

Les protecteurs naturels.

Le droit des passants et du hasard.

Gérard Mémeteau

Professeur émérite à la Faculté de Droit
de Poitiers

Novembre 2021

Assez peu fréquente est, du moins dans les termes classiques et consacrés, l'invocation de la théorie des protecteurs naturels du malade, même si des auteurs en rappellent actuellement l'importance (1), ou, plutôt, la méconnaissance. Si, par exemple, on relit les nombreuses décisions rendues dans la tragique « affaire Vincent Lambert », on sent bien qu'elle était quelquefois sous-jacente aux débats, aux interventions des parties s'affrontant au lit du patient, mais sans être clairement avancée, invoquée, à deviner (v. infra).

Si on lit les textes dits de bioéthique, ou ceux essayant de vêtir une « gestion » (sic) de la crise du Covid 19, c'est « la famille », ce sont « les proches » qui sont convoqués (v. par ex. art. L. 1241-3, L. 1131-1, L. 1130-4 CSP, 16-10 C. Civil). On avait déjà les articles L. 1110-5, L. 1111-4, L. 1110-5-3, L. 1111-12 CSP ... Il n'y a pas de « protecteurs ».

Ils résident ailleurs, sur les pages de la doctrine (2), même si Kornprobst (3) ne semble pas – sauf erreur – les nommer. Plus tard, Jean Carbonnier citera, rapidement, « ceux qui ont mission de la protéger » (le malade) (4). Ils seront retenus par la jurisprudence, même rarement (5).

Ce n'est pas écrire qu'avant leur arrivée dans le droit, les malades, surtout incapables d'exprimer leurs choix médicaux, étaient livrés à leur sort, et solitaires. Le droit du secours en urgence et péril, le droit des incapacités, plaçaient à leurs côtés des intervenants aptes à prendre des décisions utiles.

Faut-il rappeler la loi du 3 janvier 1968 – peu citée – conjuguant les forces du médecin et du représentant civil ? (6) Peut-on croire que, hors-régime d'incapacité déclarée, ne jouent pas des assistances voire représentations empiriques, coutumières, au sein des familles et des voisinages ? (7) Ce n'est pas forcément le contrat d'assistance ; ce peut l'être quand l'assisté est conscient. Un pouvoir de décision thérapeutique pour autrui va se dégager de cet empirisme ; les tribunaux vont bâtir – c'est leur office – un droit nouveau, nouveau parce que clarifié, donc utilisable.

Mais ce sera un droit de mise en œuvre délicate : Qui est « protecteur naturel » ? A quelles autres autorités se heurtera-t-il ?

I. L'émergence du droit

La jurisprudence a amplement créé le droit médical depuis le dix-neuvième siècle. En vérité, après des jugements et arrêts fondateurs, tout était dit, même si l'on doit s'incliner devant des lois complétant l'édifice, ou déplorer des textes le déconstruisant (lois dites de bioéthique). Mais au moins peut-on découvrir le droit des protecteurs naturels dans des jugements et arrêts.

A) La révélation.

Premièrement, une jeune femme est soignée en 1949 dans un service de neuropsychiatrie. Les traitements sont dommageables, après avoir été appliqués sans « nécessité impérieuse » ni information sur leurs risques. Le tribunal (8) procède à une lecture de « la documentation technique » produite par l'intéressée, estime que l'on pourrait reprocher au médecin une application sans nécessité d'un traitement dangereux (« en de très rares éventualités »), mais que la thérapeutique « énergique » était justifiée. Et il ajoute :

« Mais attendu que le médecin doit avant de pratiquer une intervention sur son client, l'avertir des risques particuliers qu'elle comporte et s'assurer de son consentement, une obligation trop rigoureuse à cet égard serait de nature à contrarier et à paralyser, au préjudice même du malade, l'initiative et l'activité du praticien ; qu'une telle exigence ne s'impose que s'il y a lieu de redouter des conséquences dangereuses, fréquentes et normalement prévisibles tenant à la nature du traitement ou de l'opération envisagée ; qu'au contraire, en la présente espèce, il ne saurait être fait grief au docteur Bourrat d'avoir, dans sa spécialité, appliqué une thérapeutique d'usage courant et habituellement inoffensive, sans avoir préalablement fait connaître à sa malade qu'il pouvait en résulter en de rares éventualités des accidents pratiquement imprévisibles. »

La brève note de la rédaction ajoute pour sa part l'avertissement de la famille (9), mais ceci n'est pas dans le jugement bien que l'état de la patiente eût pu suggérer cette précision.

Deuxièmement, sur appel, la Cour de Lyon statue le 17 novembre 1952 (10). C'est dans son arrêt qu'apparaissent les protecteurs naturels.

« Attendu, en droit, qu'avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une opération chirurgicale, le médecin est tenu, hors le cas de nécessité, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade, ou, dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels ; que cette obligation a pour corollaire celle de renseigner le malade sur les risques que comportent le traitement ou l'opération conseillés, et que le médecin n'est dispensé de signaler que ceux dont la réalisation est si improbable qu'ils peuvent être négligés. »

Ainsi, le médecin devait-il informer la mère de la malade, que, d'ailleurs, elle accompagnait. Sans sa note substantielle, P. Gervésie se contente là d'une allusion, s'il étudie la part de décision autonome du médecin dans l'urgence.

Troisièmement, par arrêt du 8 novembre 1955 (11), la Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve donc l'entier raisonnement de la Cour d'appel, qu'elle s'approprie.

On observe que le Code de déontologie médicale du 28 novembre 1955 habilite le médecin à donner des soins en cas d'urgence et d'impossibilité de joindre un « représentant légal » (art. 32). Il ne retient pas des tiers, proches ou parents (sic Code du 27 juin 1947, art. 25). Ces codes s'appliquent au traitement des incapables « de droit » (sic. art. 43 du Code du 28 juin 1979). Ce n'est que le code du 6 septembre 1995 (art. 36) qui fait appel aux « proches ». L'arrêt de 1955 n'est donc pas immédiatement soutenu par le Code de déontologie.

Puis, la théorie reviendra parfois en doctrine et en jurisprudence, mais assez peu souvent cependant. Au 1^{er} octobre 2021, la banque de données Lexis 360 présente quatorze références. Le Doyen Jean-Marie Auby, commentant la loi du 20 décembre 1988 au JCP de 1989, y lit un rôle des protecteurs, en cas d'urgence (v. actuel art. L.1122-1-3 CSP), et, dans son manuel *Thémis de droit de la santé* (PUF 1981, p. 319), reconnaît le rôle des « membres de la famille » en cas d'incapacité de fait. Mme Brusorio-Aillaud cite la jurisprudence (12). M. Mistretta la devine. Il nomme les proches du sujet, « au titre de ce que la jurisprudence de l'époque qualifiait de protecteurs naturels du malade » (13). Ch. Byk va jusqu'à saluer la revivification de la théorie par la loi du 4 mars 2002 (14). On ajoutera une note au JCP 1989, 21222 (ss. Cons. Etat 29 janvier 1988, « Labidi »), et deux ordonnances du juge des référés du TGI de Paris, des 6 et 19 mai 1987 (15). Les protecteurs naturels – à savoir lesquels – se trouvent ainsi installés dans le droit, mais à quel titre l'occupent-ils ?

La meilleure doctrine s'est interrogée en s'aidant des outils du droit civil (16), ce qui la conduisait à refuser le contrat entre le patient incapable de fait, et l'intervenant, puisque le sujet assisté est hors d'état d'accepter l'offre émise par le protecteur. Ce n'est pas écarter,

en revanche, le contrat entre le protecteur et le médecin. Certes, la stipulation pour autrui viendrait à l'esprit, mais Mademoiselle Girer objecte l'atteinte potentielle au corps humain (du malade). A la vérité, toute convention de soins comporte ce risque, quel que soit le contractant, et le bon Samaritain intervient en vue de la sauvegarde de ce corps. Les ambiguïtés des missions de la personne de confiance affaiblissent, du reste, la critique ... L'auteur écarte la stipulation lorsque les soins sont demandés à un hôpital public.

Quant au mandat (17) il supposerait l'aptitude du mandant actuellement, ce qui est incompatible avec l'appel au protecteur intervenant en cas d'impossibilité de fait d'émettre ce consentement. Subsiste la gestion d'affaires, mais elle ne couvrirait pas les interventions extrapatrimoniales (Girer, n°349). Si des actes d'assistance peuvent entrer dans le champ de la gestion d'affaires (18), l'hésitation naît de la spontanéité de la gestion (art. 1372 ancien, 1301 actuel C. civil). Or, la loi impose de secourir le tiers en péril, situation de nombre des assistés, « gérés », et la gestion ne serait que la soumission à cette obligation légale pénalement sanctionnée. En outre, l'obligation de persévérer, même en attendant les héritiers (art. 1301-1 C. civil) dissuaderait d'emprunter cette piste. L'intervention cesse à l'arrivée des secours utiles qui prennent le relais.

D'autres auteurs ont vu simplement un droit non écrit né en contradiction avec la lettre de la loi (19), « une sorte de droit naturel établi en équité » (20). C'est dire l'imprécision de l'explication doctrinale. A-t-on vraiment besoin de celle-ci ? Un droit prétorien consacrant des usages s'est édifié devant la nécessité et l'urgence.

« Remedies precede law » dit-on en Common Law.

De plus, le mandat ne couvre pas les actes réservés à la personne. Du moins, est-ce affirmé avant que n'apparaisse le mandat de protection future (cf. infra) ouvrant une brèche dans cette prohibition. On peut imaginer le choix par le futur malade, prévoyant, de son protecteur naturel, par un mouvement de confiance (si le mandataire en est informé). Il ne s'agit pas alors de pré-décider des actes thérapeutiques par hypothèse inconnue, ne pouvant être deviné, ce qui serait contraire au principe du consentement actuel (17-1). Il s'agit seulement de choisir qui décidera dans les circonstances d'urgence et d'inaptitude, par préférence, et partagera les secrets du malade. Il reste vrai que c'est déléguer un pouvoir sur le corps, et les objections présentées conservent leur force (17-2). Il est vrai aussi qu'un autre « protecteur » peut être choisi in futurum. C'est la personne de confiance (art. L. 1111-6 CSP), mais elle n'est, théoriquement, qu'un témoin ou un accompagnant ou assistant (38).

Ainsi s'est établi le droit hors représentation légale, judiciaire ou contractuelle de décider de faire donner à autrui des soins médicaux. En s'inspirant des termes retenus par le Conseil d'Etat en droit des refus de soins, on pourrait peut-être évoquer la notion de soins indispensables à la survie et proportionnés à l'état du bénéficiaire (21). Bien entendu,

l'intention doit être altruiste, même si l'état de la victime est imputable à un acte de l'intervenant (responsable repentant !). Ceci suggère des réserves.

B) Les réserves.

Dans le cadre d'un droit souple – dont on parlait peu en 1955 – s'étant imposé en droit du Covid 19 (22), s'est développée l'invocation du rôle des « proches » des malades ou suspects de l'être, sans que ce rôle fût clairement défini.

Premièrement, nombre de malades inconscients ou simplement inaptes à exprimer une volonté thérapeutique sont placés sous un régime organisé de protection : autorité parentale (à nouveau entamée par la loi 2021-1040 du 5 août 2021, art. I-H dérogeant à l'article 371-1 C. civil – et non 372), tutelle à la personne, habilitation familiale (art. 494-6 C. civil). S'offre aussi le trop peu connu « mandat de protection future » (art. 477 C. civil) accordant au mandataire, donc choisi par le mandant, une mission de soins in futurum. On pourrait le comparer aux « directives anticipées », à ceci près que les soins futurs ne sont pas définis.

Ainsi peut-on lire :

« - Sur la personne :

Le mandat s'étend à la protection de la personne bénéficiaire.

Les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 et suivants du Code civil.

« Le mandataire veillera sur la personne du mandant, selon les modalités adaptées à son état physique ainsi qu'à son discernement, tant en le protégeant qu'en s'assurant du respect de son intimité, de son cadre de vie, et du suivi de ses relations habituelles avec les tiers, parent ou non, lui permettant de les visiter ou de les héberger temporairement. Il en ira de même pour le maintien de la vie sociale du mandant, associative ou autre, tant que son état le permettra.

« Le mandataire veillera à ce que le mandant reçoive, en cas de maladie, des soins médicaux et pharmaceutiques appropriés selon un protocole reconnu, le mandant lui donnant pouvoir de s'opposer à tout acte de recherche impliquant un acte médical évidemment inutile et sans effet thérapeutique.

« Le mandataire bénéficiera en outre des droits attachés à la notion de personne de confiance visée à l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique, notamment d'être consulté et informé par les professionnels de santé et de pouvoir prétendre, le cas échéant, au congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie. »

Lorsque ces mesures sont prises, point n'est besoin de protecteur supplémentaire, même si les Codes civil et de la santé publique sont mal harmonisés (v. art. 459-1 C. civil, L. 1111-4 CSP), et l'article 459 du Code civil énonce les pouvoirs de ces tiers,

particulièrement en cas d'urgence. On pourrait imaginer un refus de ces « protecteurs » légaux de faire dispenser des soins nécessaires, mais l'assistance éducative d'une part (art. 375 C. civil), la subrogation tutélaire, d'autre part (art. 454 C. civil), permettent de limiter les effets de cette négligence ou de ce mauvais vouloir. On peut aussi envisager l'impossibilité de joindre les intéressés (23). On est d'ailleurs d'accord sur le pouvoir du médecin d'intervenir de son propre chef en cas d'urgence et d'absence de tout proche ou protecteur (24).

Des institutions scolaires avaient naguère inventé d'étranges formulaires destinés aux parents. Ils prétendaient autoriser l'école à faire soigner l'enfant en cas d'urgence et d'impossibilité de joindre les parents. C'était surabondant devant l'urgence, et insuffisant si la famille était joignable (25).

Deuxièmement, ce qui apparait est le caractère subsidiaire de l'intervention des protecteurs naturels, mais aussi leur mission : ils décident pour autrui.

D'abord, « pour autrui » signifie en faveur d'un tiers qui ne les a pas choisis, ni ne pouvait le faire et pour lequel nul ne se présentait. Osera-t-on écrire qu'il y a dans leur intervention une part de hasard ? Ils sont reconnus protecteurs parce qu'ils sont là, témoins involontaires de la maladie dans la solitude.

Ensuite, cela signifie que, dans un premier temps, ils décideront de l'appel au secours les plus proches, donc de la prise en charge du malade. Dans un second temps, et s'ils restent présents, ils consentiront aux soins urgents, et non à des soins étalés dans le temps. Ce sera alors qu'un contrat médical se nouera entre l'intervenant et le médecin (libéral) acceptant de dispenser ses soins, contrat conclu pour autrui. Il y a une relation juridique triangulaire.

Pour ce, les proches enfin joints, le patient recouvrant son aptitude et ratifiant le premier choix effectué pour lui, auront le pouvoir de décision. Ce qui paraît justifier la théorie des protecteurs naturels est d'avoir un sujet habile à prendre les premières décisions, à émettre les premiers consentements. Ceci renforce, ou confirme la nécessité du consentement à tout acte médical.

Mais, ce que René Savatier appelait une « tutelle de fait » (26) souffre de n'être pas organisée. Par nature, elle dépend de l'évènement qui la fait venir à la réalité. Sans hasard ou perturbation des mécanismes normaux d'expression de l'assentiment à l'acte thérapeutique, elle demeure virtuelle, tout comme l'équité dont la pare la doctrine (27). La nature propre de l'équité, écrit Aristote (28), consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante en raison de son caractère général. Tel est le cas, ce qui dispense d'une loi plus précise, même si l'article L. 1111-4 CSP est intervenu : le législateur lui-même, toujours selon Aristote, eût introduit des précisions dans la loi. L'équité a précédé son geste, et, sans sacrifier au mythe jurisprudentiel, a été portée par la jurisprudence (29). Dont c'est l'office ! Et la doctrine a relayé, fait connaître, expliqué. Elle aussi est créatrice de Droit, ce que confirme le Droit médical.

II. La mise en œuvre

Un principe à lui seul satisfait de la Doctrine, mais, à côté des satisfactions esthétiques qu'il procure (parlez de principes, cela fait bien, disait Talleyrand), il soutient et justifie son action. Elle l'applique en rencontrant souvent des difficultés. Il semble y en avoir ici deux principales.

A) Découvrir les protecteurs naturels.

Premièrement, l'arrêt du 17 novembre 1952 livre l'impression d'une liste exhaustive des protecteurs possibles, investis de leur pouvoir par la loi ou par des « liens de parenté ».

Donc, d'un côté le titulaire de l'autorité parentale et le tuteur, de l'autre les membres de la famille. Mais déjà, rien n'est simple.

Jadis, lorsque le mari était le chef de famille (art. 310 ancien C. civil), il consentait aux interventions médicales graves sur sa femme (30). Mais Rykmans et Meert van de Put (31) font état d'une controverse et renvoient plutôt au devoir d'assistance entre époux (art. 212 C. civil). La Cour Supérieure du Québec est plus nuancée : « une femme mariée peut sans autorisation, prendre les moyens nécessaires pour sauvegarder sa vie » (32). Il en subsiste peut-être une priorité accordée au conjoint dans ce choix, le PACS pouvant en profiter par identité de motifs (art. 515-4 §1 C. civil), et le concubinage (stable ?) également. La parenté peut se découvrir dans la vocation successorale (et le conjoint en profite virtuellement, art. 756 et s. C. civil), et l'article 734 du Code civil suggère des choix, à supposer que dans l'action urgente le médecin puisse aller chercher les titres de l'intervenant ! La « parenté » est légale. La famille, cette potentielle personne morale, est plus imprécise et dépasse le cercle de la parenté, sans limites précises : les « parents » plus d'autres ! Il n'y a pas de titre « de la famille » dans le Code civil, mais le mot s'y rencontre (ex : articles 213, 215, 217, 310 6-2, 16-10, ... C. civil). Et des traités de droit de la famille, un Juge aux affaires familiales, et un Code de la famille et de l'aide sociale ! Il ya une réalité.

Le droit médical la reconnaît (art. L. 1122-1-1 CSA, L. 1122, 1, 3, L. 1122-2, L. 1131-1-1, L. 1131-1-2, L. 1135 entres autres ; R. 4127-36, R. 4127-37-1, R. 4127-37-2 encore !). La famille naît de liens de droit, elle s'accroche au Droit. Elle fournit de possibles protecteurs « naturels ».

Mais, souvent aussi l'on nomme les « proches », habitant le Code de la santé publique, souvent à-côté de la famille ce dont témoignent, par exemple, les articles R. 4127-36, R. 4127-37-1 précités. Ici, règne l'imprécision. Qui est « proche » ? Le voisin, l'ami, qui naguère pouvaient informer le juge des tutelles des cas appelant protection, voire venir au Conseil de famille, dans la constitution duquel figurent de précieuses suggestions.

L'article 456 du Code civil retient en effet les relations habituelles (du majeur), « l'intérêt » porté à son égard, ce qui renvoie assez bien l'écho de l'arrêt lyonnais de 1952. Les gens qui connaissent le malade et s'intéressent à lui, la formule du Code civile est heureuse.

Tous ces bataillons sont en réserve de la protection du malade, dont ils constituent « l'entourage » (art. R. 4127-38, R. 4127-34 CSP), entretenant avec le malade « des liens étroits et stables » (sic. art. L. 1122-2-II CSP, recherches impliquant la personne humaine).

Deuxièmement, si nombreux soient ces proches, avec le risque de leurs interventions désordonnées, nul n'a de titre préférentiel, sinon dans la pratique le conjoint non séparé. Les descendants directs sans doute ... Le plus qualifié est peut-être celui qui se présente, et peut même être un tiers absolu (automobiliste de passage). Le médecin appréciera, écrivent les auteurs du « Traité de droit médical », « avec tact », selon les circonstances, et on ne saurait lui reprocher un choix de bonne foi, même si nous constaterons des situations conflictuelles appelant prudence, voire appel au juge (33). Et il appréciera d'abord la crédibilité de l'intervenant, avant de lui demander son titre. Hypothèse de romans policiers !

La famille est, certes privilégiée, avec ses hiérarchies internes. Le législateur lui fait appel sans rigueur lorsqu'il entend « gérer » la crise du Covid et pallier les consentements défaillants des personnes à vacciner (34), sans avoir égard aux régimes d'incapacité des majeurs. On a aussi renvoyé vers la « personne de confiance » qui ne dispose pas d'un pouvoir de décision sauf exception (art. L. 1122-1-3 CSP, recherches en état d'urgence ; art. L. 1122-2-II). Hors de la famille, nous envisageons tous les tiers ... présents au bon moment ! Et peuvent d'autant plus être éligibles des « tiers » que le droit de la fin de vie leur accorde un pouvoir de recours contre la décision médicale, imposé par le CEDH et le conseil constitutionnel (recours effectif).

Ne revenons que vers le voisin (35), ami aussi bien qu'ennemi, sans présomption irréfragable de sympathie, mais en situation de voir (la servitude de vue), de « bouliter » (patois poitevin), de s'inquiéter et d'alerter. M. et Mme Pousson se montrent un peu sceptiques (36). Ont-ils tort ?

Tout cela dit, nous n'avons fait que rappeler des indications et non des normes de décision. Si l'urgence est reconnue, le médecin appelé n'a pas à examiner les titres des tiers au-delà d'apparences raisonnables. Son devoir est de soigner d'abord. On a estimé qu'alors c'est lui qui décide et non le « protecteur » qui n'aurait qu'un pouvoir d'information et de consultation (37). Ce pouvoir n'existe que lorsque aucun tiers ne se présente ni ne peut être joint. Le « protecteur » prend la décision de faire donner des soins, que, certes, le médecin choisira. Il consent à la formation de la relation thérapeutique. Et, pratiquement, ce n'est que le conflit qui donne de l'utilité à l'analyse. Ce qui est banal !

B) Hypothèse de conflits.

Si nombreux sont les protecteurs actuels ou potentiels du malade, que les conflits peuvent s'élever entre eux, comme fleurissent les troubles de voisinage, voire entre eux.

Et le patient par lui-même ou son représentant légal ou judiciaire.

En premier lieu, il se peut en effet que, ayant repris conscience, le sujet fera grief au protecteur naturel de sa mauvaise gestion. Si l'on adhère à l'explication par la gestion d'affaires, si fragile soit-elle, le patient secouru doit indemniser l'intervenant de ses dépenses et dommages (art. 1301-2 C. civil) et tenir les engagements pris par lui (contrat médical, contrat hospitalier), mais peut aussi lui reprocher ses fautes de gestion, celle-ci devant être conduite en bon père de famille (art. 1301-1 C. civil). Le gérant est tenu de ses fautes même d'imprudence ou de négligence, même légères (39). On peut imaginer l'appel à des professionnels incompetents, un appel tardif, ... ou bien le reproche d'avoir fait donner des soins à celui qui les eût refusés, si du moins des traces de cet hypothétique refus apparaissaient. Il est vrai que l'article 1301-1 §2 permet au juge de modérer l'indemnité « selon les circonstances ». On est sur le terrain de la maladresse du choix, mais non de la thérapeutique, choisie, elle, par les médecins joints, sauf si l'intervenant connaissait les choix qu'eût effectués le malade et étant donc témoin en même temps que Bon Samaritain. L'idée peut-être que le Samaritain n'a pas à aller de façon brouillonne contre la conduite raisonnablement devinable du malade. Si, évidemment, cette divination est possible ! A défaut, ne peut-on poser comme prudente la directive « faites comme pour vous » ?

Nous nous bornons à un bref regard sur ce quasi-contrat (40). Plus complexes sont les liens entre le gérant et le géré. Et les tiers envers lesquels le gérant a traité et qui connaissaient ou ignoraient la gestion ... Le Code dissuade les passants généreux de s'engager dans une gestion d'affaires !

Si l'on sort de la gestion d'affaires – qui peut demeurer un guide – on peut passer sur celui de la responsabilité délictuelle, pour faute également.

En deuxième lieu, les conflits peuvent éclater entre le protecteur naturel et un tiers choisi, la personne de confiance.

L'article L. 1111-6 CSP présente celle-ci comme un témoin des volontés du patient hors d'état de les exprimer. Ce témoignage est si fort, si crédible, qu'il « prévaut » sur tout autre témoignage. On osera écrire qu'il a la force probante d'un procès verbal.

La personne est désignée par écrit, alors que, sauf une hypothèse envisagée supra, le protecteur naturel ne l'est pas. Le droit de la fin de vie et de la cessation des traitements et soins confère à l'intéressé un important pouvoir d'action. Il doit être consulté (art. L. 1111-4 CSP) et, formellement a le pas sur la famille ou les proches (art. L. 1111-4-3°, L. 1111-12 CSP).

Dans sa rédaction du 22 avril 2005, cet article L. 1111-12 disposait que l'avis de la personne de confiance « prévaut sur tout autre avis non médical ». Les articles R. 4137-37-1, 4137-37-2, 4137-37-3 CSP confirment ce rang privilégié. Un document établi par un comité d'éthique confirme que ce témoin « n'aura pas la responsabilité de prendre des décisions concernant les traitements », ce qui est conforme à la lettre de la loi. Or, on devine la force d'influence de ces avis dits consultatifs primant tous les autres et appuyés sur le choix écrit du patient lorsqu'il était conscient. Le législateur n'a pas investi la personne d'un pouvoir de décision – comme les parents ou le tuteur (art. 459 C. civil) -, la personne habilitée (art. 494-6 C. civil) ou le mandataire de protection future, mais les consultations imposées peuvent être confondues par la pratique avec des décisions.

Or, ces avis – et la consultation est plus décisive que le témoignage (ex. art. L. 1111-4 CSP) – peuvent contredire la décision d'aide thérapeutique du protecteur naturel, qui, lui, décide du moins de l'engagement de soins urgents, à supposer d'ailleurs que, concrètement, le conflit puisse s'ouvrir, la personne de confiance intervenant alors que le parcours thérapeutique est ouvert. Nonobstant, si donc la situation de fait permet le conflit, le « protecteur » qui est un décideur, passe avant la personne de confiance, témoin et donneur d'avis. Le « protecteur » n'émet pas un avis ; il prend la décision, urgente, de faire soigner. On pourrait considérer que ces deux rôles sont joués chronologiquement (s'il y a eu désignation de la personne, ce que l'on ignorera peut-être lors de la demande de secours). Le « protecteur » demande des secours immédiats, puis la « personne » témoigne sur les choix thérapeutiques. Cette vision écarte les contradictions, peut-on espérer.

En troisième lieu, le conflit peut se déclarer entre protecteurs potentiels. Les ordonnances de référé précitées de mai 1987 en témoignent, comme il peut y avoir des conflits entre co-titulaires de l'autorité parentale. On a discerné le danger de cette tutelle de fait (sic. R. Savatier) pouvant servir les intérêts de l'intervenant (41). René Savatier avait envisagé des « calculs intéressés possibles ». Mais, tout autre système de représentation est lourd de risques ; c'est pourquoi l'on a un subrogé tuteur. Ce que l'on pouvait savoir certainement était que le juge des référés parisien aurait choisi le protecteur favorable à la continuation des traitements. Plus précisément, le dispositif de l'ordonnance du 6 mai 1987 laissait supposer que le juge pouvait ordonner cette poursuite, ce qui rendait les deux « protecteurs » en conflit simples demandeurs et le juge « protecteur ». Mais, l'« affaire Vincent Lambert » devait, plus tard, attester l'office thérapeutique du juge autorisant ou non la cessation des traitements médicaux. On ne sache pas que cette affaire, et d'autres, ait placé en évidence un conflit entre protecteurs. Du moins ils n'ont pas été expressément présentés comme tels. Mais, avant que Madame Lambert (épouse) ne fût nommée tutrice, s'opposaient d'un côté Madame Lambert et de l'autre M. et Mme Lambert (parents). Puis intervinrent des tiers ... Les parents saisirent le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, puis Mme Lambert (épouse) forma appel devant le Conseil d'Etat. Certes, la famille et les proches sont consultés dans la procédure « collégiale », mais ce n'est pas leur conférer le statut de « protecteurs naturels » qui les investirait d'un pouvoir de

décision que la loi du 22 avril 2005 (puis celle du 2 février 2016) ne leur enlevait pas, même si, à la lettre, elle ne prévoyait qu'une consultation. La jurisprudence de 1955 n'a pas été abrogée par la loi. Le jugement du 20 avril 2018 frôle l'invocation, sous-entendue peut-être, de celle-ci : « Madame G.J. a donné son avis en qualité d'épouse et n'a pas été interrogée en sa qualité de tutrice » (p. 2). Le tribunal répond (p. 9) qu'il y a eu « audition en cette double qualité ». Si la qualité d'épouse est retenue, c'est que l'intéressée est « protectrice », et qu'elle l'est par la vertu de l'article 212 du Code civil.

Quant aux parents, ils font partie de la classe des « protecteurs », même si cela n'est pas précisé. On est dans une appréciation non dite de cette qualité, l'intérêt pour agir ayant absorbé la qualité.

Mais, le 5 juin 2015, le CEDH juge que les parents n'ont pas la qualité pour soulever au nom du malade les griefs qu'ils invoquent. Ils soulèvent ces griefs en leur nom, ce que permet leur qualité de « proches ». C'est pourtant bien le droit à la vie du patient qui est l'objet du procès, et un « protecteur » n'intervient pas pour lui. Celle de « protecteur » n'était pas, sauf erreur, invoquée.

En cas de conflit entre « protecteurs », il s'agit d'abord de choisir le plus légitime. Les hiérarchies déjà entrevues sont indicatives. Dans l'urgence, le choix doit être rapide, et c'était peut-être parce qu'il n'y avait pas « urgence » à laisser la mort faire son œuvre que la théorie sous étude avait été délaissée ? En 1987, il y avait urgence. Ensuite, il s'agit de vérifier si son choix est conforme à l'intérêt du patient, in concreto, et ne s'oppose pas à des Directives anticipées. La difficulté n'est pas enfermée dans les seuls litiges de fin de vie.

Quoi qu'il en soit, se confirme le rôle créateur de la jurisprudence en Droit médical, et celui aussi du hasard !

- 1) L. Gatti et G. Raoul-Cormeil : Le consentement à l'acte vaccinal des majeurs vulnérables, ou l'éprouvante réception du régime des décisions de santé des majeurs protégés, RGDM 78/2021, p. 121, spec. 131.
- 2) R. et J. Savatier, J-M. Auby, H. Péquignot, Traité de Droit médical, Lib. Tech. Ed. 1956, n°243, 244 ; X. Ryckmans et R. Maert van de Put : Les droits et les obligations du médecin, Larcier éd., 28 éd. T. 1 n°577.
- 3) Les responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises, Flammarion éd. 1957.
- 4) Droit civil, I, les personnes, éd. 2000, n°10 p. 29.
- 5) TGI Paris (réf.) 6 et 19 mai 1987, JCP 1988, 21130, notre note.
- 6) R. Vialatte : du rôle du médecin traitant et du médecin spécialiste, Dalloz 1972, ch. 165 ; G. Mémeteau : Le médecin et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, RTDSS 1973, p. 403.
- 7) J. et A. Pousson : L'affection et le droit, CNRS ée. 1990, préface J. Rigaux, p. 42 ; G. Cornu : Du sentiment en droit civil, Annales Fac. Droit Liège, 1964, p. 189. En 1931, Appleton et Salama retiennent « la personne sous l'autorité de laquelle celui-ci (le malade) se trouve placé » (Droit médical, Le monde médical éd. p. 70). Ceci reste imprécis ...
- 8) Trib. Civil Lyon, 12 janvier 1951, Dalloz 1951, p. 323 ; JCP 1951, 6421, obs. Perrot ; RTD civ 1951, 509, obs. H. et L. Mazeaud.
- 9) Renvoyant à R. Savatier, note Dalloz 1948, p. 301.
- 10) JCP 1953, 7541, obs. R. Savatier ; Dalloz 1953, 253, note Gervésie ; RTDC 1954.
- 11) Cass. Civ¹, 8 novembre 1955, Dalloz 1956, p. 3 ; JCP 1955, 9014, obs. R. Savatier ; RTD civ 1956, 122, obs. H. et L. Mazeaud.
- 12) in Traité de Droit médical et hospitalier, Litec / Lexis-Nexis, fasc. 81, éd. 2014.
- 13) P. Mistretta : Recherche biomédicale non consentie : le sursaut du droit pénal, JCP 15 juin 2009, 13, Lexis 360. L'arrêt commenté (Cass. Crim. 24 février 2009) retient un consentement donné « d'une autre façon ».
- 14) JCP 2002, I, 146.
- 15) JCP 1988, 21130, notre note.
- 16) M. Girer : Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical, Et. Hosp. Ed. 2008, avant-propos M-F. Callu et F. Vialla,

- préface G. Mémeteau, p. 316 et s. et réf. R. Savatier et alii, n° 242, en faveur de la gestion d'affaires.
- 17) M. Girer, op. cit, n° 349.
 - 17-1) V. A. Quesne : Le contrat portant sur le corps humain, Univ. Caen-Normandie, 2019, p. 343 et s.
 - 17-2) M. Girer, op. cit, n° 350.
 - 18) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chenédé, Les obligations, Dalloz, 12^e éd., n° 1271 ; v. Ch. Guignoux, Rev. Fse. Droit aérien, 1985, 299 : médecin intervenant auprès d'une personne à bord d'un aéronef.
 - 19) R. Savatier, note JCP 1953, 7541 précité.
 - 20) R. et J. Savatier, J-M. Auby, H. Péquignot, op. cit., n° 244; J. Pradel : La condition civile du malade, LGDJ 1963, préface G. Cornu, n° 62 : la coutume.
 - 21) Cons. Etat, 16 août 2002, JCP 2002, 1132, n° 1, obs. Ch. Byk ; 10184, obs. P. Mistretta; C. Bergoignan-Esper, P. Sargos : Les grands arrêts du droit de la santé, Dalloz, 3^e éd. p. 74.
 - 22) L. Gatti : Que sont devenus les droits du malade en temps de covid ?, in Revue de bioéthique de Nouvelle-Aquitaine, 8/2021, p. 33 et s.
 - 23) R. et J. Savatier, J-M. Auby, H. Péquignot, op. cit. n° 242, 243.
 - 24) Art. L. 1111-4 CSP; art. R. 4127-41 CSP.
 - 25) Je cite de mémoire. Il y avait eu un commentaire dans la regrettée R.J.C.O. ...
 - 26) Obs. JCP 1953, 7541.
 - 27) R. Savatier et alii, n° 244.
 - 28) Ethique à Nicomaque, V, X.
 - 29) Ch. Atias, Philosophie du droit, PUF, Thémis, 1999, p. 256 et s.
 - 30) Appleton et Salama précité, p. 71. Dans l'affaire « Mercier », le mari agit aux côtés de sa femme : Trib. Civ. Bouches-du-Rhône, 5 mai 1930, D. H. 1930, p. 381.
 - 31) Op. cit., n° 577 (en 1971). V. Ph. Malaurie et H. Fulchiron : Droit de la famille, LGDJ, 5^e éd. n° 1477 ; G. Mémeteau : Le droit médical de la famille, in : Le droit civil de la famille, Fac. Droit Poitiers / PUF, 1983, p. 231.
 - 32) 1946, CS 294, Lalumière v./ X.

- 33) TSI Paris (référés), 6 et 19 mai 1987, JCP 1988, 21130, notre note.
- 34) V. L. Gatti, op. et loc. cit supra, note 22.
- 35) On n'échappe pas au droit du voisinage, aux inconvénients anormaux de celui-ci. On permettra de citer : Droit des biens, 12^e éd., Bruylant éd., p. 112 et s.
- 36) Op. cit. note 7, p. 42/43.
- 37) J.C. Dosdat : Les normes nouvelles de la décision médicale, Et. Hosp. Ed. 2008, p 392, préface A. Lamboley.
- 38) Les articles L. 1131-1-1 et L. 1122-1-3 CSP lui confèrent un pouvoir de décision. C'est le droit des recherches impliquant la personne humaine, art. L. 1121-1 CSP et s.
- 39) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chenédé, Les obligations, Dalloz, 12^e éd. §1 1280.
- 40) Revoir Baudry-Lacantinerie et Barde, Des obligations, in Traité théorique et pratique de droit civil, 2^e éd. 1905, T. XIII, p. 1043 et s.
- 41) J. Pousson-Petit, obs. Revue Droit de la famille, 1^{er} février 2001 ; obs R. Savatier, JCP 1955, 9014, précité.