



#### Présentation de l'Institut de droit de la santé

L'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel a pour but de développer l'enseignement, la recherche et les échanges en droit de la santé. Il organise régulièrement des colloques et séminaires sur des problèmes situés aux confins du droit, des sciences biomédicales et de l'éthique. Il mène ses activités dans une perspective pluridisciplinaire et encourage une approche comparatiste du droit. Les *Cahiers* de l'Institut de droit de la santé regroupent des contributions destinées à stimuler la réflexion juridique et à informer les professionnels de la santé.

#### Das Institut für Gesundheitsrecht

Das Institut für Gesundheitsrecht der Universität Neuenburg hat sich die Förderung des Unterrichts, der Forschung und der Austausch im Bereich des Gesundheitsrechts zum Ziel gesetzt. Zu diesem Zweck organisiert das Institut regelmässige Veranstaltungen und Tagungen in welchen Grenzfragen des Rechts, der biomedizinischen Wissenschaften und der Ethik behandelt werden. Eine fachübergreifende Ausrichtung wird bevorzugt und rechtsvergleichende Aspekte hervorgehoben. Die «Cahiers» des Institutes für Gesundheitsrecht beinhalten Beiträge, die sich als Anregung für die juristische Diskussion verstehen sowie als Information für die Akteure des Gesundheitswesens.



# Les directives anticipées et la représentation thérapeutique

IDS

A

13 g

CAID

1998

IDS

A  
139  
CAID  
1998  
CA/CH  
584

**Olivier Babaiantz**

**LES DIRECTIVES ANTICIPEES EN MATIERE  
DE SOINS MEDICAUX ET LA  
REPRESENTATION THERAPEUTIQUE PRIVEE**

---

Université de Neuchâtel



1041106902



© by IDS, Neuchâtel  
Tous droits réservés pour tous pays

Institut de droit de la santé  
Université de Neuchâtel  
Faubourg de l'Hôpital 106  
CH-2000 Neuchâtel

Institut de droit de la santé (IDS)  
Université de Neuchâtel  
Suisse

ihedsa 388+1/6  
REC-2000-370

## LES DIRECTIVES ANTICIPEES EN MATIERE DE SOINS MEDICAUX ET LA REPRESENTATION THERAPEUTIQUE PRIVEE

Olivier BABAIANTZ

### Introduction

Le thème central de notre travail est la position du patient incapable de discernement face à un acte médical. Cette position se caractérise par le fait que le patient ne peut pas choisir lui-même son traitement. A partir de cette constatation, on peut envisager deux solutions. Soit on admet que d'autres personnes décident à la place du patient, soit on imagine que ce dernier décide lui-même, mais de manière anticipée. La première solution correspond à ce qui se fait en règle générale dans un tel cas<sup>1</sup>; la deuxième solution n'est pas encore très développée en Suisse. Elle couvre le domaine des directives anticipées.

Les directives anticipées sont des instructions, données à l'avance par une personne, sur la manière dont elle aimerait être soignée dans des situations médicales futures, où elle ne serait plus en mesure de s'exprimer par elle-même et qu'elle peut raisonnablement anticiper de manière suffisamment explicite. Leur but est de prolonger dans le temps la possibilité pour chacun d'exercer valablement son droit à l'autodétermination face à un choix en matière médicale.

Neuchâtel, avril 1998

---

<sup>1</sup> Le représentant légal ou le médecin décideur, après avoir entendu les proches du patient.

Le domaine des directives anticipées est un domaine sensible, dans lequel des règles juridiques, par définition générales et abstraites, ont de la peine à s'imposer. Seuls les Etats-Unis et le Danemark ont développé une législation importante à ce sujet. En Suisse, au niveau législatif, seuls quelques cantons ont adopté des dispositions spécifiques. Le droit fédéral n'en contient aucune; on doit par conséquent analyser la situation en interprétant d'une part certaines règles de droit constitutionnel, civil et pénal sur la protection de la personnalité, et d'autre part les dispositions relatives à certains contrats. On mentionnera encore les directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM), dont on admet pourtant généralement qu'elles n'ont pas force de loi. La jurisprudence, à l'exception d'un jugement du Tribunal administratif genevois, ne s'est à notre connaissance pas encore prononcée à ce sujet. C'est donc essentiellement au niveau doctrinal que les prises de position existent.

En Suisse, on parle du problème d'une détermination anticipée en matière médicale depuis que l'association EXIT a lancé l'idée de son testament biologique, au début des années quatre-vingt. Ce document permet essentiellement à une personne de s'opposer par avance à toute forme d'acharnement thérapeutique si elle se trouve dans une situation désespérée au plan médical. Le testament biologique veut favoriser une mort digne et s'oppose aux excès de la médecine intensive. Le débat tourne essentiellement autour de deux questions:

- la première est de savoir si une personne peut valablement s'engager de manière anticipée. Cet engagement n'est-il pas excessif? Est-il pris en toute connaissance de cause?
- la seconde est de savoir dans quelle mesure cet engagement est opposable au personnel soignant.

En répondant affirmativement à la première de ces questions, on peut ensuite tenter de répondre à la seconde; il apparaît alors que l'efficacité des directives anticipées est favorisée s'il existe déjà une relation entre le médecin et son patient; on se trouve en présence d'un contrat de mandat et on peut considérer les directives anticipées comme des instructions au sens de la loi (CO)

si le médecin les a acceptées. Le contrat ne prend pas fin du fait de l'incapacité du patient, car cela résulte des circonstances et de la convention des parties. S'il n'existe pas de mandat, les règles sur la gestion d'affaires sans mandat s'appliquent et le médecin doit traiter son patient en recherchant la volonté présumée de ce dernier. Les avis divergent sur le fait de savoir si le soignant doit, dans cette recherche, suivre sans autre d'éventuelles directives anticipées, ou si, au contraire, ces dernières ne représentent pour lui qu'un indice dans l'établissement de ladite volonté.

Les défauts majeurs reprochés aux directives anticipées sont qu'elles risquent d'être par trop imprécises et qu'elles ne sont plus susceptibles d'être révoquées par le patient au moment où elles doivent s'appliquer (puisque le patient n'est plus capable de discernement à ce moment-là).

Pour pallier de tels inconvénients, on peut imaginer la figure d'un représentant thérapeutique. Il s'agit d'une personne désignée à l'avance par le patient et qui peut, pour l'essentiel, se voir attribuer deux types de pouvoirs. Le premier de ces pouvoirs permet au représentant de faire respecter par les professionnels de la santé des décisions prises antérieurement par le patient. Le second va plus loin et lui permet carrément de prendre des décisions au nom et pour le compte du patient.

Si la solution du représentant thérapeutique semble indiquée pour éviter l'imprécision et la rigidité relatives des directives anticipées, elle ne va pas non plus sans poser certains problèmes. Nous pensons aux points suivants:

- un tel engagement n'est-il pas excessif pour le patient?
- le représentant est-il soumis aux règles sur la représentation? Sur le mandat? Ou encore à des règles spécifiques?
- la représentation thérapeutique privée est-elle compatible avec le système de la représentation légale? Le système de la représentation légale est-il exhaustif?

Nous pensons que le représentant thérapeutique peut constituer une solution satisfaisante. Il est bien au courant des convictions du patient. Il est opérationnel plus rapidement qu'un représentant

désigné par une autorité. Il reste susceptible d'être destitué de ses fonctions par une autorité de surveillance étatique si des abus sont constatés.

La protection des patients incapables de discernement exige une certaine souplesse; on ne doit donc pas s'acharner à tout fixer dans des lois. Mais il faut insister sur la nécessité de trouver un équilibre entre la préservation des droits des patients à l'auto-détermination d'une part et leur besoin de protection d'autre part. Dans ce sens, tous les acteurs du droit, des sciences médicales et d'autres domaines encore (sciences sociales, personnes entourant les mourants p. ex) doivent accomplir un examen du rôle qu'ils ont à jouer avec un maximum d'honnêteté.

Ce travail est avant tout une analyse du droit suisse. Nous donnerons cependant un aperçu de la situation existant aux Etats-Unis. Ce choix nous semble justifié par le fait qu'il existe dans ce pays des lois touchant spécifiquement le sujet de notre travail. Et qu'ainsi la perspective d'un même problème est différente.

\* \* \* \* \*

## **Première partie: Les directives anticipées en matière de soins médicaux**

### **I. Essai de définition générale**

Ce sont des instructions, données à l'avance par une personne, sur la manière dont elle aimerait être soignée dans des situations médicales futures, où elle ne serait plus en mesure de s'exprimer par elle-même et qu'elle peut raisonnablement anticiper de manière suffisamment explicite. Leur but serait de prolonger dans le temps la possibilité pour chacun d'exercer valablement son droit à l'autodétermination.

### **II. La situation du droit en Suisse**

#### **1. Absence de réglementation légale au niveau fédéral<sup>2</sup>**

Aucune réglementation spécifique sur ce sujet n'existe au niveau fédéral<sup>3</sup>. Les problèmes posés doivent donc être résolus par interprétation d'autres dispositions légales (art. 27 et 28 CCS, 19 et 20 CO, 394ss CO, 419ss CO, 114 et 115 CPS) , et à l'aide des principes généraux du droit.

<sup>2</sup> En Europe, selon un rapport inofficiel de l'Institut de droit de la santé (IDS) de Neuchâtel rédigé en 1994, seul le Danemark disposait d'une législation reconnaissant expressément le testament biologique. La situation est bien différente aux Etats-Unis (voir plus loin, point VII 2).

<sup>3</sup> Voir cependant le projet de Kehl, Entwurf, pp. 156-157. Cet auteur propose l'introduction d'un art. 54 bis dans la Constitution fédérale, puis d'une "Bundesgesetz betreffend Patientenrechte und Sterbehilfe gestützt auf art. 54 bis BV." Les art. 20 à 26 de ce projet concernent la "Patientenverfügung".

## 2. Absence de jurisprudence fédérale

Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Cependant, il envisage implicitement la possibilité d'une détermination anticipée lorsqu'il affirme que le représentant légal "doit, dans sa décision, tenir compte des vœux qui peuvent avoir été émis par ce dernier avant qu'il ne soit privé de son discernement"<sup>4</sup>. Il est vrai que le terme "vœux" est éloigné de la définition de l'acte juridique (manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques). Or, comme nous le verrons, les directives anticipées sont, le plus souvent, de véritables actes juridiques; une jurisprudence à leur sujet nécessitera par conséquent qu'on se prononce sur leur validité et leur force contraignante.

## 3. Les lois cantonales

Plusieurs législateurs cantonaux ont reconnu la validité et la force contraignante du testament biologique<sup>5</sup>. La volonté qui y est exprimée doit être respectée, sous certaines réserves toutefois:

- il existe des éléments concrets montrant que le patient a entre-temps changé d'avis; la preuve doit être rapportée par celui ou celle qui les invoque;
- les demandes faites sont contraires à certaines dispositions légales.

<sup>4</sup> ATF 114 Ia 350, 363.

<sup>5</sup> Argovie, § 23 Patientendekret du 21.08.1990; Appenzell Rhodes Extérieures, art. 22 Patientenverordnung du 06.12.1993; Lucerne, § 25 Patientenverordnung du 16.11.1993; Zürich, § 21 Patientenrechtverordnung du 28.08.1991, de manière implicite; Neuchâtel, art. 35/3 de la loi de santé du 06.02.1995, interprété de manière large.

Les cantons de Genève et du Valais<sup>6</sup> ont quant à eux consacré la validité des directives anticipées au sens élargi où nous l'entendons.<sup>7</sup>

## III. L'origine du débat en Suisse: le testament biologique d'EXIT

### 1. L'association EXIT

EXIT est une association de droit suisse à but idéal. Il existe une association romande ("Association pour le droit de mourir dans la dignité-A.D.M.D") et une alémanique (EXIT Deutsche Schweiz Vereinigung für humanes Sterben). Elles ont été fondées en 1982. Malgré quelques différences, les deux associations poursuivent les mêmes buts<sup>8</sup>, à savoir la promotion du droit à l'autodétermination de l'être humain par rapport à sa fin de vie; dans certains cas, cela peut passer par une aide au suicide, mais cet aspect ne sera que peu ou pas abordé dans ce travail.

### 2. Définition du testament biologique

Il peut être défini comme une directive anticipée valant pour des situations de fin de vie ou pour des situations dans lesquelles il n'existe plus aucun espoir de revenir à une forme d'existence digne d'être vécue. On peut schématiquement les ramener à trois<sup>9</sup>:

<sup>6</sup> GE, Loi K I 30, nouvel article 5/3 adopté le 28.03.96. VS, art. 21 et 22 loi sur la santé.

<sup>7</sup> Cf. première partie, point VI.

<sup>8</sup> Cf art. 3 des statuts d'EXIT-ADMD et art. 2 des statuts de l'association alémanique.

<sup>9</sup> Guillod/Guinand p. 414 no 25.

- maladie incurable avec pronostic fatal;
- coma total et irréversible; état végétatif permanent;
- grave handicap physique ou mental inguérissable.

Le texte proposé par EXIT<sup>10</sup> (Suisse romande) prévoit ceci:

**"Après mûre réflexion et en pleine possession de mes facultés, je soussigné(e) demande que soient considérées comme l'expression de ma volonté les dispositions suivantes:**

- **Que l'on renonce à toute mesure de réanimation si mon cas est considéré comme désespéré ou incurable ou si, à la suite d'une maladie ou d'un accident, je devais être gravement handicapé(e) physiquement ou mentalement;**
- **Qu'une médication antalgique à dose suffisante me soit administrée pour apaiser mes souffrances, même si celle-ci devait hâter ma mort".**

Un tel acte combine donc un refus de certains traitements (mesures artificielles de prolongation de l'existence ou "künstlich lebensverlängernde Massnahme") et un consentement à certains autres (lutte contre la douleur ou "Schmerzbekämpfung"). Derrière ces termes se cache en fait le délicat problème de l'euthanasie (voir plus loin l'analyse de la validité du testament biologique).

### 3. Nature juridique

#### *a) Manifestation unilatérale de volonté*

Le testament biologique apparaît comme une manifestation unilatérale de volonté.

<sup>10</sup> C'est tout à fait volontairement que nous limitons notre analyse à ce seul document. Il existe de nombreux autres exemplaires préimprimés, dont certains sont mentionnés par Reusser p.10 note 10; d'autre part, chaque personne est libre de rédiger son propre document.

#### *b) Soumis ou non-soumis à réception ?*

La question se pose de savoir si le testament biologique est soumis ou non à réception. Si oui, cela signifie qu'en raison de son contenu, la manifestation de volonté n'est efficace que si elle est faite à une (ou plusieurs) personne(s) déterminée(s). En revanche, une manifestation de volonté non soumise à réception est efficace sans avoir besoin d'être adressée à quelqu'un de particulier.

On peut admettre les deux natures. Souvent, ni le nombre, ni la personne des médecins, auxquels le testament biologique est prioritairement destiné, ne sont définis précisément. Ce seront les personnes qui prendront en charge le patient à un moment donné. Dans ce cas, le testament biologique n'est pas soumis à réception, et il renferme les intentions présumables du patient dans le cadre d'une situation de gestion d'affaires. Mais, si on imagine que le patient rédige un tel document à l'intention de son médecin de famille, ou à celle du médecin qu'il a choisi pour se faire opérer, ce document est soumis à réception. En étant accepté par le médecin, il devient une clause du contrat de mandat qui unit les deux parties.

#### *c) Le testament biologique n'est pas un acte à cause de mort*

Malgré son nom, le testament biologique n'est pas un acte à cause de mort. Il ne se propose aucunement de régler le sort du patrimoine de la personne concernée après sa mort. Au contraire il apparaît comme un acte entre vifs, puisqu'il est destiné à produire éventuellement des effets dans une situation où son auteur serait manifestement encore vivant<sup>11</sup>.

### 4. Les problèmes juridiques posés par le testament biologique

Le testament biologique et son efficacité se heurtent pour l'essentiel à deux types de problèmes: le premier est celui de la validité de ce document en tant que tel; le second est celui de son opposabilité, ou force contraignante, à l'égard du personnel soignant. Ces deux questions sont traitées dans les points IV et V suivants.

<sup>11</sup> Guilloid/Guinand, p. 413 no 24.

#### IV. Validité du testament biologique

##### 1. Généralités

Le problème de la validité du testament biologique soulève à son tour deux autres questions:

Premièrement, une personne peut-elle, au regard des normes et des principes de l'ordre juridique suisse, faire des demandes semblables à celles que nous avons mentionnées dans notre exemple ? Autrement dit, l'objet du testament biologique est-il licite ?

Deuxièmement, une personne peut-elle se déterminer par anticipation relativement à des décisions médicales ? L'engagement pris n'est-il pas excessif ?

##### 2. Licéité de l'objet

On a vu précédemment que le testament biologique combinait, dans certaines circonstances, le refus de mesures intensives de prolongation de la vie avec le consentement à une médication antalgique, même si cette dernière devait hâter la survenance de la mort.

Ceci dit, ce problème doit être examiné au regard de l'art. 20/1 CO, qui dispose que "le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs". Cette disposition s'applique également aux manifestations unilatérales de volonté.

##### a) *Illicéité ?*

Serait illicite la disposition contraire à une disposition légale expresse ou aux principes juridiques généraux non écrits:

##### aa) *Contrariété à une disposition légale expresse*

Le problème pourrait exister par rapport aux articles 111ss CPS, intitulés "infractions contre la vie et l'intégrité corporelle". Ces dispositions pénales révisées en 1989, en vigueur depuis 1990, visent non seulement le fait de mettre fin à la vie d'autrui, mais également le fait de l'abréger. Les deux dispositions qui nous intéressent plus particulièrement sont les art. 114 et 115 CPS.

L'art. 114 CPS, concernant le meurtre sur demande de la victime, prévoit une peine d'emprisonnement (en Suisse, privation de liberté comprise entre 3 jours et 3 ans) pour la personne qui, "cédant à un mobile honorable, notamment la pitié, aura donné la mort à une personne sur demande sérieuse et instante de celle-ci". Mais cet article ne tient pas expressément compte des intérêts de protection d'un malade incurable contre une prolongation de la durée de sa vie ainsi que de ses souffrances, prolongation qui lui serait le cas échéant imposée. Dans la mesure où le respect du droit d'un malade à disposer de lui-même l'exige et où les règles de la thérapeutique le requièrent, l'euthanasie<sup>12</sup> pratiquée en renonçant à entreprendre ou à poursuivre un traitement (euthanasie passive) ne constitue pas un homicide punissable. Des mesures prises en vue de calmer les douleurs sont également admises par la loi pénale, même s'il y a lieu d'en accepter la mort comme une conséquence probable, voire inévitable (euthanasie active indirecte). En revanche, toute intervention médicale dont le but principal est d'abréger la vie est incompatible avec le droit pénal actuel (euthanasie active directe)<sup>13</sup>.

L'art. 115 CPS sanctionne l'incitation et l'assistance au suicide. Il prévoit une peine de réclusion (dans ce cas limitée à 5 ans) ou d'emprisonnement, si le suicide a été consommé ou tenté. Seules l'incitation et l'assistance sont condamnées; le suicide en tant que tel n'est pas incriminé, car on estime justement que celui qui se suicide ne porte atteinte qu'à sa propre vie. Cet article exige cependant de

<sup>12</sup> Sur cette notion, voir Queloz, pp. 14ss.

<sup>13</sup> Voir cependant la motion Ruffly du 28.09.94, transformée en postulat le 14.03.96, in: Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, 1996 (106) I pp. 362-368. Certains parlementaires y demandent l'introduction d'un art. 115 bis dans le code pénal, qui autoriserait la pratique de l'euthanasie active à certaines conditions.

l'auteur de l'infraction qu'il soit poussé par un mobile égoïste. Il n'y a donc pas de sanctions pour celui qui agirait par pitié ou par compassion, pour ne citer que deux exemples.

En résumé, on constate donc que l'objet du testament biologique n'est pas contraire à une disposition de l'ordre juridique suisse dans la mesure où il se borne à demander l'euthanasie passive et une éventuelle euthanasie active indirecte. Evidemment, une loi est souvent incapable d'apporter toutes les nuances souhaitables dans des domaines si délicats, vu que le raisonnement législatif est général et abstrait. Il faut donc conserver dans la pratique ce que Reusser appelle un "medizinisch-ethisch Ermessensbereich"<sup>14</sup> et toujours favoriser la solution tenant au maximum compte de la dignité de la personne.

#### *ab) Contrariété aux principes généraux du droit*

Dans leur avis de droit de 1987 pour l'ASSM, après avoir rappelé que le TF a garanti le "droit inaliénable de l'individu de disposer de son corps et de son intégrité corporelle" (ATF 38 II 235, 238), Guinand et Guillod basent leur analyse sur le principe de l'indisponibilité du corps humain<sup>15</sup>. Ce dernier limite l'efficacité juridique de la volonté d'une personne à l'égard des actes de tiers. On est ici dans la deuxième partie de l'adage "Der Arzt darf nichts, was der Patient nicht haben will, der Arzt darf aber keineswegs alles, was der Patient haben will"<sup>16</sup>. Le médecin ne peut pas accomplir n'importe quel geste médical sous prétexte que le patient le lui a demandé ; il doit examiner si l'atteinte qu'il va porter à la vie, à la santé ou à l'intégrité corporelle de son patient n'est pas totalement injustifiée par rapport aux avantages que ce dernier attend de l'intervention.

<sup>14</sup> Reusser, thèse p. 174

<sup>15</sup> Guillod/Guinand, p. 415 no 29.

<sup>16</sup> Schöllhammer (citant Karl Engisch) pp. 71-72.

Les deux auteurs apprécient chaque situation d'espèce (maladie incurable, coma irréversible, grave handicap physique ou mental) en fonction de deux critères principaux: la gravité de l'atteinte et son but. Ils arrivent aux conclusions suivantes:

- les mesures demandées dans un testament biologique peuvent constituer une atteinte à la vie du patient dans la mesure où elles induisent un raccourcissement du temps qui lui reste à vivre;
- le choix ne s'effectue pas entre une vie digne d'être vécue et la mort; au contraire, il préfère une "agonie plus brève et moins douloureuse à une autre, plus longue et plus inconfortable"; une mort "complète", de préférence à une mort "cérébrale";
- on accepte le cours "naturel" des choses, sans intervention humaine. Ou alors, on donne au patient une médication antalgique dont le but premier est de le soulager de souffrances excessives. Mais l'intention première n'est jamais de faire mourir le patient.

#### *b) Contrariété aux mœurs ?*

On entend par bonnes mœurs "l'ensemble des principes de nature morale sur lesquels s'appuie notre ordre juridique et social"<sup>17</sup>. Cette notion varie dans le temps et l'espace. De nos jours, le développement considérable des sciences médicales nous oblige à nous interroger sur les limites que nous voulons mettre en place pour nous protéger. Les objectifs poursuivis par le testament biologique sont à notre avis tout à fait admissibles en ce qui concerne les bonnes mœurs. Il est même sage de pouvoir accepter sa mort et de ne pas s'y opposer à tout prix; on ne voit pas pour quelle raison il nous serait demandé de souffrir de manière héroïque. Des enquêtes menées en Suisse et à l'étranger montrent quant à elles que la majorité des personnes interrogées sont favorables à ce genre de démarches. Enfin, le ton général des

<sup>17</sup> Guillod/Guinand, p.417 no 30.

directives de l'ASSM<sup>18</sup> semble montrer qu'au niveau éthique également on privilégie la qualité de l'existence et non sa quantité.

### c) *Impossibilité ?*

L'administration d'un traitement antalgique est chose courante, c'est même une pratique largement répandue actuellement. La demande qui viserait à ne pas être réanimé dans certaines circonstances ou à exiger qu'on suspende les mesures de maintien artificiel en vie doit certes poser de sérieux problèmes de conscience aux médecins, mais elle n'a rien d'impossible. La décision de ne pas réanimer un patient est d'ailleurs souvent prise par le médecin de manière tout à fait unilatérale<sup>19</sup>.

En résumé, il nous apparaît que l'objet du testament biologique tel qu'examiné ici n'est ni illicite, ni contraire aux bonnes moeurs, ni impossible. Il n'est donc pas contraire à l'art. 20 CO. Si, dans un cas d'espèce, une clause de testament biologique devait s'avérer contraire à cet article, l'art. 20/2 CO permettrait de n'annuler que cette clause.

## 3. La possibilité de se déterminer par anticipation

### a) *Généralités*

Cette question doit être examinée à la lumière de l'art. 27/2 CCS, qui dispose: "Nul ne peut aliéner sa liberté ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux moeurs". Il veut empêcher qu'un individu renonce à sa liberté de décision pour l'avenir, concernant des choix qui l'engagent dans les aspects essentiels de sa personnalité.

<sup>18</sup> Directives médico-éthiques sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes, version du 24.02.95, in: Bulletin des médecins suisses 76 (1995), n°29/30, pp. 1226 à 1228.

<sup>19</sup> Berger, pp. 63-64.

Comme déjà affirmé plus haut, le patient capable de discernement peut sans autre exiger qu'on arrête un traitement qui n'a plus aucun sens pour lui. Il n'existe aucun devoir de se faire soigner. Il peut également dans ce cas confirmer ou infirmer une déclaration anticipée: celle-ci n'a donc aucune signification autonome<sup>20</sup>.

### b) *L'objection traditionnelle*

Le problème vu par certains auteurs<sup>21</sup> réside dans le fait que, en se prononçant de manière anticipée et en devenant par la suite incapable de se prononcer tout court, on ne peut plus revenir sur sa décision. Or, selon cet avis, le consentement donné à un traitement ou le refus d'un traitement doivent toujours être révocables. Les engagements pris dans le testament biologique sont donc excessifs et, par là même, contraires à l'art. 27/2 CCS.

Cependant, comme le dit justement Keller<sup>22</sup>, la situation de la personne qui a pris une disposition anticipée, et qui n'est plus capable de la révoquer par la suite, est comparable à celle de la personne qui n'a rien décidé, et que son état n'autorise plus à le faire. "Sie sind beide handlungsunfähig und bloss in diesem unvermeidlichem Sinne unfrei." Ce sont des raisons de fait, et non de droit, qui empêchent la personne de révoquer son testament biologique ou d'exercer elle-même ses droits de la personnalité. Or, le testament biologique a justement été établi pour surmonter cette impossibilité de fait.<sup>23</sup>

### c) *Analyse*

Guillod/Guinand<sup>24</sup> examinent trois éléments pour apprécier si le testament biologique en tant que manifestation anticipée de volonté est contraire à l'art. 27 CCS; nous nous proposons de les reprendre comme base d'analyse:

<sup>20</sup> RNRF 69 (1988), p. 177.

<sup>21</sup> Notamment A. Bucher, no 218 p.71.

<sup>22</sup> Keller, Gutachten p.4.

<sup>23</sup> Reusser, p. 181.

<sup>24</sup> Guillod/Guinand, p. 418, no 34ss.

- *l'objet du testament biologique*: plus il est vaste, plus l'engagement anticipé de l'auteur est susceptible d'être contraire à l'art. 27 CCS;

- *le décalage temporel* entre l'expression de la volonté et le moment où elle doit prendre effet: plus il est grand, plus l'engagement est suspect d'être contraire à l'art. 27 CCS;

- *la connaissance de la situation*: plus elle est mince et approximative et plus l'engagement anticipé risque d'être contraire à l'art. 27 CCS.

*ca) Quant à l'objet*

L'objet du testament biologique apparaît suffisamment délimité: la volonté qui y est exprimée n'est pas "un choix entre la vie et la mort, mais un choix entre deux formes de mort, ou entre une vie jugée sans signification et la mort". D'autre part, "l'engagement pris ne concerne que l'hypothèse bien précise où l'auteur serait atteint d'un des maux envisagés dans le testament biologique et ne se trouverait plus en mesure d'exprimer sa volonté, ce qui restreint considérablement sa portée"<sup>25</sup>.

*cb) Quant au décalage temporel*

Concernant le problème du décalage temporel, les auteurs remarquent tout d'abord qu'il existe dans la plupart des interventions médicales. Bien des consentements à des opérations sont donnés quelques jours, voire quelques semaines avant l'intervention. Mais ce qui apparaît décisif pour éviter un engagement excessif, c'est que la décision reste révocable en tout temps. On ne peut pas admettre un engagement qui renoncerait à modifier à l'avenir le choix fait dans le testament biologique. Les deux auteurs affirment ensuite: "La libre révocabilité du testament biologique fait présumer que, tant qu'elle n'est pas intervenue, l'individu a confirmé tacitement la décision prise au préalable. La présomption vaut donc jusqu'au moment où survient l'incapacité. Il reste que plus l'expression de volonté est ancienne, plus cette

<sup>25</sup> Id., n° 35.

présomption s'affaiblit". Il pourrait donc s'avérer utile de périodiquement confirmer sa décision par une signature.

*cc) Quant à la connaissance de la situation*

Le problème de la connaissance de la situation est concrétisé dans l'exigence d'une décision "éclairée" du patient relativement à un acte médical. Le patient n'étant pas, au moment de la rédaction de son testament biologique, dans la situation où il doit prendre une décision médicale, il lui manquerait alors certains éléments essentiels à sa bonne détermination. Notamment la méconnaissance de sa réaction face à la mort. Peut-être réagirait-il en voulant à tout prix rester en vie. C'est un argument analogue à celui développé dans la fable de La Fontaine "La Mort et le Malheureux", que nous rapportons ici pour le plaisir:

**Un malheureux appelait tous les jours  
La mort à son secours.  
"Ô mort, lui disait-il, que tu me sembles belle!  
Viens vite, viens finir ma fortune cruelle."  
La mort crut, en venant, l'obliger en effet.  
Elle frappe à sa porte, elle entre, elle se montre.  
"Que vois-je? cria-t-il, ôtez-moi cet objet;  
Qu'il est hideux! Que sa rencontre  
Me cause d'horreur et d'effroi!  
N'approche pas, ô Mort; ô Mort, retire-toi."  
Mécénas fut un galant homme;  
Il a dit quelque part: "Qu'on me rende impotent,  
Cul -de- jatte, goutteux, manchot, pourvu qu'en somme  
Je vive, c'est assez, je suis plus que content."  
Ne viens jamais, ô Mort; on t'en dit tout autant.**

Concernant la connaissance de la situation, nous relèverons déjà le fait que le patient peut renoncer à être informé en détail. Selon certains, la renonciation peut même être totale<sup>26</sup>. Être informé, c'est pour le patient un droit qu'il est libre d'exercer ou pas; ce droit existe pour protéger sa personnalité et non pour le limiter dans ses choix.

<sup>26</sup> Guilloid, thèse p. 177; Schöllhammer p. 88. Contra, Wiegand, p. 165.

Ensuite, s'il est vrai que plusieurs récits mentionnent chez des personnes mourantes une très forte envie de vivre et un refus de mourir, on ne doit pas oublier qu'il existe d'autres récits affirmant que de nombreuses personnes très gravement atteintes vont vers la mort avec confiance et soulagement, même si elles en ressentent une tristesse profonde. Ces comportements sont donc très subjectifs et il est impossible d'en tirer une règle.

Le fait qu'une personne rédige un testament biologique est une preuve comme une autre qu'elle se préoccupe de sa propre mort et qu'elle en a déjà une connaissance intellectuelle. Cette dernière devrait à notre avis suffire pour permettre une prise de décision anticipée. "Le fait d'être confronté en termes réels ou hypothétiques à une situation n'est pas si différent qu'il se justifie d'en conclure qu'une volonté exprimée par anticipation n'a aucune valeur."<sup>27</sup>

Enfin, nous ajouterons qu'une partie importante des volontés exprimées dans un testament biologique consiste en un refus d'être traité médicalement. Or, comme le dit Schöllhammer<sup>28</sup>, "Die besonders schwierige Frage, inwieweit ein Patient unter Verzicht auf jegliche Aufklärung dem Behandlungsvorschlag eines Dritten folgen darf, stellt sich beim Behandlungsverbot gar nicht. Folglich ist das Selbstbestimmungsrecht in Falle der Einwilligungsverweigerung ohne vorherige Aufklärung in höherem Masse gewahrt als bei Erteilung der Einwilligung ohne Aufklärung".

En résumé, nous pensons donc que la détermination anticipée telle qu'elle ressort du testament biologique examiné est compatible avec l'art. 27/2 CCS.

<sup>27</sup> Guillo/Quinand, p. 420, no 37.

<sup>28</sup> Schöllhammer, p. 85.

## V. Opposabilité du testament biologique

### 1. Généralités

C'est de loin le point le plus discuté<sup>29</sup>. La question est de savoir si les soignants sont liés par la volonté anticipée du patient comme ils le seraient par sa volonté actuelle. S'il est aujourd'hui généralement admis que le testament biologique est un engagement licite, les avis sont souvent très divergents à propos de sa force obligatoire.

### 2. Trois manières d'envisager la question au sein de la doctrine

Pour Reusser<sup>30</sup>, il existe trois manières d'envisager cette question dans la doctrine et la jurisprudence. Nous nous proposons de les examiner dans les pages à venir.

#### a) *La vision subjective*

Son principal représentant est Kehl<sup>31</sup>. Cet auteur semble donner à la volonté exprimée par anticipation une force absolue. Pour lui, le droit à l'autodétermination est presque sacré et il doit s'imposer à toute autre considération objective. Kehl s'oppose à toute "Fremdbestimmung" dans des domaines aussi importants que la fin de vie, à partir du moment où le patient s'est exprimé par anticipation.

Cette vision très dogmatique des choses a le désavantage de présenter le problème comme une lutte de pouvoirs entre médecins et patients. En caricaturant un peu la situation, on pourrait dire qu'elle donne à penser des premiers qu'ils sont les champions de l'acharnement thérapeutique et des seconds que leur décision est toujours la meilleure du seul fait qu'elle émane d'eux. Elle manque donc de nuance.

<sup>29</sup> Cf. Kehl, recension, p.825.

<sup>30</sup> Reusser, pp. 185-186.

<sup>31</sup> Kehl, recension, pts. 3 à 6.

Elle a par contre le mérite de nous interroger sur les raisons de la différence existant entre, d'une part, le respect absolu accordé à l'autodétermination d'une personne capable de s'exprimer valablement et, d'autre part, les réticences que certains semblent éprouver à l'idée qu'il puisse en aller de même pour une autodétermination anticipée.

**b) La vision objective<sup>32</sup>**

L'efficacité du testament biologique dans un cas concret est soumise au cadre objectif du bien du patient. La détermination anticipée du patient peine à trouver une signification autonome face à une éthique médico-sociale; elle ne fera le plus souvent qu'influencer le médecin dans sa prise de décision et ne s'imposera que très rarement à lui. Selon Brückner, l'organisation des hôpitaux devrait être conçue "so dass auf die zufällige Unterzeichnung oder Nicht-Unterzeichnung einer Patientenverfügung oder auf die Mitgliedschaft in Patientenschutzorganisationen nicht ankommt"<sup>33</sup>. Cette vision idéale des choses est séduisante. Elle postule une certaine unité dans la manière de considérer le traitement médical de patients incapables de se déterminer.

Cette réflexion distingue deux catégories de demandes en matière d'opposabilité: les "Rechtsverbindliche Verbote" et les "Unverbindliche Begehren auf positives Handeln des Arztes".

**ba) "Rechtsverbindliche Verbote"<sup>34</sup>**

"Soweit der Patient vom Arzt ein blosses Unterlassen (...) verlangt, ist die Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung im Prinzip zu bejahen". Chacun peut exercer son droit de refuser un traitement à tout moment, même par anticipation; et l'auteur de citer l'exemple d'un témoin de Jéhovah ayant refusé par avance toute transfusion sanguine pour des motifs religieux.

<sup>32</sup> Voir Schultz et Brückner.

<sup>33</sup> Brückner, p. 1155.

<sup>34</sup> Id. p. 1154.

**bb) "Unverbindliche Begehren auf positives Handeln des Arztes."<sup>35</sup>**

Les demandes visant à des actes positifs du médecin ne sont pas contraignantes. D'une part l'auteur exige, pour atteindre une solution différente, une base contractuelle. Cette dernière ne peut qu'exister par l'échange de manifestations de volonté concordantes (art. 1 CO). Le fait de porter un testament biologique sur soi quand on est amené inconscient dans un hôpital n'est pas un mandat. En l'absence de contrat, il n'y a pas de devoir du médecin d'agir dans tel ou tel sens. D'autre part, critiquant le fait que la discussion juridique qualifie le médecin de gérant d'affaires sans mandat (au sens des art. 419ss CO) lorsqu'un patient ne peut plus s'exprimer, l'auteur insiste sur le fait que le médecin est avant tout un garant et que, en tant que tel "hat er sich also primär vom objektivem Wohl, das heisst von der medizinischen Indikation leiten zu lassen".<sup>36</sup>

Pour nous, cette manière de voir joue un peu sur les mots, vu l'impossibilité de satisfaire à la condition d'un échange de volontés concordantes.

**c) Les effets juridiques du testament biologique se déterminent d'après les règles du droit des obligations applicables au rapport médecin-patient<sup>37</sup>**

**ca) Le mandat**

Prenons l'hypothèse où le médecin et le patient sont liés par un tel contrat avant que l'incapacité ne survienne et admettons que le médecin reste le même après la survenance de l'incapacité. Le contrat subsiste même après cette dernière, car au moins une des deux conditions de l'art. 405/1 CO est réalisée ("résulte de la nature de l'affaire" ou "cela a été convenu").

Les volontés contenues dans le testament biologique sont des instructions au sens de l'art. 397/1 CO, dont le mandataire ne peut s'écarter que s'il ne peut pas "rechercher l'autorisation du mandant"

<sup>35</sup> Id.

<sup>36</sup> Id.

<sup>37</sup> Guillod/Guinand, p. 421 no 39ss.

et "s'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été au courant de la situation" (ou encore si elles sont illicites, ce qui, on l'a vu, n'est pas le cas dans le testament biologique). Il n'est pas possible de rechercher l'autorisation du mandant. Quant à la seconde condition, les deux auteurs admettent qu'elle ne peut être satisfaite "chaque fois que la situation qui survient correspond à celle envisagée dans le testament biologique puisque le patient a précisément pris position à ce sujet". Par conséquent, c'est la correspondance entre la situation réelle et la situation prévue qui est déterminante.

*cb) La gestion d'affaires sans mandat (419ss CO)*

C'est à ce modèle que l'on recourt lorsque le médecin soigne le patient en dehors d'un rapport contractuel préexistant.

Selon l'art. 419 CO, le médecin (gérant) est tenu d'agir "conformément aux intérêts et aux intentions présumables du patient". Tandis que "l'intérêt" a un aspect objectif, les "intentions présumables" ont un aspect plus subjectif. Au terme de leur analyse, les auteurs arrivent à la conclusion suivante:

"Chaque fois que l'intérêt objectif du patient n'est pas nettement défini entre deux solutions assez proches, le critère déterminant doit être la volonté exprimée par le patient. En d'autres termes, le médecin doit, dans les situations visées par le testament biologique, agir selon les intentions présumables du patient". Le testament biologique permet précisément d'établir les intentions présumables du patient. Il pose une présomption dont le médecin ne peut s'écarter que s'il "prouve que la volonté présumable actuelle du patient ne correspond pas à celle exprimée dans le testament biologique".<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Id, pp. 424-425, no 48; Keller, Gutachten, bas p.8.

### 3. La position de l'Académie suisse des sciences médicales

L'ASSM a notamment pour but d'émettre un certain nombre de directives et de recommandations, destinées avant tout aux professionnels de la santé et de la recherche, et concernant des sujets délicats sur un plan scientifique et éthique. Ces règles ne sont pas des règles de droit. Cette affirmation pose cependant problème dans les cas où une acte législatif y renvoie. Notre travail n'ayant pas pour but de se pencher sur cette controverse, nous renvoyons le lecteur au dernier arrêt du Tribunal fédéral l'ayant abordé<sup>39</sup>.

Le 24.02.95, Le Sénat de l'ASSM a adopté, en remplacement des "Directives concernant l'euthanasie", des "Directives médico-éthiques sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes"<sup>40</sup>. Le point 3 de ces directives concerne les patients "incapables de jugement ou d'expression". On peut lire au point 3.4:

"Lorsque le médecin est en présence d'une déclaration écrite rédigée antérieurement par le patient alors qu'il était encore capable de discernement, celle-ci est déterminante". L'ASSM pose donc le principe de l'opposabilité d'une telle déclaration écrite.

Puis vient une réserve selon laquelle on ne considérera pas "(...) les demandes exigeant un comportement illégal de la part du médecin ou requérant l'interruption des mesures de conservation de vie alors que, selon l'expérience générale, l'état du patient permet d'espérer un retour à la communication sociale et à la réapparition de la volonté de vivre".

Cette réserve touche d'abord l'interdiction de l'euthanasie active, qui est illégale. Elle touche ensuite l'euthanasie passive, si certains signes sont observables quant à l'état et la volonté du patient; ce

<sup>39</sup> ATF 123 I 112, 129-132.

<sup>40</sup> Référence p. 12.

faisant, elle laisse une (trop?<sup>41</sup>) grande marge d'appréciation aux médecins.

#### 4. Résumé

Cette analyse montre qu'il n'est pas possible de postuler une efficacité abstraite et automatique. Le problème décisif reste celui de la correspondance entre la situation réelle et la situation envisagée; il ne peut être résolu qu'à l'aide d'une appréciation de nature médicale.

"Le doute important sur le pronostic ou le diagnostic légitime l'action du médecin en dépit de l'existence d'un testament biologique".<sup>42</sup>

Etant entendu que la difficulté essentielle en la matière est de nature pratique, on doit toujours tenir compte de la réserve susmentionnée (correspondance des deux situations) quand on interprète des lois déclarant que les soignants doivent respecter les directives anticipées ou le testament biologique du patient"<sup>43</sup>.

## VI. Elargissement à d'autres domaines que la fin de vie

### 1. Notion

Le terme "directives anticipées" ne se limite pas, comme le testament biologique, aux situations de fin de vie, mais couvre "toutes autres situations médicales qu'il est raisonnablement

<sup>41</sup> C'est en tous cas l'avis de l'association EXIT aux pp. 8 et 9 de son bulletin n° 24 (décembre 1995).

<sup>42</sup> Id., p. 430, no 56.

<sup>43</sup> L'art. 21/1 de la loi valaisanne sur la santé prévoit d'ailleurs expressément cette réserve, de même que l'art. 5/3 de la Loi genevoise KI 30.

possible d'envisager de manière suffisamment explicite".<sup>44</sup> Voyons-en quelques exemples.

## 2. Divers exemples

### a) *L'arrêt du Tribunal administratif genevois (cause Dame X.)*<sup>45</sup>

L'exemple le plus frappant en Suisse est celui d'un refus anticipé d'être traité par neuroleptiques; le Tribunal administratif du Canton de Genève a déclaré un tel refus valable; il garde sa validité, même si le patient devient par la suite incapable de discernement.

En l'espèce, les Institutions Universitaires de Psychiatrie Genevoise (IUPG) étaient d'accord de garantir à une patiente qu'elle ne serait plus traitée à l'avenir par neuroleptiques; elles réservaient cependant l'hypothèse prévue par l'art. 5/3 LRMPS (si une personne ne peut s'exprimer et que l'intervention apparaît vitale, le consentement au traitement est présumé).

Le Tribunal a déclaré, en l'espèce, que la survenance de cette hypothèse était exclue: le traitement par neuroleptiques en tant que tel ne peut avoir pour effet direct de sauver la vie de la patiente; la thérapie de substitution possible et expressément acceptée par la patiente (ici la contrainte physique) permet d'écarter le risque d'un suicide. Un traitement respectant la volonté exprimée par la patiente, fût-ce de façon anticipée, permet d'arriver au même résultat qu'un traitement dont on aurait présumé le consentement en application de l'art. 5/3 LRMPS; la volonté de la patiente l'emporte sur toutes autres conditions de fait (voir considérants 10 c et 10 e).

Le Tribunal précise en fin d'arrêt que la réserve "doit être écartée, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si, d'une manière générale, la présomption de l'art. 5/3 LRMPS peut être renversée par une

<sup>44</sup> Guillod/Meier, p. 327. Nous citerons également cette auteur anglaise: "(...), if advance statements really can be useful, why not adapt them to suit the myriad requirements of people facing any form of reduced capacity, whether temporary or permanent"? Sommerville p. 35.

<sup>45</sup> Plädoyer 3/95, pp. 55-56.

déclaration anticipée de volonté(....)". Il ne se prononce donc pas sur la possibilité de rendre générale la solution dégagée dans l'arrêt.

**b) La jurisprudence anglaise Re C<sup>46</sup>**

Une jurisprudence anglaise s'est penchée sur le cas d'un homme schizophrène paranoïde chronique qui refusait toute amputation de sa jambe pourtant gangrenée. Le patient voulait obtenir qu'on interdise à l'hôpital dans lequel il était soigné d'amputer sa jambe sans son consentement écrit; il voulait qu'on lui administre un traitement de maintien (chirurgie vasculaire et traitement par antibiotiques). Cette interdiction devait déployer ses effets dans le futur, aussi longtemps que le patient n'aurait pas changé d'avis.

Dans cette affaire, le doute portait d'abord sur la capacité de C. d'apprécier les conséquences de son choix; il fallait déterminer ensuite si ce choix liait les médecins pour l'avenir.

Concernant le premier point, il n'a pas été possible de prouver un lien direct entre ses délires de persécution et son refus; pas plus qu'il ne l'a été de montrer une incompréhension de la nature, du but et des effets du traitement. La Cour a en outre admis que le patient avait déjà fait l'expérience des conséquences de son choix, puisqu'il avait enduré une crise aiguë sans amputation.

Quant à l'opposabilité de ce choix, la Cour affirme que "an injunction binds a non-party with knowledge of its effect, so that its terms would protect C. were he ever treated elsewhere".<sup>47</sup>

Cet arrêt ressemble étrangement à l'arrêt genevois précité. Comme lui, il admet les effets d'un refus dans le futur. Comme lui également, il impose que soit respecté le choix d'un traitement de substitution. La patiente genevoise a refusé un traitement qu'elle avait déjà subi auparavant et dont elle ne supportait plus les effets secondaires; elle ne refuse donc pas de manière abstraite et elle connaît le traitement de substitution. Le patient jamaïcain de Re C

<sup>46</sup> Re C (High Court of Justice, Family Division, 14.10.93), in Weekly Law Reports I p.290ss.

<sup>47</sup> Id. p. 295 G.

n'a certes pas l'expérience d'une amputation antérieure; par conséquent, il ne connaît pas la situation qui serait la sienne s'il acceptait de se faire opérer. En revanche, comme on vient de le signaler, il sait quel genre de douleurs il devra affronter à cause de son refus.

**c) Le cas des témoins de Jéhovah**

Un autre exemple connu concerne les personnes se déclarant Témoin de Jéhovah et refusant toute transfusion sanguine en vertu de leur interprétation de la bible.

**d) La désignation d'un représentant thérapeutique**

La directive anticipée peut également avoir pour but de désigner un tiers chargé de prendre des décisions médicales pour le compte du patient. Nous désignons cette personne en français sous le terme de représentant thérapeutique<sup>48</sup>. Nous aborderons ce sujet plus en détail dans la seconde partie de ce travail.

**3. Domaines où les directives anticipées auraient la plus grande utilité**

A notre avis, en règle générale, les domaines dans lesquels les directives anticipées semblent être non seulement utiles, mais également susceptibles d'être respectées sont:

- Alzheimer. <sup>②</sup> On imagine tout à fait dans ce domaine qu'une <sup>①</sup> personne, se rendant compte de la dégradation progressive de son état de santé, prenne certaines décisions quant à son traitement futur avant qu'il ne soit trop tard;
- le domaine des maladies psychiatriques avec des intervalles de lucidité, à l'exemple de la patiente genevoise de l'arrêt précité. Avec l'avantage que la patiente sait précisément à quoi elle s'oppose lorsqu'elle refuse un traitement aux neuroleptiques;

<sup>48</sup> Cf. Guillod/Meier, p. 330 note 25.

- le domaine de la fin de vie où, pour autant que le diagnostic du caractère irréversible de la maladie soit constaté, on voit mal pour quelles raisons on pourrait dénier à une personne la capacité de choisir à l'avance entre deux manières de terminer son existence.

#### 4. Critères à retenir pour admettre la validité des directives anticipées

Après avoir cité ces différents exemples, il nous semble utile d'essayer de dégager une série de critères pour analyser la manière dont on traitera ces directives anticipées dans la pratique. On répétera ici que le droit fédéral suisse ne contient aucune disposition spécifique concernant ce sujet. Certains cantons en ont par contre adopté quelques unes dans leurs lois de santé; notamment le Valais et Genève. Nous pensons que les médecins dans ces cantons sont liés par les mêmes devoirs d'établir un pronostic et un diagnostic clairs que dans les cantons qui n'auraient pas adopté de lois au sujet des directives anticipées. C'est le préalable à toute utilisation rationnelle de cet instrument.

Concernant la jurisprudence, le Tribunal administratif genevois est à notre connaissance le seul à s'être prononcé en Suisse.

Ces critères sont les suivants:

- les exigences générales découlant de l'art. 20 CO: ni impossible, ni illicite, ni contraire aux moeurs. On a déjà évalué les problèmes avec le testament biologique. Notamment, l'objet d'une directive anticipée doit être suffisamment précis;
- les exigences découlant de l'art. 27/2 CCS. Une directive anticipée doit toujours rester révocable; c'est là ce qui importe et non le fait que la décision ne soit pas contemporaine à l'acte médical;
- l'auteur doit être capable de discernement, sans quoi ses actes n'ont pas d'effets (art. 18 CCS); si cette condition est satisfaite, peu importe qu'il y ait minorité ou interdiction (art.19/2 CCS).

Mentionnons encore, au sujet de la forme, qu'elle n'est pas un critère de validité à proprement parler. Les lois requièrent cependant souvent l'usage de la forme écrite, car cette dernière facilite la preuve des intentions du patient.

## VII. Utilité d'une législation dans le domaine des directives anticipées

### 1. Généralités

Le vide législatif au niveau helvétique nous amène à nous interroger sur l'opportunité d'une législation en la matière. Nous pensons que la plupart des médecins ont peur d'une législation, car elle les empêcherait d'être suffisamment libres. Honsell<sup>49</sup>, qui parle d'une "Verrechtlichung" de la relation entre le médecin et le patient, représente ce type de point de vue. D'un autre côté, les associations de défense des droits des patients du type EXIT souhaitent un ancrage législatif de leurs revendications. EXIT-ADMD (Suisse romande) a d'ailleurs obtenu un beau succès à ce niveau avec la modification de la loi genevoise<sup>50</sup>.

Concernant l'utilité d'une législation, il nous semble intéressant d'aborder le problème dans une perspective comparatiste. Nous nous proposons dans ce but d'examiner la situation prévalant aux Etats-Unis, pays dans lequel de nombreuses lois ont été adoptées (législations d'Etats avant tout) au sujet des directives anticipées.

<sup>49</sup> Honsell, p. 1.

<sup>50</sup> Loi K I 30; introduction d'un nouvel art. 5/3.

## 2. La situation juridique actuelle aux Etats-Unis<sup>51</sup>

### a) Bref historique

C'est en 1969 que le terme "living will" est utilisé pour la première fois aux Etats-Unis par l'attorney Luis Kutner, qui écrivait alors, en imaginant le cas d'une personne devenue incapable de se prononcer sur son traitement médical suite à un accident: "Therefore, the suggested solution is that the individual, while fully in control of his faculties and his ability to express himself, indicate to what extent he would consent to treatment. The document indicating such consent may be referred to as a "living will" (...) "<sup>52</sup>.

Le document est un "will" en ce sens qu'il indique les intentions de la personne; "living" parce qu'il déploie ses effets avant la mort.

Le premier Etat à adopter une loi à ce sujet fut la Californie en 1976 (California's Natural Death Act). Aujourd'hui, "(...) chaque Etat dispose désormais d'une législation autorisant le recours à une forme ou à une autre de directives préalables en matière de soins de santé"<sup>53</sup>.

### b) La common law

#### ba) Le droit de refuser un traitement exercé par la personne capable

En common law, le droit de refuser un traitement est reconnu depuis longtemps à des personnes capables, bien qu'il ait parfois dû céder le pas devant certains devoirs dans un premier temps. Ainsi, par exemple, dans un arrêt de 1964<sup>54</sup>, la Cour Suprême de l'Etat du

<sup>51</sup> Certains des développements qui suivent, notamment ceux qui sont consacrés aux arrêts *Quinlan* et *Cruzan*, sont inspirés de l'article de Jean-François Dumoulin cité dans la bibliographie.

<sup>52</sup> Luis Kutner, "Due process of euthanasia: the living will, a proposal", in *Indiana Law Journal*, 1969 (44), p. 539ss, 551.

<sup>53</sup> Recueil international de législation sanitaire, 1995, 46 (4), p. 619.

<sup>54</sup> Raleigh Fitkin-Paul Morgan Mem. *Hospital v. Anderson*, in *Atlantic reporter*, 2d series, vol. 201, p. 537ss.

New Jersey s'est prononcé sur le cas d'une femme enceinte, témoin de Jéhovah, qui refusait toute transfusion de sang parce que ses croyances religieuses lui interdisaient une telle pratique. Dans le but de protéger l'enfant à naître, la Cour a admis que l'hôpital pouvait procéder à une transfusion si cela s'avérait médicalement nécessaire, et ainsi passer outre le refus de cette femme.

Plus tard cependant, les tribunaux américains ont inversé la tendance et admis que des choix médicaux aient la priorité sur d'autres intérêts. Dans *Wons v. Public Health Trust of Dade County*<sup>55</sup>, le Tribunal saisi s'est à nouveau prononcé sur le refus d'une femme témoin de Jéhovah de subir une transfusion de sang. Mère de deux enfants mineurs, elle a vu son choix être respecté, car il est apparu que son mari pouvait s'occuper convenablement des enfants. Dans *Re A.C.*<sup>56</sup>, une femme atteinte d'un cancer en phase terminale devenait de plus en plus faible à cause de sa maladie; elle allait sombrer d'un instant à l'autre dans l'inconscience; elle se trouvait à ce moment-là enceinte d'un fœtus auquel il ne manquait qu'une dizaine de jours de développement pour être viable. Il a été jugé que cette femme pouvait choisir elle-même si elle préférerait mourir ou alors être maintenue artificiellement en vie jusqu'à ce qu'un accouchement par césarienne fût possible.

#### bb) Le cas *Quinlan*<sup>57</sup>

C'est le cas de la jeune Karen Ann Quinlan qui a attiré l'attention sur le problème existant pour une personne incapable de se prononcer.

Au mois d'avril 1975, cette femme âgée de 22 ans a subi deux arrêts respiratoires d'une quinzaine de minutes après avoir ingéré des médicaments et de l'alcool. L'anoxie en résultant lui a causé des lésions cérébrales irréversibles; elle s'est rapidement trouvée dans un état végétatif chronique (chronic persistent vegetative state) et a

<sup>55</sup> In *Southern Reporter*, 2d Series, vol. 500, p. 679ss.

<sup>56</sup> In *Atlantic Reporter*, 2d Series, vol. 573, p. 1235ss.

<sup>57</sup> In *Atlantic Reporter*, 2d Series, vol. 355, p. 647ss.

été placée sous respirateur. Il a été diagnostiqué que cet état était définitif.

La famille a alors demandé à l'hôpital de suspendre tous les procédés maintenant leur fille en vie. Devant le refus de l'hôpital, le père de Karen a cherché à se faire nommer "guardian" de sa fille (sorte de représentant légal), ce qui lui a été refusé dans un premier temps. La Cour Suprême de l'Etat du New Jersey est revenue sur la décision du premier tribunal et a nommé "guardian" le père de Karen.

En 1976, la Cour a estimé que Karen avait un "right of privacy" lui permettant de refuser un traitement; ce droit "may be asserted on her behalf by her guardian under the peculiar circumstances here present"<sup>58</sup>.

La Cour a estimé qu'il fallait faire une pesée d'intérêts entre ce droit et l'intérêt de l'Etat consistant dans la "preservation and sanctity of human life and defense of the right of the physician to administer medical treatment according to his best judgment.(...) The State's interest *contra* weakens and the individual's right to privacy grows as the degree of bodily invasion increases and the prognosis dims"<sup>59</sup>.

Vu qu'il n'existait en l'espèce aucun espoir de retour à une vie consciente et que l'état de Karen exigeait des soins intensifs continus extrêmement lourds, la Cour a finalement estimé que "ultimately, there comes a point at which the individual's rights overcome the State's interest"<sup>60</sup>. On a fini par déclencher le respirateur. Karen a vécu encore 9 ans!

Cet arrêt montre bien les difficultés existant lorsqu'il faut prendre une décision dans un tel cas. Les juges n'ont pas accordé de force probante suffisante aux conversations que Karen avait eues avec des amis avant son accident. Une détermination anticipée et fiable

<sup>58</sup> Id., p. 664.

<sup>59</sup> Id., p. 663-664.

<sup>60</sup> Id., p. 664.

de sa part aurait certainement facilité les choses. On voit également que des directives anticipées peuvent être très utiles à des personnes jeunes et pas seulement à des personnes âgées. La Cour Suprême de l'Etat du New Jersey a pris une décision tout à fait souhaitable sur le plan humain.

*bc) Le cas Cruzan*<sup>61</sup>

Il a fallu attendre jusqu'en 1990 pour que la Cour Suprême des Etats-Unis s'attaque à un cas semblable au cas Quinlan. Il s'agit du cas Cruzan.

Nancy Cruzan a subi un grave accident de la circulation en 1983, alors qu'elle était âgée de 25 ans. Des contusions cérébrales associées à une sérieuse anoxie l'ont maintenue dans le coma pendant trois semaines, après quoi son état a évolué vers une inconscience où elle était capable de se nourrir quelque peu oralement; on lui a cependant implanté une sonde gastrique pour faciliter ce processus.

Quand il a été constaté que tout espoir de guérison devait être abandonné, la famille de Nancy a demandé à l'hôpital de cesser toutes les mesures d'alimentation et d'hydratation artificielles. Tout le monde s'accordait à dire qu'un tel acte causerait sa mort; les parents de Nancy ont appuyé leur demande en rapportant de ses conversations où elle aurait affirmé ne pas vouloir être maintenue en vie si elle n'était plus en mesure de vivre "at least half way normally"<sup>62</sup>. L'hôpital a refusé cette demande; les parents ont alors obtenu d'un tribunal qu'on cessât tout traitement. Sur recours du "General Attorney", la Cour Suprême de l'Etat du Missouri a cassé ce jugement, en niant qu'il existât une "clear and convincing evidence" que Nancy aurait refusé d'être alimentée et hydratée, à supposer qu'elle ait pu s'exprimer valablement.

La Cour Suprême des Etats-Unis a confirmé ce jugement. Elle a affirmé que tout citoyen capable avait une liberté protégée constitutionnellement de refuser un traitement non désiré. Que cela

<sup>61</sup> In United States Supreme Court Reports, L. Ed. 2d, vol. 111, p. 224.

<sup>62</sup> Id., p. 225.

n'empêchait cependant pas l'Etat du Missouri d'exiger de Nancy la "clear and convincing evidence" qu'elle ne désirait pas être maintenue en vie dans pareil état.

La Cour a ajouté qu'aucune doctrine constitutionnelle n'obligeait le Missouri à adopter des exigences moins sévères en matière de preuve quand il s'agissait d'effectuer un "substituted judgement". On se souvient que la Cour Suprême de New Jersey avait été nettement plus indulgente que sa "grande soeur" sur ce point dans le Quinlan case.

L'affaire a pris fin lorsque les parents de Nancy sont retournés devant un tribunal avec les témoignages de trois nouveaux amis. L'Etat du Missouri ne s'y est point opposé. On a donc pu, presque 10 ans après l'accident, faire cesser le traitement. Nancy est décédée douze jours plus tard.

Ce jugement de la Cour Suprême est extrêmement sévère. La situation de Nancy Cruzan était en de nombreux points semblable à celle de Karen Ann Quinlan. A notre avis, en tenant compte des circonstances de fait, il ne se justifiait pas de vouloir protéger une vie qui n'avait plus aucun sens. De plus, le fait de ne pas accorder plus de crédit aux déclarations des parents est particulièrement choquant.

### c) Les lois

#### ca) Généralités

Les Etats-Unis sont un Etat fédéral: des lois d'Etats coexistent donc avec des lois fédérales. Les lois fédérales, une fois adoptées, s'appliquent dans tous les Etats.

Concernant notre sujet, chaque Etat américain dispose aujourd'hui d'une législation autorisant le recours à une forme ou à une autre de directives anticipées en matière de soins médicaux. Le législateur fédéral ne s'est en revanche manifesté qu'une seule fois, en adoptant le "Patient self determination Act" en 1991. Un autre organisme joue un rôle important en matière législative aux Etats-Unis: la Conférence nationale des commissaires pour l'harmonisation des lois des Etats (ci-après la Conférence). Composée de 250

représentants provenant de tous les Etats américains, elle adopte des "Uniform Acts" dans les domaines où elle estime qu'une uniformisation est nécessaire. Les Etats, en vertu de leur souveraineté, peuvent reprendre ces "acts" tels quels ou en les modifiant; ils font alors partie du droit de l'Etat en question.

#### cb) Les lois des Etats

A la suite du cas Quinlan, les Etats américains se sont mis à légiférer, en édictant des "living wills statutes". Il nous est impossible, dans le cadre de ce travail, de décrire toutes les lois d'Etats, qui peuvent varier de manière importante. Nous nous contentons donc d'en mentionner certaines caractéristiques communes<sup>63</sup>:

- toute personne adulte et capable peut établir un living will indiquant au médecin ce qu'il pourra faire ou ne pas faire dans le cas d'une incapacité future, si cette personne est en phase terminale de sa maladie ("terminal illness"). Cet état de santé est caractérisé par le fait qu'il n'existe aucun espoir raisonnable de guérison et que l'absence de traitement mène à la mort. Certains Etats ont élargi cette définition et l'appliquent également au "permanent vegetative state", marqué par une absence permanente et irréversible de conscience, sans aucune possibilité de contact actif vers l'extérieur;
- les personnes (l'hôpital, le médecin ou un de ses auxiliaires) qui respectent de bonne foi les instructions contenues dans un living will échappent à toutes poursuites, qu'elles soient civiles, pénales ou disciplinaires;
- dans l'hypothèse d'un conflit entre, d'une part, le droit du patient de refuser des mesures de prolongation de l'existence et, d'autre part, la politique de l'établissement médical dans lequel le patient se trouve ou encore les convictions des médecins qui le soignent, la plupart des lois exigent des dispensateurs de soins qu'ils s'efforcent de transférer le patient vers une unité accédant aux

<sup>63</sup> Voir Berger, pp. 33ss.

demandes du patient, dans la mesure où cela peut raisonnablement être attendu d'eux;

- les living wills établis valablement dans un Etat sont reconnus comme valables dans un autre Etat.

#### cc) Le "Patient Self-Determination Act" de 1990 (PSDA)<sup>64</sup>

##### Généralités

Entrée en vigueur le 1er décembre 1991, cette loi a été établie sous l'influence du cas Cruzan<sup>65</sup>. Elle est la première législation fédérale à traiter du sujet des directives anticipées. Le Congrès ne s'est cependant pas prononcé sur les problèmes matériels et formels propres aux directives anticipées, problèmes dont on a vu qu'ils n'étaient pas résolus de manière uniforme par les différents Etats américains.

Le PSDA ne crée aucun nouveau droit pour les patients. Il vise plutôt à informer la plus grande partie possible de la population sur des droits déjà existants. Le PSDA fixe avant tout des obligations.

##### Obligations pour les fournisseurs de soins

Il oblige pratiquement tous les fournisseurs officiels de soins recevant une aide financière (au travers des programmes Medicare et Medicaid) à informer les patients, au moment de leur admission dans l'établissement, sur leurs droits de refuser un traitement médical et d'établir des directives anticipées. Lesdits établissements doivent également mettre à disposition de tous leurs patients une documentation concernant leur politique en la matière. Cette loi oblige en outre les soignants à mentionner dans les dossiers médicaux des patients si ces derniers ont rédigé ou pas des directives anticipées.

<sup>64</sup> 42 United States Code Annotated, section 1395 cc (a) (1).

<sup>65</sup> De manière peu surprenante, son but consiste ainsi "to educate Americans about their need to put their desires in writing to avoid unwanted life-sustaining technology".

La sanction attachée au non-respect de ces obligations est financière et consiste à supprimer les subventions auparavant accordées. Une telle sanction est très lourde économiquement et ne sera donc appliquée que dans des cas exceptionnels; elle n'est pas envisageable tant que l'établissement essaie de bonne foi de se conformer à ses obligations légales<sup>66</sup>.

##### Obligations pour les gouvernements

Le PSDA oblige également les gouvernements des Etats et le gouvernement fédéral à procéder à des campagnes de sensibilisation au sujet des directives anticipées.

##### Critiques

Cette loi fédérale a été fortement critiquée<sup>67</sup>. Le principal reproche qu'on lui adresse est d'avoir choisi un moment totalement inadéquat pour tenter de sensibiliser le patient sur ses droits. Le moment de l'admission à l'hôpital est effectivement un moment où le patient est en général stressé et a besoin d'être tranquilisé; il ne se justifie donc pas de lui remettre des brochures explicatives à ce moment-là.

Ces critiques sont justifiées selon de nombreux auteurs. Ainsi Berger affirme que "It (the federal law) had little effect in increasing public awareness or promoting the use of advance directives"<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Voir dans Health Law, de Barry R. Furrow, St. Paul Minnesota 1995, p. 770.

<sup>67</sup> Berger, p. 77.

<sup>68</sup> Idem. Cet auteur mentionne un sondage effectué dans un hôpital; les résultats de l'enquête ont montré que "(...) fewer than 1 percent of patients understood or were aware of the advance directives booklets or information sheets provided to them at the time of admission".

*cd) Le "Uniform Health Care Decisions Act" de la Conférence*

*Son but*

Après les deux versions du "Uniform Rights of the Terminally Ill Act" de 1985 et 1989<sup>69</sup>, la Conférence a élaboré le "Uniform Health Care Decisions Act"<sup>70</sup>. Elle l'a ensuite approuvé en été 1993, puis en a recommandé la promulgation dans tous les Etats.

Cette loi a été rédigée dans le but de mettre fin à la confusion qui règne en raison des législations souvent disparates des différents Etats dans le domaine de la prise de décision en matière de soins médicaux. Les législations des Etats se sont en effet développées par à-coups; elles sont fragmentaires, incomplètes, parfois même contradictoires. Les commissaires qui l'ont élaboré ont estimé qu'il était nécessaire de parvenir à une plus grande uniformité.

*Son contenu*

Cette loi est articulée autour de six grands principes:

1. l'objet des directives anticipées peut être extrêmement vaste. Les soins de santé sont en effet définis comme "tout soin, traitement ou service ou toute procédure visant à maintenir, diagnostiquer ou affecter de toute autre manière l'état de santé physique ou mental d'une personne" (art. 1 ch. 5). La loi permet également à un représentant désigné par le patient de prendre toutes les décisions que le patient aurait pu prendre lui-même, sauf réserves exprimées par le mandant;
2. la loi est complète et permet à la juridiction compétente de remplacer sa législation existante sur le sujet par un texte unique;
3. la loi est conçue aux fins de simplifier et faciliter l'établissement des directives anticipées. Elle prévoit notamment un modèle imprimé facultatif;

<sup>69</sup> Dumoulin, pp. 16-17.

<sup>70</sup> Pour une version en français de cette loi, voir Recueil international de législation sanitaire, 1995, 46 (4), pp. 620ss.

4. la loi s'efforce de protéger le patient en prévoyant l'obligation, pour son représentant, d'agir conformément aux instructions reçues. Il est interdit au représentant de révoquer une directive anticipée sans l'autorisation expresse d'un tribunal;
5. la loi prévoit le principe de l'opposabilité des directives anticipées au personnel soignant. L'obligation de s'y conformer n'est toutefois pas absolue; sont réservés d'éventuels problèmes de conscience des soignants, l'absence d'effets de certains soins demandés ou leur contrariété aux normes applicables en matière médicale;
6. la loi prévoit une procédure de règlement des conflits en autorisant l'intervention des tribunaux dans certains cas.

En résumé, on voit donc que cette loi apparaît relativement complète, puisqu'elle traite de tous les points que nous avons abordés d'une manière ou d'une autre dans notre travail. Peut-être que cette caractéristique lui permettra de s'imposer aux yeux des gouvernements et des législateurs des différents Etats américains.

### 3. Remarques finales

La question de l'utilité d'une législation sur les directives anticipées en matière de soins médicaux doit donner lieu à des réponses nuancées. Ni la solution retenue actuellement en Suisse et en Europe (absence ou quasi-absence de législation spécifique), ni celle prévalant dans les Etats américains (législation détaillée) ne représentent à notre avis de solution idéale.

Les lois américaines examinées sont beaucoup plus développées et spécifiques que les quelques dispositions des lois cantonales que l'on trouve en Suisse à ce sujet. Cela ne supprime cependant pas les difficultés d'interprétation. La diversité de ces lois peut mener à des résultats sensiblement différents selon l'Etat dans lequel on se trouve, alors que la situation médicale de base du patient reste la même.

Nous penchons personnellement plutôt en faveur d'une solution législative. Il nous semble indiqué que la loi pose au moins le principe de la validité et de l'opposabilité des directives anticipées, comme c'est déjà le cas à Genève ou en Valais. On garantit ainsi aux patients que les choix personnalissimes qu'ils ont pu faire seront respectés. On exerce aussi une certaine pression sur le monde médical pour qu'il prenne conscience de la priorité à accorder aux déclarations anticipées d'un patient lorsqu'un certain nombre de conditions sont réunies.

La possibilité de prouver d'éventuelles intentions contraires du patient depuis la rédaction des directives anticipées doit bien sûr rester ouverte. Le diagnostic médical continue de jouer un rôle essentiel; il faut dans ce sens se méfier de tout ce qui pourrait "automatiser" la décision médicale dans le cadre du traitement de patients incapables de se prononcer.

S'il existe une loi, le problème de son effectivité se pose: que risquent le médecin ou l'hôpital qui se refuseraient à respecter la volonté d'un patient valablement émise par anticipation ? La loi prévoit-elle des sanctions spécifiques ? Si oui, lesquelles ? Si non, les voies de droit ordinaires suffisent-elles ? Par voies de droit ordinaires, nous pensons aux possibilités suivantes:

- protection de la personnalité du patient par les actions défensives de l'art. 28a/1 ch. 1-3 CCS: action en prévention, en cessation et en constatation du caractère illicite de l'atteinte aux droits de la personnalité (droit à l'autodétermination et droit à l'intégrité corporelle);
- règles sur la responsabilité civile et actions réparatrices: action en réparation du dommage de l'art. 41 CO, action en réparation du tort moral de l'art. 49 CO. Dans ces deux cas se posera le problème d'établir l'existence d'un dommage et/ou d'un tort moral, ce qui n'apparaît pas évident en la matière<sup>71</sup>;

- poursuites pénales pour lésions corporelles, d'office ou sur plainte, selon les art. 122ss CPS;
- refus de la partie lésée de payer des honoraires parce qu'il y a eu inexécution du contrat par l'autre partie;
- voies du droit cantonal. A titre d'exemple, la loi sur la santé valaisanne du 9 février 1996 prévoit plusieurs possibilités pour un patient qui s'estimerait lésé. Sont notamment prévus un médiateur (art. 50), une commission de surveillance des professions de la santé (art. 70), le retrait ou la limitation de l'autorisation accordée aux établissements ou institutions sanitaires (art. 91), un éventail de sanctions (art. 153) et de mesures (art. 154) administratives à l'encontre des membres des professions de la santé et des responsables des établissements sanitaires, et, pour terminer, des sanctions pénales (art. 156).

On pourrait également s'inspirer de solutions américaines prévoyant une obligation, pour le dispensateur de soins qui se refuse à suivre la volonté du patient, de transférer ce dernier vers une unité de soins qui respectera ladite volonté. Ou encore envisager de retirer les subventions aux hôpitaux qui ne respectent pas la loi.

Y a-t-il d'autres solutions que la loi ? On pourrait en imaginer une du côté des codes de déontologie. Les médecins y inscriraient comme règle par eux reconnue qu'ils s'engagent à respecter les directives anticipées si la situation réelle correspond à la situation prévue et s'il leur est impossible de prouver que la volonté du patient a entre-temps changé. Autrement dit, les médecins prendraient à leur charge des obligations qui devraient normalement figurer dans une loi.

Il existe aujourd'hui un code de déontologie au niveau fédéral<sup>72</sup>, qui est entré en vigueur le 1.07.97. Seul son article 17 concerne le sujet qui nous intéresse; il est intitulé: "Assistance médicale des mourants ou des blessés graves". Il ne mentionne pas l'existence d'éventuelles directives anticipées (testament biologique ou autres), alors pourtant que la FMH avait elle même établi un exemplaire de

<sup>71</sup> Voir deuxième partie, point IV.1.

<sup>72</sup> Publié dans le Bulletin des médecins suisses 78 (1997), n° 11, pp. 384ss.

testament biologique. Cet article renvoie pour le reste aux directives ASSM du 24.02.95 déjà mentionnées sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes.

L'évolution des codes de déontologie vers une meilleure prise en compte des directives anticipées marquerait donc un changement d'attitude de la part des médecins. Mais nous ignorons quelle serait son efficacité et quelle protection elle accorderait aux patients. Actuellement, on constate que chaque société cantonale de médecine nomme une commission de déontologie, chargée de juger les cas de non-respect du code de déontologie; les décisions de cette commission peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'un organe fédéral, le Conseil suisse de la déontologie. L'article 45 du code de la FMH prévoit cependant que "le dénonciateur (d'une infraction) ou toute autre personne ne peut être partie que si son propre intérêt au résultat de la procédure est légitime et s'il est membre de la FMH". En conséquence, le système reste interne à la FMH.

Concernant la recherche d'une solution extra-légale, on peut encore mentionner la possibilité pour les hôpitaux d'adopter des règlements internes favorables à la prise en compte des directives anticipées. Ou encore la rédaction de directives éthiques par un organe du type de l'ASSM.

\* \* \* \* \*

## Deuxième partie: La représentation thérapeutique privée

### I. Généralités

Le droit romain ne connaissait pas la représentation. Si elle est aujourd'hui généralement admise, certains domaines ne l'autorisent pas; nous songeons à la conclusion du mariage ou à la rédaction d'un testament, qui sont des actes devant être accomplis personnellement. De manière abstraite, on dira que les affaires de nature patrimoniale se prêtent à la représentation, alors que les affaires concernant des domaines personnels y sont plutôt hostiles.

La relation médecin-patient comporte certes un aspect patrimonial, dans ce sens que le contrat qui les lie engage le premier à soigner le second et ce dernier à lui payer le service. Mais, ainsi que nous l'avons vu dans la première partie du travail, consentir ou refuser de consentir à un acte médical revient à exercer un droit strictement personnel, par essence peu propice à l'idée de représentation. Et des situations relativement fréquentes se présentent où la personne n'est plus capable d'exercer elle-même ses droits de la personnalité; une tierce personne devra nécessairement décider à sa place. Nous avons alors évoqué quelles étaient les différentes personnes qui, en droit et/ou en fait, prenaient ces décisions:

- le médecin;
- les proches;
- un représentant légal.

Nous avons également mentionné la solution du représentant thérapeutique, que nous concevons comme devant permettre d'éviter certaines difficultés liées à l'interprétation des directives anticipées. Un des arguments qui déniait aux directives anticipées leur validité consistait en effet à dire qu'elles ne permettaient pas de savoir si, au moment où il fallait prendre une décision médicale, la volonté présumée du patient correspondait à sa volonté émise par anticipation. C'est également l'idée qu'exprime un auteur allemand

favorable à la désignation d'un représentant thérapeutique: "Denn es liegt auf der Hand, dass eine optimale Durchsetzung des vom Patienten im Vorhinein artikulierten Willens dann gewährleistet ist, wenn der Patient selbst auch die Möglichkeit hat, die Person, welche seine Wünsche durchsetzen soll, im Vorhinein zu bestimmen"<sup>73</sup>.

## II. Définition

Le représentant thérapeutique est défini comme "le tiers"<sup>74</sup> de confiance désigné par une personne physique en dehors de toute procédure judiciaire, en général dans une directive anticipée, chargé de faire respecter par le corps médical et paramédical la volonté exprimée par le représenté, quand ce dernier n'est plus à même, pour des raisons objectives (incapacité de discernement), de le faire lui-même, respectivement de consentir à des actes médicaux ou de les refuser au nom et pour le compte du représenté, dans ces mêmes circonstances"<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Füllmich, pp. 82-83.

<sup>74</sup> Quant à la nature de cette personne: ce devrait en général être une personne physique. Une personne morale (comme une association) est concevable lorsqu'il s'agit de faire respecter des décisions déjà prises par le patient avant son incapacité, mais pas lorsqu'il s'agit de prendre une décision à sa place. Une personne morale apparaîtrait trop indéterminée dans cette dernière hypothèse; l'engagement serait contraire à l'art. 27/2 CCS. D'autre part, en vertu de l'art. 53 CCS, une personne morale ne peut pas assumer d'obligations qui sont "inséparables des conditions naturelles de l'homme", ce qui semble être le cas des engagements pris par un représentant thérapeutique.

<sup>75</sup> Guillod/Meier, p. 330.

## 1. Principales caractéristiques

Cette définition permet de saisir les principales caractéristiques de ce type de représentation.

### a) Engagement anticipé

La représentation est décidée à l'avance par une personne physique, quand celle-ci est capable de discernement, condition nécessaire pour que ses actes soient juridiquement valables (art.18 CCS a contrario). Comme dans la deuxième partie du travail, nous devons donc examiner si cette manière de procéder par anticipation est valable au plan juridique, de même que ce qu'il advient des pouvoirs du représentant après la survenance de l'incapacité de discernement du représenté.

### b) Absence de procédure judiciaire

La désignation du représentant privé a lieu en dehors de toute procédure judiciaire et s'oppose ainsi à la représentation légale. Le caractère privé et volontaire est affirmé. On doit analyser les rapports avec la représentation légale, notamment déterminer si le système légal est exhaustif et ne tolère pas d'autres modes de représentation.

### c) Etendue des pouvoirs variable

La représentation thérapeutique touche le domaine bien précis des décisions médicales; on doit se demander s'il existe des actes médicaux qui sont exclusifs de toute représentation, en raison de l'atteinte irréversible qu'ils portent à certaines facultés de l'individu (la stérilisation et la psychochirurgie étant les plus fréquemment cités).

La personne représentée peut conférer à son représentant des pouvoirs plus ou moins étendus: faire respecter certaines décisions déjà prises ou alors permettre au représentant de décider au nom et pour le compte du représenté.

C'est à ces deux niveaux que nous devons examiner si le droit pose des limites concernant l'étendue de la délégation de pouvoirs.

#### d) *Remarque sur la situation dans la pratique*

A notre avis, les réflexions sur ce type de représentation devraient toujours être faites avec un souci de praticabilité. Le domaine des soins à prodiguer à des personnes incapables de se prononcer valablement est délicat et nécessite que soient dégagées des solutions dont le dogmatisme ne serait pas la caractéristique essentielle. On devrait également, tant que faire se peut, s'abstenir d'envisager les problèmes comme des luttes de pouvoir entre les défenseurs des patients et les médecins.

### III. Les fondements de la représentation thérapeutique

Le but de cette section est de déterminer les bases juridiques sur lesquelles on pourrait admettre une représentation thérapeutique. Avant cela, nous tenons à signaler que les lignes qui suivent ne concernent pas le rapport existant fréquemment dans la réalité entre des personnes suffisamment proches et permettant de discuter des problèmes fondamentaux de l'existence. Ces personnes peuvent être envisagées comme "représentant" sans qu'il y ait pour autant une volonté de créer des rapports juridiques déterminés. On se trouve en quelque sorte hors du droit<sup>76</sup>. On envisage un simple service.

#### 1. En droit fédéral

##### a) *Les articles 32 ss CO*

Le droit suisse règle les problèmes généraux de la représentation aux articles 32 ss CO. Il ne tranche pas la question de savoir si ces articles peuvent s'appliquer au domaine qui nous intéresse ou s'ils ne valent que pour le domaine patrimonial.

Ils ont certes été conçus dans un but économique au départ. Mais à cette époque, on ne se préoccupait guère de la défense des droits

<sup>76</sup> Reusser, p. 206, parle de Gefälligkeit.

des patients incapables de discernement et l'autorité du médecin ne se discutait pas; d'autre part, la médecine avait des limites beaucoup plus claires qu'aujourd'hui. Dans un certain sens, on acceptait mieux la mort, sans la considérer comme un échec de la médecine.

Aujourd'hui, les besoins ont changé. Le droit étant censé régler les relations entre les membres d'une société à une époque et dans un lieu déterminés, il semble possible de soutenir qu'une partie au moins de ces articles puissent servir de base pour la réglementation du problème qui nous occupe, en tout cas aussi longtemps que des règles plus spécifiques n'auront pas été adoptées.

Nous pensons aux articles suivants:<sup>77</sup>

- art. 33/2 CO: "Lorsque les pouvoirs découlent d'un acte juridique, l'étendue en est déterminée par cet acte même". C'est la procuration;
- art. 34/1 CO: "Le représenté a en tout temps le droit de restreindre ou de révoquer les pouvoirs découlant d'un acte juridique, ....";
- art. 34/2 CO: "Est nulle toute renonciation anticipée à ce droit par le représenté";
- art. 35/1 CO: "Les pouvoirs découlant d'un acte juridique s'éteignent par la perte de l'exercice des droits civils..., à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire".

On voit grâce à ces trois articles les éléments qu'il est important de déterminer: l'étendue des pouvoirs du représentant, la liberté du représenté de "reprenre les rênes" seul en tout temps et les causes d'extinction du rapport de représentation.

<sup>77</sup> Ces articles s'appliquent pour l'essentiel à la représentation volontaire, par opposition à la représentation légale (cf. Zäch, no 11 Vorbemerkungen zu Art. 32-40).

Nous traiterons le premier point en analysant les divers types de représentants thérapeutiques possibles; le deuxième est une condition essentielle pour éviter le caractère excessif de l'engagement du patient; le dernier nous amène à voir qu'il faut trouver une justification au fait que la représentation thérapeutique déploie ses effets à un moment où le représenté n'a plus la possibilité de se prononcer lui-même.

### *b) Le mandat (art. 394-406 CO)*

Selon la loi, le mandat est "un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis" (art. 394/1 CO). Le contenu du contrat peut être extrêmement large. Les seules limites sont celles assignées à la liberté contractuelle (art. 20 CO)<sup>78</sup>. Pour autant qu'elle ne soit pas impossible, illicite ou contraire aux mœurs, la représentation thérapeutique privée peut donc s'inscrire dans le cadre du contrat de mandat.

### *c) Le droit tutélaire*

On peut se demander si le fait de "fragmenter" la représentation en une partie médicale (qui reviendrait à notre représentant thérapeutique privé) d'un côté et en une partie non médicale de l'autre (patrimoniaire, gestion de biens; qui serait prise en charge par le représentant légal) ne complique pas les choses et ne risque pas d'entraîner des conflits.

Il serait peut-être judicieux de résoudre ce problème en donnant une portée étendue à l'art. 381 CCS concernant les vœux relatifs au choix du tuteur (également applicable à la curatelle grâce au renvoi de l'art. 367/3 CCS). La personne désignée par l'incapable à venir comme son représentant thérapeutique serait nommée représentant légal une fois l'incapacité survenue. L'autorité tutélaire ne pourrait s'écarter du choix de la personne proposée que s'il existe des motifs impérieux pour le faire. Contre une telle solution, on peut dire que la personne qui s'engage comme représentant thérapeutique ne désire pas forcément représenter la personne durablement

<sup>78</sup> Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, VII/2, 1979, p. 36.

incapable dans les domaines non-médicaux. L'importance de sa charge est suffisante.

De façon plus générale, le problème des conflits éventuels doit se résoudre au regard des principes régissant l'instauration de toute mesure tutélaire. Nous les décrivons brièvement plus loin, mais on dira déjà d'eux qu'ils doivent toujours s'efforcer de favoriser une solution de nature privée dans un premier temps. On aurait donc plutôt tendance à répondre par la négative à la question posée au début de cette subdivision.

## **2. En droit cantonal**

La loi sur la santé valaisanne du 9 février 1996 prévoit le cas de figure du représentant thérapeutique, à son article 20/2: "(...) chacun peut désigner une personne qui aura la responsabilité de se prononcer à sa place sur le choix des soins à lui prodiguer dans les mêmes circonstances" (situations données où il ne serait plus en mesure d'exprimer sa volonté). Il s'agit du fondement de droit cantonal le plus explicite et le plus récent en suisse. En effet, il admet la désignation d'une personne déterminée et disposant d'un véritable pouvoir de décision.

La loi de santé neuchâteloise du 6 février 1995 prévoit, à son article 25/2, qu'en cas d'incapacité de discernement du patient, "(...) le soignant demande l'accord de son représentant légal ou de la personne qu'il a désignée à cette fin, ou, à défaut, de la famille". Ici également, la loi semble envisager clairement la désignation d'un tiers ayant le pouvoir d'accepter ou de refuser un traitement médical pour autrui.

Dans la grande majorité des lois cantonales restantes, il est généralement prévu que le représentant légal du patient incapable de discernement prenne la décision quant à un traitement médical. En l'absence d'un tel représentant, c'est le médecin qui décide, en se laissant guider par l'intérêt objectif et la volonté présumée du patient.

#### IV. Les différents types de représentants possibles

On doit à notre avis distinguer selon que le représentant se borne à faire respecter des décisions déjà prises par le patient dans le passé ou selon qu'il dispose lui-même du pouvoir de prendre une décision médicale. C'est dans ce sens que deux professeurs ont récemment utilisé les catégories de "représentant surveillant, représentant consentant et représentant omnipotent".

##### 1. Le représentant surveillant

Sa tâche, et les pouvoirs qui permettent de l'accomplir, se limitent à s'assurer que les dispositions matérielles prises par le représenté soient effectivement respectées<sup>79</sup>. Par dispositions matérielles, les deux auteurs précités entendent les instructions données par le disposant au corps médical et paramédical quant aux actes médicaux par avance exigés, acceptés ou refusés (refus de certains actes médicaux, p. ex. transfusions sanguines, de certains médicaments, par ex. neuroleptiques, ou, de manière générale, refus de l'acharnement thérapeutique dans des conditions données).

Les moyens que le représentant surveillant peut utiliser pour faire respecter ces dispositions matérielles diffèrent selon que les actes médicaux envisagés ont été ou non accomplis.

Avant l'accomplissement des actes médicaux, le représentant intervient directement auprès des soignants, et des proches lorsque ceux-ci sont consultés. Il peut le faire de façon informelle comme, le cas échéant, par la voie judiciaire. Nous pensons, dans cette dernière hypothèse, aux mesures provisionnelles de l'art. 28c CCS: le représentant devrait alors "rendre vraisemblable" que le patient est l'objet d'une "atteinte illicite, imminente ou actuelle, et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable". Cette dernière solution a le désavantage de faire intervenir un juge

<sup>79</sup> Guilloid/Meier, p. 330-331.

dans un traitement médical: un juge ne connaît pas forcément bien le dossier médical et ne dispose pas souvent de connaissances techniques en la matière.

Le représentant peut également révoquer le mandat confié au médecin qui se refuse à suivre les directives prises (ce qui est possible en tout temps en vertu de l'art. 404 CO) et confier le traitement à un autre soignant. Il peut faire intervenir un autre médecin pour vérifier que l'on est bien en présence d'un cas visé par les dispositions matérielles. Enfin le représentant peut alerter l'autorité de surveillance des professions de la santé, qui existe dans chaque canton.

Après l'accomplissement des actes médicaux, on peut envisager que le représentant dénonce à l'autorité de surveillance des professions de la santé les agissements des personnes qui ne se seraient pas conformées aux dispositions prises et connues d'elles. Cette autorité instruira une procédure de type disciplinaire.

Mais le représentant peut également être appelé à engager des poursuites civiles et pénales. Au plan civil, pour obtenir une réparation, il devrait prouver que sont réunies les conditions classiques de la responsabilité, à savoir:

- un *acte illicite* commis par le soignant. En cas de non respect de directives anticipées, cet acte illicite consiste en une violation des droits de la personnalité (droit à l'intégrité corporelle et droit à l'autodétermination) faute de motif justificatif (art. 28/2 CCS). De plus, si le soignant s'est engagé à respecter les directives anticipées, le fait de ne pas les suivre par la suite l'amène aussi à engager sa responsabilité au niveau contractuel;

- un *préjudice* subi par le patient. Le préjudice peut-être de nature matérielle; on parle alors de dommage (diminution involontaire du patrimoine de la personne lésée suite à un acte dommageable; on compare l'état actuel du patrimoine et celui qui existerait sans l'acte dommageable). Dans notre cas, ce pourrait être une perte consécutive aux frais d'un traitement non désiré. Le préjudice peut également consister en des souffrances de nature morale; on parle alors de tort moral. Dans notre cas, il faudrait par exemple prouver

que le patient souffre beaucoup d'être encore en vie, alors qu'il serait décédé sans transfusion sanguine; ou encore que les bouffissures suite à un traitement non désiré par neuroleptiques sont insupportables;

- *un rapport de causalité adéquate* entre le préjudice subi et l'acte illicite;

- *un titre de responsabilité* (motif auquel la loi attache l'obligation de réparer le préjudice). Ce peut-être une faute, intentionnelle ou commise par négligence. Ou encore une disposition légale prévoyant une obligation de réparer indépendante de toute faute (responsabilité objective). La faute est présumée dans le domaine contractuel, alors qu'il appartient au demandeur d'en rapporter la preuve dans le domaine extra contractuel.

Au plan pénal, on pourrait retenir des lésions corporelles graves ou simples (art. 122 et 123 ch. 2 CPS), la poursuite ayant lieu d'office. Dans le cas de lésions corporelles par négligence, la poursuite n'a lieu que sur plainte; le droit de porter plainte peut être exercé par représentation en présence de pouvoirs exprès. Une clause de désignation claire permettra d'admettre que le représentant n'a pas seulement les pouvoirs de représentation ordinaires nécessaires à l'accomplissement du mandat (art. 396/2CO), mais également le pouvoir exprès d'agir en justice (396/3 CO)<sup>80</sup>.

## 2. Le représentant consentant et le représentant "omnipotent"

Ils peuvent tous deux prendre des décisions pour le compte du patient. La différence entre eux est une question de mesure: tandis que le premier est "chargé de donner ou de refuser, au nom et pour le compte du représenté, le consentement à l'acte médical que le patient est dans l'incapacité de donner", le second est désigné "pour agir de manière générale pour le représenté pour tout ce qui concerne le domaine médical"<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Guilloid/Meier, p. 331-332.

<sup>81</sup> Id., p. 333.

## V. Validité de la désignation d'un représentant thérapeutique

C'est une nouvelle fois sous l'angle de l'art. 27/2 CCS que les problèmes majeurs se posent.

### 1. Irrévocabilité de la désignation

Il y a d'abord l'argument selon lequel la désignation est contraire à l'art. 27/2 CCS, parce que la procuration n'est plus révocable par son auteur. Malgré sa pertinence concernant le raisonnement juridique, cet argument ne doit à notre avis pas être retenu, car il est trop abstrait.

En effet, la désignation d'un représentant thérapeutique trouvera par définition une application lorsque le représenté ne sera plus en mesure de modifier son choix. Mais il reste absolument libre de le faire jusqu'à ce que survienne l'incapacité; la directive anticipée n'a pas de portée autonome tant que son auteur est capable de discernement. On a déjà dit que seul l'engagement de ne jamais la révoquer serait contraire à cet article.

### 2. Les pouvoirs conférés sont-ils excessifs ?

On doit examiner si les pouvoirs conférés ne sont pas excessifs. Comme l'auteur de la directive anticipée ne peut pas envisager à l'avance toutes les situations médicales dans lesquelles il pourrait être impliqué, les instructions données seraient trop vagues, ce qui serait incompatible avec l'art. 27/2 CCS. Il faut répondre à cette question en fonction des différents représentants.

#### a) *Le représentant n'a pas de pouvoir de décision*

Le représentant surveillant n'a, on l'a dit, aucun pouvoir de décider à la place du patient relativement au traitement de ce dernier. Son rôle est comparable à celui d'un avocat qui défendrait les intérêts du

patient qui lui a donné des instructions. Il est même parfaitement normal que cette surveillance existe.

### *b) Le représentant a un pouvoir de décision*

Quant on aborde la situation des représentants ayant un pouvoir décisionnel, la question devient plus délicate.

La clause générale de désignation du représentant omnipotent peut-être jugée trop vague. Une clause prévoyant que "un adulte ou un mineur émancipé peuvent consentir une délégation de pouvoirs en matière de soins de santé et autoriser leur représentant à prendre toute décision en matière de soins de santé qu'ils auraient pu eux-mêmes prendre s'ils en étaient capables (...)"><sup>82</sup> semble poser problème par rapport à l'art. 27/2 CCS, car elle semble placer le patient dans un état de totale dépendance envers son représentant.

Le problème existe lorsqu'on pense aux décisions jugées "déraisonnables", par rapport à un traitement qui serait contraire à l'intérêt objectif du patient. Qu'on songe au refus de la transfusion de sang par une personne témoin de Jéhovah. Une telle décision est en général respectée par les médecins quand elle est prise par le patient, même si elle est contraire à leur appréciation professionnelle. Si le représentant ne fait qu'exiger qu'une décision claire et déjà prise antérieurement soit respectée, il n'y a à notre avis pas de problème, pour autant qu'on admette la validité de cette décision en tant que telle.

Mais qu'en est-il du représentant qui décide pour le compte du patient qu'une transfusion serait refusée par ce dernier s'il en était capable? Il y a quelque chose qui "dérange" par rapport à la situation précédente. En fait, on pourrait dire que plus on s'éloigne de la situation dans laquelle le refus est délivré par le patient lui-même, plus il devient difficile d'admettre que la décision soit prise par une personne autre que le médecin, dont le premier devoir est de soigner le patient et qui se laisse plutôt guider par des considérations de nature objective.

<sup>82</sup> Art. 2 lit. b du "Uniform Health Care Decisions Act".

### **3. Y a-t-il des actes exclusifs de représentation ?**

Prendre une décision relative à des soins médicaux revient à exercer un droit strictement personnel. Cette définition est dans un premier temps à relier à l'art. 19/2 CCS: selon cet alinéa, les personnes mineures ou interdites, si elles sont capables de discernement, n'ont pas besoin du consentement de leur représentant légal pour exercer de tels droits. On constate que la loi ne les définit pas.

L'art. 18 CCS prévoit de son côté que les actes des personnes incapables de discernement n'ont pas d'effet juridique, sous réserve des exceptions prévues par la loi. Ces personnes doivent donc se faire représenter pour agir de manière juridiquement valable. C'est à ce niveau que la jurisprudence et la doctrine distinguent les droits strictement personnels absolus et relatifs. Les premiers ne souffrent aucune forme de représentation et empêchent par conséquent la personne incapable d'en jouir (contrairement à l'art. 11 CCS); ils doivent donc être admis avec retenue. Les seconds peuvent en revanche être exercés par représentation.

Il est admis que le consentement ou le refus de consentir à un acte médical sont des droits strictement personnels relatifs, susceptibles de représentation, ce qui paraît parfaitement normal au vu de la nécessité qu'il y a en général à les exercer. Cependant, la doctrine estime qu'il faudrait retenir la qualification "d'absolus" pour certains droits, en raison de leur gravité. La stérilisation, la psychochirurgie, certaines expérimentations, la suspension du traitement d'une personne en fin de vie sont citées.

On ne peut pas abstraitement définir de critères pour qualifier tel ou tel droit strictement personnel d'absolu ou de relatif. Certes, on est bien conscient du fait qu'une opération de stérilisation porte à l'individu une atteinte extrêmement sévère. Mais nous sommes entièrement d'accord avec Guillod et Meier<sup>83</sup> pour dire que le plus important en la matière, au-delà de la qualification, est d'être attentif à la manière dont ces droits seront exercés par le

<sup>83</sup> Guillod/Meier, p. 339.

représentant (qu'il soit légal ou privé), ainsi qu'aux limites générales de son pouvoir de décision (le représentant doit toujours agir dans l'intérêt de l'incapable).

#### 4. Sort des pouvoirs de représentation après la survenance de l'incapacité du patient

L'art. 35/1 CO prévoit que les pouvoirs découlant d'un acte juridique s'éteignent notamment par la perte de l'exercice des droits civils. La doctrine estime que cette expression est synonyme d'interdiction, mais non pas de perte de la capacité de discernement<sup>84</sup>. Les pouvoirs de représentation conférés subsisteraient donc dans notre hypothèse.

L'art. 405/1 CO prévoit quant à lui expressément l'incapacité du mandant comme cause d'extinction du mandat et des pouvoirs de représentation qui en découlent. Il semble cependant évident que tant la réserve de la convention des parties<sup>85</sup> que celle de la nature de l'affaire doivent s'appliquer dans le cas de la représentation thérapeutique et le contrat subsister; on doit même dire que ce n'est qu'à partir de ce moment que les pouvoirs de représentation prennent effet, puisqu'ils n'ont aucune signification indépendante en dehors de l'incapacité du patient.

Ce n'est pas un avis partagé par tous les auteurs. Reusser<sup>86</sup> estime notamment qu'en l'état actuel du droit (fin 1993) un tel pouvoir de représentation apparaît "(...) ungesichert, wenn nicht unbeachtlich, unabhängig davon, ob gemäss art. 35 Abs.1 in Verbindung mit art. 405 Abs.1 OR vom Patienten etwas anderes angeordnet oder vereinbart worden ist".

<sup>84</sup> Gauch/Schluemp, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Tome I, 6<sup>ème</sup> édition, Zürich 1995, n° 1371.

<sup>85</sup> Il n'est même pas nécessaire que cela ait été prévu expressément: "Es genügt vielmehr, dass sich etwas anderes zweifelsfrei aus dem Inhalt der Vereinbarung ergibt" (Fellmann, no 68 ad Art. 405).

<sup>86</sup> Reusser, p. 214.

Certains auteurs ne sont pas d'accord sur le fait que les pouvoirs subsistent, car le représenté ne peut plus donner des instructions au mandataire, ni le surveiller. Ces éléments seraient incontournables dans le cadre d'un contrat de mandat.

A nouveau, il nous semble que ce ne soit pas la validité de ces engagements en tant que tels (p.ex, le fait que la représentation ne puisse pas être révoquée après la survenance de l'incapacité ou qu'on admette que les pouvoirs subsistent au-delà de ce moment), qui soit en question, mais plutôt la manière dont cette représentation sera exercée dans les faits.

Ceci doit nous amener à examiner la réalité de cette représentation et ses relations avec le système de la représentation légale.

## VI. Relations avec le système tutélaire

Le système de la représentation légale (des mesures tutélaires) permet-il au système de la représentation thérapeutique d'exister ou est-il exhaustif ?

### 1. Rappel de quelques généralités concernant les mesures tutélaires

#### a) *Le principe de proportionnalité*

Les mesures tutélaires constituent une intervention étatique dans la sphère privée des individus. Elles doivent respecter le principe de la proportionnalité, qui veut qu'une mesure tutélaire ne soit prise que si elle est apte et nécessaire pour atteindre le but recherché, et qu'elle porte une atteinte aussi limitée que possible aux droits individuels de la personne faisant l'objet de la mesure.

En droit tutélaire, ce principe a réellement pris corps dans la théorie de la gradation des mesures. La loi prévoit un catalogue de différentes mesures qui sont plus ou moins incisives, en ce sens qu'elles portent une atteinte plus ou moins importante à la liberté

de l'individu. Une mesure sera jugée disproportionnée autant parce qu'elle est trop radicale que parce qu'elle est trop faible pour atteindre le but recherché.<sup>87</sup>

Si le principe vaut à l'intérieur du catalogue des mesures tutélaires, il vaut plus fondamentalement encore entre le droit tutélaire et l'assistance extra-tutélaire. Les principes de subsidiarité et de complémentarité qui en découlent veulent en effet qu'une mesure tutélaire ne soit prise que si d'autres mesures, spécialement des moyens privés, ne permettent pas, dans les circonstances du cas d'espèce, de trouver une solution satisfaisante.<sup>88</sup>

### *b) Les différentes mesures tutélaires*

#### *ba) La mise sous tutelle (interdiction)*

La mesure la plus incisive est la tutelle, qui confère au tuteur des pouvoirs d'assistance et de représentation très étendus, tant sur un plan patrimonial que personnel (art. 367/1 et 407 CCS). La personne sous tutelle (interdite) n'a pas l'exercice des droits civils: elle ne peut s'obliger par ses propres actes qu'avec le consentement de son représentant légal. Demeure réservé l'exercice de droits strictement personnels auxquels appartient notamment le droit de consentir à un traitement médical ou de le refuser (art. 19/2 CCS).

#### *bb) Le conseil légal*

La loi prévoit différentes formes de conseil légal (coopérant, gérant, combiné) à l'art. 395 CCS. Du point de vue de l'essence et des effets, la mesure du conseil légal a des liens de parenté avec l'interdiction. Quelle qu'en soit la forme, elle porte en effet une certaine atteinte à l'exercice des droits civils (pour des actes de nature patrimoniale), contrairement à la curatelle qui laisse la capacité civile intacte<sup>89</sup>. Selon le TF, cela signifie pratiquement qu'une personne ne doit pas être mise sous conseil légal si elle ne réunit pas, au moins "sous une forme atténuée", les conditions des

<sup>87</sup> ATF 108 II 92, 94.

<sup>88</sup> Guillod/Meier, p. 342.

<sup>89</sup> Stettler, Droit civil I, no 301 p. 141.

art. 369 ss CCS<sup>90</sup>. Malgré son nom, le conseil légal est une seule personne physique. Il peut apporter une part d'assistance personnelle, mais cette dernière n'est que l'accessoire de l'assistance matérielle<sup>91</sup>.

#### *bc) La curatelle*

Enfin, les diverses formes de curatelle. La curatelle a été prévue par le législateur pour répondre à des besoins bien déterminés et pour remédier à des situations exceptionnelles généralement limitées dans le temps. La curatelle de représentation de l'art. 392 CCS est celle qui nous intéresse; elle prévoit trois hypothèses:

- une personne majeure ne peut, pour cause de maladie, d'absence ou d'autres causes semblables, agir dans une affaire urgente, ni désigner elle-même un représentant;
- les intérêts du mineur ou de l'interdit sont en opposition avec ceux du représentant légal;
- le représentant légal est empêché.

Le curateur est nommé pour liquider l'affaire dont on l'a chargé. Une fois que cela est fait, il n'a plus de raison d'être. Si le patient est durablement incapable, un tuteur devrait normalement être nommé.

Pour examiner les rapports entre la représentation thérapeutique privée et le système de la représentation légale, on doit distinguer fondamentalement selon qu'une mesure tutélaire a déjà été prononcée ou pas.

## **2. Aucune mesure tutélaire n'a encore été prononcée**

La personne majeure, incapable de discernement et qui doit prendre une décision médicale est empêchée d'agir et de désigner elle-même un représentant au sens de l'art. 392 ch. 1 CCS. En pareil cas, on doit normalement lui désigner un curateur de représentation.

<sup>90</sup> ATF 100 II 88, 91.

<sup>91</sup> Depuis l'ATF 96 II 369.

Dans notre hypothèse cependant, le patient a déjà désigné un représentant thérapeutique dans une directive anticipée. Est-ce suffisant? On doit répondre en distinguant les différentes catégories de représentants.

#### *a) Le représentant "surveillant"*

Si la situation médicale correspond à une situation envisagée par le patient dans sa directive anticipée et que ce dernier s'est prononcé de manière claire, on peut admettre qu'il n'y a pas lieu d'agir selon l'art. 392 ch. 1 CCS. Cela revient à examiner le problème de la force contraignante de la directive anticipée. On peut par conséquent se reporter à ce qui a été dit à ce sujet dans la deuxième partie du travail, tout en ajoutant que la présence d'un représentant constituera sans doute une aide pour préciser la volonté du patient.

#### *b) Les représentants ayant un pouvoir de décision*

Si la délégation qu'ils ont reçue pour prendre des décisions médicales à la place du patient est valable, ils pourront fonctionner comme représentants. Ils ont été désignés d'après l'art. 392 ch. 1 CCS et on peut admettre que le patient est valablement représenté.

La jurisprudence et une partie de la doctrine estiment cependant que la personne est empêchée si elle se trouve dans l'impossibilité de surveiller les actes de son représentant<sup>92</sup>. C'est un argument qu'on retrouve souvent.

Ce à quoi on répondra, comme on l'a déjà fait au sujet de l'impossibilité de révoquer les pouvoirs de représentation après la survenance de l'incapacité de discernement, que cette autre impossibilité est à nouveau inhérente aux pouvoirs confiés. Quand il a établi les pouvoirs de représentation, le futur patient avait conscience de ce problème. On peut admettre que la confiance qu'il a dans son représentant prime sur l'impossibilité de le surveiller.

<sup>92</sup> Par exemple, Reusser, p. 135; Schnyder/Murer, no 48 ad Art. 392; ATF 55 II 12, 17.

### **3. Une mesure tutélaire a déjà été prise**

#### *a) Base du raisonnement*

Le raisonnement doit partir du fait qu'on considère le consentement ou le refus de consentir à un acte médical comme l'exercice d'un droit strictement personnel au sens de l'art. 19/2 CCS. On considère de la même manière la faculté de désigner un représentant thérapeutique privé. Il suffit donc que la personne soit capable de discernement pour exercer un tel droit elle-même; peu importe alors la mesure tutélaire dont elle est déjà l'objet.

Mais si elle n'a plus le discernement, on doit distinguer selon que le mandataire tutélaire déjà en place a ou n'a pas de pouvoir pour la représenter au niveau personnel. Dans l'affirmative, on parlera de conflit réel ou direct; dans la négative de conflit apparent.<sup>93</sup>

Selon ces deux auteurs, on arrive toujours à résoudre le problème en faveur du représentant thérapeutique privé.

#### *b) Conflit apparent*

Le conflit apparent concernerait le conseil légal et le curateur qualifié de non-thérapeutique (en ce sens que son mandat, défini selon l'art. 418 CCS, ne comprend pas expressément l'assistance et la représentation personnelle en matière médicale). Les différents types de conseil légal prévus par l'art. 395 CCS peuvent comprendre une part d'assistance personnelle, qui doit cependant rester l'accessoire de l'assistance économique. Quant aux pouvoirs de représentation, ils n'existent pas dans le cadre du conseil légal coopérant (395/1) et seulement en matière de gestion de fortune dans le cadre du conseil gérant (395/2).

#### *c) Conflit direct*

Le conflit direct concernerait le curateur thérapeutique et le tuteur. Le curateur thérapeutique est le "curateur désigné par l'autorité tutélaire selon l'article 392 ch. 1 pour surveiller les actes médicaux pratiqués sur le patient incapable et surtout pour consentir en son

<sup>93</sup> Selon la terminologie proposée par Guillod/Meier, p. 351.

lieu et place, en vertu de pouvoirs de représentation qui lui sont octroyés à cet effet, aux dits actes<sup>94</sup>. Quant au tuteur, il a un pouvoir de représentation général, sous réserve des droits strictement personnels absolus et des actes médicaux non sujets à représentation en raison de la gravité de l'atteinte qu'ils portent à la personne qui en est l'objet.

Si le représentant thérapeutique ne s'est pas manifesté, ces deux types de mandataires tutélaires devraient être seuls compétents pour prendre des décisions médicales; si le représentant thérapeutique se manifeste, le mandat du curateur thérapeutique cesse *ex lege* et ne comprend plus que le pouvoir de révoquer la procuration privée au cas où l'intérêt de l'incapable l'exige de manière absolue. La même solution est retenue pour le tuteur; certes son mandat ne cesse pas totalement, puisqu'il conservera tout l'aspect non médical.

#### 4. Garanties pour le représenté

Il faut éviter, dans des domaines aussi importants que la santé, que le patient soit à la merci de son représentant. On doit examiner quelles sont les garanties que les représentations légale et privée peuvent offrir à ce niveau là.

##### a) Le système légal

Les garanties les plus importantes offertes par le système légal sont les suivantes:

- le mandataire tutélaire est soumis aux instructions (art. 418 CCS) de l'autorité tutélaire et à la surveillance des autorités de tutelle. Il n'est pas libre d'agir comme bon lui semble;
- il existe une responsabilité subsidiaire du canton pour les dommages qui n'auraient pas été réparés par le curateur ou les membres des autorités de tutelle (art. 426 et 427 CCS).

<sup>94</sup> Id., p. 353.

##### b) Le système privé

Guillod et Meier<sup>95</sup>, après avoir précisé que le représentant privé n'est pas (directement) soumis à une surveillance étatique et qu'il n'encourt pas de responsabilité particulière autre que contractuelle (art. 97 et 398/1 CO) et délictuelle (art. 41 CO), proposent plusieurs sécurités:

##### ba) Conflits d'intérêts. Abus ou incompétence du représentant

S'il s'avère que le représentant abuse manifestement de ses pouvoirs ou qu'il existe des conflits d'intérêts, tout intéressé a le droit de le signaler à l'autorité tutélaire; cela signifie que la personne intéressée pense qu'on est dans un cas où une mesure tutélaire s'impose. Ce droit est déduit de l'art. 373 CCS<sup>96</sup>; certaines autorités administratives ou judiciaires ont même une obligation de signaler (art. 369/2 et 371/2 CCS), ce qui serait applicable par analogie aux médecins des hôpitaux publics; voire même à des médecins privés si les cantons ont édicté du droit cantonal réservé en cette matière<sup>97</sup>.

L'incompétence ou le manque de fiabilité du représentant sont d'ailleurs considérés comme un empêchement au sens de l'art. 392 ch. 1 CCS, au même titre que les conflits d'intérêts. L'art. 22/2 de la loi de santé valaisanne prévoit une obligation pour le professionnel de la santé de faire appel à l'autorité tutélaire dans le cas d'un conflit d'intérêts. A notre avis, c'est une bonne chose que la loi règle ce problème délicat.

Dans ces hypothèses donc, l'autorité tutélaire pourrait révoquer la procuration du représentant privé et nommer un curateur qui agirait à sa place.

<sup>95</sup> Guillod/Meier, p. 347.

<sup>96</sup> Schnyder/Murer, no 83 ad Art. 373.

<sup>97</sup> Schnyder/Murer, no 82 ad Art. 373.

*bb) Les actes exclusifs de représentation*

Certains actes étant exclusifs de représentation, le médecin ne suivra pas les instructions d'un représentant thérapeutique qui demanderait que ces actes soient effectués sur la personne du représenté.

*bc) Possibilité pour le représentant de se départir de son engagement*

Le représentant peut en tout temps se départir de son engagement. Son obligation de diligence et de fidélité, qui l'oblige en principe à suivre les instructions reçues, n'est pas absolue. S'il estime ne plus être en mesure de le faire, il peut en aviser l'autorité tutélaire qui nommera alors un représentant légal pour agir à sa place.

*bd) Les pouvoirs de représentation sont révocables*

On rappellera que la procuration est révocable en tout temps. Cela ressort expressément des art. 34/1 et 2 CO, ainsi que des exigences posées par l'art. 27/2 CCS. Les pouvoirs de représentation n'ont aucune signification autonome dès le moment où le représenté est capable de discernement.

**Commentaire**

La position de ces deux auteurs est intéressante. C'est à notre connaissance la seule en Suisse à favoriser à ce point la représentation privée par rapport à la représentation légale. Premièrement en admettant que le rapport de représentation subsiste après la survenance de l'incapacité de la personne représentée (il ne commencerait même qu'à partir de ce moment-là). Deuxièmement en démontrant que les garanties concernant la surveillance du représentant existent autant pour un représentant privé que pour un représentant légal. Il n'est pas question de "démonter" le système de la représentation légale, mais seulement d'aménager le fonctionnement d'un système de représentation privée en parallèle. Tout le monde ne fera pas usage de la possibilité de désigner un représentant thérapeutique, loin s'en faut, mais il se justifie, eu égard aux besoins d'une personne incapable et

aux avantages que comporte la représentation privée (notamment la grande confiance dont jouit le représentant), de développer ce système.

**Conclusion**

Le sujet traité dans ce travail fait ressortir une exigence fondamentale de souplesse. On ne peut à notre avis pas, dans la plupart des cas envisagés, postuler une opposabilité sans réserve des instructions données dans une directive anticipée.

Il reste que l'idée des directives anticipées est très intéressante, que ces dernières visent un acte médical particulier ou la désignation d'un représentant thérapeutique. D'abord dans des situations analogues à celles qualifiées dans ce travail d'emblématiques (les cas américains Quinlan et Cruzan, ou le cas britannique Bland<sup>98</sup>); dans de tels cas, l'existence de directives anticipées aurait permis de débloquer des situations pour le moins pénibles. Ensuite, d'autres domaines nous semblent tout à fait susceptibles de leur attribuer la place qu'elles méritent dans le cadre de la défense de l'autonomie de la volonté des patients. Ce sont ceux des maladies psychiques dégénératives du type Alzheimer, des maladies psychiques entrecoupées d'intervalles de lucidité et enfin ceux de la fin de vie où l'on ne doit pas s'acharner à soigner des patients qui n'ont plus aucun espoir de retour à une vie autre que purement végétative.

Il serait à notre avis souhaitable que la situation évolue vers une plus grande prise en compte des directives anticipées chez les soignants, même s'il devait en résulter une diminution de leur "autorité" déjà rognée durant ces dernières décennies. Peut-être que les médecins y seront poussés par des obligations fixées dans des lois.

<sup>98</sup> All England Law Reports (1993) 1 pp. 821ss.

En guise de conclusion, nous citerons cet auteur britannique<sup>99</sup>: "The idea of advance directives is often presented as a complex and controversial topic. Arguably, however, it is not law which is unclear. Rather, the issue is clouded not by uncertainties in the legal principles involved but by more fundamental considerations relating to the dynamics of the doctor-patient relationship and to even more difficult questions about the sanctity of life".

\* \* \* \* \*

<sup>99</sup> Morris, pp. 9-10.

### Bibliographie

**Arthur S. Berger**, When life ends, Wesport 1995.

**Ch. Brückner**, Was leisten Patientenverfügung und Freitoderklärung als Kommunikationsmittel zwischen Unterzeichner und Drittperson ?, in: Bulletin des médecins suisses 70 (1989), n° 27, pp. 1149ss.

**A. Bucher**, Personnes physiques et protection de la personnalité, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 1995.

**E. Bucher**, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Arzt und Recht, BTJP, Bern 1984, pp. 39ss.

**R. David/C. Jauffret Spinosi**, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris 1992.

**L. Descurtins**, Angst vor Aerzten; niemand muss um jeden Preis leben, Muri-Bern 1984.

**H. Deschenaux/P.-H. Steinauer**, Personnes physiques et tutelle, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1995.

**J.-F. Dumoulin**, The Development of Living Wills, Unpublished Paper, University of Pennsylvania 1994.

**B. Eisner**, Die Aufklärungspflicht des Arztes; die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den U.S.A., Bern 1992.

**A. Eser/H.-G. Koch (Ed.)**, Materialien zur Sterbehilfe. Eine internationale Dokumentation, Freiburg i. Br. 1991.

**W. Fellmann**, Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.

**F. Ferrero**, Le consentement éclairé dans le domaine psychiatrique, in: Actes du colloque organisé par l'institut universitaire Kurt Bösch, Sion 1994, pp. 61ss.

**S.I. Friedland**, The health care proxy and the narrative of death, in: 10 Journal of Law and Health (1995-1996), pp. 120ss.

**R. Füllmich**, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, Francfort 1990.

**O. Guillod**, Le consentement éclairé du patient, thèse, Neuchâtel 1986 (cité Guillod thèse).

**O. Guillod/J. Guinand**, Validité et efficacité du testament biologique, in: Revue de droit suisse 1988 (107) I, pp. 401ss., (cité Guillod/Guinand).

**O. Guillod**, La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule, in: La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Lugano 1989, pp.55ss, (cité Guillod responsabilité).

**O. Guillod**, L'agent médical: une solution nouvelle à un vieux problème ?, in: Gérontologie 1991 n°4, pp. 43ss, (cité Guillod agent).

**O. Guillod/Ph. Meier**, Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, in: Mélanges B. Schnyder, Fribourg 1995, pp. 325ss, (cité Guillod/Meier).

**D.E. Hoffmann et al.**, The dangers of directives or the false security of forms, in: Journal of Law, Medicine and Ethics 1996 n°24:1, pp. 5-17.

**H. Honsell (Ed.)**, Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994.

**Institut de droit de la santé**, Les pays européens reconnaissant la force obligatoire du testament biologique, rapport complémentaire, inofficiel, Université de Neuchâtel 1994.

**R. Kehl**, Sterbehilfe, ethische und juristische Grundlagen, Bern 1989, (cité Kehl Sterbehilfe).

**R. Kehl**, Das freie Verfügungsrecht des Menschen über sein Leben, in: Revue suisse de jurisprudence, 23 (1989), pp. 399ss, (cité Kehl Verfügungsrecht).

**R. Kehl**, Der Kehl'sche Gesetzesentwurf betreffend Patientenrechte und Sterbehilfe, in: Pratique juridique actuelle 2/94, pp. 155ss, (cité Kehl Entwurf).

**R. Kehl**, Recension de la thèse de Reusser, in: Pratique juridique actuelle 6/95, pp. 825ss, (cité Kehl recension).

**M. Keller**, Rechtsgutachten über die Frage: Sind Patientenverfügungen in der Art des Textes, den EXIT seinen Mitgliedern vorschlägt, für jedermann, namentlich für Aerzte, Spitalaerzte und das übrige Spitalpersonal, verbindlich ?, avis de droit pour l'association EXIT, Zürich 1986, (cité Keller Gutachten).

**M. Keller**, Stellungnahme zum Gutachten der Herren Prof. J. Guinand und Dr. Olivier Guillod betreffend Patientenverfügung und Mandat EXIT, Zürich 1988 (cité Keller Stellungnahme).

**B.-R. Kern**, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, in: Neue juristische Wochenschrift, 1994, 12, pp. 753ss.

**M. Memmer**, Das Patiententestament, in: Recht der Medizin 1996, pp. 99ss.

**A. Morris**, Die my doctor? That's the last thing I shall do!, in: European Journal of Health Law, 1996, pp. 9-28.

**M. Nägeli**, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, thèse, Zürich 1984.

**N. Queloz**, Legal and ethical issues concerning euthanasia in Switzerland, Université de Malaga 1994.

**P. Ramer, J. Rennhard**, Patientenrecht, Beobachter Ratgeber, Zürich 1993.

**J. Rehberg**, Arzt und Strafrecht, in: Handbuch des Arztrechts (Ed. H. Honsell), Zürich 1994, pp. 303ss.

**Ph. Reigner**, Le consentement éclairé du patient en situation de médecine d'urgence, in: Actes du colloque organisé par l'Institut universitaire Kurt Bösch, Sion 1994, pp. 57ss.

**K. Reusser**, Patientenwille und Sterbebeistand, eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, thèse, Zürich 1994.

**M. Schär**, Das Selbstbestimmungsrecht des Schwerkranken, Cahiers d'étude de la Société suisse pour la politique de la santé, no 36, Muri 1994.

**B. Schnyder/E. Murer**, Berner Kommentar, Die Vormundschaft, Systematischer Teil und Kommentar ad Art. 360-397f ZGB, Bern 1982/1984.

**L. Schöllhammer**, Die Rechtsverbindlichkeit des Patienten-testaments. Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht, Berlin 1993.

**H. Schultz**, Probleme des Arztrechts, in: Bulletin des médecins suisses 65 (1984), 21, pp. 1019ss.

**A. Sommerville**, Are advance directives really the answer ? And what was the question ?, in: Death, Dying and the Law, Dartmouth 1996, pp. 29ss.

**M. Stettler**, Les limites de l'aide extratutélaire apportée aux personnes âgées, in: Revue du droit de la tutelle 1983 (38), pp. 1ss, (cité Stettler aide extratutélaire).

**M. Stettler**, Droit civil I, Représentation et protection de l'adulte, 3<sup>e</sup> éd., Fribourg 1992, (cité Stettler Droit civil I).

**M. Stettler**, La notion de discernement confrontée à l'exercice des droits fondamentaux de la personne très âgée, in: L'homme très âgé: quelles libertés ?, Genève 1992, pp. 143ss., (cité Stettler discernement).

**M. Stettler**, Quelques réflexions à propos de la révision du droit tutélaire, in: Mélanges Grossen, Bâle 1992, pp. 243ss., (cité Stettler Mélanges Grossen).

**M. Stettler**, Réflexions préliminaires à propos d'effets secondaires prévisibles de la révision du droit tutélaire applicable aux adultes, in: Mélanges Schnyder, Fribourg 1995, pp. 743ss., (cité Stettler Mélanges Schnyder).

**A. Szokoloczy-Grobet**, Mais que veulent donc les patients ?, in: Courrier genevois du 23.05.95.

**W. Uhlenbruck**, Vorab-Einwilligung und Stellvertretung bei der Einwilligung in einen Heileingriff, in: Medizinrecht 1992, pp. 134ss.

**W. Wiegand**, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Handbuch des Arztrechts (Ed. H. Honsell), Zürich 1994, pp. 119ss.

**R. Zäch**, Berner Kommentar, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, Bern 1990.

\* \* \* \* \*

## Table des matières

|   |    |
|---|----|
| Introduction .....  | 3  |
| <br>  |    |
| Première partie:  |    |
| Les directives anticipées en matière de soins médicaux                            |    |
| I. Essai de définition générale .....   | 7  |
| II. La situation du droit en Suisse .....   | 7  |
| III. L'origine du débat en Suisse:<br>le testament biologique d'EXIT.....         | 9  |
| IV. Validité du testament biologique .....  | 12 |
| V. Opposabilité du testament biologique.....                                      | 21 |
| VI. Elargissement à d'autres domaines que la fin de vie.....                      | 26 |
| VII. Utilité d'une législation dans le domaine<br>des directives anticipées ..... | 31 |
| <br>  |    |
| Deuxième partie:  |    |
| La représentation thérapeutique privée  |    |
| I. Généralités .....  | 45 |
| II. Définition.....   | 46 |
| III. Les fondements de la représentation thérapeutique .....                      | 48 |

|   |    |
|---|----|
| IV. Les différents types de représentants possibles .....             | 52 |
| V. Validité de la désignation<br>d'un représentant thérapeutique..... | 55 |
| VI. Relations avec le système tutélaire .....                         | 59 |
| Conclusion.....   | 67 |
| Bibliographie .....   | 69 |
| Table des matières.....   | 75 |

\* \* \* \* \*

DEJA PARUS:

Cahiers de l'IDS

1. Le dossier médical
2. La responsabilité médicale
3. Insémination artificielle avec donneur
4. Ethique de la recherche en santé publique
5. Les droits des patients en psychiatrie
6. Les directives anticipées en matière de soins médicaux et la représentation thérapeutique privée

Cahiers de l'IDS - Hors série

- I. *Jean-François Dumoulin*  
Transplantation d'organes en Suisse:  
le droit au carrefour de la vie et de la mort

Des exemplaires de ces ouvrages peuvent être obtenus auprès de:

Institut de droit de la santé (IDS)  
Université de Neuchâtel  
Av. du 1<sup>er</sup>-Mars 26  
CH-2000 Neuchâtel

tél. : ++41 (0)32 / 718 12 80  
fax : ++41 (0)32 / 718 12 81  
Email : [messagerie.ids@droit.unine.ch](mailto:messagerie.ids@droit.unine.ch)