médecin passant outre au refus formel du représentant légal d'adresser après l'intervention un rapport écrit au procureur d'Etat et au Collège Médical. C'est la solution adoptée en France par le Décret no 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux.

Pour la CNE
Docteur Arsène BETZ, Président

5. ANNEXES

5.1. Projet de loi No 2557 relatif à la protection de la jeunesse. Texte des articles 7, alinéas 3 et 4, et 43

Article 7, alinéas 3 et 4

En cas de danger grave et immédiat pour la vie ou la santé du mineur, le juge de la jeunesse peut, à défaut d'accord des personnes, qui ont la garde de l'enfant, autoriser, sur avis conforme d'un médecin et sans autre forme de procédure, toutes mesures d'ordre médical que la situation requiert d'après les règles de l'art médical.

Lorsqu'il y a péril en la demeure et que le juge de la jeunesse ne peut être utilement saisi l'autorisation peut, dans les mêmes conditions, être donnée par le procureur d'Etat.

Article 43 (nouvel article 506-1 du Code civil)

Il est introduit un article 506-1 au Code civil libellé comme suit:

« Art. 506-l. En cas de danger grave et immédiat pour la vie ou la santé du majeur en tutelle, le juge des tutelles peut, à défaut d'accord du tuteur, autoriser sur avis conforme d'un médecin et sans autre forme de procédure, toutes mesures d'ordre médical que la situation requiert d'après les règles de l'art médical.

Lorsqu'il y a péril en la demeure et que le juge des tutelles ne peut être utilement saisi, l'autorisation peut, dans les mêmes conditions, être donnée par le procureur d'Etat ».

5.2. Décret No 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux

Texte de l'article 28

Si lors de l'admission d'un mineur, il apparaît que l'autorisation écrite d'opérer celui-ci et de pratiquer les actes liés à l'opération ne pourrait, en cas de besoin, être obtenue à bref délai de ses père, mère ou tuteur légal en raison de leur éloignement ou pour toute autre cause, ceux-ci doivent, dès l'admission du mineur, signer une autorisation d'opérer et de pratiquer les actes liés à l'opération.

Dans le cas où les père, mère ou tuteur légal sont en mesure de donner une autorisation écrite à bref délai celle-ci leur est demandée aussitôt qu'une intervention chirurgicale se révèle nécessaire.

En cas de refus de signer cette autorisation ou si le consentement du représentant légal du mineur ne peut être recueilli, il ne peut être procédé à aucune intervention chirurgicale hors des cas d'urgence.

Toutefois, lorsque la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal du mineur ou l'impossibilité de recueillir le consentement de celui-ci, le médecin responsable de service peut saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent.

5.3. Note de M. Fernand Schockweiler (2 mai 1990)

La question qui nous est soumise est celle de savoir s'il est éthiquement défendable qu'une autorité judiciaire autorise un médecin à pratiquer une intervention médicale sur un mineur ou sur une personne civilement incapable, en passant outre l'opposition de ceux qui en ont la garde ou assurent sa représentation légale.

Le problème s'est posé concrètement à propos de la transfusion sanguine refusée catégoriquement par des adeptes d'une certaine secte pour des raisons exclusivement religieuses, mais il peut se poser à propos de n'importe quelle autre intervention médicale que le médecin traitant estimerait indispensable pour sauver la vie du patient ou, du moins, la prolonger ou améliorer la situation du malade.

Pour répondre à la question posée, il me semble qu'on devra d'abord s'interroger sur ce qui se passerait si le médecin se trouvait en présence d'une personne civilement capable.

Du moins, lorsqu'une telle personne est consciente et capable de s'exprimer, le médecin ne peut, en principe, passer outre son opposition et lui appliquer un traitement ou une intervention contre son gré. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, comme en cas d'épidémies et dans l'intérêt général, qu'il pourrait en être autrement (cf. article 111 de la Loi du 31 décembre 1952 concernant l'institution des médecins-inspecteurs prévoyant l'hospitalisation forcée d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse et qui néglige ou refuse de se faire traiter, à décider par le juge des référés à la demande du procureur, sur requête du médecin de la santé).

La situation devient toutefois moins claire lorsque cette personne a perdu connaissance et ne peut plus exprimer une volonté intelligible. Le médecin, dans ces conditions, est-il libre de lui appliquer tout traitement qu'il estime, en science et conscience, approprié ou reste-t-il tenu par les instructions antérieurement données par le malade en pleine lucidité ?

En d'autres termes, l'opposition disparaît-elle du fait qu'au moment même où le médecin se propose d'intervenir son maintien n'est plus sûr et qu'on ne peut augurer de ce que déciderait le patient à ce moment précis s'il pouvait s'exprimer devant un danger imminent de mort ?

C'est cette dernière attitude qui avait été adoptée dans le cas d'un détenu qui refusait de s'alimenter et qui refusait toute forme de nutrition artificielle, laquelle lui fut appliquée chaque fois qu'il approchait du coma.

De façon plus générale, le médecin est-il lié par les instructions de son patient lui interdisant de recourir à des traitements ou interventions qui ne peuvent avoir pour résultat que de prolonger provisoirement la vie sans mener à une guérison, dans le cas d'une maladie incurable et douloureuse, comme, par exemple, certaines formes de cancer ?

Si l'on peut admettre que l'homme responsable de ses actes et pleinement capable d'exprimer sa volonté doive rester maître de son sort et pouvoir refuser de continuer à vivre dans des conditions qui lui paraissent indignes de sa condition, peut-on également admettre qu'un homme puisse sur ce point décider pour le compte d'un autre ? C'est là, à mon avis, l'enjeu éthique de la question qui nous est déférée. Un homme peut-il s'ériger en maître de la vie ou de la destinée d'un autre pour la seule raison qu'au point de vue civil ce dernier ne se voit pas reconnaître le droit à une expression libre et consciente de sa volonté ?

A cet égard, il convient de garder à l'esprit que l'Etat, c'est-à-dire la société civile et civilisée, s'est toujours préoccupé de la protection des incapables, et notamment des mineurs, en instituant, au cours de ce siècle, des régimes assurant une très large supervision par des autorités administratives ou judiciaires.

En ce qui concerne notamment les mineurs, le texte actuel de la loi permet déjà au Tribunal de la jeunesse de retirer un enfant à la garde de ses parents si ceux-ci négligent sa santé et ne lui font pas suivre les traitements que son état requiert et de le confier à un tiers ou à une institution pour qu'il soit pris soin de sa santé. En effet, les pouvoirs des parents ne sont plus absolus et la société s'estime investie d'une certaine responsabilité à l'égard des enfants, qui s'exerce à

l'encontre de parents qui n'assurent pas le bien-être de leurs enfants, du moins tel que l'entend la société organisée.

Dans une telle conception, il paraît évident que les parents ne peuvent, fût-ce sous prétexte de croyances religieuses ou philosophiques, par un refus d'une certaine forme de traitement, mettre en péril la vie d'un enfant.

La même conclusion devrait s'imposer pour les représentants légaux de majeurs incapables.

Le problème que le projet de loi entendait résoudre se ramène ainsi à un pur problème d'ordre procédural. Il s'agissait uniquement de mettre en place une procédure rapide et efficace permettant, en cas d'urgence absolue, de prendre une décision sans le moindre délai.

En ce qui concerne l'incidence de la loi sur l'abstention fautive, elle ne me paraît pas de nature à résoudre le problème. S'il est vrai que ce texte punit notamment le médecin qui s'abstient de prêter le secours médical requis en cas de péril grave, il est moins sûr que ce texte l'oblige ou même lui permette de prêter ce secours contre la volonté expresse de ceux qui ont autorité sur la personne en danger.

5.4. Note du Docteur Georges Arnold (7 mai 1990)

Il y a lieu de distinguer en fait 3 catégories de situations:

- Intervention d'urgence sans que, matériellement, il soit possible de contacter qui que ce soit.

- Intervention d'urgence *avec* possibilité de contacter les personnes qui assument l'autorité parentale resp. de tutelle pour adultes. Accord entre ces personnes et le médecin.

- Refus de traitement de la part des parents ou tuteurs. Donc désaccord entre ces personnes et le médecin.

Le présent projet de loi ne concerne pas le problème du refus un traitement au moment d'une maladie grave ou à la suite d'une tentative de suicide de la part de personnes (adultes) civilement capables au moment d'exprimer leur intention avant de se trouver en situation de danger. C'est là tout le problème d'abstention thérapeutique exigée et de l'euthanasie active, je pense qu'elle ne se pose pas dans un état de droit, étant donné qu'il s'agit là ni plus ni moins que d'un homicide volontaire.

Situation actuelle:

- ad. 1. Pas de problème. Le médecin décide et agit.
- ad. 2. Le médecin avertit les parents resp. les tuteurs et agit en accord avec eux ou transfert le patient au médecin choisi éventuellement par eux.
- ad. 3 a) Le médecin qui agit en désaccord et en opposition avec les parents ou le tuteur est fautif (cf. rapport du 22.02.1984 de la commission juridique de la chambre des députés, qui insiste sur la situation difficile dans laquelle se trouvent les médecins hospitaliers, qui, en « l'absence de texte réglementant ces cas d'espèces, encourraient une responsabilité tant pénale que civile dès lors qu'ils passeraient outre l'opposition des parents dans l'unique but de sauver une vie humaine »).
  b) Le médecin qui se conforme à l'exigence des parents resp. des tuteurs se rend coupable de non-assistance à personne en danger.

C'est donc uniquement la catégorie 3 a) et b) qui pose un problème actuellement insoluble du fait de l'ambiguïté de la législation, ambiguïté qui se montre d'ailleurs dans les remarques et les notes du procès-verbal du 16 mars 1990 de la CNE et des « Eléments réunis par le Bureau permanent ».
Une prise de position claire et précise s'impose absolument, en dépit de toutes les difficultés et des attitudes embarrassées du législateur et des magistrats. La seule solution honnête, raisonnable et objectivement défendable parait être la suivante:

Le médecin juge et décide en âme et conscience. Il informe de sa décision soit le juge de la jeunesse et des tutelles, soit le représentant du Parquet (cette question devrait pouvoir être facilement résolue). Celui-ci, sans intervenir dans la problématique médicale posée, marque sur la base de ces informations soit son accord, soit son désaccord. Le traitement médical tombera sous la seule responsabilité du médecin. Si, en cas d'accord, il devait se révéler ultérieurement que les informations fournies au magistrat ont été sciemment faussées et donc ont pu induire en erreur le magistrat, le médecin en portera la responsabilité.

Dans son avis du 06.10.1981, le Conseil d'Etat déclare:

« Au demeurant le Conseil estime que l'action des médecins ne devrait pas être entravée par des formalités de procédure, mais continuer à relever exclusivement de leur conscience professionnelle. »

Il y a lieu de rappeler, par ailleurs, que dans son avis du 02.04.1984, le Collège Médical avait demandé un avis conforme de deux médecins et la possibilité de

permettre aux parents resp. tuteurs des mineurs de confier le traitement à un médecin autre que celui qui avait pris en charge le mineur.

La proposition du Conseil d'Etat visant une solution d'ensemble à la fois pour les majeurs et les mineurs, paraît très logique. Il en est de même en conséquence du nouvel article 43, proposé par le Conseil d'Etat, qui stipule :

- art. 43. Il est introduit un article 506-1 au Code civil libelle comme suit:
- art. 506-l. En cas de danger grave et immédiat pour la vie ou la santé du majeur en tutelle, le juge des tutelles peut, à défaut d'accord du tuteur, autoriser sur avis conforme d'un médecin et sans autre forme de procédure, toutes mesures d'ordre médical que la situation requiert d'après les règles de l'art médical. Lorsqu'il y a péril en la demeure et que le juge des tutelles ne peut être utilement saisi, l'autorisation peut, dans les mêmes conditions, être donnée par le procureur d'Etat.

Ainsi, les nouveaux alinéas 3 et 4 amendés de l'article 7 et complétés par le nouvel article 43 semblent résoudre parfaitement le problème et mérite d'être adoptés.

5.5. Réflexions du docteur Jules Molitor (31 mai 1990)

En ce qui concerne l'aspect éthique des décisions à prendre en cas de danger grave et immédiat pour la vie ou la santé d'un mineur ou d'un majeur incapable, je vous soumets les réflexions suivantes :

L'indication d'un traitement ne peut suffire à elle seule à résoudre le problème de la décision médicale : celle-ci ne peut être dissociée ni des repères juridiques, ni des facteurs psychologiques individuels.
Il y a confrontation d'orientations éthiques parfois divergentes :

- Pour l'autorité judiciaire, l'acte éthique consiste à appliquer la loi qui assure l'assistance due aux personnes en danger.

- Pour les médecins « la santé de leur malade sera leur premier souci ».

- Quant au malade, aussi jeune et aussi diminué qu'il soit et à son représentant légal, il est souhaitable qu'on reconnaisse leur liberté de faire un choix personnel et qu'on respecte leur décision.

Des questions éthiques fondamentales sont en cause :

- le choix de vivre et le désir de mourir,

- la parole responsable de l'individu,

- la fonction parentale avec sa nécessité et ses limites,

- le dépassement des idéologies scientifiques face à l'inéluctable.

Le traitement n'a de raison d'être que s'il s'inscrit dans une signification pour celui qui le demande, il ne se justifie pas par lui-même. Ce serait un non-sens d'agir ici au nom d'un principe, d'une idéologie, d'une loi aux dépens de la liberté du patient ou des personnes responsables; car il me semble que l'engagement de la collectivité ne peut primer l'engagement personnel de celui qui demande ou ne demande pas la mise en oeuvre d'un traitement.

La réflexion éthique la plus poussée ne peut faire davantage qu'aider à formuler des repères. Elle ne diminuera pas l'engagement personnel et responsable de ceux qui ont à prendre des décisions d'ordre pratique : ce qui signifie pour le médecin qu'il reste seul devant sa propre conscience.

5.6. Position de Monsieur Ernest Arendt (13 juin 1990)

Tout en pensant comme les autres collègues que notre commission d'éthique a compétence pour se prononcer sur le problème qui lui est soumis, à savoir : la substitution de l'autorité d'un juge à l'autorité du représentant légal d'un incapable (mineur ou majeur), je continue à penser que le législateur devrait s'abstenir de légiférer dans cette matière et qu'il est préférable de faire confiance à la conscience du médecin, quelle qu'inconfortable que puisse être sa position à l'égard d'une disposition légale positive.

D'un côté, le magistrat n'a aucune compétence pour se prononcer sur l'opportunité d'un acte à caractère médical, d'un autre côté, le médecin qui se trouve être en opposition avec le représentant légal de l'incapable devra agir selon sa conscience, même s'il devait par son comportement enfreindre une obligation légale.

Cela a toujours été le cas, même avant que le législateur intervienne dans la matière de l'interruption volontaire de grossesse, et c'est encore le cas actuellement depuis l'entrée en vigueur de la loi qui prévoit expressément une clause de conscience au profit du médecin et de l'établissement hospitalier. Cette clause de conscience n'a qu'un effet négatif.

Si le corps médical croit qu'une intervention du législateur est de nature à le dégager de toute responsabilité civile ou pénale, il faut lui répondre que

l'indépendance du médecin est un principe qu'il ne faut pas abandonner et qu'une intervention du législateur risque d'avoir pour effet de mettre fin à toute conscience professionnelle.

Finalement, le cas envisagé a un caractère tellement exceptionnel qu'une absence d'un texte légal peut être envisagée sans inconvénient.

Je rejoins donc la position du Conseil d'Etat qui a également opiné en faveur de la suppression du projet de texte envisagé.

Addendum

Une intervention médicale ne saurait être soumise à une « autorisation » quelconque autre que celle que dicte la conscience professionnelle du médecin.

Soumettre un acte médical à une autorisation d'un magistrat – personne par définition non qualifiée en matière médicale – serait une atteinte à l'indépendance thérapeutique du médecin. Cette autorisation – à la supposer donnée dans les conditions d'urgence et de précipitation données – n'est pas de nature à décharger le médecin de sa responsabilité civile ou d'en atténuer les conséquences, lesquelles restent à apprécier souverainement par les tribunaux. Ceux-ci se baseront, non sur un entretien téléphonique nécessairement superficiel et rapide entre le médecin et le juge de la jeunesse, mais sur un rapport d'expertise contradictoire.

Par ailleurs, l'urgence alléguée ne saurait être un motif suffisant pour permettre à une loi de faire fi d'un principe tout aussi important dans une société démocratique, à savoir celui du « audi alteram partem ».

Tout au plus, pourrait-on envisager – sans intervention du législateur – une recommandation par voie de circulaire adressée aux membres du corps médical par le Collège Médical, consistant à conseiller aux praticiens d'informer ex post un magistrat du parquet (et non du siège) de la situation critique exceptionnelle dans laquelle un médecin a agi sans être couvert par le consentement du représentant de l'incapable.

L'on se rapprocherait de cette façon de la solution que fournit le droit positif français.

5.7. Réflexions de Monsieur Raymond Mousty (16 juillet 1990)

Permettez-moi de vous faire part de quelques réflexions qui me sont venues à l'esprit à la suite de notre dernière réunion du 13 juillet consacrée au projet de

loi en matière de protection de la jeunesse.

Nous avons eu tendance à considérer les mineurs d'âge comme une population homogène, à laquelle un seul et même traitement pourrait être appliqué. Or rien n'est plus faux. S'il n'est pas possible de demander son avis à un enfant d'un an sur l'opportunité d'une intervention médicale, il parait en revanche inconcevable de faire abstraction de l'opinion d'un adolescent de 17 ans. Dès lors toute législation qui ne voit le problème que sous l'angle de vue d'un conflit entre médecin et parents, à arbitrer par la société représentée par un juge, passe à côté d'un aspect important de la question.

Il parait illusoire de régler dans une loi tous les cas de figure imaginables, ils sont en effet trop nombreux. Du reste, un texte de loi ne saurait jamais tenir compte de la complexité des situations concrètes qui sont rarement en « noir et blanc », mais généralement toutes en nuances. En admettant qu'il soit tenu compte de l'avis de l'enfant concerné à partir d'un certain développement de sa personnalité, l'âge est certes un critère objectif, mais à lui seul, insuffisant. Le « oui » ou le « non » des parents n'est pas non plus toujours exprimé avec la même netteté. Qu'arrive-t-il d'ailleurs si l'un des parents s'oppose au traitement et que l'autre le réclame avec véhémence ? Même à supposer que les deux parents refusent le traitement, la situation peut se présenter où l'un des deux, dominé par son conjoint, ne formule son refus que du bout des lèvres. Enfin, la situation sur le plan purement médical n'est pas non plus forcément univoque.

La décision qui sera prise, devra tenir compte d'un ensemble d'éléments dont certains ont été esquissés ci-dessus. Leur nombre et leur complexité s'opposent à une standardisation de la solution par voie législative. Dès lors, et compte tenu du fait que les rares cas qui se sont présentés jusqu'ici ont pu trouver, en l'absence de texte, une solution acceptée finalement par tout le monde, je doute de l'opportunité d'une législation en la matière.