Urteilskopf

114 Ia 350

60. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit public du 26 octobre 1988 dans la cause X. contre Grand Conseil du canton de Genève (recours de droit public)
Regeste (de):
Art. 2 UebBestBV; Persönliche Freiheit. Art. 5 und 6 des Genfer Gesetzes über das Arzt-Patientenverhältnis; Art. 7A des Genfer Gesetzes über die Behandlung von Geisteskranken und die Aufsicht über psychiatrische Kliniken. Voraussetzung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eines Patienten zu einem medizinischen Eingriff.

1. Bei der abstrakten Normkontrolle zu beachtende Grundsätze (E. 2).

2. Die kantonalen Bestimmungen über die Patientenrechte, insbesondere diejenigen über die Einwilligung zu einem medizinischen Eingriff, verletzen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nicht (E. 4).

3. Tragweite der persönlichen Freiheit im Verhältnis Patient-Arzt (E. 6).

4. Die Genfer Bestimmungen, die den gesetzlichen Vertreter als zuständig erklären für die Zustimmung zu einem medizinischen Eingriff an dem zu diesen Äusserung unfähigen Patienten verstossen, so wie sie abgefasst sind, nicht gegen die persönliche Freiheit. Der urteilsfähige Patient ist ausschliesslich zur Einwilligung zu einem psychochirurgischen Eingriff befugt; hingegen wird die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei urteilsunfähigen Patienten verlangt. Bei Untersuchungen oder Behandlungen im Zusammenhang mit Forschungs- und Versuchsprojekten kann das kantonale Recht eine schriftliche Zustimmung des Patienten und seines gesetzlichen Vertreters verlangen (E. 7a).

5. Bei Urteilsunfähigkeit des Patienten ist die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters oder, bei Fehlen eines solchen, bei ihm nahestehenden Personen oder Familienangehörigen einzuholen (E. 7b).

Regeste (fr):
Art. 2 Disp. trans. Cst.; liberté personnelle. Art. 5 et 6 de la loi genevoise concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients; art. 7A de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques. Exigence de l'accord du représentant légal d'un patient appelé à subir une intervention médicale.

1. Principes relatifs au contrôle abstrait des normes cantonales (consid. 2).

2. Les dispositions du droit public cantonal sur les droits des patients, notamment celles qui se rapportent au consentement à l'acte médical, ne violent pas la force dérogatoire du droit fédéral (consid. 4).

3. Portée de la liberté personnelle dans les relations entre patients et médecins (consid. 6).

4. Telles qu'elles sont conçues, les dispositions qui donnent au représentant légal le pouvoir de consentir à une intervention médicale sur la personne incapable d'y consentir elle-même ne violent pas la liberté personnelle. Le patient capable de discernement est habilité à consentir seul à une mesure de psychochirurgie, le consentement du représentant légal n'étant exigé que pour les patients incapables de discernement. S'agissant d'examens ou de traitements qui ressortissent à la recherche et à l'expérimentation, le droit cantonal peut exiger le consentement écrit du patient et de son représentant légal (consid. 7a).

5. Si le patient est incapable de discernement, le consentement doit être recueilli auprès du représentant légal ou, à défaut, auprès des proches ou des familiers (consid. 7b).

Regesto (it):
Art. 2 Disp. trans. Cost.; libertà personale. Art. 5 e 6 della legge ginevrina concernente i rapporti tra i membri delle professioni sanitarie e i pazienti; art. 7A della legge ginevrina sul regime delle persone colpite da affezioni mentali e sulla sorveglianza degli stabilimenti psichiatrici. Requisito dell'accordo del rappresentante legale di un paziente chiamato a subire un intervento medico.

1. Principi relativi al controllo astratto delle norme cantonali (consid. 2).

2. Le disposizioni del diritto pubblico cantonale sui diritti dei paziente, in particolare quelle relative al consenso per l'atto medico, non violano la forza derogatoria del diritto federale (consid. 4).

3. Portata della libertà personale nelle relazioni tra pazienti e medici (consid. 6).

4. Quali sono formulate, le disposizioni che attribuiscono al rappresentante legale il potere di consentire un intervento medico sulla persona incapace di consentirvi non violano la libertà personale. Il paziente capace di discernimento è autorizzato a dare da solo il suo consenso per un intervento di psicochirurgia; si esige il consenso del rappresentante legale unicamente per i pazienti incapaci di discernimento. Ove si tratti di esami o di terapie vincolati alla ricerca e alla sperimentazione, il diritto cantonale può esigere il consenso scritto del paziente e del suo rappresentante legale (consid. 7a).

5. Se il paziente è incapace di discernimento, il consenso dev'essere chiesto al suo rappresentante legale oppure, ove manchi, a persone vicine al paziente o a membri della sua famiglia (consid. 7b).

Sachverhalt ab Seite 352

BGE 114 Ia 350 S. 352

A.- Le 13 janvier 1983, 17 associations et organisations politiques ont déposé à la Chancellerie de l'Etat de Genève une initiative populaire non formulée au sens de l'art. 67 de la Constitution cantonale. Selon l'exposé des motifs, cette initiative intitulée "pour les droits des malades" tendait à une humanisation des hôpitaux, à une meilleure information du malade, à l'institution d'une possibilité de consulter le médecin traitant en cours d'hospitalisation, à un assouplissement des horaires de visites, à une protection du patient contre les recherches médicales et à une diminution du nombre des internements en psychiatrie. L'initiative a été transmise au Grand Conseil qui, le 24 mars 1983, a décidé d'en confier l'étude à une commission parlementaire. Celle-ci a déposé trois rapports successifs, les 3 avril 1984, 12 juillet 1985 et 21 avril 1987, après une large consultation des milieux intéressés.

B.- Le 7 mai 1987, le Grand Conseil a adopté un projet de loi émanant de cette initiative populaire et concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients. Ce projet a été accepté par le peuple le 6 décembre 1987, et le Conseil d'Etat a promulgué la nouvelle loi par arrêté du 21 décembre 1987 publié dans la Feuille d'avis officielle du 23 décembre 1987. La nouvelle loi - intitulée loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients - réglemente notamment le droit des patients à l'information médicale et leur accès au dossier médical (art. 1er et 2), leur faculté de faire appel à des médecins de l'extérieur (art. 3 et 7 al. 3) et leur liberté de recevoir des visites et de maintenir des liens avec l'extérieur pendant un séjour hospitalier (art. 7). Elle insiste sur le respect de la dignité et de la personnalité du malade (art. 9) et lui confère un droit de plainte en cas de violation de l'un des droits institués par la loi (art. 10). La loi cantonale du

7 décembre 1979 sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements

BGE 114 Ia 350 S. 353

psychiatriques (LPAAM) a été modifiée en vue de limiter la pratique de la psychochirurgie, d'interdire la mise en cellule d'isolement à caractère carcéral et de réduire les possibilités pour le personnel hospitalier de s'opposer au droit du patient de quitter l'établissement (art. 11 al. 1). La nouvelle loi modifie enfin la loi sur l'exercice des professions de la santé du 16 septembre 1983 et trois lois d'organisation et de procédure (art. 11 al. 2, 3, 4, 5). Les art. 5 et 6 de la nouvelle loi et 7A nouveau LPAAM traitent du consentement éclairé du patient pour toute mesure diagnostique et thérapeutique (art. 5), pour les examens ou traitements qui ressortissent à la recherche clinique et sont encore de nature expérimentale, ou constituent des nouveautés non encore éprouvées (art. 6) et pour la pratique de la psychochirurgie (art. 7A LPAAM). Ces dispositions ont la teneur suivante: Art. 5
Consentement
1 Le consentement éclairé du patient est nécessaire pour toute mesure diagnostique et thérapeutique, les dispositions concernant les mesures diagnostiques et thérapeutiques d'office étant réservées. 2 Le consentement est valablement donné par le patient capable de discernement. En l'absence de discernement, le médecin demande l'accord du représentant légal. 3 Dans le cas d'urgence, lorsque le patient n'est pas en mesure de se prononcer et que l'intervention thérapeutique est vitale, le consentement est présumé. 4 En cas de refus ou de retrait du consentement pouvant entraîner des conséquences graves pour le patient, le médecin en informe ce dernier de façon approfondie. Si le patient persiste, le médecin est en droit de demander une confirmation écrite. 5 Lorsque le refus émane du représentant légal du patient et qu'il peut avoir pour le malade des conséquences graves, le médecin peut s'adresser à l'autorité tutélaire. Si l'urgence est telle que cette démarche pourrait compromettre les chances de survie du patient, le médecin peut procéder à l'intervention avant la décision de l'autorité tutélaire. 6 Le patient donne des renseignements complets et véridiques sur son état de santé et suit les prescriptions à l'exécution desquelles il a donné son consentement. Art. 6
Recherche, expérimentation et enseignement
1 Lorsque les examens ou les traitements proposés ressortissent à la recherche clinique et sont encore de nature expérimentale, ou constituent des nouveautés non encore

BGE 114 Ia 350 S. 354

éprouvées, le médecin l'indique au patient, en expliquant les avantages attendus et les risques possibles. 2 Les expériences sont effectuées avec le consentement écrit, qui peut être retiré en tout temps, du patient et de son représentant légal. Elles ne doivent pas nuire au rétablissement de la santé et respecter les normes édictées par l'Académie suisse des sciences médicales, dans leur dernière version. 3 La participation du patient à l'enseignement requiert son consentement éclairé ou celui du représentant légal. Les responsables de l'enseignement veillent à ce qu'il soit donné dans le respect de la dignité et de la sphère privée du malade. Art. 7A (nouveau) LPAAM
La psychochirurgie ne peut être pratiquée que si:
a) le patient ou son représentant légal y consent et
b) l'indication thérapeutique est formelle.

C.- Agissant par la voie du recours de droit public, X., citoyen genevois, demande au Tribunal fédéral d'annuler les art. 5 et 6 de la loi cantonale du 6 décembre 1987 concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients, ainsi que le nouvel art. 7A LPAAM. Il invoque une violation des art. 4 Cst. et 2 Disp. trans. Cst. Le conseiller d'Etat chargé du département de la prévoyance sociale et de la santé publique propose le rejet du recours.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Appelé à statuer sur un recours de droit public dirigé contre un arrêté de portée générale, le Tribunal fédéral examine librement la conformité de cet arrêté au droit constitutionnel fédéral ou cantonal (cf. ATF 111 Ia 24, ATF 109 Ia 74 consid. 3). Il n'annule toutefois l'arrêté que s'il ne se prête à aucune interprétation conforme à la Constitution; il s'en abstient si une de ces interprétations peut être admise de façon soutenable (ATF 109 Ia 69, 277 consid. 2a et les arrêts cités). Dans la procédure dite de contrôle abstrait des normes, il est en effet rarement possible de prévoir d'emblée tous les effets de l'application d'un texte légal, même si, par sa précision, celui-ci n'offre guère de marge d'appréciation à l'autorité chargée de l'appliquer. Si, dans les circonstances ordinaires que l'auteur de la norme devait considérer, une disposition semble, comme telle, compatible avec la Constitution, l'éventualité qu'elle puisse se révéler inconstitutionnelle

lors de son application à des cas particuliers ne suffit pas au juge constitutionnel pour l'annuler. Il ne le fera que si la perspective d'un contrôle concret ultérieur n'offre pas de garanties suffisantes aux destinataires de la norme litigieuse (ATF 111 Ia 25, ATF 106 Ia 137 /138). Le rejet du grief d'inconstitutionnalité invoqué dans le cadre du contrôle direct d'une norme n'empêche en effet pas le recourant de soulever à nouveau ce grief contre la même disposition à l'occasion de son application à un cas d'espèce. L'arrêt rendu au terme de cette procédure ne bénéficie ainsi, dans cette mesure, que d'une autorité relative de la chose jugée (ATF 102 Ia 282). Le législateur n'en a pas moins pour devoir d'adopter une réglementation à même de prévenir, dans toute la mesure du possible, la violation ultérieure des droits fondamentaux. Il doit ainsi prendre en considération les conditions dans lesquelles la règle qu'il édicte sera appliquée et, en particulier, la qualité des organes chargés de cette application (ATF 111 Ia 25 /26, ATF 109 Ia 302). Le juge constitutionnel ne saurait laisser, de toute façon, subsister une norme dont la teneur permet de craindre, avec une certaine vraisemblance et au vu des circonstances, qu'elle soit interprétée à l'avenir contrairement à la Constitution (ATF 106 Ia 137/138, 350). A cet égard, la nature et la portée des droits individuels en jeu et tout particulièrement la gravité de l'atteinte dont ils sont menacés sont des éléments décisifs. Quand la norme critiquée est susceptible de porter aux droits fondamentaux invoqués une atteinte particulièrement grave, le Tribunal fédéral exige qu'elle constitue une base légale claire et nette; il sort par conséquent de la réserve qu'il s'impose de manière générale dans le cadre de son contrôle abstrait (cf. ATF 109 Ia 122 consid. c, ATF 106 Ia 282).

4. a) Le principe de la force dérogatoire (ou de la primauté) du droit fédéral énoncé à l'art. 2 Disp. trans. Cst. veut que le droit fédéral prime d'emblée et toujours le droit cantonal dans les domaines que la Constitution ou un arrêté fédéral urgent place dans la compétence de la Confédération et que celle-ci a effectivement réglementé. Les normes cantonales qui seraient contraires au droit fédéral, notamment par leur but ou les moyens qu'elles mettent en oeuvre, doivent ainsi céder le pas devant le droit fédéral. Ce principe n'exclut cependant toute réglementation cantonale que dans les matières que le législateur fédéral a entendu régler de façon exhaustive, les cantons restant au surplus compétents pour édicter, quand tel n'est pas le cas, des dispositions

de droit public dont les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux prévus par le droit fédéral (ATF 112 II 424, ATF 109 Ia 67 consid. 2a, ATF 104 Ia 108 consid. 4a, ATF 101 Ia 506 consid. 2b). Dans les domaines régis en principe par le droit civil fédéral, les cantons conservent donc la compétence d'édicter des règles de droit public en vertu de l'art. 6 CC, pour autant que le législateur fédéral n'ait pas entendu régler la matière de façon exhaustive, que les règles cantonales soient motivées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'éludent pas le droit civil, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit (ATF 112 II 424 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral examine librement la conformité d'une règle de droit cantonal à une règle de droit fédéral quand il est appelé à examiner cette question par le biais du grief de violation de l'art. 2 Disp. trans. Cst. b) Les art. 5 et 6 de la loi genevoise du 6 décembre 1987 et l'art. 7A nouveau LPAAM règlent les rapports entre les médecins et les patients des hôpitaux publics et privés, conformément à l'intention des auteurs de l'initiative "pour les droits des malades" (Mémorial des séances du Grand Conseil 1983, p. 821). Hormis les dispositions relatives au contrat de mandat (art. 394 s. CO), qui régissent les relations entre le médecin privé et son patient, le droit civil fédéral ne pose pas de règles spécifiques applicables à ce domaine, qui peut par conséquent être réglementé par des normes du droit public cantonal dans les limites indiquées ci-dessus. En exigeant que le patient consente à l'acte médical, les dispositions litigieuses reprennent un principe déjà fixé par le droit civil fédéral (cf. consid. 6 ci-dessous). Elles vont cependant au-delà des règles du contrat de mandat en prévoyant que le consentement du représentant légal peut dans certains cas se substituer à celui de la personne incapable de discernement. De même, elles soumettent les traitements qui ressortissent à la recherche clinique et la pratique de la psychochirurgie à des conditions spéciales relatives au consentement et à l'indication thérapeutique. En conférant des droits aux patients et en imposant des limites au pouvoir des médecins, ces mesures établissent un certain équilibre dans leurs relations réciproques, et réduisent le danger d'atteintes illicites à l'intégrité physique des patients (cf. consid. 7 ci-dessous). Elles répondent ainsi à un intérêt public pertinent. Au surplus, loin d'entraver ou d'éluder des règles ordinaires du contrat de mandat, elles en prolongent et en renforcent la portée dans des situations qui requièrent une protection accrue des malades face aux

médecins. Il apparaît ainsi que la législation genevoise en la matière respecte la primauté du droit fédéral. Le grief tiré de la violation de l'art. 2 Disp. trans. Cst. doit par conséquent être rejeté.

5. La liberté personnelle, droit constitutionnel non écrit, imprescriptible et inaliénable, donne à l'individu le droit d'aller et de venir et le droit au respect de son intégrité corporelle. Elle le protège, en outre, dans l'exercice de sa faculté d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir selon cette appréciation. Cette garantie n'englobe certes pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme si peu importante soit-elle; elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personnalité humaine. Elle se conçoit ainsi comme une garantie générale et subsidiaire, à laquelle le citoyen peut se référer lorsque les droits fondamentaux dont il invoque la violation ne sont pas l'objet de garanties particulières (ATF 111 Ia 232 /233 consid. 3a, ATF 107 Ia 55 /56 consid. 3a, ATF 101 Ia 346 consid. 7a et arrêts cités). Le droit à l'intégrité physique - ou, en d'autres termes, le principe de l'intangibilité du corps humain - est un aspect de la liberté personnelle qui peut, à l'instar des autres droits individuels, être limité par la nécessité de sauvegarder un intérêt public prépondérant. De telles restrictions doivent, conformément au principe de la proportionnalité, ne pas aller au-delà de ce qu'exige l'intérêt public considéré. Elles doivent en outre reposer sur une base légale suffisante, sous réserve des mesures exceptionnel-

les que l'autorité peut prendre en vertu de son pouvoir de police. Enfin, comme tout autre droit fondamental, la liberté personnelle, sous tous ses aspects, ne saurait être complètement supprimée ou vidée de son contenu par les restrictions légales qui peuvent lui être apportées dans l'intérêt public (ATF 112 Ia 162 consid. 3a, 249, ATF 111 Ia 234 consid. 3c, ATF 109 Ia 281 et les arrêts cités). C'est ainsi que le législateur peut autoriser une intervention médicale sur le corps humain, contre le gré du patient, dans des cas exceptionnels où un intérêt public clairement établi l'impose de manière absolue. Tel est le cas de mesures destinées à prévenir la diffusion d'épidémies, par un dépistage, une vaccination ou un traitement d'urgence (cf. ATF 104 Ia 486 consid. 4b, ATF 99 Ia 749). Des mesures comparables peuvent, dans le même sens, être ordonnées, pour les besoins de procédures civiles et pénales particulières (cf. ATF 112 Ia 249, ATF 110 Ia 121 /122, ATF 106 Ia 35, consid. 4a, ATF 99 Ia 412 consid. 4, ATF 90 I 39

consid. 5, 110 ss). Au demeurant, le principe de l'intangibilité du corps humain déploie ses effets non seulement durant la vie des individus mais aussi au-delà de leur décès (ATF 111 Ia 233).

6. La relation entre le patient et son médecin privé est d'ordinaire régie par un contrat de mandat au sens des art. 394 s. CO (ATF 110 II 378 consid. b, ATF 105 II 284 /285 et les arrêts cités; WOLFGANG WIEGAND, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Berne 1985, p. 81 s., 84/86; WERNER E. OTT, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, thèse Zurich 1978, p. 23), aux termes duquel le mandataire assume un devoir d'information. Lorsque le patient se confie aux soins d'un hôpital public, il se noue entre eux des liens juridiques qui impliquent également un tel devoir. Aucune intervention médicale ne peut être pratiquée sur un patient sans qu'il ait donné son consentement libre et éclairé, ce qui suppose qu'il ait été informé par le praticien quant à la nature et aux conséquences de l'intervention et qu'il y ait donné son accord préalable. Le droit de l'individu d'être informé et de se décider en conséquence se déduit du reste directement de son droit à la liberté personnelle et à l'intégrité physique (ATF 108 II 62 consid. 3, OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, thèse Neuchâtel, 1986, p. 29, 37; EUGEN BUCHER, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Berne 1985, p. 39 s., 43/44; MICHEL NEY, La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire, thèse Lausanne, 1979, p. 86; JOST GROSS, Die persönliche Freiheit des Patienten, thèse Berne, 1977, p. 134 s.). L'exigence du consentement libre et éclairé du patient est liée au risque inhérent à tout acte médical, qui ne peut être assumé que par celui qui y est exposé. L'accord du patient est libre et éclairé s'il est donné à la suite d'une information objective et complète du praticien quant à la nature et aux conséquences possibles de l'opération, et en l'absence de toute pression de tiers. Cette liberté de choix part de la considération que les patients qui possèdent la capacité de prendre des décisions au sujet des soins qui leur sont prodigués doivent être à même de le faire, et obtenir pour cela toute information pertinente sur leur état de santé et les possibilités de traitement. Ils doivent être renseignés en particulier sur les améliorations qui peuvent résulter du traitement, sur les risques qu'il comporte (nature et degré de probabilité), ainsi que sur son

coût. Le consentement libre et éclairé apparaît donc comme un mode de manifestation de la volonté sur le respect mutuel et la participation (OLIVIER GUILLOD, op.cit., p. 262 et n. 399). La validité du consentement préalable donné par le patient est limitée par l'art. 27 al. 2 CC, disposition qui protège la personnalité contre

des engagements excessifs, nul ne pouvant aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux moeurs. Même lorsque le droit édicté n'a pas expressément réglementé les cas dans lesquels ce consentement est requis, le médecin qui procède à une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet en principe un acte contraire au droit, soit une atteinte non autorisée à l'intégrité corporelle, indépendamment de toute responsabilité contractuelle éventuelle. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même quand ils sont exécutés correctement du point de vue médical. Le risque de l'acte médical, normalement supporté par le patient, passe au praticien qui intervient sans obtenir le consentement éclairé qu'il aurait pu et dû solliciter. L'opération faite sans le consentement éclairé du patient est ainsi absolument contraire au droit et elle l'est tout entière. Tels sont les principes que le Tribunal fédéral a finalement posés dans ce domaine, après avoir, dans un premier temps, nié la nécessité de l'information et du consentement préalable du patient pour une intervention chirurgicale mineure (ablation de verrues), au motif qu'il y avait tout lieu de croire que le patient n'eût pas renoncé à l'intervention s'il avait été informé du risque normal et minime qu'il courrait (ATF 108 II 61 /63, ATF 105 II 286 ss consid. 6, ATF 66 II 36).

7. L'initiative populaire non formulée "pour les droits des malades" avait notamment pour but de réglementer la soumission de toute intervention médicale au consentement du patient. La loi du 6 décembre 1987 a donné suite à ce voeu des initiants. Son art. 5 réglemente les conditions dans lesquelles le consentement libre et éclairé du patient doit intervenir; il est donné valablement par le patient capable de discernement. Si le patient n'est pas capable de discernement, le médecin doit demander l'accord du représentant légal et, en cas de refus de celui-ci, l'accord de l'autorité tutélaire quand ce refus peut avoir pour le malade des conséquences graves. En cas d'urgence, le consentement du patient qui n'est pas en mesure de se prononcer est présumé et l'accord préalable de l'autorité tutélaire n'est pas nécessaire si la requête auprès de

celle-ci est susceptible de compromettre les chances de survie du patient. L'art. 6 soumet à des formes particulières le consentement du patient à des examens ou traitements qui ressortissent à la recherche clinique et sont encore de nature expérimentale ou constituent des nouveautés non encore éprouvées. En pareil cas, le consentement, ordinairement informel, doit être donné par écrit et peut être retiré en tout temps. Si le patient est mineur ou interdit, l'intervention ne peut en outre avoir lieu qu'avec le consentement conjoint de son représentant légal. L'art. 7A nouveau LPAAM autorise la psychochirurgie - dont les initiants demandaient l'interdiction et qui, selon les travaux préparatoires (Mémorial des séances du Grand Conseil 1985, p. 4721, 4728), n'était pas pratiquée à Genève au moment de l'adoption de la loi - si l'indication thérapeutique est formelle et si le patient ou son représentant légal y consentent. Le recourant conteste la constitutionnalité de ces textes dans la mesure où ils confèrent au représentant légal le pouvoir de consentir à une intervention médicale sur une personne incapable d'y consentir elle-même. Une telle substitution serait incompatible avec le caractère d'un tel acte, strictement personnel selon les termes de l'art. 19 al. 2 CC. a) Il est généralement admis qu'un patient mineur ou interdit peut consentir seul à un traitement médical qui lui est proposé lorsqu'il est capable de discernement. Cette capacité de consentir personnellement doit être appréciée par le médecin au regard de la nature des problèmes que pose son intervention. L'information du médecin doit être particulièrement prudente, simple et claire. Si la capacité de discernement d'un interdit doit être présumée chaque fois que l'interdiction n'est pas fondée sur l'art. 369 CC, les détenteurs de l'autorité parentale devraient être appelés à intervenir chaque fois qu'il y a un doute sur la capacité d'une personne mineure d'apprécier objectivement les tenants et les aboutissants de l'intervention proposée, l'intérêt thérapeutique du patient étant prépondérant dans tous les cas. Les hypothèses où l'urgence d'une intervention est telle que le consentement éclairé des uns ou des autres serait préjudiciable à cet intérêt, demeurent réservés (cf. GUILLOD, op.cit., p. 249 ss, MAX NAGELI, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, thèse Zurich 1984, p. 117 s., 143; EUGEN

BUCHER, op.cit., p. 45).
L'art. 5 de la loi du 6 décembre 1987 n'établit aucune distinction entre les patients capables de discernement. Qu'ils aient le plein

BGE 114 Ia 350 S. 361

exercice de leurs droits civils ou qu'ils soient mineurs ou interdits, leur consentement personnel suffit. Il devrait en aller de même de l'art. 7A nouveau, lettre a LPAAM. Sur ce point précis, cette disposition doit, pour être conforme à la liberté personnelle, être interprétée en ce sens que le patient capable de discernement est habilité à consentir seul à une mesure de psychochirurgie, le consentement du représentant légal n'étant exigé que pour les patients incapables de discernement. Seul l'art. 6 de la loi du 6 décembre 1987 exige pour les examens ou traitements qui ressortissent à la recherche et à l'expérimentation, le consentement écrit du patient et de son représentant légal. Le recourant conteste à tort la constitutionnalité de cette disposition au regard des droits personnels du patient. En effet, dans ce domaine spécial, l'opportunité du traitement proposé est hautement discutable et les risques courus sont accrus et peu prévisibles. La nature de telles interventions, qui peuvent parfois trouver leur justification autant dans l'intérêt de la science que dans l'intérêt thérapeutique du patient, légitime un renforcement de la protection de celui-ci à l'égard du pouvoir médical (WOLFRAM EBERBACH, Die zivilrechtliche Beurteilung der Humanforschung, Francfort/Berne, 1982, p. 90; MATHIAS HOHERMUTH, Zur Frage der Aufklärungspflicht des Arztes bei biomedizinischen Versuchen am Menschen mit Hinweisen auf das amerikanische und deutsche Recht, thèse Zurich, 1979, p. 67 s., 82 s., 133 s.). Le concours du représentant légal est au reste aussi de nature à aider le médecin dont l'information unilatérale qu'il doit donner constitue une responsabilité particulièrement lourde quand elle s'adresse, par exemple, à une personne mineure. Au demeurant, l'art. 6 al. 2 de la loi attaquée limite l'importance de ce concours en offrant au patient la possibilité de retirer en tout temps unilatéralement son propre consentement, ce qui a pour effet d'interdire la poursuite de l'expérience. b) Le patient privé du discernement suffisant pour se prononcer sur l'opportunité d'une intervention médicale ne peut y consentir de manière libre et éclairée. Le choix offert au législateur intervenant dans ce domaine est alors le suivant: - ou bien il fait une confiance absolue au médecin et l'autorise à décider seul, en présumant soit le consentement du patient soit le refus de ce consentement, à partir des risques encourus considérés objectivement, - ou bien il exige du médecin de requérir le consentement de tiers

BGE 114 Ia 350 S. 362

qui peuvent être soit la famille ou les proches du patient, soit son représentant légal s'il s'agit d'une personne mineure ou interdite. aa) En l'absence d'une réglementation antérieure à la législation attaquée, le droit genevois laissait implicitement au médecin le droit de décider une intervention sur le patient incapable de discernement. L'art. 5 de la loi du 6 décembre 1987 et l'art. 7A LPAAM ont aménagé une solution différente. Ils soumettent la pratique de toute mesure diagnostique et thérapeutique, ainsi que la pratique de la psychochirurgie, au consentement du représentant légal de la personne incapable de discernement. Le nouveau droit ne traite en revanche pas du cas de la personne privée, in concreto, de son discernement et qui n'a pas de représentant légal (cf. à ce propos MAX NÄGELI, op.cit., p. 133 s.); cette question n'est cependant pas litigieuse, faute pour le recourant de l'avoir évoquée au moyen d'une motivation conforme aux exigences de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ. Le seul problème à résoudre est donc celui de savoir si le consentement du représentant légal peut remplacer celui du patient lorsque celui-ci est incapable de discernement, en raison du caractère strictement personnel du consentement de la personne à une atteinte à son intégrité corporelle.
bb) Les droits des personnes incapables de discernement ne peuvent être exercés que par leur représentant légal,

ce qui a pour conséquence que leur exercice est exclu quand la représentation l'est aussi (JACQUES MICHEL GROSSEN, Traité de droit civil suisse, t. II/2, Les personnes physiques, p. 51/52). C'est ainsi que, en dépit des critiques de la doctrine, le Tribunal fédéral a maintenu sa jurisprudence selon laquelle l'époux privé de discernement ne peut ouvrir action en divorce par l'intermédiaire de son représentant légal, à cause du caractère strictement personnel du droit de demander le divorce (ATF 85 II 221, 78 II 99, 68 II 144). S'agissant des interventions médicales, le consentement de la personne intéressée est requis comme du fait justificatif permettant de restreindre, in casu, la portée du principe de l'intangibilité du corps humain déduit de la liberté personnelle, et cela dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC. Contrairement à l'opinion du recourant, la doctrine admet qu'on se trouve en présence d'un droit strictement personnel relatif et que, si le patient est incapable de discernement, le consentement libre et éclairé doit être recueilli auprès de son représentant légal s'il en existe un (HANS

HINDERLING, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: Ausgewählte Schriften, Zurich, 1982, p. 51 s., p. 74). Celui-ci doit se déterminer exclusivement en fonction des intérêts du patient, ce qui est une notion essentiellement objective. Il doit, dans sa décision, tenir compte des voeux qui peuvent avoir été émis par ce dernier avant qu'il ne soit privé de son discernement. Il ne saurait de toute façon consentir à livrer son protégé à une expérimentation scientifique, voire à une intervention mutilante ou de nature à porter une atteinte grave à son intégrité physique (OLIVIER GUILLOD, op.cit., p. 254/256; id., Le consentement à l'acte médical: une longue convalescence, in: Aspects de droit médical. Fribourg 1987, p. 83 s., 85; MAX NÄGELI, op.cit., p. 21, 98, 133; EUGEN BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, thèse Zurich 1956, p. 157 s.; JACQUES MICHEL GROSSEN, op.cit., p. 84/85). cc) La réglementation litigieuse met en oeuvre les conceptions dont s'étaient inspirés les auteurs de l'initiative populaire "pour les droits des malades". Au cours des travaux préparatoires, tous les partisans d'une extension des droits des malades face au pouvoir médical se sont exprimés en faveur de la solution qui a en définitive été retenue par le législateur. Seuls certains commissaires se sont demandé s'il n'était pas préférable d'exiger, dans le cas visé à l'art. 5 de la loi du 6 décembre 1987, le consentement de la famille ou des proches au lieu de celui du représentant légal. Cette proposition a été écartée pour le motif, difficilement compréhensible il est vrai, du caractère personnalissime du consentement (Mémorial des séances du Grand Conseil 1987, p. 2000). Ce choix du législateur pourrait certes se discuter sous l'angle de l'opportunité. Saisi d'un recours fondé essentiellement sur le grief de violation de la liberté personnelle du patient, le Tribunal fédéral doit toutefois se borner à constater que l'exigence du consentement du représentant légal ne porte pas à ce droit fondamental une atteinte supérieure à celle que lui porterait l'exigence du consentement des proches. En définitive, l'institution du consentement éclairé du représentant légal d'un patient incapable de discernement apparaît comme un moyen de rééquilibrer les rapports entre patients et médecins et de prévenir l'exercice abusif du pouvoir médical. Le but de la réglementation litigieuse est ainsi seulement de limiter les droits du médecin dans l'intérêt du patient et de sa liberté

personnelle. L'accord du représentant légal qui ne peut prendre en compte que l'intérêt du patient déterminé objectivement, et dont le refus est soumis au contrôle de l'autorité tutélaire, constitue une mesure de protection d'autant plus satisfaisante que, en cas d'urgence, la présomption de consentement préserve le patient d'une attitude dilatoire de son représentant légal ou de l'autorité tutélaire. Les dispositions critiquées doivent de toute

façon être interprétées en ce sens que le consentement du représentant légal ne permet en aucun cas au médecin de pratiquer des interventions qui, en fonction de leur nature, ne pourraient être admises que par l'intéressé lui-même. L'égalité de traitement entre les incapables de discernement pourvus d'un représentant légal et ceux qui ne le sont pas, par exemple les majeurs qui se trouvent dans un état comateux, sera sauvegardée si l'on admet que le médecin doit dans la seconde hypothèse prendre l'avis des proches ou des familiers avant d'entreprendre une opération qui ne peut être différée (cf. MICHEL NEY, op.cit., p. 86). Les textes critiqués ne ferment pas la porte à l'exigence d'une telle démarche. Ce n'est au reste pas l'objet du recours.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
Rejette le recours au sens des considérants dans la mesure où il est recevable.