

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le médecin face au consentement du patient

Van Gyseghem, Jean-Marc

*Published in:*  
Ethica Clinica

*Publication date:*  
2012

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Van Gyseghem, J-M 2012, 'Le médecin face au consentement du patient', *Ethica Clinica*, numéro 66, pp. 18-29.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

1 Le présent article ne reflète que les opinions personnelles de l'auteur

2 Pour d'autres analyses voir: Jean-Luc Fagnart, "Information du patient et responsabilité du médecin", in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 51 et ss.; Isabelle Lutse, *Le Dossier du patient*, in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 99 et ss.; Yves-Henry Leleu, "La Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient", *Droit médical*, CUP, 05/2005, Vol. 79, pp. 7 et ss.; Patrick Henry, "A Propos du consentement libre et éclairé du patient", *Droit médical*, CUP, 05/2005, Vol. 79, pp. 161 et ss.; Etienne Hannosset, "Consentement éclairé: fondement, méconnaissance, conséquences", *Droit médical*, CUP, 05/2005, Vol. 79, pp. 227 et ss.; X, *Memento des droits du patient et responsabilité médicale, la loi du 22 août 2002, 2003 - 2004*, Kluwer; Gilles Genicot, *Droit médical et biomédical*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2010

3 Serment d'Hippocrate

4 Id.

5 G. Genicot, *Droit médical et biomédical*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2010, p. 112

## ■ Le médecin face au consentement du patient

Jean-Marc Van Gyseghem<sup>1,2</sup>, Avocat au barreau de Bruxelles et Directeur d'Unité de recherche au Centre de recherches Information, droit et société ([www.crids.eu](http://www.crids.eu)), Belgique

### Introduction

1. Le médecin est investi d'une mission fondamentale : soigner et améliorer l'état de santé de ses patients. N'a-t-il pas juré qu'il dirigera « *le régime des malades à leur avantage, suivant [ses] forces et [son] jugement,* »<sup>3</sup> et que « *dans quelque maison que [il] rentre, [il] y entrera pour l'utilité des malades* »<sup>4</sup>?

Cependant, la relation médecin-patient est tout sauf simple d'autant plus à l'heure actuelle où le patient s'intéresse à sa santé, remet en cause ce qu'on lui en dit et se renseigne de son côté même si l'outil utilisé – souvent l'Internet – n'est pas le plus éclairant pour lui.

Cette relation cache ce « *je t'aime, moi non plus* » qui la rend insaisissable. D'une part, le patient discute avec le médecin au sujet de la santé pour souvent s'en remettre à son expérience et, d'autre part, n'hésite pas à l'attaquer si son intervention n'a pas les effets espérés.

Le médecin est également un confident pour ses patients et doit pouvoir interpréter ce qu'ils lui disent. Mais avec quelles limites ?

2. La question qui nous préoccupe aujourd'hui est celle de savoir si un médecin peut, d'un point de vue légal, aller à l'encontre de la volonté de son patient. En d'autres termes, le médecin peut-il refuser de laisser mourir son patient qui ne souhaite pas recevoir de soins alors que des soins appropriés seraient efficaces ? Qu'en est-il également de patients mineurs dont les parents refusent certains soins par croyance religieuse ?

Le médecin peut être tenté, et cela a déjà été constaté, d'aller à l'encontre de la volonté de son patient et de procéder, malgré son refus, à une intervention médicale. Si l'intervention est un succès, le patient pourrait être reconnaissant à son médecin d'avoir outrepasser son refus. Tel ne sera pas le cas en cas d'échec. Mais qu'est-ce qu'un échec en médecine ? Le patient et le médecin en ont-ils la même définition ?

3. Notre analyse de la question s'effectuera au niveau de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient qui règle – ou tente de le faire – nombre de points de la relation patient-médecin.

L'attention du lecteur est attirée sur l'utilisation du terme « médecin » dans le présent article en lieu et place de celui de « praticien professionnel » utilisé dans la loi du 22 août 2002. Il s'agit d'un choix rédactionnel volontaire mais qui ne porte pas atteinte au contenu de la dite loi.

### Esprit de la loi du 22 août 2002

4. Il ressort de la lecture de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient qu'elle se place résolument dans une perspective d'autodétermination du patient en raffermissant « *les obligations du médecin envers son patient et rééquilibre leur relation* »<sup>5</sup>.

La mise en place d'une telle législation se met clairement dans une optique de protection d'un acteur que le législateur estime faible, à savoir le patient. Ainsi, la loi belge ne consacre qu'un seul ar-

ticle aux obligations du patient tandis que la majeure partie du texte met des obligations à charge des praticiens de la santé.

Les rédacteurs d'un projet de loi qui a précédé et inspiré la loi du 22 août 2002 ne débutaient-ils pas leurs développements en posant, comme préliminaires, que :

*«[La proposition de loi] vise à procurer au patient des instruments complémentaires lui permettant de préserver et de faire valoir ses droits, qu'il se trouve dans une relation contractuelle ou extracontractuelle.*

(...)

*Toutefois, afin de parvenir à ce que le patient puisse jouer un rôle plus actif et ne soit plus enfermé dans une relation de dépendance envers le praticien et l'établissement de soins, on propose de fixer un ensemble de droits, ce qui renforcera, d'une part, leur lisibilité et, d'autre part, leur applicabilité et leur exigibilité.»<sup>6</sup>*

L'article 5 de la loi n'est pas moins claire à ce sujet dès lors qu'il affirme clairement que *«Le patient a droit, de la part du médecin, à des prestations de qualité répondant à ses besoins et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite»<sup>7</sup>.*

Il n'en demeure pas moins que le patient se voit cependant imposer une obligation tenant principalement en un devoir de collaboration tel que cela est repris, de manière timide, à l'article 4 de la loi qui débute par les mots *«dans la mesure où le patient y apporte son concours»*.

Madame VERHAEGEN ne dit rien d'autre en relevant que :

*« on peut dégager une certaine «philosophie» dans laquelle celle-ci s'inscrit, rejoignant ainsi certaines «volontés» dégagées de la déclaration d'Amsterdam. Ladite philosophie consiste notamment à «réaffirmer» certains droits fondamentaux du patient en tant que «personne humaine», à mettre en évidence «l'autodétermination» du patient au regard de sa propre santé, voire à rappeler qu'il peut être «actif» en la matière et, peut-être le plus important, à insister – de manière indirecte certes – sur le dialogue et la logique de partenariat patient-praticien dans une relation que l'on qualifie parfois de relation «horizontale» ou de «non-paternaliste.»<sup>8</sup>*

5. Le patient détient donc une place centrale dans la loi et il faut avoir cela à l'esprit lorsque nous aborderons la question du consentement et de ses conséquences.

## Le consentement

6. Le consentement est *«le droit le plus fondamental du patient»<sup>9</sup>* et est une application du droit du patient à son autodétermination dès lors qu'on lui demande de se prononcer sur une intervention médicale le concernant. Ce caractère fondamental ne permet pas d'en méconnaître les conséquences.

Même si cela n'est pas l'objet du présent article, on ne peut oublier que le consentement doit être éclairé. Cela implique donc qu'il doit être précédé d'une information donnée dans un langage compréhensible par le patient. Cette intelligibilité, fondamentale dans l'information, se situe tant au niveau des termes que des concepts utilisés par le praticien de la santé.

Les auteurs du projet de loi mentionnent, à ce sujet, que :

**« Personne ne peut être contraint de subir une intervention médicale contre son gré, fût-ce au prix de sa vie, dont la personne est également maître. »**

6 Proposition de loi, Doc. Parl., Chambre des Représentants, session ordinaire n°50, 0390/001, p. 3

7 Nous soulignons.

8 N. Verhaegen, "la Loi relative aux droits du patient de 2002: bientôt 10 ans...", Revue de droit de la santé, 2011-2012, n°3, p. 163

9 G. Genicot, *op.cit.*, p.134

10 Projet de loi, Doc. Parl., Chambre des Représentants, session ordinaire n°50, 1642/001, p. 20

11 Id.

12 Cass. (1<sup>re</sup> ch.) RG C.98.0469.F, 14 décembre 2001 (M. / L. e.a.), Arr. Cass, 2001, liv. 10, 2200

13 Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-99, p. 139

14 Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, p. 127

*« en ce qui concerne la langue dans laquelle la communication avec le patient s'effectue, les règles de la législation linguistique sont d'application. Si nécessaire (y compris dans le cas d'un patient malentendant), le praticien professionnel doit faire appel à un interprète. »*<sup>10</sup>

Il ressort également des travaux préparatoires que *« le patient doit être informé de la nature de l'intervention : est-elle douloureuse ?, est-elle effectuée de manière invasive ? ... »*<sup>11</sup>

Une information doit aussi contenir l'indication des risques significatifs et des contre-indications ainsi que des effets secondaires liés à l'intervention projetée ainsi que du caractère d'urgence de cette intervention. Le médecin devra également signaler à son patient les conséquences de son refus ou de son retrait de consentement. Le patient doit également être informé du coût de l'intervention, c'est-à-dire de ses aspects financiers.

7. Dans le cadre du présent article, nous opérerons une différenciation entre un patient majeur et celui qui ne l'est pas. En effet, les titulaires du droit de consentir peuvent être différents selon que l'on soit dans une hypothèse ou une autre.

#### *Patient majeur capable*

##### *A. Principe*

8. Le consentement avait, bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, été érigé en condition nécessaire, sous réserve d'exception, pour permettre aux praticiens professionnels de violer l'intégrité physique du patient. Ainsi, la Cour de Cassation avait rappelé dans un arrêt du 14 décembre 2001 que *« la*

*liste d'un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique d'une personne, suppose le consentement de cette personne ; le consentement est de nature à ôter tout caractère culpeux à un acte relevant de l'art de guérir et poursuivant un but curatif et préventif d'ordre thérapeutique »*<sup>12</sup>.

La cour d'appel de Liège avait, dans un arrêt du 30 avril 1998, été encore plus claire à ce propos en considérant que :

*« L'obligation du médecin d'obtenir le consentement libre et éclairé du patient s'explique par celle d'un exercice effectif par le patient de son droit de libre disposition de son propre corps, par la bonne foi qui caractérise le déroulement de la relation thérapeutique et par le devoir d'accompagnement qu'assume le médecin vis-à-vis de son patient. »*

*Une intervention chirurgicale constitue un acte illégitime si le médecin n'a pas obtenu au préalable le consentement éclairé du patient. »*<sup>13</sup>

D'un point de vue pénal, le principe est donc clairement affirmé quant à la nécessité de recevoir le consentement de son patient avant d'entamer un acte relevant de l'art de guérir.

Le Professeur LELEU rappelle avec justesse que *« l'immunité pénale est cependant acquise si l'intervention respecte quatre conditions : le consentement éclairé du patient, la finalité thérapeutique, l'absence de disproportion entre les risques et les bénéfices escomptés de l'intervention et le respect des règles de l'art »*<sup>14</sup>.

9. Ce principe est réaffirmé par l'article 8 de la loi relative aux droits du patient qui prescrit, en son paragraphe 1, que :

*« Le patient a le droit de consentir librement à toute intervention du médecin moyennant information préalable. »*

*Ce consentement est donné expressément, sauf lorsque le médecin, après avoir informé suffisamment le patient, peut raisonnablement inférer du comportement de celui-ci qu'il consent à l'intervention.*

*A la demande du patient ou du médecin et avec l'accord du médecin ou du patient, le consentement est fixé par écrit et ajouté dans le dossier du patient.»*

Le principe est donc extrêmement clair quant au caractère indispensable du consentement du patient à l'intervention du médecin.

10. Ce consentement peut revêtir deux formes à savoir un consentement soit express soit implicite, ce dernier découlant du comportement du patient qui laisse apparaître un consentement de sa part à l'intervention projetée. Le consentement implicite doit s'entendre comme un consentement qui peut être déduit du comportement et non des propos du patient<sup>15</sup>.

En réalité, le législateur n'a pas souhaité donner une forme particulière au consentement tout en laissant la possibilité au patient ou au médecin de fixer ce consentement par écrit, écrit qui sera ajouté au dossier du patient. A noter que cette demande doit recevoir l'accord de l'autre partie, ce qui signifie que si la demande émane du médecin, il devra obtenir l'accord du patient et inversement si la demande émane de ce dernier.

Les auteurs de la loi ont expliqué l'importance de voir le consentement pouvoir être consigné par écrit et ajouté au dossier médical dans l'hypothèse où le patient n'aurait donné son consentement que sous certaines conditions. Ils souhaitaient également «limiter autant

que possible le recours croissant au formulaire de consentement»<sup>16</sup> aux motifs que ces formulaires «recèlent un risque de standardisation et d'uniformisation de la communication entre le médecin et le patient et pourraient aboutir à un système où tout le monde serait mis sur le même pied»<sup>17</sup>.

11. L'attention du lecteur est attirée sur le fait que ce consentement doit être donné par le patient et lui seul sous réserve d'exception légale que nous aborderons plus loin. Le professeur GENICOT ne dit rien d'autre en considérant que «toute personne est maître de son intégrité corporelle et a, et elle seule, le droit d'en disposer ; tout acte qui y porte atteinte suppose un accord de sa part mais doit par principe être délaissé à la sphère de son autonomie privée, sur laquelle la société n'a pas droit de regard, si et aussi longtemps que cet accord existe.»<sup>18</sup>

Cela signifie que le médecin doit s'assurer que ce consentement provient bien de son patient, qu'il l'aura donné de manière libre et éclairée.

Le paragraphe 2 de l'article 8 précise le type d'information nécessaire à ce consentement éclairé. Ainsi, ces informations «concernent l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires, risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières. Elles concernent en outre les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement, et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le médecin, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention».

Nous constatons donc que l'informa-

**« Le médecin peut-il outrepasser un refus du patient majeur capable ou mineur autonome ? La réponse est résolument négative. »**

15 Projet de loi, Doc. Parl., *Chambre des Représentants*, session ordinaire n°50, 1642/001, p. 25

16 Id.

17 id.

18 G. Genicot, *op cit.*, p. 133

19 Nous n'aborderons pas, dans le cadre de cet article, la question de l'information.

20 Anvers (1<sup>ère</sup> chambre), 10.11.2008, *Revue de droit médical*, 2011-2012, pp. 29 et suivantes avec le commentaire

tion et le consentement sont intimement liés tant en amont de la décision qu'au moment où le patient ferait part de son refus dès lors que le médecin a le devoir de l'informer des conséquences de sa décision.

12. En traitant du refus, il est intéressant de constater que la loi précise au paragraphe 4 de l'article 8 que :

*«Le patient a le droit de refuser ou de retirer son consentement, tel que visé au § 1<sup>er</sup>, pour une intervention.*

*A la demande du patient ou du médecin, le refus ou le retrait du consentement est fixé par écrit et ajouté dans le dossier du patient.*

*Le refus ou le retrait du consentement n'entraîne pas l'extinction du droit à des prestations de qualité, tel que visé à l'article 5, à l'égard du médecin.*

*Si, lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi, le patient a fait savoir par écrit qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du médecin, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est lui-même en mesure d'exercer ses droits lui-même.»*

Le consentement donné par le patient n'est pas, comme nous l'avons déjà vu, un élément acquis d'office mais fait suite à un dialogue entre le médecin et son patient ; le premier se devant d'informer<sup>19</sup> adéquatement le second. Ce n'est que suite à ce dialogue, à ce passage d'informations, que le patient pourra réellement se prononcer sur sa volonté de voir le médecin intervenir ou pas. Pour rappel, le médecin devra informer le patient des conséquences en cas de refus ; conséquences à la lumière desquelles le patient pourra analyser une

nouvelle fois la situation.

A noter cependant que le patient ne peut plus être considéré comme dénué de tout raisonnement. Ainsi, une patiente qui avait consulté plusieurs médecins pour un problème dorsal a reproché à celui qui a effectué l'intervention souhaitée de ne pas l'avoir informée des risques pertinents dont un s'est, malheureusement, réalisé. Or, la Cour d'appel d'Anvers a considéré qu'«étant donné que les autres médecins avaient refusé l'intervention visée, la patiente était en mesure de rendre un avis critique à propos de l'intervention envisagée et d'interpeller le médecin concerné à ce sujet si elle le souhaitait»<sup>20</sup>.

Le refus de consentir ne doit pas être motivé par le patient qui conserve ainsi toute sa liberté de choix. Ce refus n'est, par ailleurs, pas formalisé par la loi et peut donc être écrit ou oral à moins que ce ne soit un refus anticipé ainsi que nous le verrons plus loin. Nous aurions, cependant, tendance à conseiller au médecin de noter, avec précision, ce refus au dossier médical du patient afin d'éviter tout litige par après. A noter que cette mention est particulièrement importante dès lors que le refus d'intervention ou de traitement peut conduire au décès du patient (pensons au traitement du cancer), ce qui privera le médecin de son témoignage.

A noter que le médecin devra nécessairement s'effacer devant le refus exprimé par le patient, à défaut de quoi il violerait l'article 8 de la loi mais également le Code pénal dès lors que l'atteinte à l'intégrité physique du patient n'aura pas été couverte par son consentement. Bien évidemment, il en ira autrement si le médecin estime que son patient est

inapte à exercer ses droits comme nous le verrons plus loin. Mais attention, cette exception doit être interprétée très strictement.

Ce paragraphe 4 confirme également que le consentement donné par le patient n'est pas éternel, ce qui signifie que le patient peut le retirer à tout moment, sans devoir motiver sa décision, mais sans pour autant renoncer à des soins de qualité. L'illustration de ces propos est le cas d'un patient qui ne marque pas son consentement pour un traitement chimiothérapique ou qui le retire en cours de traitement. Cela ne l'empêchera pas de bénéficier, de la part du médecin, «de soins de qualité avec par exemple le bénéfice de soins palliatifs puisqu'il reste titulaire du droit à des prestations de qualité répondant à ses besoins, et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite»<sup>21</sup>. Cela n'empêchera cependant pas le médecin de l'aiguiller vers un confrère sans pour autant exercer de pression.

Les travaux préparatoires montrent à suffisance que le législateur a clairement exprimé le souci de ne pas voir une fin automatique des rapports juridiques entre le patient et le prestataire de soins en cas de refus ou retrait de consentement. Il faut en effet éviter qu'il ne soit mis fin à ces rapports par le prestataire de soins et que le patient soit abandonné à son sort.<sup>22</sup>

13. Le même paragraphe 4 de l'article 8 prévoit également le cas du refus anticipé en lui donnant une primauté à toute autre instruction que recevrait le médecin, et cela aussi longtemps que le patient lui-même ne l'aura pas «révoqué à un moment où il est lui-même en

mesure d'exercer ses droits lui-même»<sup>23</sup>. Cela revient à dire que le refus anticipé est d'égale importance par rapport à celui exprimé au moment-même ainsi que cela est repris dans les travaux préparatoires<sup>24</sup>.

L'on doit relever que le Conseil national de l'ordre des médecins s'est opposé à la valeur contraignante de ce refus anticipé :

*«Le Conseil national ne peut non plus accepter qu'un médecin soit obligé de respecter le refus écrit du consentement à une intervention déterminée, rédigé par le patient lorsqu'il était encore apte à apprécier raisonnablement ses intérêts. De tels refus ne sont qu'indicatifs et ne peuvent être contraignants. En revanche, le Conseil national estime que le dispensateur de soins doit sérieusement tenir compte à la fois de l'avis de la personne de confiance et d'une déclaration de volonté du patient par écrit.*

*Ces éléments peuvent même être décisifs en cas d'hésitation entre l'abstention ou l'intervention, mais il serait inadmissible de laisser mourir des personnes lorsqu'il y a de fortes chances qu'un traitement déterminé donne un bon résultat. Il est cependant indiqué, avant de prendre une décision dans de telles circonstances, que le médecin responsable demande l'avis d'un confrère et/ou de l'équipe multidisciplinaire traitante, et qu'il se consulte aussi avec la famille le cas échéant.»<sup>25</sup>*

Les auteurs de la loi n'ont cependant pas suivi cet avis et cela semble bien logique au regard du principe d'autodétermination du patient qui constitue le fil conducteur de la loi. En vertu de cela, la volonté du patient dépasse celle de tout autre lorsqu'il est en état d'exercer ses droits. Le Professeur GENICOT ajoute avec raison que «personne ne peut être

**« Le médecin doit être capable d'accepter un refus à un acte médical de la part de son patient au risque de se mettre en difficulté face à la loi avec des conséquences qui peuvent se révéler catastrophiques pour son avenir professionnel et son honneur. »**

21 Article 5 de la loi

22 Projet de loi, Doc. Parl., Chambre des Représentants, session ordinaire n°50, 1642/001

23 Article 8, §4, al. 4 de la loi

24 Projet de loi, Doc. Parl., Chambre des Représentants, session ordinaire n°50, 1642/001, p. 28

25 Id.; Conseil national de l'Ordre des médecins, "Avis du Conseil national sur l'avant-projet de loi relatif aux droits du patient", 16.02.2002, [www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/avis-du-conseil-national-sur-19627-avant-projet-de-loi-relatif-aux-droits-du-patient](http://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/avis-du-conseil-national-sur-19627-avant-projet-de-loi-relatif-aux-droits-du-patient)

*contraint de subir une intervention médicale contre son gré, fût-ce au prix de sa vie, dont la personne est également maître*<sup>26</sup>.

Contrairement au refus posé au moment-même, le refus anticipé est formalisé par la loi. En d'autres termes, la loi exige un écrit de la part du patient. Il ne s'agit donc pas d'un écrit le sens où on l'entendait dans les alinéas précédents de l'article 8 mais bien d'un écrit qui doit émaner du patient. Face à une telle requête du patient, le médecin devra s'assurer que, d'une part, le patient «était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi»<sup>27</sup> et, d'autre part, que l'écrit émane effectivement du patient. Cette double vérification est essentielle eu égard à la portée que la loi donne à ce refus anticipé. L'exigence d'un écrit est renforcé par l'article 15, §2 de la loi qui permet au médecin de déroger à la décision prise par le représentant s'il en va de «l'intérêt du patient et afin de prévenir toute menace pour sa vie ou toute atteinte grave à sa santé»<sup>28</sup> et doit le motiver dans le dossier médical du patient, comportement qui n'est pas accepté dans le cas d'un refus anticipé régulier. Cela démontre à suffisance que l'écrit émanant du patient constitue une condition de validité du refus anticipé.

Au-delà de ce formalisme, le refus anticipé doit être également assez précis pour permettre au médecin de pouvoir s'y appuyer. Un refus anticipé exprimé en des termes généraux ne pourra pas avoir la force légale donnée par la loi.

A défaut d'écrit du patient, le refus anticipé ne devra pas être, à suivre l'esprit de la loi, respecté dès lors qu'il ne deviendrait qu'un souhait avec toute l'imprécision que cela implique ; imprécision qui ne peut être acceptée dans le cadre

d'un refus anticipé. Le médecin pourra donc passer outre ce refus en «son âme et conscience». L'on relève que cette position est cohérente avec l'esprit de la loi dès que ses auteurs ont précisé que «*par définition, les souhaits du patient, qu'ils soient positifs (je souhaite le traitement en question) ou négatifs (je ne souhaite pas le traitement en question), n'ont aucun caractère contraignant*»<sup>29</sup>.

#### B. Exception

14. Nous avons analysé le consentement comme étant obligatoire avant d'entamer toute intervention médicale de quelque nature que ce soit.

Il existe cependant des exceptions à ce consentement préalable telle que l'urgence prévue par le paragraphe 5 de l'article 8 stipulant clairement que :

*«Lorsque, dans un cas d'urgence, il y a incertitude quant à l'existence ou non d'une volonté exprimée au préalable par le patient ou son représentant visé au chapitre IV, toute intervention nécessaire est pratiquée immédiatement par le médecin dans l'intérêt du patient. Le médecin en fait mention dans le dossier du patient visé à l'art. 9 et agit, dès que possible, conformément aux dispositions des paragraphes précédents.»*

L'on doit cependant lire cette disposition avec le dernier alinéa du paragraphe 4 de l'article 8 qui donne une prévalence au refus de consentir qui aurait été exprimé par le patient alors qu'il était encore capable d'exercer ses droits, ainsi que cela a été analysé ci-dessus. Le médecin devra ainsi s'incliner devant ce refus antérieur à l'état d'urgence rencontré, et ce, même si la vie du patient est en danger. Pour le surplus, nous renvoyons le lecteur à ce qui a été analysé

26 G. Genicot, *op cit.*, p. 139

27 Article 8, §4, al. 4 de la loi

28 Article 15, §2, al. 1 de la loi

29 Projet de loi, Doc. Parl., Chambre des Représentants, session ordinaire n°50, 1642/001, p. 28

ci-dessus.

15. Au-delà de ce principe, se pose cependant la question de l'extension d'opération en cours d'intervention chirurgicale.

C'est le cas, par exemple, d'un médecin qui, en cours d'intervention chirurgicale, se rend compte que l'état de santé du patient requiert un acte chirurgical complémentaire dans la foulée du premier. Le patient est, bien souvent, inconscient et il est matériellement impossible de prendre avis auprès de son représentant.

Le médecin doit manifestement prendre une décision, et ce, dans l'intérêt du patient. Il devra cependant procéder à un calcul de proportionnalité entre ne pas poursuivre l'intervention et la poursuivre en fonction de l'intérêt de son patient. En d'autres termes, il doit se prononcer sur le danger que génère un réveil puis une seconde anesthésie au regard de la nécessité de prolonger l'intervention dans l'intérêt du patient. Il devra opérer une balance d'intérêt entre l'extension de l'intervention et son arrêt. C'est le résultat de cette analyse qui poussera le médecin à choisir l'une ou l'autre des deux options qui s'ouvrent à lui sous réserve, bien entendu, d'un contrôle par le juge *a posteriori*.

Si, comme le fait justement remarqué le Professeur GENICOT<sup>30</sup>, les doctrine et jurisprudence tendent à refuser de considérer le consentement comme un blanc-seing à toute extension d'intervention, il n'en demeure pas moins que l'on doit maintenir un pouvoir d'appréciation dans le chef du médecin sans pour autant tomber dans un «paternalisme suranné»<sup>31</sup>. On peut également trouver une justification à travers l'ar-

ticle 422 bis du code pénal ou l'urgence ou encore la notion de consentement implicite du patient<sup>32</sup>.

### *Patient majeur incapable*

16. L'incapacité du majeur incapable doit être prise en compte dans l'analyse de la question du consentement. En effet, l'article 14, §1<sup>er</sup> de la loi prescrit que, aussi longtemps, que le patient n'est pas en mesure d'exercer lui-même les droits fixés par la loi, il est prévu qu'une personne, soit désignée par le patient lui-même soit par la loi, les exerce à sa place sous réserve de l'article 13 de la loi qui est analysé ci-dessous. Un tiers interviendra donc dans la relation patient-médecin au nom et pour le compte du patient. Les auteurs de la loi sont très clairs quant à la fonction de cette personne qu'il ne faut pas confondre avec la personne de confiance dont il est question dans les articles relatifs à l'information et à l'accès au dossier médical. En l'espèce, «il ne s'agit pas en l'occurrence d'une personne qui assiste le patient dans l'exercice de ses droits mais bien d'une personne qui exerce les droits du patient»<sup>33</sup>. L'évaluation de l'état d'incapacité du patient est à charge du médecin. Ainsi, «Le médecin évalue dans quelle mesure le patient est apte à exercer ses droits lui-même par le biais des contacts qu'il a avec lui. En d'autres termes, c'est le médecin, qui entretient des contacts journaliers avec le patient, qui évalue s'il est apte à exercer ses droits lui-même. En effet, c'est ce médecin qui a besoin entre autres d'une autorisation pour son intervention»<sup>34</sup>. Les auteurs de la loi précisent que «si le dit médecin a du mal à procéder à cette évaluation, il peut faire appel à la fonction de médiation»<sup>35</sup>. A notre sens, cette décision peut

30 G. Genicot, *op cit.*, pp. 148 et ss

31 Id., p. 148

32 Monsieur HENRY fait état dans son article intitulé "à propos du consentement libre et éclairé du patient" de deux courants doctrinal et jurisprudentiel. On ne peut qu'abonder dans son sens lorsqu'il critique le courant qui restreint la possibilité d'extension d'intervention à la seule situation d'urgence extrême (voir Patrick Henry, *A Propos du consentement libre et éclairé du patient*, Droit médical, CUP 05/2005, Vol. 79, pp. 161 et ss.). Cela implique donc que, dans de nombreux cas, le médecin devrait réveiller le patient lorsqu'il n'y a pas urgence extrême avec tous les risques que des anesthésies successives que cela comporte.

33 Projet de loi, Doc. Parl., Chambre des Représentants, session ordinaire n°50, 1642/001, p. 42

34 Id., p. 41

35 Id.

également être prise dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire tel que cela est prévu dans l'article 4 de la loi.

17. Dans le cadre du consentement et à condition que le patient soit dans l'incapacité d'exercer ses droits, le médecin s'adressera à la personne chargée de se substituer au patient pour recueillir son consentement à moins que le dossier contienne un refus anticipé<sup>36</sup>.

Soit le patient a désigné lui-même un mandataire et cette personne recevra l'information, soit le patient n'a désigné aucun mandataire et le médecin devra alors délivrer l'information à une des personnes reprises au paragraphe 2 de l'article 14 de la loi. Il s'agit d'un système de cascade mis en place par la loi.

Cela est cependant tempéré par l'article 15, §2 de la loi qui, pour rappel, permet au médecin de déroger à la décision prise par le représentant s'il en va de «l'intérêt du patient et afin de prévenir toute menace pour sa vie ou toute atteinte grave à sa santé» et doit le motiver dans le dossier médical du patient. A relever également que cette dérogation est possible par rapport au représentant désigné par le patient sur base de l'article 14, §1<sup>er</sup> de la loi «que pour autant que cette personne ne peut invoquer la volonté expresse du patient»<sup>37</sup>.

#### *Patient mineur*

18. Pour ce qui concerne le patient mineur, la loi rappelle, en son article 12, §1, que ses droits sont exercés par la personne (parents, tuteur) exerçant l'autorité sur lui. Ce premier paragraphe est une application des articles 372 et suivants du code civil<sup>38</sup>.

La complication vient de situations familiales de plus en plus fréquentes où

les parents sont séparés (de fait ou par divorce). Une telle situation n'implique pas une perte de l'autorité parentale de l'un ou l'autre des parents qui la conservent, dans la majorité des cas. Le médecin devrait donc recevoir le consentement des deux parents exerçant l'autorité parentale conjointement à chaque intervention médicale hors les exceptions vues ci-dessus. Cela peut cependant rapidement devenir un problème pour le médecin.

Il pourra alors s'appuyer sur l'article 374, §1<sup>er</sup>, al. 1 du Code civil qui prescrit que «lorsque les père et mère ne vivent pas ensemble, l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint et la présomption prévue à l'article 373, alinéa 2, s'applique». Or, l'article 373, al. 2 du Code civil prévoit qu'«à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un acte de cette autorité sous réserve des exceptions prévues par la loi». Ainsi que le souligne le Professeur GENICOT<sup>39</sup>, le médecin sera, dans la majorité des cas, un tiers de bonne foi ou sera, à tout le moins, présumé l'être. Si, par contre, il a connaissance de divergences ou de conflits entre les parents détenteurs de l'autorité parentale, il devra se montrer particulièrement prudent et s'assurer que les deux parents marquent leur consentement pour l'intervention médicale envisagée sous réserve des exceptions au consentement prévues par la loi et qui s'appliquent le cas échéant en l'espèce.

A noter, pour rappel, que l'article 15 de la loi permet au médecin de passer outre la décision prise par les parents du mineur «dans l'intérêt du patient et afin de prévenir toute menace pour sa vie ou toute

36 Voir ci-dessus

37 Art. 15, §2 de la loi

38 "Art. 372. L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

Art. 373. Lorsqu'ils vivent ensemble, les père et mère exercent conjointement leur autorité sur la personne de l'enfant.

A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un acte de cette autorité sous réserve des exceptions prévues par la loi.

A défaut d'accord, le père ou la mère peut saisir le tribunal de la jeunesse.

Le tribunal peut autoriser le père ou la mère à agir seul pour un ou plusieurs actes déterminés."

39 G. Genicot, *op cit.*, pp. 192

atteinte grave à sa santé» en ajoutant une motivation écrite dans le dossier du patient. Les auteurs de la loi ont précisé que «cette obligation s'inscrit dans le cadre de l'obligation, pour le prestataire de soins, de dispenser des soins. A cet égard, on pense, par exemple, au cas où les parents refusent, pour des raisons religieuses, que leur enfant subisse une transfusion sanguine ou une transplantation»<sup>40</sup>.

19. L'article 12, §2 de la loi atténue cette représentation en prévoyant une collaboration du mineur à l'exercice de ses droits suivant son âge et sa maturité. Cette collaboration laissera même place à une autonomie du patient dans l'exercice de ses droits s'il est considéré comme «apte à apprécier raisonnablement ses intérêts». Il appartient au médecin, en l'absence de toute limite d'âge fixée par la loi, d'évaluer si le mineur est apte à apprécier raisonnablement ses intérêts. En ce cas, «Le mineur exerce ses droits (individuels) en matière de santé sans l'intervention de ses parents ou, le cas échéant, de son tuteur»<sup>41</sup>.

Cette autonomie a un impact direct sur la relation entre les parents du mineur et le médecin car ce dernier sera nécessairement soumis au secret professionnel. Cela se déduit du fait que cette autonomie s'applique à tous ses droits dérivés de la loi, en ce compris le consentement.

#### *Patient majeur sous statut de minorité prolongée ou d'interdiction*

20. L'article 13 de la loi prévoit un exercice des droits du patient majeur sous statut de minorité prolongée ou d'interdiction aux parents ou tuteur avec une possibilité d'association à cet exercice dans son chef.

A noter qu'il ne pourra jamais bénéficier d'une autonomie tel que cela est prévu pour le mineur.

## **Liberté de conscience ou clause de conscience**

21. Si la loi a placé le patient au centre de ses préoccupations, il ne faut cependant pas masquer la personne du médecin avec ses différentes dimensions culturelle, religieuse, etc.

Le médecin peut être confronté à une demande qui soit contraire à ses convictions. Cette situation n'est pas rare et ne peut pas être éludée. Imaginons le médecin confronté à un refus de transfusion sanguine qui est pourtant vitale pour un patient majeur et capable ; refus qui va à l'encontre de ses propres convictions.

22. L'Ordre des médecins a considéré, dans un avis du 08 octobre 1983, que :

*«Tant la jurisprudence que la déontologie médicale établissent clairement que le médecin doit respecter la volonté libre et consciente d'un adulte qui jouit de sa capacité juridique même si elle peut aboutir au décès de l'adulte. Les conceptions de notre société au sujet du respect des droits de l'homme obligent le médecin à cette attitude.*

*Il est essentiel que le médecin, au cours d'un entretien personnel, fournisse lui-même toutes les informations nécessaires sur la nature de l'acte médical, la nécessité (éventuelle) de transfusions sanguines, et les conséquences (éventuelles) de l'abstention.*

*Lorsque le médecin ne parvient pas à convaincre le patient, il doit, en tenant compte de la volonté de celui-ci, décider en conscience de l'opportunité de l'acte médical. S'il estime que l'acte médical sans transfusion sanguine comporte un risque*

40 Projet de loi, Doc. Parl., Chambre des Représentants, session ordinaire n°50, 1642/001, p. 46

41 Id., p. 40 ; voir également à ce sujet Jean-Luc Fagnart, "Information du patient et responsabilité du médecin", in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 78, n° 60

*très grand, il peut renoncer à cet acte.*

*Dans les deux cas, il est recommandé que l'intéressé signe une déclaration précisant qu'en possession de toutes les informations nécessaires, il refuse toute transfusion sanguine.*<sup>42</sup>

Dans un avis du 12 mai 2007, il a décidé que :

*« dans des circonstances exceptionnelles, le médecin urgentiste peut refuser de poursuivre la dispensation de soins à un patient après s'être assuré qu'il n'a pas affaire à une pathologie extrêmement urgente. Dans ces situations, il y a lieu d'agir en honneur et conscience et de tenir compte du contexte global. Il va sans dire que le médecin urgentiste doit respecter les exigences contenues dans les articles 6 et 28 du Code de déontologie médicale. Cela signifie que le médecin doit se concerter avec le patient, et le cas échéant, avec les proches de celui-ci, qu'il doit veiller à la continuité des soins et fournir toutes les informations utiles au médecin qui lui succède. Cela signifie aussi que le médecin urgentiste doit prendre un certain nombre d'initiatives et garantir la prise en charge, les soins et le traitement ultérieurs. Le médecin traitant doit de toute manière être informé. Dans un certain nombre de cas, il devra être fait appel au service social de l'hôpital.»*

Le Conseil national de l'Ordre des médecins insiste donc sur cette liberté de conscience qui doit être exercée avec le respect de la continuité des soins. Le patient ne peut être laissé à lui-même suite à une incompatibilité de vues avec son médecin.

23. Pour ce qui concerne la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, nous trouvons une trace de cette liberté de conscience dans l'article 8, §4, al. 2 qui précise que *«le refus ou le retrait du consentement n'entraîne pas l'extinction du droit à*

*des prestations de qualité, tel que visé à l'article 5, à l'égard du praticien professionnel.»*

Les travaux préparatoires ne sont guère éclairants sur ce point dès lors qu'ils se bornent à expliquer que :

*«Le refus (actuel ou antérieur) ou le retrait du consentement n'entraîne pas automatiquement la fin des rapports juridiques entre le patient et le praticien professionnel (alinéa 3). Les rapports juridiques étant maintenus, le patient peut toujours invoquer son droit à une prestation de services de qualité. Le praticien professionnel ne peut décider de mettre fin à ces rapports juridiques et abandonner le patient à son sort. Il devra proposer au patient une intervention alternative ou un transfert que le patient puisse approuver, sans toutefois exercer des pressions sur lui.»<sup>43</sup>*

Il est dommage que le législateur laisse un tel flou sur cette problématique qui fait pourtant partie de la pratique médicale. Qu'entend-t-il par *«proposer (...) un transfert que le patient puisse approuver, sans toutefois exercer des pressions sur lui»<sup>44</sup>?*

Le Professeur LELEU considère qu'*«en tout état de cause, le médecin conserve la liberté de refuser d'entreprendre ou de poursuivre un traitement inutile, ou d'agir contre sa conscience. Dans ce dernier cas, et surtout lorsqu'il y a urgence, le médecin orientera le patient vers un autre praticien professionnel»<sup>45</sup>.*

Si la liberté de conscience n'est pas niée, son exercice devra s'entourer de certaines sécurités comme la garantie de soins de qualité prodigués aux patients et son orientation vers un autre praticien. Même si le législateur n'explique pas les mots *«sans pression»*, il faut les comprendre comme n'autorisant pas le médecin à entreprendre des manœuvres qui annihileraient le libre arbitre du patient.

42 [www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/remoins-de-jehovah-2](http://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/remoins-de-jehovah-2)

43 Projet de loi, Doc. Parl., Chambre des Représentants, session ordinaire n°50, 1642/001, p. 46

44 Nous soulignons.

45 P.-Y. Leleu, "La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient", J.T., 2003, p. 649

A noter, pour rappel, que les infirmier(e)s sont également soumis(es) à la loi.

24. Pour ce qui est des mineurs et des majeurs incapables, l'article 15, §2 de la loi trouve à s'appliquer et nous pourrions considérer que ce pourrait être une sorte d'expression de la liberté de conscience mais relative dès lors qu'elle doit tenir compte de l'intérêt du patient. Mais, dans son analyse de l'intérêt du patient, le médecin ne fait-il pas intervenir sa conscience ? La réponse est affirmative, raison pour laquelle nous avons tendance à considérer que nous sommes en présence de l'expression d'une relative liberté de conscience.

25. Nous devons rappeler que, au-delà de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, certaines législations particulières prévoient explicitement la clause de conscience. Ainsi en va-t-il de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en son article 14, l'article 350, 5° du Code pénal relatif à l'avortement et la loi du 06 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes en son article 5 (au profit des centres de fécondation).

## Conclusions

26. Au cours de la présente contribution axée uniquement sur la question du consentement à un acte médical, nous avons vu que ce consentement est primordial et que le médecin ne peut en faire l'économie sous réserve d'exceptions qui doivent être interprétées de manière stricte, restrictive.

Le dialogue entre le médecin et son patient est un élément générateur de la prise d'une décision dans l'intérêt du patient tandis que l'absence d'un tel dialogue est source de conflits et de perte de confiance

qui est indispensable à un bon suivi thérapeutique.

27. Pour en revenir à une des hypothèses avancées en termes d'introduction, le médecin peut-il outrepasser un refus (c'est souvent l'hypothèse rencontrée) du patient majeur capable ou mineur autonome à une intervention médicale en tablant sur un succès de l'intervention et une reconnaissance du patient *a posteriori* ? La réponse est résolument négative sous réserve des exceptions légales. Même si le médecin a l'intime conviction que l'intervention ne peut qu'être bénéfique pour le patient, il doit respecter sa décision à condition que le refus soit suffisamment clair et précis. La liberté (ou clause) de conscience ne permet pas de passer outre un refus exprimé par le patient.

Le médecin doit être capable d'accepter un refus à un acte médical de la part de son patient au risque de se mettre en difficulté face à la loi avec des conséquences qui peuvent se révéler catastrophiques pour son avenir professionnel et son honneur. Le médecin n'est jamais à l'abri d'une sanction pénale ou disciplinaire.

28. Le monde médical a quitté l'ère du paternalisme pour celle du dialogue et de l'autodétermination du patient. La conséquence de cette autodétermination est l'acceptation de la décision par le médecin mais également par le patient lui-même. S'il estime, après avoir reçu l'information nécessaire pour prendre une décision éclairée, pouvoir accepter ou refuser une intervention médicale, il devra en accepter les risques hormis toute faute du médecin bien entendu.

En effet, le patient ne peut vouloir, et on prie le lecteur pour la trivialité de l'expression, le «*beurre, l'argent du beurre et la sourire de la crémière*».