

MÉMOIRE DE MASTER 2

LA FAUTE DÉONTOLOGIQUE MÉDICALE.

Rédigé par : Arthur POCHET

Sous la direction de: Professeur Johanne SAISON-DEMARS

Année Scolaire : 2021-2022

Master 2 - Droit et Politiques de Santé

Université de Lille, Faculté de Sciences Juridiques, Politiques et Sociales

REMERCIEMENTS

Ce mémoire représente l'aboutissement de deux années de master au sein de l'Université de Lille. J'ai eu le privilège de m'y épanouir et de m'y former pour devenir avocat spécialisé en Droit de la Santé.

La réalisation de ce travail a été rendu possible par le concours de plusieurs personnes à qui je souhaite témoigner toute ma gratitude.

Tout d'abord je souhaite remercier Madame la professeure Johanne SAISON, ma directrice de mémoire, pour ses conseils, son écoute, sa bienveillance et sa disponibilité tout au long de ses deux années de master.

Je souhaite également remercier Maître Aya BULAI, pour m'avoir prodigué au cours de mon stage auprès d'elle, de nombreux conseils quant à la réalisation de ce mémoire. Son expertise m'a permis d'avoir une vision plus nette de l'exercice de cette profession et de la réalité des situations juridiques.

SOMMAIRE :

Introduction

Partie 1 : L'EXERCICE DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE FONDÉE SUR LA RECONNAISSANCE DE DEVOIRS GÉNÉRAUX DU MÉDECIN.

Chapitre 1 : La consécration de garde fous garantissant la sauvegarde de l'intérêt du patient.

Chapitre 2 : La constitution de devoirs généraux comme reconnaissance d'obligations à la charge du médecin.

Partie 2 : LES OBLIGATIONS DÉONTOLOGIQUES INDISSOCIABLES À L'EXERCICE DE LA PROFESSION MÉDICALE.

Chapitre 1 : La consécration de droits fondamentaux dans l'exercice de la déontologie médicale.

Chapitre 2 : La garantie du respect de la déontologie médicale tout au long de la vie du patient.

Conclusion

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS :

- Art. : Article
- AMM : Association Mondiale de la Médecine (1947)
- C. Cass : Cour de Cassation
- C.Civ : Code Civil
- C. Pen: Code Pénal
- Ch. Civ. : Chambre civile
- CE. : Conseil d'Etat
- CEDH : Convention Européenne des Droits de l'Homme
- CEOM : Conseil Européen de l'Ordre des Médecins
- CHU : Centre Hospitalier Universitaire
- Circ. : Circulaire
- CSS : Code de la Sécurité Sociale
- CSP : Code de Santé Publique
- CSM : Conseil Supérieur des Médecins (1940)
- C.A : Cour d'Appel
- CAA : Cour Administrative d'Appel
- CE. : Conseil d'Etat
- CMU : Couverture Mutuelle Universelle
- Conv. : Convention
- D. : Décret
- Def. : Définition
- DUDH : Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
- HAS : Haute Autorité de Santé
- IVG : Interruption Volontaire de Grossesse
- L. : Loi
- OMS : Organisation Mondiale de la Santé
- Rapp. : Rapport
- Ss. Sect.: sous sections
- TA: Tribunal Administratif

○ INTRODUCTION

« *Science sans conscience n'est que ruine de l'âme* »¹.

Cette citation de l'oeuvre majeure de François Rabelais, Pantagruel, peut être considérée comme la première approche philosophique mêlant moralité et science. De cette maxime, il faut envisager toutes les réflexions que l'exercice de la médecine soulève. Il défend une nature humaine faible mais paradoxalement forte de ses connaissances et de la conscience dont elle dispose, bien que cette dernière lui confère la perception de sa propre faiblesse. Ainsi la découverte et la mise en pratique de nouvelles méthodes scientifiques n'aurait absolument aucun intérêt si elle n'est pas le fruit d'une profonde réflexion quant à sa moralité.

C'est cette mentalité qui est au coeur de toute la réflexion autour du droit de la santé, des droits des patients et des différentes obligations assorties à l'exercice de la profession de médecin. La question de la moralité des actes effectués par les praticiens de santé s'est avérée être au centre des préoccupations du législateur depuis de nombreuses années. Il s'agit ici de s'interroger sur le principe de la déontologie médicale.

Jeremy Bentham est considéré comme étant le premier à avoir abordé cette notion dans un ouvrage philosophique intitulé « Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et Science » en 1823. Ce n'est que lors de sa traduction en langue française en 1825 que le terme « déontologie » fait son apparition².

L'étymologie de ce nouveau concept est constituée des racines grecques « *logos* », signifiant discours et « *déontos* », pouvant être traduite par ce qu'il faut faire. Ainsi elle vise à déterminer si une action précise doit ou non être réalisée. Selon Guy Durand, professeur émérite de l'Université de Montréal, théologien reconnu et père de la méthode dialectique le principe de déontologie fait

¹ Pantagruel, François Rabelais, 1532.

² Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et Science, Jeremy Bentham, 1825
Arthur POCHET

référence à une réflexion sur les règles, les devoirs et les obligations de comportement. Ainsi ce concept semble extrêmement proche de celui de morale ou d'éthique.³

Vingt ans plus tard , le Dr Max Simon publie en 1845 le premier ouvrage de déontologie médicale : « Déontologie médicale ou des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation »⁴. Cet ouvrage important aborde la médecine d'un point de vue moral, et étudie un vaste panel de notion qui y sont liés. Parmi elles, les qualités morales et intellectuelles dont doit nécessairement disposer le médecin, des différents devoirs de ce dernier envers son patient, de l'euthanasie mais aussi de l'organisation globale de la médecine.

La parution de ce livre coïncide d'ailleurs avec le Congrès Médical de 1845⁵ rassemblant pour la première fois plus de mille médecins à Paris. Cet événement est notable non seulement dans l'Histoire de la déontologie mais également dans celle de la médecine puisqu'il a été l'occasion d'une prise de conscience morale et de la naissance du corps médical⁶.

Néanmoins la première grande référence déontologique correspond au Serment d'Hippocrate, datant probablement du IV^e Siècle av. J.C. Bien que n'ayant aucune valeur juridique, ce texte a traversé le temps et revêt encore de nos jours un caractère fondamental dans la mise en place et le respect de la déontologie médicale⁷.

Hippocrate de Cos est considéré comme le père de la médecine. Il serait né en 460 av. J.C. dans une famille d'Asclépiades et descendrait selon lui d'Asclépios, Dieu de la médecine et « médecin irréprochable »⁸. L'attribut principal de ce dernier est le bâton d'Esculape, autour duquel

³ A. Létourneau, « L'approche de Guy Durand en bioéthique », École d'Éthique Appliquée, 2006, pages 251 à 267

⁴ M. Simon, « Déontologie médicale ou des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation », Paris Baillière, 1845

⁵ « Le Congrès médical en France : défense d'une profession libérale sous la monarchie de juillet », Lucile Bourquelot. Article paru dans « La médicalisation en France du XVIII^e au début du XX^e siècle », Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest, tome 86, numéro 2, 1979.

⁶ Introduction aux commentaires du code, Conseil National de l'Ordre des Médecins.

⁷ Serment d'Hippocrate, Ordre National des Médecins, www.conseil-national.medecin.fr

⁸ L'Illiade, Homère, IV, 194
Arthur POCHET

s'enroule un serpent. Il est par ailleurs invoqué au côté de son père Apollon dans le Serment d'Hippocrate ⁹.

Il a connu un grand succès de son vivant en combattant le mysticisme régnant de l'époque avec pragmatisme, sa médecine étant fondée sur l'observation des signes cliniques et sur la détermination des sources des différentes pathologies.

Bien que remanié et modifié au cours de son histoire, il reste encore à l'heure actuelle un texte fondateur qui, en plus d'être encore récité par les jeunes médecins lors de leur soutenance de thèse, est également retranscrit dans le Code de Déontologie Médicale.

Le serment d'Hippocrate a subi nombre d'adaptation au cours de son histoire. L'une des plus notables est bien entendue celle relative à la déclaration de Genève de septembre 1948. Elle fait suite à la création de l'Association Mondiale de la Médecine (AMM) de 1947.

Au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, dans le contexte des procès de Nuremberg et des nombreux crimes commis durant cette période, la réalisation d'une grande réforme de la médecine s'est avérée être une priorité. Cette dernière doit alors réaffirmer les droits des patients mais également les devoirs du médecin. S'est alors que fut rédigée la version contemporaine du serment d'Hippocrate, adoptée par l'Assemblée Générale de l'AMM, rebaptisé « Serment du Médecin »¹⁰.

Plus récemment, en 2011, le Conseil Européen de l'Ordre des Médecins (CEOM) a mis à jour les Principes d'Éthique médicale européenne de 1987 et de 1995¹¹ en adoptant la charte d'éthique médicale européenne. Au nombre de 15, ces préceptes permettent à l'ensemble du corps des médecins de fonder l'exercice de leur profession sur un socle éthique commun. Cette charte est d'ailleurs assortie d'un Préambule qui commence comme tel, « *Les évolutions enregistrées dans la Communauté européenne font apparaître l'opportunité pour les médecins de s'entendre non*

⁹ Serment d'Hippocrate, version 2022, Conseil National de l'Ordre des Médecins.

¹⁰ Serment du médecin, Déclaration de Genève, septembre 1948

¹¹ Principes d'éthique médicale européenne, CEOM, 1987
Annexes aux Principes d'éthiques médicale européenne, CEOM, 1995.

seulement sur un fond éthique commun, mais aussi sur des principes de comportement à respecter dans l'exercice de leur profession

La Charte Européenne d'Éthique Médicale comprend les principes sur lesquels se fonde le comportement des médecins dans leur pratique, et ce, quel que soit leur mode d'exercice. »

Il était dès lors fondamental d'opérer une distinction entre ce qui relève de l'éthique et ce qui relève de la déontologie. L'étymologie de ces concepts est fondamentale lorsqu'il s'agit d'appréhender ces notions.

En effet « éthique » vient du grec « ethos » pouvant être traduit par « la manière d'être ». Ainsi elle étudie les principes régissant les différents comportements humains en tâchant de déterminer s'ils sont moraux. Bien qu'extrêmement liées éthique et déontologie ne se confondent pas pour autant.

La première vise à se poser la question de savoir si la réalisation d'une action (notamment un acte médical) est morale ou non. La seconde vient poser un cadre, un ensemble de règles qui permettent la réalisation de cette action. Ainsi, une fois les principes éthiques admis, la déontologie permet leur application possible¹².

En juin 2013, le CEOM a complété cette charte en émettant des recommandations déontologiques ayant pour but d'inscrire un certain nombre de principes fondamentaux à l'échelle européenne. Ces derniers ont d'ailleurs été complétés lors de la Plénière de Madrid en novembre 2018, et comportent maintenant des principes au coeur de l'exercice des médecins, notamment en France, comme le consentement éclairé, le droit à l'information, le nécessaire respect du secret professionnel ou encore le refus de soins.

La déontologie médicale concerne le médecin dans l'exercice de sa profession, cependant son rôle dans la société est important notamment du fait qu'il est au contact de la population et peut en observer les évolutions. Il a une place de choix dans l'étude des différentes pathologies et dans l'observation de leurs retentissements. Ainsi elle est subordonnée à un ensemble de textes inscrit au sein du code de santé publique (CSP).

¹² Différences entre éthique et déontologie, Isabelle Varescon, Dans Éthique et pratique psychologique (2007), pages 63 à 76

Elle suppose néanmoins une certaine autonomie. C'est pourquoi les différentes règles attenantes à la pratique de cette discipline sont consacrées au sein du Code de Déontologie Médicale. Ce dernier est divisé en plusieurs parties distinctes, car régissant les obligations des praticiens, leurs relations avec les patients et leurs confrères, tout en consacrant l'ensemble des droits des souffrants, condition indissociable de l'exercice de la profession de médecin.

Cette organisation sera largement commentée au cours du développement qui suit, bien que seront occultés les nombreux préceptes relatifs aux relations entre les praticiens et leurs collègues et sur l'exercice de la profession au sens large.

Cette dernière notion est présente dans le Code et régit l'ensemble des règles relatives à l'exercice de la médecine sous le prisme d'une clientèle privée ou concernant les expertises et la médecine dite de contrôle. En polarisant la réflexion suivante sur les droits des patients et les obligations qu'elles créent sur le professionnel de santé, ce développement permettra de comprendre en quoi la judiciarisation de la pratique médicale constitue à la fois un danger et une forme d'insécurité pour les médecins.

À titre d'exemple, ne sera pas fait mention l'article R.4127-76 du Code de Déontologie Médicale, relatif à la délivrance de certificats médicaux¹³. Ce dernier est pourtant vecteur d'un grand nombre de contentieux concernant les certificats dits de complaisances. Pour comprendre cette notion, il faut admettre que la signature d'un médecin bénéficie d'un grand crédit aux yeux de la société et de la population.

Ainsi toute compromission de sa part porterait atteinte à la considération de l'ensemble du corps médical. C'est pourquoi le professionnel de santé ne doit certifier que ce qu'il a lui-même pu constater. Il peut faire état des allégations faites par son patient mais en se bornant à l'utilisation du conditionnel, permettant ainsi de faire la part entre ses déductions personnelles et celle du souffrant. Il existe un ensemble de normes déontologiques auquel le praticien doit se conformer afin de ne commettre aucun manquement qui pourrait être répréhensible.

¹³Art. R.4127-76 Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHET

Ici la morale interdit aux praticiens d'en pratiquer la rédaction mais elle ne découle d'aucun droit du patient à proprement parler. C'est pourquoi il conviendra de ne pas l'évoquer au cours de ce développement.

La médecine, dans sa définition la plus stricte, a pour vocation l'observation des signes cliniques et des pathologies qui peuvent survenir tout au long de la vie d'un individu. Cette étude vise à élaborer et à mettre en pratique un ensemble d'actes médicaux. Ainsi il s'agit d'une science visant la conservation et le rétablissement de la santé du patient. C'est dans ce cadre que les rapports entretenus entre le souffrant et son praticien doivent être fondés sur une confiance mutuelle et sur le respect de chacun.

Cette relation entre les patients et leurs médecins a été profondément modifiée au cours du temps. D'un paternalisme médical, c'est-à-dire une convention selon laquelle le professionnel de santé est seul sachant et donc seul à même de prendre des décisions concernant la santé du souffrant, leurs rapports ont doucement évolué vers une relation plus égalitaire basée sur la confiance mutuelle et le respect de leurs convictions.

Cette notion de paternalisme est d'ailleurs définie par Gerald Dworkin en 1972 comme *« une intervention sur la liberté d'action d'une personne, se justifiant par des raisons exclusivement relatives au bien-être, au bien, au bonheur; aux besoins, aux intérêts ou aux valeurs de cette personne contrainte »*¹⁴.

Ainsi donc cette définition fait état de la dualité indivisible à l'exercice de la médecine. La mise en pratique d'actes médicaux sur un individu, entrave certaines de ces libertés fondamentales. C'est pourquoi chacune d'elles doit absolument être motivée par l'intérêt suprême du patient et la résolution de sa situation de santé.

La relation initiale entre le médecin et le malade devait être réformée car genèse de nombreuses dérives et de l'installation d'un climat de méfiance. Cette connexion a également été mise en péril avec la survenance de nombreux scandales sanitaires depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale.

¹⁴ Gerald Dworkin, « Paternalism », *The Monist*, 56, janvier 1972, p. 65
Arthur POCHET

À ce titre, certains exemples sont extrêmement parlant :

- Le scandale du Distilbène. Il s'agissait d'un oestrogène de synthèse ayant été prescrite en France entre 1948 et 1977 à plus de 200 000 femmes enceintes. L'objectif lié à cette prescription était de prévenir des fausses couches, cependant cette molécule a engendré de nombreuses malformations génitales chez les enfants à naître.
- Le scandale des hormones de croissance. En l'espèce, entre 1983 et 1985, 1698 enfants se sont vus prescrire un traitement hormonal censé favoriser leur croissance. Cependant cette molécule (prélevée sur des hypophyses de cadavre) a conduit au décès de 111 enfants car leur ayant transmis la maladie de Creutzfeldt-Jakob.
- Le scandale du sang contaminé. Il éclate en 1991, après des révélations selon lesquelles de nombreuses poches de sang contaminé par le virus du SIDA auraient été utilisées sur l'ensemble du territoire national au cours des dernières années. Les décideurs médicaux, politiques et administratif, n'auraient alors pas pris en compte la mesure de cette crise et du danger qu'ils ont fait courir à l'ensemble de la population.

Chacun d'eux a conduit à une détérioration des rapports entre la population et les professionnels de santé. En effet, certains ont touché des enfants, des femmes enceintes et d'autres ont conduit à une contamination de masse à une maladie mal connue à l'époque et qui est aujourd'hui encore stigmatisante. Les patients se sont alors vu encore contraints de consulter leurs différents praticiens mais avec un regard et une méfiance nouvelle.

Il est admis que le médecin détient le savoir et qu'il va prodiguer des soins à un individu qui souffre et qui espère être libéré de cette souffrance. Ce constat est toujours vrai aujourd'hui mais avait par le passé tendance à créer une forme de dépendance entre les différents acteurs. En effet le patient n'est par définition pas à même de diagnostiquer sa pathologie et de la traiter.

Le médecin disposait donc d'une puissance unilatérale de choix concernant l'ensemble des soins et des traitements. Le patient n'avait d'autres choix que d'avoir une totale confiance en lui et

devait se soumettre à des choix parfois extrêmement importants sans avoir réellement connaissance de la situation, des risques et des alternatives qui s'offraient à lui.

L'une des grandes évolutions de cette relation est relative à la qualification du lien juridique liant les différents protagonistes. La question est longtemps restée en suspens car on considérait qu'elle devait être placée hors du champ contractuel. Un revirement a cependant été opéré par la jurisprudence MERCIER du 20 mai 1936.

On peut lire dans cet arrêt de la Cour de Cassation les mots suivants : « *il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade [...] la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle [...]* »¹⁵.

De cette décision fondatrice de la responsabilité médicale découlent certains principes fondamentaux qui sont encore appliqués de nos jours. En effet, le patient dispose dès lors de la faculté et de la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle de son médecin. Ce dernier est titulaire d'une obligation de moyen, c'est-à-dire de prodiguer des soins consciencieux, attentif et conforme aux données acquises de la science.

L'échec d'un soin ou d'une intervention n'est donc pas en soi constitutif d'un manquement. Cette doctrine puise son fondement dans un arrêt du Conseil d'État du 29 décembre 1997 qui énonce que : « *Considérant que [...] l'échec de l'opération, qui n'est pas contesté, n'est pas en lui-même de nature à établir que M. K. a été victime d'une faute ; que, par suite, la cour a pu légalement répondre à ce moyen que l'absence de succès de l'intervention chirurgicale était sans incidence sur l'existence alléguée d'une prétendue faute médicale* »¹⁶.

Ainsi donc la reconnaissance du potentiel engagement de la responsabilité contractuelle d'un médecin n'est pas conditionnée au défaut de réussite d'un acte médical. Il est alors admis que

¹⁵ BERT Daniel, « Feu l'arrêt Mercier ! », *Rec. Dalloz*, 2010, p.1810.

¹⁶ CE 5^o et 3^o s-s-r., 29 décembre 1997, n^o 158938

si le médecin a agi avec conscience et dans le respect des données acquises par la science, cet échec ne pourrait lui être imputé.

Dans une optique de parfaite compréhension de la réflexion qui suit, il est indispensable d'opérer une distinction entre cette relation et celle que le patient entretient avec l'établissement public qui l'accueille. Le patient étant usager d'un service public, la relation n'est pas contractuelle mais administrative. Ainsi, il faudra appliquer le droit administratif.

Cette précision est fondamentale, puisqu'il conviendra de l'exclure ici en se focalisant sur la relation entre le patient et le médecin. En effet lors de la survenance d'un dommage subi par le souffrant dans le cadre de l'activité d'un hôpital public, la responsabilité personnelle du praticien n'est en pas en principe engagée. La faute commise est considérée comme couverte par le service. Cependant le praticien hospitalier ne peut s'exonérer de l'ensemble de ses actes. C'est pourquoi il existe la faute dite détachable du service, caractérisée dès lors que le praticien s'est placé en dehors du cadre normal d'exercice de ses fonctions du fait de la gravité de son comportement. Ces diverses notions devront être occultées car non fondées sur les rapports entretenus entre les souffrants et leurs praticiens de santé.

La loi Kouchner du 4 mars 2002, tente de mettre fin à une vague de judiciarisation concernant la pratique médicale. Rédigé dans un contexte très particulier, le législateur aspire à faire face au phénomène croissant de surmédicalisation. Ce concept est relatif à la hausse constante des hospitalisations et des consultations. Les malades se sont au fur et à mesure confortés dans une considération selon laquelle le fait d'être en bonne santé relève d'un droit. C'est pourquoi lorsque leur situation clinique se dégrade, leur réflexe est de contacter leurs praticiens dans l'optique de chercher une solution, et si elle ne leur convient pas n'hésiterons pas à engager la responsabilité du médecin.

Elle instaure la nécessaire caractérisation d'une faute dans l'engagement de la responsabilité d'un médecin, tout en réaffirmant la position de ce dernier notamment dans la relation qu'il entretient avec son patient. Ce concept doit être précisé. La faute technique est celle relative à une faute dans l'exercice de la profession, donc d'un manquement à l'obligation d'accomplir des actes de soin dans les règles de l'art (et donc conformément aux données acquises de la science). Elle se

détache de la notion de faute déontologique, dont la définition plus vague se rapporte aux manquements du Code de Déontologie Médicale.

Cette dernière notion sera largement abordée ici.

Cette loi fondamentale marque un véritable tournant dans la pratique médicale et dans l'histoire de la déontologie. Elle vient en effet caractériser certains droits pour les patients qui sont encore aujourd'hui interprétés comme l'essence même de la pratique médicale. Elle consacre notamment la mise en place d'une démocratie sanitaire. Cette notion, malgré le fait qu'elle ne sera abordée qu'en partie dans le développement qui suit, doit être définie pour comprendre la pensée du législateur.

Le fondement de ce précepte est celui d'associer l'ensemble des acteurs du système de santé dans la mise en pratique des différentes politiques de santé. Elle est basée sur une logique d'écoute, de dialogue et de concertation. Son utilisation et sa place en par ailleurs étaient renforcés par la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016¹⁷.

Dans la pratique, elle se matérialise par la reconnaissance de droits individuels (qui sera abordée ici car relative aux droits fondamentaux du patient, garanti par le Code de Déontologie Médicale, tel que le consentement ou encore le droit à l'information), le renforcement des compétences individuelles et collectives des malades et la reconnaissance de droits collectifs des patients. Il s'agit ici de la formation d'associations de patients qui vont siéger et participer à différentes instances du système de santé (Conseils de Surveillances des ARS, Conseils territoriaux de santé, Conférence régionale de santé et d'autonomie ou les Commissions des usagers).

Bien que le législateur ait, au début du XXI^e siècle, mis en place la nécessaire caractérisation d'une faute dans l'engagement de la responsabilité des professionnels de santé, sa vocation première est tout autre. En effet, il s'agit de consacrer l'ensemble des droits des patients, dont le corollaire se matérialise par des obligations pesant sur le médecin. L'objectif est ainsi de garantir aux patients une prise en charge de qualité, dans le respect et la sauvegarde de leur intérêt.

¹⁷ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé
Arthur POCHET

Ces différents concepts ont été codifiés et s'imposent aux médecins. Les premiers articles de ce Code sont d'ailleurs relatifs aux principes de probité, de moralité, de dévouement qui sont indissociables de l'exercice de cette profession. Il est d'ailleurs rappelé à ce titre que leurs diverses actions doivent être réalisées dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Ainsi, il est admis que le praticien de santé agi toujours dans l'intérêt suprême de son patient.

Ces différents préceptes fondateurs du Droit de la Santé et de l'exercice de la médecine supposent néanmoins une interrogation. En effet, il est admis que la reconnaissance de manquements déontologiques permet d'engager la responsabilité du médecin. Un souffrant estimant que sa prise en charge n'a pas été réalisée dans le respect de ses droits et de la moralité qui s'impose, est par conséquent fondé à exposer son praticien à diverses sanctions.

Ces condamnations peuvent prendre plusieurs formes, relatives à la juridiction qui rendra le jugement. Il est en effet possible d'engager la responsabilité du médecin sur le plan civil et pénal. Cependant ces notions ne seront que des peu abordées dans le cadre de ce développement car ne présentant que peu d'intérêt lorsqu'il est question d'une étude de la déontologie et de sa mise en pratique. Il existe cependant un volet ordinal, qui sera examiné longuement au cours de cette réflexion.

Ce dernier est relatif à l'Ordre Des Médecins (ODM) qui se définit comme une institution de droit privée, chargée d'une mission de service public. La définition du Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM) est la suivante, elle assure la régulation déontologique de la profession médicale. Ainsi elle dispose de pouvoirs spéciaux et répond à certaines missions précisément définies.

Le législateur et cette dernière organisation ont tous deux pris le parti de protéger le patient face aux agissements des professionnels de santé. Pour cela lui ont été octroyée de nombreuses prérogatives, se révélant être la source de contentieux potentiel. Ainsi le médecin, peut en toute décence se sentir lésé et appréhender l'exercice de sa profession comme une situation juridiquement incertaine.

Ainsi, il est question de savoir si les préceptes relatifs à la sauvegarde de l'intérêt du patient inscrit au sein du Code de Déontologie Médicale sont sources d'insécurité juridique pour les médecins.

Les différentes réformes de ce Code et de ces préceptes depuis sa création n'ont eu de cesse de renforcer la confiance que le souffrant entretient avec la médecine mais pas avec ceux qui l'exercent. Ainsi paradoxalement, les praticiens ont tendance à agir différemment, car dans la peur constante de commettre une faute engageant leur responsabilité. Les enseignements du législateur sont fondamentaux, car offrant à la population une plus grande sécurité et un meilleur contrôle sur leur état de santé et leur prise en charge médicale. Malgré cela existe-t-il des prérogatives permettant aux médecins de se défendre ? Sont-elles effectives ? Lui permettent-elles de faire face à la judiciarisation des litiges ?

Le médecin est ainsi titulaire d'un certain nombre d'obligations, inscrites au sein d'un Code spécifique et propre à la profession de médecin. Le législateur garanti également des droits fondamentaux pour les patients, leur permettant entre autres d'être assuré que leur volonté sera respectée et qu'ils auront la possibilité s'ils le souhaitent d'être des acteurs de leur prise en charge médicale.

Ces différents concepts sont garantis par des textes, des codes et des institutions qui auront la charge de faire respecter les fondamentaux déontologiques à l'ensemble du corps des médecins. Les souffrants ont également la faculté d'engager la responsabilité du praticien sur le fondement de ces préceptes. Ces litiges peuvent être évités si le professionnel s'entoure d'un ensemble de prérogatives lui permettant de se défendre en cas de contentieux. Ce dernier devra donc s'assurer d'agir en conscience et en veillant au respect des diverses obligations générales qui pèsent sur lui (Partie 1).

La déontologie médicale, à savoir l'ensemble des devoirs et des normes encadrant l'exercice de cette discipline, doit être avant toute chose respecté par le médecin, dans l'intérêt de son patient. L'autre finalité de ces différentes évolutions législatives et sociétales sont relatives à la relation de confiance qu'il a fallu restaurer entre ces acteurs de santé. La consécration de droits pour l'un soulève cependant des obligations pour l'autre qui devra veiller à leur respect, tout en gardant à

l'esprit que ses manquements pourraient conduire à l'engagement de sa responsabilité et à une potentielle sanction. (Partie 2).

Partie 1 : L'exercice de la déontologie médicale fondée sur la reconnaissance de devoirs généraux du médecin.

La pratique de la déontologie médicale est indissociable de l'exercice de la médecine. Elle permet aux patients de se sentir protégé durant l'ensemble de leur prise en charge. Pour aboutir à cet objectif, il s'est avéré nécessaire pour le législateur de consacrer un certain nombre de droits qui devront avant tout faire l'objet d'un strict respect de la part de l'ensemble du corps médical. Malgré cela le Code de Déontologie, dans sa première partie, ne se borne pas à énumérer les différents droits des patients.

En effet, cette première section est relative aux devoirs généraux des médecins. Ainsi sont énoncées l'ensemble des règles fondamentales qui doivent être tout au long de la prise en charge, suivie par les praticiens. La rédaction de ce Code est l'une des avancées les plus majeures dans le cadre de la reconnaissance de normes déontologiques.

Les préceptes qu'il enseigne, aussi bien aux professionnels de santé qu'à l'ensemble de la population doivent cependant être défendus et contrôlés. Comment est-il possible d'espérer faire appliquer un ensemble, qui se veut être le plus exhaustif possible, de règles souveraines si ne sont pas mises en place certaines mesures de protection (Chapitre 1).

Le législateur impose le respect des devoirs relatifs à l'exercice de la profession de médecin dans son ensemble, en consacrant sans le dire des droits fondamentaux pour les patients. En effet il n'est pas question ici de lister l'ensemble des droits des souffrant, mais bien de mettre en place un bloc d'obligations pesant sur les praticiens de santé. Elles sont liées entre elles et visent à la protection de l'intérêt du patient. Leur mise en pratique reste néanmoins sujette à discussion, quant au caractère hautement contentieux qu'elles révèlent (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La consécration de garde fou garantissant la sauvegarde de l'intérêt du patient.

La protection des différents droits et obligations indivisible à la relation entre le patient et son praticien, relève de l'ordre de la nécessité. En effet il est question d'imposer cet ensemble de normes et de règles dans l'optique de les faire appliquer à l'ensemble du corps soignant.

L'application d'un tel bloc nécessité un organe de répression en cas de manquement. Cependant ce dernier ne peut décemment se border à cette seule fonction de sanction, il devra prodiguer des conseils aux médecins et leur permettre d'exercer conformément aux enseignements du Code de Déontologie Médicale (§1).

Dans l'histoire de l'humanité, les règles déontologiques préétablies ont parfois été bafouées, ce qui a conduit à une grande réflexion sur leur portée et la manière dont elles doivent évoluer avec leur époque. C'est pourquoi leur codification s'est révélé être une solution permettant à la fois de leur donner force de loi mais également de leur permettre d'être réformée autant qu'il en sera nécessaire (§2).

§1- Le choix d'une juridiction ordinale comme clé de voute de la responsabilisation des médecins.

L'ordre des médecins se définit comme une institution droit privée, chargée d'une mission de service public. La définition du Conseil National de l'Ordre des Médecins est la suivante, elle assure la régulation déontologique de la profession médicale. Ainsi elle dispose de pouvoirs spéciaux et répond à certaines missions précisément définies.

Son engagement principal est le suivant, « être au service des médecins dans l'intérêt des patients »¹⁸. Cette définition illustre parfaitement le bipartisme de cette institution. Elle a vocation à

¹⁸ Nos mission, Conseil National de l'Ordre des Médecins, www.conseil-national.medecin.fr
Arthur POCHET

apporter aux professionnels de santé des conseils, de leur venir en aide en cas de besoin, bien que toutes ses actions soient régies par la même finalité, le même objectif : l'intérêt suprême du patient.

L'ordre des médecins est la seule qui fédère et rassemble l'ensemble des médecins, peu importe leur spécialité ou leur statut. Elle vise à défendre l'indépendance et l'honneur de cette profession. Cette formule est particulièrement intéressante. En effet, cela sous-entend que cet organisme est parfaitement autonome. Les décisions qu'il rendra ne sont alors absolument pas subordonnées aux jugements d'autres instances. La finalité ici est donc de garantir aux médecins comme aux patients le parfait séparatisme de cette institution.

La notion d'honneur est ici une référence claire à la première phrase du serment d'Hippocrate, « *Au moment d'être admis(e) à exercer la médecine, je promets et je jure d'être fidèle aux lois de l'honneur et de la probité* ». ¹⁹. Cette formule est d'ailleurs reprise au sein du serment du médecin, issu de la convention de Genève, « *JE PERPÉTUERAI l'honneur et les nobles traditions de la profession médicale.* »²⁰ Il en est également fait mention plusieurs fois au sein du Code de Déontologie notamment dans les articles concernant l'exercice habituel de la médecine (article R.4127-83²¹).

Le Conseil National de l'Ordre des Médecins se porte également selon leurs dires, comme garant de la relation patients/ médecins. Cette relation, fondée sur la confiance mutuelle, ne peut plus être interprétée uniquement comme inégalitaire. Le médecin reste celui qui dispose des connaissances médicales permettant de guérir le malade, mais ce dernier s'inscrit dans sa prise en charge. En effet il est un sujet de droit, doté d'une autonomie et dispose d'un pouvoir expérimentiel.

Ce qu'il faut comprendre par cette notion c'est que le souffrant est seul à ressentir la douleur. En créant un lien de confiance avec le praticien, il sera plus disposé à se livrer et à lui fournir toutes les informations corrélatives à sa pathologie. Il est également capable, car en ressentant les bienfaits, de déclarer quels traitements ou quels actes médicaux sont favorables en vue de l'amélioration de sa situation de santé.

¹⁹ Serment d'Hippocrate, Ordre National des Médecins, www.conseil-national.medecin.fr

²⁰ Serment du médecin, Convention de Genève, 14 octobre 2018

²¹ Art. R.4127-83 Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHE

Cette relation primordiale est donc fondée sur un respect est une confiance mutuelle, ce que garantit cet organisme ordinal. Pour cela elle assurera le conseil et la défense des médecins en cas de contentieux mais, en toute impartialité assurera également la répression des professionnels de santé. En garantissant des droits et des obligations pour chacune des parties, le conseil national de l'ordre des médecins assure ainsi la bonne tenue de leurs relations.

Elle se divise par secteurs géographiques visant à permettre une plus grande réactivité sur l'ensemble du territoire national. Ainsi il existe des conseils régionaux ainsi que départementaux. L'instance suprême, celle qui gère l'ensemble de ce dispositif reste néanmoins le conseil national, dont les membres sont élus pour six ans. Ce renouvellement se fait par moitié, et le dernier date du 16 juin 2022. Cela permet de garantir une forme de continuité dans les actions du Conseil National de l'Ordre des Médecins, tout en instaurant un renouvellement régulier accordant à cet organisme la possibilité d'évoluer avec son temps et avec la survenance de nouvelles pratiques liées au secteur médical.

Le 13 décembre 2018, il a d'ailleurs adopté le règlement intérieur applicable à l'ensemble des instances ordinales en application des dispositions relatives à l'article L.4122-2-2 du Code de la Santé Publique²².

Il est divisé en quatre secteurs et comprend soixante membres dont cinquante-huit conseillers nationaux élus. Il est important de noter que ces derniers sont eux-mêmes médecins. En effet dès la première inscription au sein du Tableau de l'Ordre, le professionnel devient électeur et est éligible. Ainsi qu'il s'agisse de conseil, d'aides ou de répression, les médecins auront à traiter avec leurs pairs.

Les différents secteurs d'activité sont les suivants :

- La section exercice professionnel, qui a une fonction de conseil pour les médecins dans l'exercice de leur profession. En effet ce dernier évolue rapidement au travers de diverses lois et règlements. Ainsi est demandée aux médecins une grande capacité d'adaptation dans l'optique

²² Art. L.4122-2-2 du Code de la Santé Publique.

d'agir dans le respect de la déontologie et de la loi. C'est pourquoi cette section rend ponctuellement des avis sur des points juridiques, éthiques et déontologiques.

- La section formation et compétences médicales, qui comme posée dans le Code de la Déontologie, gère la formation continue de ses professionnels, les commissions de qualification et les interrogations rattachées aux évolutions de carrière. L'article R.4127-11 du Code de Déontologie Médicale énonce que, « *Tout médecin entretient et perfectionne ses connaissances dans le respect de son obligation de développement professionnel continu.* »²³. Le médecin est censé agir en suivant la maxime suivante, en tenant compte des données acquises de la science. Or les techniques médicales, les traitements et autres sont en constante évolution. Le médecin doit donc s'assurer d'être parfaitement formé dans l'intérêt du patient. Cette section permet en principe de le garantir.
- La section santé publique, a la charge de s'occuper des dossiers relatifs aux veilles sanitaires, de tout le volet portant sur la prévention et de l'éducation à la santé. Pour cela elle est en nécessaire coopération avec l'État, et se révèle être un des interlocuteurs privilégiés des différentes instances ministérielles.
- La section éthique et déontologique, est notamment investie de la mission de mettre à jour le Code de Déontologie Médicale mais également d'assortir chacun de ses articles de divers commentaires. En effet ce Code est composé des articles, actualisés dès que cela est nécessaire, mais également de notes permettant de bien saisir leurs essences et leurs nuances. Elles permettent notamment aux professionnels de santé de comprendre la portée d'un segment du code et comment ce dernier doit être mis en place dans la pratique de l'exercice de sa profession. Ces différents écrits sont également consultables par l'ensemble des individus, et par conséquent des patients. Ainsi ces commentaires présentent un double intérêt. À leur lecture, ces articles permettent aux malades ou aux futurs malades de prendre en compte tous les droits dont ils disposent et toutes les obligations auxquels leur médecin doit se conformer. Ainsi le patient peut être maintenant pleinement conscient de ce que son praticien est autorisé ou non à faire. Ce Code a donc vocation à permettre aux individus de déceler les comportements illégaux et de contacter les institutions compétentes afin d'y mettre un terme. C'est pourquoi l'Ordre dispose également

²³ Art. R.4127-11 Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHET

d'une instance disciplinaire permettant de sanctionner les médecins qui ne respectent pas ses différentes règles. Selon ses termes, elle « *informe les médecins et le grand public sur les questions éthiques et déontologiques qui sont au coeur de l'exercice médical.* »²⁴

En garantissant le respect de l'éthique et de la déontologie, cette instance vient en aide aux patients, leur permettant de se sentir soutenu et protégé. Cependant son rôle de conseil concernant les médecins ne doit pas être sous-estimé. Cette accompagnement est d'autant plus fondamental dans le contexte juridique et sociétal dans lequel cette profession se trouve. Ainsi l'Ordre permet aux jeunes médecins de s'installer, leur met à disposition des modèles (de contrat par exemple) et des guides de bonnes pratiques (tâche également réalisée par la Haute Autorité de Santé). Il est également titulaire d'un fonds d'entraide permettant de venir en aide aux médecins en difficultés et à leurs familles.

L'Ordre des Médecins dispose de certaines prérogatives permettant de sanctionner les manquements de ces praticiens au Code de Déontologie Médicale. Ainsi, cette instance veille au maintien des principes de probité, de moralité de compétence et de dévouement indispensable à l'exercice de la profession de médecin. Il est important de rappeler qu'elle est indépendante et autonome par rapport aux juridictions civiles et pénales. Elle n'est ainsi pas tenue de suivre les jugements et les décisions rendues par ces différents organes extérieurs.

La saisine de cette juridiction suit une procédure très stricte. Elle commence par un courrier qui doit être envoyé au Conseil Départemental de l'Ordre dont dépend le médecin mis en cause. Cette plainte doit être composée de certains éléments permettant de reconnaître le médecin, d'expliquer clairement quels sont les faits et quels agissements sont considérés comme illégaux face au Code de Déontologie. Il s'agit alors de formuler une demande de sanctions ou de condamnation à l'encontre du professionnel de santé.

Cette plainte peut être déposée par un patient estimant qu'il y a eu, au cours de sa prise en charge des manquements ou des fautes ayant bafoué ses droits. Ses différents ayant droit sont également susceptibles de formuler une telle demande. Un confrère peut également contacter le conseil car estimant qu'un de ses collègue ne respecte pas les préceptes inscrits dans les textes.

²⁴ Def. de la section éthique et déontologique du Conseil National de l'Ordre des Médecins, organisation du conseil, rôle et composition, 7 juillet 2022.

Enfin, les associations, les organismes de service public et l'Administration disposent également de cette compétence.

Il est important de noter ici qu'il n'existe pas de prescription prévue par la loi. Ainsi aucun délai ne peut être posé et les requérants ont la possibilité à n'importe quel moment de formuler leurs plaintes et leurs demandes auprès du Conseil Départemental de l'Ordre des Médecins. Ici cette absence est dans un sens extrêmement protectrice à l'égard des patients mais se révèle être source d'une grande insécurité pour les professionnels de santé. En effet, le médecin doit travailler tout au long de sa carrière dans la peur qu'une ancienne faute qu'il ait commise ne refasse surface et mette en péril sa responsabilité. De plus la saisine de cette juridiction ne fait absolument pas obstacle à l'ouverture d'une procédure dans les instances civiles ou pénales.

Le déroulé de cette procédure ordinale est scindé en plusieurs parties distinctes. La première étape après l'examen de la plainte est celle relative à l'organisation d'une conciliation. Cette dernière permet aux différentes parties de se rencontrer et de discuter ensemble de la situation. Elle permet à la fois de clarifier les faits et les points de vue de chacun mais aussi d'essayer de parvenir à une solution rapide du litige. Le plus souvent c'est le cas. Le plaignant au même titre que le médecin ne souhaite souvent pas s'engager dans une procédure plus longue et plus coûteuse et espère ainsi aboutir à une résolution efficace de leur contentieux.

Cette étape a été largement mise en lumière et favorisée par l'Ordre et par le législateur au cours des dernières années. En effet l'un des objectifs de la loi du 4 mars 2002, est de faire cesser l'incontrôlable judiciarisation des contentieux médicaux de l'époque. Ainsi en mettant en place un dialogue et un échange entre les différentes parties, il est assuré que nombre de litiges puissent trouver un aboutissement amiable. Ainsi, le nombre de plainte instruite devant la chambre disciplinaire est en baisse, mais cela ne signifie aucunement que le nombre de litiges suit la même progression.

Cette plainte peut néanmoins être maintenue après la conciliation. Le Conseil examinera alors les allégations et les faits au cours d'une réunion en assemblée plénière puis la transmettra à la chambre disciplinaire de première instance avec un avis motivé. Si à la suite de ces différents examens, l'accusation est considérée comme recevable, alors elle sera instruite, ce qui chaque année n'est pas le cas pour 25% d'entre elles.

L'instruction est confiée à un rapporteur qui va, par le biais du recueil de témoignages, ou de tout autres éléments qu'il estime être utile à la manifestation de la vérité, mettre à la disposition de la chambre tous les renseignements qui lui permettront de statuer.

La chambre doit nécessairement statuer dans les six mois suivant le dépôt de la plainte. À défaut cette dernière sera transmise par le président de la chambre à une autre chambre disciplinaire de première instance. Il est important de noter que la procédure est imprégnée de certains principes fondamentaux de la tenue d'une audience tels que celui du contradictoire ou encore celui de l'oralité des débats, cher aux instances civiles et pénales.

Lors de cette instruction, le rapporteur est autorisé à ne pas se contenter des seuls faits reprochés au médecin dans le cadre de la réclamation initiale. En effet, il lui est possible de porter son regard sur l'ensemble de l'exercice de la profession de l'intéressé. Il s'agit ici d'un pouvoir discrétionnaire ouvert par une jurisprudence du Conseil d'État du 29 mai 2000²⁵.

Ainsi est consacré « qu'en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire contraire, les juridictions disciplinaires de l'Ordre des médecins, saisies d'une plainte contre un praticien, peuvent légalement connaître de l'ensemble du comportement professionnel de l'intéressé et ne sont pas tenues de limiter leur examen aux seuls faits dénoncés par la plainte ».

Cependant, cette juridiction doit agir dans le respect des droits de la défense et ainsi offrir au médecin concerné la possibilité de fournir des explications et de formuler ses réponses sur les faits qui lui sont allégués. En l'espèce ici il s'agissait d'un cas où un professionnel de santé avait continué de prodiguer des soins à des assurés sociaux alors qu'une interdiction avait été prononcée sur le sujet par la section des assurances sociales du Conseil Régional compétent de l'Ordre des Médecins. La plainte le concernant avait été émise par un de ses confrères pour exercice illégal de la médecine. Or aux vus des différents faits, la juridiction a eu le pouvoir de requalifier l'infraction sur un autre fondement et ainsi de condamner ce praticien.

²⁵ CE., 4 / 6 SSR, du 29 mai 2000, 198510
Arthur POCHET

L'instruction mène à une décision de la part de la chambre, et ainsi peut aboutir à la condamnation du médecin pour manquements aux règles déontologiques qu'il a fait le serment de respecter.

Les différentes sanctions sont toutes inscrites au sein du Code de la Santé Publique en son article L.4124-6, « Les peines disciplinaires que la chambre disciplinaire de première instance peut appliquer sont les suivantes :

1° L'avertissement ;

2° Le blâme ;

3° L'interdiction temporaire avec ou sans sursis ou l'interdiction permanente d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme, conférées ou rétribuées par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, les établissements reconnus d'utilité publique ou des mêmes fonctions accomplies en application des lois sociales ;

4° L'interdiction temporaire d'exercer avec ou sans sursis ; cette interdiction ne pouvant excéder trois années ;

5° La radiation du tableau de l'ordre »²⁶.

Les sanctions les plus fréquentes sont les blâmes et les avertissements, soient celles qui sont les moins lourdes de conséquences pour le médecin (environ 60% d'entre elles). Ces dernières permettent à cette juridiction ordinaire de ne pas trop affecter la carrière du professionnel de santé tout en lui signifiant qu'il n'a pas respecté certains de ses engagements et ainsi qu'il s'est mis dans une situation irrégulière. Ainsi les médecins, conscient de leurs fautes sont censés tout mettre en oeuvre pour ne pas reproduire les mêmes erreurs. Ces différentes sanctions ont donc ici une valeur pédagogique.

Les praticiens sanctionnés disposent de voies de recours au même titre que dans les instances civiles et pénales. Il leur est en effet possible de faire appel de la décision. Dans ce cas, elle sera transmise à la chambre disciplinaire nationale, qui siège au sein du Conseil National de l'Ordre des Médecins et qui est présidé par un membre du Conseil d'État. Ainsi les médecins ne

²⁶ Art. L.4124-6 Code de la Santé Publique.
Arthur POCHET

sont plus seulement jugés par leurs pairs. L'intervention d'un membre professionnel du droit, à la hauteur de la juridiction qu'elle représente, permet au médecin incriminé d'être convaincu de l'impartialité de son interlocuteur et du bon respect de la procédure.

Le professionnel de santé est alors assuré du fait que le recours formé, à l'encontre d'une décision de l'Ordre, sera examiné, instruit et que le jugement en découlant sera juste. En effet, cette simple transmission devant le Conseil National, dissipe tous les doutes concernant une potentielle partialité de la part des juges qui, étant également des professionnels de santé du même secteur peuvent avoir des liens (favorables ou non) avec le médecin mis en cause.

L'article L.4122-3 du Code de la Santé Publique énonce que « *Peuvent faire appel, outre l'auteur de la plainte et le professionnel sanctionné, le ministre chargé de la santé, le directeur général de l'agence régionale de santé, le procureur de la République, le conseil départemental ou territorial et le Conseil national de l'ordre intéressé.* »²⁷. Ainsi les personnes habilitées à former un appel contre une décision de la chambre disciplinaire de première instance de l'Ordre des Médecins sont législativement déclarées. S'il ne s'agit pas de l'auteur de la plainte ou du médecin sanctionné, ce qui est traditionnellement le cas, certains rouages essentiels d'instantes importantes peuvent dans une logique de protection de la Santé Publique s'attaquer à une décision.

Par principe l'appel revêt un caractère suspensif, c'est-à-dire que la sanction décidée préalablement par la chambre disciplinaire ne sera pas exécutée le temps du recours. Cependant est inscrite dans le Code une exception. Il est admis qu' « *En cas d'urgence, lorsque la poursuite de son exercice par un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme expose ses patients à un danger grave, le directeur général de l'agence régionale de santé dont relève le lieu d'exercice du professionnel prononce la suspension immédiate du droit d'exercer pour une durée maximale de cinq mois.* »²⁸.

Ainsi donc le directeur de l'ARS est habilité à prononcer une interdiction d'exercer pour durée de cinq mois. Ici si la juridiction ordinaire a été saisie par le biais de cette procédure d'urgence, et que la poursuite de son activité par le praticien expose ses patients à un risque grave, l'effet suspensif de l'appel ne devra pas être respecté. Seront alors avertis de cette décision le président du Conseil départemental et les organismes d'assurance maladie.

²⁷ Art. L.4122-3 du Code de la Santé Publique

²⁸ Art. L4113-14 du Code de la Santé Publique
Arthur POCHET

Cependant, lorsque la cessation du danger est constatée et avérée, le Président de l'ARS devra mettre fin à cette mesure, car privative de droit fondamentaux. En effet dans l'intérêt du souffrant, il est permis sur le fondement de l'urgence, de bafouer les droits relatifs aux recours des décisions de la juridiction ordinaire qu'est le Conseil de l'Ordre des Médecins.

Il existe d'autres moyens de recours que sont :

- L'opposition, lorsque le professionnel n'a pas suivi la forme régulière dans la rédaction de sa défense, il disposera d'un délai de cinq jours pour former une opposition à la décision rendue par défaut.
- Le pourvoi en Cassation, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision du Conseil National de l'Ordre des Médecins, l'affaire est alors portée devant le Conseil d'État. Ce dernier aura la charge de rendre une décision sur les fondements des décisions antérieures mais pas concernant l'adéquation entre les manquements et la peine. Il s'agit ici d'un pouvoir souverain des Juges du fond.
- Le recours en révision, il s'agit ici d'une procédure extraordinaire devant le Conseil d'État qui nécessite certaines conditions de mise en oeuvre bien précises. Tout d'abord la sanction établie par le Conseil de l'Ordre doit impérativement être relative à une interdiction temporaire d'exercer ou à une radiation du Tableau de l'Ordre. Le médecin doit être disposé à prouver que sa condamnation repose sur des fausses preuves (par exemple les dires d'un individu condamné plus tard pour faux témoignage), qu'une pièce décisive exploitée par la partie adverse ne peut être produite et donc retenue ou qu'un fait nouveau, postérieur à la décision, permette incontestablement d'établir son innocence²⁹.

Ces différents moyens de recours permettent aux médecins d'engager les procédures nécessaires à la manifestation de la vérité, mais n'ont en principe pas d'effet suspensif. Ainsi il est vivement conseillé aux médecins de prendre la mesure de la situation contentieuse à laquelle ils sont confrontés, ce qui passe notamment par le fait de s'entourer de professionnels du milieu juridique.

Les professionnels de santé doivent également comprendre que l'étape la plus fondamentale de toute cette procédure disciplinaire est celle de la conciliation. En effet elle permet d'avoir les

²⁹ Art. R. 4126-53 du Code de la Santé Publique
Arthur Pochet

différentes parties face à face et ainsi de fournir explication et détail permettant d'aboutir à un consensus et une résolution rapide du conflit.

Ainsi l'Ordre des Médecins vise à permettre aux médecins d'exercer leur profession dans un climat serein et leur apportant une certaine forme de sécurité juridique. Malgré cela il ne faut pas perdre de vue qu'elle a également comme tâche de veiller à la qualité des soins et de la prise en charge des patients. C'est dans ce cadre que l'Ordre des médecins exerce une activité ambivalente. Cette dualité peut s'expliquer en étudiant les origines de cette institution.

En 1928, l'académie de médecine (instance pouvant « être saisie d'une demande d'avis par les Pouvoirs Publics mais elle peut aussi s'autosaisir dans les domaines de la santé mais plus volontiers sur les questions de Santé publique et d'Ethique médicale »³⁰) et la Confédération des Syndicats Médicaux (premier syndicat à avoir regroupé tous les médecins exerçant en libéral) se sont associée dans l'optique d'une réflexion profonde sur l'organisation de la santé.

En découle une première proposition de loi ayant vocation à créer l'Ordre des Médecins, dont la mission principale serait d'« assainir la profession et relever son niveau moral ». Dès le premier projet tendant à sa création, l'essence de cette organisation visait à mettre fin à un certain nombre de pratiques considérés comme immorales. Le terme assainir est extrêmement fort et témoigne d'une profession gangrénée, qui avait dès lors perdu de vue sa vocation première à savoir de soigner envers et contre tout leurs patients. À cette époque, n'était alors fait mention d'aucune prérogative visant à défendre les médecins. En effet, il semblait alors impossible d'engager la responsabilité de son médecin, consacré par la jurisprudence MERCIER du 20 mai 1936.

Ainsi, instaurer des garde-fous permettant aux médecins de se défendre semblait être une réforme dérisoire et profondément inutile.

Le 7 octobre 1940, sous occupation, le régime de Vichy instaure un Conseil Supérieur des Médecins (CSM) dans des circonstances absolument anormales. En effet, aucune participation publique ni aucun consensus de la part des acteurs de la profession n'a été requis. Les membres ne sont pas alors élus mais désigné par le gouvernement et les ministères. Les raisons profondes de cette création sont cependant bien plus sombres que celles présentées par le gouvernement en place.

³⁰ Nos missions, Académie de Médecine, www.academie-medecine.fr
Arthur POCHET

Sont en effet réaffirmées la volonté d'assurer une prise en charge morale aux patients et de réguler les agissements non conformes à la déontologie qui sévissaient dès lors.

Cependant, le gouvernement allemand avait en réalité sommé Vichy de créer un ordre semblable à celui-ci, permettant de quantifier et de réguler le nombre de médecins français sur le territoire. L'Allemagne nazie avait en effet désespérément besoin de professionnels de santé et souhaitait alors en déporter un grand nombre dans le pays.

Cette période fut marquée par la survenance de nombreuses mesures d'exclusion absolument inadmissibles (notamment à l'égard des médecins israélite). De nombreux professionnels ont alors été radiés et la profession, à l'aide de décrets discriminatoire comme celui du 11 août 1941³¹. Cet ordre visait également à mettre fin aux différents réseaux de résistance (comme le service sanitaire occulte) en exerçant sur la profession un contrôle.

Cet organe fut dissous par le gouvernement provisoire d'Alger en 1943. Cependant l'idée de créer d'une instance ordinaire régissant la profession médicale resta dans les esprits. C'est alors que le 24 septembre 1945, l'Ordre des Médecins tel que nous le connaissons aujourd'hui est institué, à savoir une organisation protectrice du corps médical, mais qui dispose de l'autonomie nécessaire pour sanctionner les manquements à la déontologie.

C'est ce contexte de respect de l'éthique médicale qui conduit en 1947 à la création du premier Code de Déontologie, porteur d'enseignements fondamentaux dans l'optique de garantir aux différents acteurs de soins, un climat de confiance et de considération mutuel.

§2- La nécessaire codification de préceptes moraux, garantie d'une relation de confiance entre patients et médecins.

L'instance ordinaire établie alors doit cependant puiser sa force juridique avec l'aide du législateur. C'est pourquoi nombre de ces préceptes sont inscrits au sein du Code de Santé Publique. Néanmoins, la volonté de faire cesser les agissements immoraux de certains professionnels de santé

³¹ D. 11 août 1941, JORF du 12 août 1941
Arthur POCHET

ne pouvait être réalisable qu'avec la rédaction d'un code relatif aux normes déontologiques auquel le médecin doit se conformer dans l'exercice de sa profession.

Le présent Code est en réalité sa cinquième version³². Les premières datent respectivement de 1947³³, 1955³⁴, 1979³⁵ et 1995³⁶. Il comptait au départ 79 articles, pour arriver à 119 articles. Ce nombre très réduit permet selon ses rédacteurs, d'être concis et de permettre une grande capacité d'adaptation. L'autre raison ici repose sur l'infinité des situations médicales (concernant les règles et les interrogations déontologiques), ne permettant pas au Code de jouir d'une forme d'exhaustivité. C'est d'ailleurs pourquoi le Code actuel est assorti d'un certain nombre de commentaires permettant d'en saisir toute l'étendue.

Ses différentes refontes sont le fruit de nombreuses réflexions au sujet de la déontologie. La réforme de 1995 est la plus révélatrice, elle puise ses fondements dans les divers soucis de forme et de fond que posait le code à cette époque. La première est relative à la formulation de certains articles qui, de par leur trop grande généralité était en réalité propice à la survenance de certaines zones d'ombre, source d'insécurité juridique. Il s'agissait ici aussi d'inscrire les nouveaux apports de la jurisprudence conduisant à cette nouvelle législation.

Cette période a notamment été fortement impactée par de nombreuses évolutions techniques et technologiques avec le développement de l'informatique. Les pratiques de cette profession en ont été grandement impactées, ce qui couplé au développement de la médecine d'urgence, la télémédecine et la médecine de groupe ont conduit à rendre ce code obsolète.

Enfin, la fin du XXe siècle a également été rythmée par de nombreux débats sociétaux liés à l'éthique (fin de vie, dons d'organes, essais thérapeutiques, assistance médicale à la procréation, ...). C'est pourquoi la rédaction d'un nouveau code s'est avéré être d'utilité publique, permettant à

³² D. n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code (J.O. du 8 août 2004), qui a codifié le code de déontologie médicale aux articles R.4127-1 à R.4127-112 du code de la santé publique.

³³ Règlement d'administration publique n° 47-1169 du 27 juin 1947 (J.O. du 28 juin 1947)

³⁴ D. n° 55-1591 du 28 novembre 1955 (J.O. du 6 décembre 1955)

³⁵ D. n° 79-506 du 28 juin 1979 (J.O. du 30 juin 1979)

³⁶ D. n° 95-1000 du 6 septembre 1995 (J.O. du 8 septembre 1995)

la fois aux médecins d'être conscient de leurs différents devoirs liés à l'exercice de leur profession et pour les patients d'être pleinement conscient des droits dont ils disposent.

Il est ici fondamental de noter que certaines professions médicales disposent également de leur propre Code. C'est notamment le cas pour les chirurgiens-dentistes (inscrit aux articles R.4127-201 à R.4127-284)³⁷, les sages-femmes (inscrit aux articles R.4127-301 à R.4127-367)³⁸, les infirmiers (inscrit aux articles R.4312-1 à R.4312-92)³⁹ ou encore les masseurs-kinésithérapeutes (inscrit au sein du Code de Santé Publique aux articles R.4121-51 à R.4121-145)⁴⁰. Ces derniers disposent également d'un ordre propre à leur profession.

Le fait est que ces différents codes sont également inscrits au sein du Code de la Santé Publique. Cette action est révélatrice. En effet, elle témoigne de l'importance que représente la création de ces différentes normes concernant la déontologie médicale, mais aussi de son appartenance à la Santé Publique dans sa globalité. Cette notion a été définie par l'Organisation Mondiale de la Santé en 1952 avec les mots suivants : « la science et l'art de prévenir les maladies, de prolonger la vie et d'améliorer la santé physique et mentale à un niveau individuel et collectif. »⁴¹. De plus ce rapprochement donne aux différents codes de déontologie une force juridique plus importante.

Le Code de Déontologie Médicale est divisé en cinq parties distinctes :

- La première est intitulée : « DEVOIRS GENERAUX DES MEDECINS » (de l'article R.4127-2 à R.4127-31), il s'agit ici d'inscrire tous les principes concernant l'exercice de la profession médicale. On y retrouve notamment ceux portant sur le respect de la dignité de la personne, le secret professionnel, la liberté de prescription, ...
- La seconde partie est intitulée « DEVOIRS ENVERS LES PATIENTS » (de l'article R.4127-32 à R.4127-55), regroupant tous les principes fondateurs de la relation patient/médecin et inscrivant

³⁷ Code de Déontologie des chirurgiens dentistes.

³⁸ Code de Déontologie des sages femmes

³⁹ Code de Déontologie des Infirmiers

⁴⁰ Code de Déontologie des masseurs-kinésithérapeutes

⁴¹ Déf. Santé Publique OMS, 1952.

les principaux droits du souffrant. Ici ils ne sont pas inscrits comme tels mais comme des devoirs que le médecin doit remplir et dont l'exécution garantit une prise en charge de qualité et respectueuse de la moralité qui s'impose. Cette nuance est extrêmement révélatrice de l'importance qui est appliquée ici concernant l'intérêt suprême du patient et des prérogatives qui doivent lui être accordées.

- La troisième partie, intitulée « RAPPORT DES MÉDECINS ENTRE EUX ET AVEC LES MEMBRES DES AUTRES PROFESSIONS DE SANTÉ » (de l'article R.4127-56 à R.4127-68-1), pose l'ensemble des principes relatifs aux relations confraternelles et avec tout professionnels de santé. En effet les médecins doivent garantir à leurs patients une continuité des soins et leur permettre de bénéficier d'un parcours de soins coordonné. Ainsi il semble fondamental d'inscrire les différentes règles régissant les interactions entre ses différents acteurs.
- L'avant dernière partie est consacrée à l'« EXERCICE DE LA PROFESSION » (de l'article R.4127-69 à R.4127-108) régissant les principes fondamentaux liés aux règles communes de l'exercice de la profession de médecin, l'exercice en clientèle privée, l'exercice salarié de la médecine, l'exercice de la médecine de contrôle et les règles fondatrices de l'expertise médicale. Il s'agit ici de régir les différents modes d'exercices des médecins, notamment concernant la profession libérale ou concernant le cumul de différentes fonctions.
- La cinquième et dernière partie est relative aux « DISPOSITIONS DIVERSES » (de l'article R.4127-109 à R.4127-112). Il s'agit ici de faire état des recours possibles (et de leur nécessaire motivation), et de régir la modification d'exercice de cette profession. Un article ici est réellement fondamental, l'article R.4127-109, qui engage le médecin à suivre et à respecter les préceptes liés au Code de Déontologie. Il est formulé ainsi : « *Tout médecin, lors de son inscription au tableau, doit affirmer devant le conseil départemental de l'ordre qu'il a eu connaissance du présent code de déontologie et s'engager sous serment et par écrit à le respecter.* »⁴².

⁴² Art. R.4127-109 du Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHET

Le Code de Déontologie se conclue avec les serments d'Hippocrate et de la Convention de Genève, ce qui témoigne de leur importance capitale mais également de la puissance législative dont ils disposent.

Le législateur à travers la rédaction de ce code, cherche donc à lister de façon exhaustive l'ensemble des droits des patients et des obligations attenantes pour les professionnels de santé. Cependant la grande largeur dans la rédaction de ces articles qui devait permettre aux médecins de bénéficier d'une marge de manœuvre dans l'exercice de leur profession, se révèle être source d'insécurité pour ces derniers.

En effet l'interprétation qui peut en être faite semble permettre aux patients mécontents de fonder leur demande de répression avec une grande souplesse.

Chapitre 2 : La constitution de devoirs généraux comme reconnaissance d'obligations à la charge du médecin.

Le législateur a codifié l'ensemble des enseignements relatifs à la déontologie médicale, dans le but de faire imposer cette méthode aux professionnels de santé. Ces derniers sont, par la présente assortie de nombreuses obligations qui en cas de non-respect ouvriront la possibilité d'engager leur responsabilité et de conduire à un certain nombre de sanctions.

L'une des obligations les plus parlantes est celle relative au secret. Un patient peut formuler la demande selon laquelle ses données médicales restent confidentielles car pourraient porter atteinte à sa réputation ou à son intimité. Ces différents principes sont garantis par le législateur. Ainsi le médecin devra se conformer à cette contrainte morale (§1).

Les praticiens sont néanmoins titulaires d'une certaine marge de manoeuvre concernant par exemple les prescriptions médicamenteuses qu'ils rédigent. Ils sont également disposés à refuser de traiter certains patient. Cependant, la discrimination est interprétée comme un manquement à la déontologie médicale et comme une faute. Ainsi le médecin aura la charge de motiver sa décision et de ne laisser aucun doute quant à son bien-fondé (§2).

§-1 Le secret professionnel, pierre angulaire de la morale médicale.

Le secret professionnel est « *la pierre angulaire de la morale médicale.* »⁴³. Pour comprendre quel en est son fonctionnement, ses origines et en quoi il est vecteur d'insécurité pour le médecin, il est fondamental de comprendre qu'il ne s'agit aucunement d'un droit. Le secret est un devoir du médecin.

L'article L.4127-4 du Code de Déontologie, énonce que « *Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.* »⁴⁴.

Le placement de cet article dans le Code est très révélateur, il fait partie des devoirs généraux du médecin et fait suite aux articles concernant la dignité de la personne humaine et le respect des principes de probité, de dévouement et de moralité. Ainsi il est considéré par le législateur comme un des fondements déontologiques des engagements relatifs à l'exercice de la profession de médecin.

Il présente un double intérêt. Privé dans un premier temps car véritable ciment de la relation de confiance existant entre le patient et son médecin. L'individu qui consulte son praticien doit être assez en confiance pour se livrer, et fournir toutes informations relatives ou non à sa santé. Il doit être convaincu que ces différents renseignements dont la divulgation pourrait nuire à sa réputation ou à son intimité resteront privés et seront assurés par le respect du médecin aux règles déontologiques.

Il est ici fondamental de noter que le droit au respect de son intimité est inscrit au sein de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, en son article 12 (« *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles*

⁴³ P. VALLERY-RADOT « Médecine à l'échelle humaine ». Paris : A. Fayard, 1959

⁴⁴ Art. L.4127-4 du Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHET

immixtions ou de telles atteintes. »⁴⁵). C'est pourquoi cette obligation pour le médecin de s'y conformer revêt une importance toute particulière.

Le respect de cette obligation présente également un intérêt public relatif à l'intérêt général. En effet, l'objectif est ici de ne pas dissuader les patients ou les futurs patients de consulter un praticien de santé de peur de voir des informations relatives à leur vie privée divulguées et pouvant leur porter préjudice.

Il est important de noter que le secret n'est pas opposable au patient, il doit s'articuler avec le droit à l'information. En effet, un médecin ne pourra en cas de contentieux faire usage du secret professionnel pour cacher certains renseignements à son patient. Il devra au contraire lui fournir tous les éléments lui permettant de prendre conscience de la situation médicale dans laquelle il se trouve et quelles sont les opportunités qui s'ouvrent à lui.

Ce devoir du médecin a été introduit par la loi du 4 mars 2002, dite loi Kouchner, qui permet au législateur de s'emparer de cette notion et de la consacrer au sein du Code de Déontologie. Cependant, comme souvent ce dernier définit la notion de manière vague et imprécise.

Il est fait mention de la portée de cette notion, à savoir tout ce qui rentre dans le cadre du secret professionnel et qui doit être protégé en conséquence. Il s'agit ici de tout ce qui est venu à la connaissance du professionnel de santé de l'exercice de sa fonction.

Ainsi, on parle traditionnellement de toutes les données purement médicales, fruit d'actes médicaux de diagnostic, de prévention ou de soins. Cependant cette notion doit être interprétée plus largement. En effet dans l'intérêt du patient et la sauvegarde de la relation de confiance, les informations recueillies par le praticien lors de discussions avec le malade par exemple devront être considérées comme confidentielles.

Le médecin devra donc garder secrètes toutes les informations qui lui ont été confiées, mais aussi toutes celles qu'il a pu lui-même constater (par le biais de son expertise médicale ou par ses facultés de déduction). Un arrêt du Conseil d'État du 5 février 2014, met en pratique ce concept et

⁴⁵ Art.12, DUDH, 10 décembre 1948
Arthur POCHE

le réaffirme. En l'espèce il s'agissait d'un médecin psychiatre ayant été engagé pour participer à une expertise sur le site d'un concessionnaire. Cette investigation avait été diligentée suite à un rapport faisant état d'un fort taux de suicides et de tentatives de suicide entre 2004 et 2006.

De nombreux entretiens avec les proches et les collègues des personnes décédées avaient été réalisés. L'expert avait par la suite étudié chaque cas en tentant d'en déterminer les causes. Il avait ainsi présenté ses conclusions au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de la société.

Ainsi, le Conseil département de l'Ordre des médecins avait été saisi d'une plainte pour violation du secret professionnel. Le Conseil d'État a alors rappelé les termes de l'article L.1110-4 du Code de la Santé Publique, relatif au secret médical, « *Le secret médical couvre l'ensemble des informations concernant la personne* »⁴⁶, avant de rappeler les préceptes énoncés au sein du Code de Déontologie.

Il considère alors que « *le secret institué par ces dispositions ne couvre pas seulement les données à caractère médical d'un patient mais couvre également toute information de caractère personnel relative à ce dernier, qu'elle ait été confiée au praticien par le patient ou que le praticien l'ait vue, entendue ou comprise dans le cadre de son exercice* »⁴⁷.

Cette interprétation large est fondamentale dans l'intérêt du patient mais se révèle être plus complexe dans sa mise en oeuvre pour les professionnels de santé. En effet, ne disposant pas de liste exhaustive précise des éléments qui entrent ou non dans le régime du secret professionnel, ces derniers peuvent éprouver certaines difficultés relatives aux renseignements dont ils disposent.

La violation du secret professionnel n'est pas seulement considérée comme un manquement déontologique, elle peut également être sanctionnée pénalement sur le fondement de l'article 226-13 du Code Pénal. Ce dernier ne fait pas spécifiquement référence aux professionnels de santé, car il appréhende cette notion de façon générale, « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une*

⁴⁶ Art. L.1110-4 Code de la Santé Publique

⁴⁷ CE., 4ème et 5ème ss. sect. réunies, 05/02/2014, 360723

fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »⁴⁸.

Ainsi donc se pose la question de savoir si un médecin peut partager certaines informations confidentielles relatives à un patient avec un de ses confrères. Le législateur a répondu à cette interrogation par la négative en principe bien que certaines dérogations aient été instituées. En effet, dès les premières jurisprudences sur le sujet, les juges ont donné à cette obligation une portée générale et absolue. Dans un arrêt de la Cour de Cassation, réunie en chambre criminelle en date du 8 mai 1947 (Degraene), il est possible de lire les mots suivants, « *L'obligation du secret professionnel s'impose aux médecins comme un devoir de leur état. Elle est générale et absolue et il n'appartient à personne de les en affranchir* »⁴⁹.

Il est important de noter que la jurisprudence dans le cadre de ce devoir du médecin, n'a qu'un rôle auxiliaire. En effet il est admis que seule la loi et le législateur peuvent instituer des dérogations au secret professionnel. Dans certains cas, il est question d'autoriser le médecin à y déroger, dans d'autres le médecin est contraint de s'y soumettre.

Le médecin doit notamment déclarer les naissances⁵⁰ et les décès⁵¹. Il doit au même titre transmettre aux autorités sanitaires les données relatives à certaines maladies transmissibles dont la liste est fixée par voie réglementaire. Elles concernent l'identification des personnes malades (infectées ou exposées) et doivent permettre de prévenir de potentielles épidémies ou à défaut d'en mesurer l'étendue. Il est ici question d'un grand nombre de pathologies, qui sont catégorisées à l'article L 3113-1 du code de la santé publique⁵², « *Font l'objet d'une transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire par les médecins et les responsables des services et laboratoires de biologie médicale publics et privés :*

1° Les maladies qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale ;

⁴⁸ Art. 226-13 du Code Pénal

⁴⁹ C. Cass., 8 mai 1947, Arrêt Degraene

⁵⁰ Art. 56, Code Civil

⁵¹ Art. L. 2223-42 du code général des collectivités territoriales

⁵² Art. L.3113-1 du Code de la Santé Publique
Arthur POCHET

2° *Les maladies dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique.* ». Leur liste est fixée par décret et comporte aujourd'hui 36 maladies dites à déclaration obligatoire telle que le chikungunya, la rougeole ou encore le VIH.

Cette dernière pathologie a d'ailleurs été source d'une controverse importante. Le médecin est-il autorisé ou contraint d'informer le partenaire d'un patient séropositif. Une commission de réflexion sur le secret professionnel, dite commission René, a été chargée de répondre à cette question. La solution apportée est la suivante, « *Aucune dérogation, implicite ou même explicite, n'autorise le médecin à rompre le silence qui s'impose à lui et les conditions d'application de la notion de non-assistance à personne en danger ne sont pas réunies. Il revient alors au praticien, après avoir tout fait pour convaincre le patient et son entourage, du danger que fait courir son état de santé, et, si possible, après avoir pris l'avis de confrères compétents, d'évaluer la situation et de prendre, en conscience, sa décision et d'assumer les conséquences d'une liberté qu'il revendique ; les juges apprécieront en fonction de ces cas d'espèces... Les dangers sont certains. Mais les conséquences de la révélation doivent être aussi lucidement mesurées. En présence de ce dilemme, et même avec l'aval de confrères expérimentés, c'est d'abord sa responsabilité personnelle, tant morale que juridique, qu'engage le médecin en prévenant lui-même le partenaire de son patient.* »⁵³.

Ainsi il est admis que le médecin n'est pas en principe habilité à informer les partenaires d'un malade du virus du SIDA. En ne l'avertissant pas, le professionnel de santé ne s'expose pas à l'engagement de sa responsabilité sur le fondement de la non-assistance à personne en péril (article 223-6 du Code Pénal⁵⁴), puisque le péril imminent ne peut être caractérisé. Ainsi donc la responsabilité du médecin est protégée. Pour autant le médecin doit une nouvelle fois répondre à sa fonction de conseil en essayant par tous les moyens de convaincre le souffrant de partager l'information relative à sa pathologie aux personnes qui peuvent en être impactées.

Il est même admis que le médecin, « en conscience », puisse contrevenir à son obligation de secret et que les juges auront la charge au cas par cas d'apprécier si ce manquement est constitutif d'une faute engageant la responsabilité du médecin ou non.

⁵³ L. RENE, Rapport de la Commission de réflexion sur le secret professionnel appliqué aux acteurs du système de soins - Mars 1994

⁵⁴ Art. 223-6 du Code Pénal
Arthur POCHET

Le médecin est également contraint dans l'exercice de sa fonction de fournir des certificats médicaux qui par nature mentionne avec précision certaines données relatives à la santé du patient ausculté, il est ici question des accidents de travail / maladies professionnelles (ATMP)⁵⁵, mais également des certificats sans consentement dans le cadre de soins psychiatriques⁵⁶.

Enfin le praticien de santé est contraint de ne pas respecter son obligation de secret professionnel dans le cas des expertises. En effet un expert, peut être amené à demander certaines informations médicales notamment dans le cadre d'une commission de conciliation et d'indemnisation. Il s'agit ici du cas où un patient s'estime être la victime d'un dommage résultant d'un acte de diagnostic, de prévention ou de soins.

Le médecin dispose également de prérogatives dans lesquelles il est autorisé à fournir certaines informations concernant un de ses patients. Ici par exemple un professionnel de santé peut signaler au Procureur de la République les sévices et privations qu'il a constaté au cours de l'exercice de sa fonction, dans le cas où elles laissent présumer de possibles violences.

Cette disposition a d'ailleurs été inscrite au sein même du Code de Déontologie en son article R.4127-44, « *Lorsqu'un médecin discerne qu'une personne auprès de laquelle il est appelé est victime de sévices ou de privations, il doit mettre en oeuvre les moyens les plus adéquats pour la protéger en faisant preuve de prudence et de circonspection* »⁵⁷. Ainsi le législateur fait appel aux médecins dans l'optique de prévenir de violences graves (physiques, sexuelles, psychologiques). Cependant il est précisé que ces deniers doivent agir avec prudence et circonspection.

Est ainsi laissée une grande marge de manoeuvre aux professionnels de santé dans le cadre de l'interprétation des facteurs et des indicateurs d'une personne victime de violences. Ils auront alors la charge, dans l'intérêt du patient, de définir si l'individu est effectivement victime et dans ce cas tout mettre en oeuvre pour y mettre fin. Cependant il n'est pas rare que la responsabilité du médecin soit finalement mise en cause. La réalisation de cette obligation s'avère alors être une source d'insécurité juridique pour les praticiens de santé.

⁵⁵ Art. L. 441-6 et L. 461-5 du Code de la Sécurité Sociale

⁵⁶ Art. L. 3212-1 et suivants du Code de la Santé Publique

⁵⁷ Art. R.4127-44 Code de Déontologie Médicale

L'article 226-14 alinéa 2 du Code Pénal énonce que « *Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles, les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire* »⁵⁸.

Ainsi le médecin sera autorisé à briser le secret professionnel, mais il doit obtenir le consentement de son patient avant de fournir un signalement aux autorités compétentes. Il peut néanmoins se passer de cet accord dans le cas où la personne concernée est mineure ou qu'elle n'est pas en mesure de se protéger. Ici cette notion doit être entendue largement car dans la pratique, le médecin pourra signaler ces sévices au Procureur de la République, après avoir recherché le consentement mais même s'il ne l'a pas obtenu.

Le législateur fait ici aussi état d'une réelle volonté de protéger le mineur, il est alors possible pour un médecin de transmettre des informations personnelles concernant un de ses patients à la Cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes (CRIP) du Conseil départemental. Les renseignements transmis doivent être considérés par le médecin comme préoccupants.

Ici une fois de plus le Code de Déontologie laisse aux praticiens une grande part d'interprétation par le biais de notions larges et peu précises. Traditionnellement, le médecin considérera comme préoccupantes les informations relatives aux violences familiales, à la détresse psychologique, aux carences alimentaires ou encore aux troubles du comportement.

Le médecin pourra au même titre informer les autorités administratives du caractère dangereux d'un patient. Est ici posée une condition importante d'ordre matérielle. L'article 226-14

⁵⁸ Art. 226-14 Code Pénal
Arthur POCHET

alinéa 4 dispose que le secret professionnel n'est pas applicable « *Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une* »⁵⁹.

Il faut donc que ce patient soit en possession d'une arme ou manifeste l'intention de s'en procurer une. C'est dans ce type de cas que la relation de confiance entre le médecin et le patient prend tout son sens. Ce dernier doit être assez en confiance pour livrer des informations personnelles à son praticien, ce qui permettra dans son intérêt et dans l'intérêt général, de l'empêcher de passer à l'acte.

Enfin il est question du cas de la radicalisation. Un médecin peut-il déroger à son obligation du respect du secret des informations dont ils disposent en raison de l'exercice de sa profession s'il suspecte qu'un de ses patients présente les signes d'une extrémité dans ses propos ou qu'il s'apprête par exemple à réaliser un acte de terrorisme.

Ici le Code pénal apporte une réponse en son article 223-6 aux termes duquel « *Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* »⁶⁰.

Dans ce cas précis, il existe trois hypothèses. La première est relative au fait que le patient informe son praticien de la radicalisation d'un de ses proches. Dans ce cas il n'aura qu'à transmettre le numéro vert correspondant, à savoir le 0 800 005 696. La seconde hypothèse est relative au patient mineur radicalisé, dans ce cas le médecin retombe sous le régime de la transmission d'informations préoccupantes auprès de la CRIP. Enfin si le patient est majeur et non vulnérable, le médecin aura le choix de signaler ou non.

Il apparaît ici comme clair que le secret professionnel est assorti de nombreuses dérogations qui ont été définies clairement par le législateur, le but étant de maintenir de bons rapports entre le praticien et le souffrant. Cependant, le médecin dispose d'une marge d'appréciation et d'action

⁵⁹ Art. 226-14 al 4 Code Pénal

⁶⁰ Art. 223-6 Code Pénal
Arthur POCHET

large, qui peut le mettre dans une situation inconfortable. Il sera dans certains cas, face à un choix (notamment celui de signaler ou non) et ne reçoit que très peu d'aides et d'indications de la part du législateur.

Il devra alors en son âme et conscience prendre des décisions, qui lui semble juste, même si ces dernières pourront lui porter préjudice. Le Conseil National de l'Ordre des Médecins, dans ses commentaires faits sur le Code de Déontologie Médicale, présente ainsi cette notion, « *Le médecin, après avoir pris conseil auprès de son Ordre, devra tenter de résoudre ces situations en conscience, sachant que toute transgression engage sa responsabilité et qu'il devra s'en justifier.* »⁶¹.

Il est important de noter que l'institution du secret professionnel a été faite dans l'intérêt du patient et que chacune de ses diverses évolutions répond à ce schéma directeur. Cette volonté est même inscrite au sein de l'article R.4127-4 « *Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients* ». Elle coïncide alors avec les différentes évolutions de la jurisprudence et avec une forme d'assouplissement de la notion de secret absolu. Fer de lance de la relation de confiance réciproque entre le patient et son médecin, il ne permettait pas aux praticiens de santé de révéler les informations personnelles qu'il détient.

Cependant dans une logique de continuité des soins, principe garanti par l'article R.4127-47 du Code de Déontologie Médicale, est admise la notion de secret partagé. Ainsi l'équipe de soins peut partager des informations médicales confidentielles dans le but de garantir au patient la meilleure prise en charge possible. L'article L.1110-4 du Code de la Santé Publique dispose que « *Lorsque ces professionnels appartiennent à la même équipe de soins, au sens de l'article [L. 1110-12](#), ils peuvent partager les informations concernant une même personne qui sont strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins ou à son suivi médico-social et social. Ces informations sont réputées confiées par la personne à l'ensemble de l'équipe.* »⁶².

Il est alors nécessaire de comprendre ce qu'il faut entendre par équipe de soins. Il s'agit d'un ensemble de professionnels qui agissent ensemble et de façon coordonnée dans la réalisation d'un acte de soin, de diagnostic ou de prévention. Cette équipe doit en obtenir la reconnaissance. Dans ce cas trois hypothèses sont admises, soit chaque membre exerce dans le même établissement de santé,

⁶¹ Commentaires du Code de Déontologie Médicale, article 4.

⁶² Art. L.1110-4 Code de la Santé Publique
Arthur POCHE

soit ils ont obtenu cette qualité par le patient lui-même, soit ils exercent dans un ensemble au sein d'une organisation formalisée⁶³. Il ne s'agit aucunement ici d'une disposition corporatiste visant à protéger les médecins qui auraient tendance à échanger des informations concernant le malade à leurs confrères. Cette disposition, comme toutes les autres, vise l'intérêt suprême du patient et non la défense des médecins.

Le concept de secret professionnel soulève, dans sa mise en oeuvre de nombreuses interrogations. En effet le rapport entretenu entre la population et la santé publique a profondément été modifié au cours des dernières années. Les patients sont plus demandants et plus précis, ainsi de nouvelles réflexions sont soulevées, auxquels les médecins n'ont pas forcément de réponse. C'est pourquoi le Conseil National de l'Ordre des Médecins, conseille vivement aux professionnels de santé de ne pas répondre aux questions embarrassantes et de prendre conseil auprès des instances ordinales.

Les interrogations les plus fréquentes dans la pratique sont celles relatives à la famille et à la justice. Il est question ici de savoir si le secret s'impose à l'entourage du souffrant, notamment dans le cas de diagnostic grave. Dans ce cas il est important de ne pas sous-estimer outre la souffrance physique occasionnée par la pathologie, l'immense difficulté psychologique que représente d'annonce d'un tel constat. Les proches peuvent donc jouer un rôle fondamental dans l'absorption de ce choc. Pour autant le secret est en principe absolu.

L'article L.1110-4 du Code de la Santé Publique répond à cette question comme suit, « *En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance définie à l'article L. 1111-6 reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part. Seul un médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations.* »⁶⁴.

Ainsi le médecin peut déroger au secret pour mettre au courant la famille et les proches du patient, mais pour cela il doit rechercher le consentement de ce dernier. S'il ne le fait pas ou qu'il ne

⁶³ Art. L.1110-12 Code de la Santé Publique

⁶⁴ Article L.1110-4, V, alinéa 2, Code de la Santé Publique
Arthur POCHET

respecte pas les règles qui y sont attachées, le praticien engagera sa responsabilité. Il s'agit ici d'une parfaite illustration du principe du respect de la volonté du patient.

Ce précepte ne cesse pas après le décès de la personne concernée, ainsi il est important de noter que les ayants droit peuvent demander une levée du secret professionnel. Pour cela le médecin devra observer une des trois conditions suivantes, les informations transmises sont indispensables pour connaître les causes du décès, elles permettent de défendre la mémoire du défunt ou alors elles permettent aux ayants droits de faire valoir leurs droits.

Dans ces cas, ces derniers devront justifier de leur identité, de leur qualité et être en capacité de démontrer que leur demande est fondée sur l'un des trois motifs dégagé par le législateur. Un arrêt du Conseil d'État en date du 26 septembre 2005 dispose que seules les informations nécessaires à la réalisation de l'objectif initial ne seront transmises à la personne qui en fait la demande.⁶⁵ Il n'est absolument pas question de transmettre l'entièreté du dossier médical et des informations relatives à la santé du défunt.

Concernant les mineurs, l'article L.1111-5 du Code de la Santé Publique dispose que « *Par dérogation à l'article 371-1 du code civil, le médecin ou la sage-femme peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé.*

Toutefois, le médecin ou la sage-femme doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin ou la sage-femme peut mettre en œuvre l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix. »⁶⁶.

Ainsi donc ce texte est le même qui permet de régir la recherche du consentement du mineur et le fait qu'il puisse consentir à des actes médicaux sans en avertir les titulaires de l'autorité

⁶⁵ CE 26 septembre 2005, Conseil national de l'Ordre des médecins, n°270234

⁶⁶ Art. L.1111-5 du Code de la Santé Publique
Arthur POCHE

parentale. Le régime mis en place concernant le secret est le même. Le patient mineur peut exprimer son désir de ne pas informer son ou ses parents de son état de santé. Dans ce cas les différents professionnels de santé auront la charge de convaincre le malade d'impliquer les titulaires de l'autorité parentale dans la prise en charge et donc pour cela leur révéler les renseignements fondamentaux liés à son état de santé.

En matière de justice enfin, la question a été posée de savoir comment il était possible de lier les obligations relatives au secret et celle de la défense. Plusieurs réponses ont été fournies dans ces cas précis. Tout d'abord est admis que le médecin ne peut réaliser de témoignages et de dépositions fondées sur les informations qu'il aurait pu connaître grâce à l'exercice de sa profession. Cette disposition est valable même dans le cas où un praticien serait convoqué par un officier de police judiciaire ou par un magistrat. Dans ce dernier cas, il devra comparaître, prêter serment et refuser de répondre aux diverses questions en invoquant le secret professionnel.

Cependant en vertu de l'article 434-11 du code pénal, qui dispose que « *Le fait, pour quiconque connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, de s'abstenir volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* »⁶⁷. Le médecin serait en principe tenu de fournir les informations permettant d'apporter la preuve de l'innocence de son patient. Malgré cela, cet article comporte certaines dérogations dont une est relative aux professionnels de santé. Ainsi ce dernier n'y est pas tenu mais peut faire le choix de s'y résoudre.

Enfin, l'article R.4127-108 du Code de Déontologie Médicale énonce que, « *Dans la rédaction de son rapport, le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées. Hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise.* »⁶⁸. Ainsi, le médecin pourra dans le cadre de sa mission d'expertise, fournir à l'autorité qui l'en a investi, toutes les constatations médicales relatives à la question qui lui est posée. Cependant tous les renseignements autres qu'il aura déduits ou observés tomberont sous le régime du secret professionnel.

⁶⁷ Art. 434-11 Code Pénal

⁶⁸ Art. R.4127-108 du Code de Déontologie Médicale.

Le régime du secret professionnel, est avant tout fondé sur la sauvegarde des intérêts du patient. Le respect de cette obligation pour le médecin permet avant tout de préserver la relation de confiance nécessaire à la bonne prise en charge du malade. Cependant elle semble être vecteur d'une insécurité à l'égard des médecins à qui est laissée une marge d'appréciation très étendue. Les médecins doivent agir en conscience.

Certains garde-fous ont été institués dans le but de fournir une forme de protection pour les professionnels de santé. La plus importante et notable d'entre elle est celle relative aux droits de la défense. En effet il est admis que le médecin dont la responsabilité est engagée, aura le droit de révéler certaines informations en principe confidentielles, dans l'optique de se défendre ou de défendre son patient. Néanmoins le Conseil National de L'Ordre des Médecins énonce que le praticien « *ne peut s'abriter derrière le secret professionnel pour masquer d'éventuelles fautes* »⁶⁹. Ainsi donc cette protection n'a pas uniquement été instaurée dans le but de prévenir l'engagement de la responsabilité des médecins mais également pour leur éviter de dissimuler certaines fautes.

C'est dans ce cadre que le dossier médical revêt une importance capitale. Il permet à la fois au patient, comme aux professionnels de santé, de centraliser toutes les informations de santé concernant un patient, dans le but d'améliorer sa prise en charge en favorisant la coordination entre les différents acteurs de soin. Il permet également au médecin d'y inscrire les différents actes qu'il a réalisés mais aussi la date précise à laquelle il a informé son patient.

Le dossier médical est inscrit au sein du Code de santé Publique en son article R.1112-2 : « *Un dossier médical est constitué pour chaque patient hospitalisé dans un établissement de santé public ou privé. Ce dossier contient au moins les éléments suivants, ainsi classés : ...* »⁷⁰. Cet article liste de façon précise les éléments devant faire partie du dossier médical. Cette liste n'est cependant pas exhaustive comme en témoigne la formulation même de cet article (« ce dossier contient au moins... »). Il est possible d'y déceler l'obligation légale relative au consentement écrit du patient.

Il est inscrit à plusieurs reprises au sein du Code de Déontologie la mention suivante, « *Les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient* »⁷¹. Ainsi donc un des préceptes émis

⁶⁹ Commentaires du Code de Déontologie, article 4

⁷⁰ Art. R. 1112-2 Code de la Santé Publique.

⁷¹ Art. R.4127-37-1 du Code de Déontologie Médicale

par le législateur est relatif au fait pour le praticien d'inscrire certaines informations dans le dossier médical du malade. Il en est également fait mention dans le cadre de la nécessaire recherche du consentement, puisque la constitution et la transmission de ce document sont conditionnées à cette autorisation.

Cette notion apparaît également dans le cadre d'une dérogation du secret professionnel pour un patient décédé et de la transmission de renseignements concernant sa santé à ses ayants droits. Il est important de rappeler que dans ce cas précis, seules les informations perçant d'atteindre l'objectif seront transmises. Ainsi donc le dossier médical, bien que pouvant être transmis en partie, reste néanmoins un élément de sauvegarde du respect de la dignité de la personne.

Le dossier médical traditionnel a connu une évolution majeure tout dernièrement, en devenant dossier médical partagé (DMP) après avoir été testé dans neuf départements pendant 18 mois. Ce dernier, généralisé sur l'ensemble du territoire national en 2018, comptait en 2021 plus de 10 millions d'ouvertures de dossiers⁷². La grande nouveauté de cette réforme réside dans le fait qu'il n'y a plus un dossier par professionnel de santé mais un par patient. L'objectif de cette mesure est donc de favoriser la coordination des soins par la transmission des données de santé relative à un malade.

Il permet également entre autres de garantir aux patients une prise en charge plus précise et de meilleure qualité en facilitant leur parcours de soins. Il est aussi ici question de limiter le risque des interactions médicamenteuses. Le médecin dispose d'une liberté de prescription, mais il doit agir dans l'intérêt du patient. Par conséquent il est important qu'il puisse connaître l'ensemble des traitements que suit le malade, il évitera ainsi ces interférences néfastes et les redites concernant les prescriptions.

Ainsi ce DMP est supposé contenir l'ensemble des données médicales d'un patient, il s'agit donc ici de faire état ;

- Des traitements médicamenteux divers, en effet l'article R.4127-8 du Code de Déontologie Médicale est relatif à la liberté de prescription du médecin. Ce dernier doit agir dans le respect

⁷² Assurance Maladie, « *le DMP en pratique* », 25 janvier 2022
Arthur POCHET

des connaissances acquises par la science, tenir compte des avantages et inconvénients de chaque substance qu'il compte prescrire et les limiter à ce qui est nécessaire à la qualité, l'efficacité et la sécurité des soins⁷³.

- Des directives anticipées, inscrites à l'article L.1111-11 du Code de la Santé Publique⁷⁴, et à l'article R.4127-37-1 du Code de Déontologie médicale, et permettant au patient qui n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté de faire entendre sa voix⁷⁵.
- Des différentes affections qui touchent le patient (pathologies et allergie), ici cela permet au professionnel de santé d'être pleinement conscient de la situation médicale dans laquelle se trouve le malade.
- Un compte rendu des hospitalisations et des consultations avec le nom du praticien l'ayant réalisé.
- Les résultats d'examen, qui pourront être appréciés par les différents professionnels de santé et qui leurs permettront d'agir en connaissance de cause et avec l'ensemble des tenants.
- Les historiques des remboursements, qui permettent d'obtenir un véritable état des lieux de la prise en charge et de savoir si le patient bénéficie d'une couverture spécifique (type CMU).
- Les différentes actions inscrites par le médecin, comme la date du recueil du consentement, la transmission des informations (relevant d'un des droits du patient) ou encore les décisions motivées relatives au refus de soins et aux choix de fin de vie. Ainsi le DMP, permet aux différents professionnels de santé de se protéger de potentiels contentieux futurs.

L'accès au DMP n'est envisageable que sur autorisation du patient, il en est de même lorsqu'il est question de le compléter. Dans ce cas le médecin devra être muni de sa carte professionnelle de santé (CPS) et de la Carte Vitale du patient ce qui permet d'être en principe assuré du consentement et de la présence de ce dernier.

⁷³ Art. R.4127-8 du Code de Déontologie Médicale

⁷⁴ Art. L.1111-11 du Code de la Santé Publique

⁷⁵ Art. R.4127-37-1 du Code de Déontologie médicale

Le patient, en vertu de l'article L.1111-7 du Code de la Santé Publique a droit d'accéder aux informations relatives à sa santé contenue dans son dossier médical. Le législateur énonce alors que *« Elle peut accéder à ces informations directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne et en obtenir communication, dans des conditions définies par voie réglementaire au plus tard dans les huit jours suivant sa demande et au plus tôt après qu'un délai de réflexion de quarante-huit heures aura été observé. Ce délai est porté à deux mois lorsque les informations médicales datent de plus de cinq ans ou lorsque la commission départementale des soins psychiatriques est saisie »*⁷⁶.

Ainsi il est législativement prévu un délai de réflexion avant la transmission de ces renseignements, permettant d'observer et de comprendre quelles sont les motivations réelles de cette demande. Cette dernière peut être réalisée par le biais d'un mandataire, dans ce cas le mandat doit être express, et il faut exclure l'existence d'un potentiel conflit d'intérêts entre les parties.

L'accès au dossier est en principe gratuit même s'il est admis dans la pratique que si le patient souhaite obtenir une copie du dossier l'établissement peut lui demander une participation aux frais de reproduction. Dans le cas d'un patient mineur, c'est une nouvelle fois les titulaires de l'autorité parentale qui sont légalement habilités à accéder au dossier de leur enfant. Hormis la situation du mineur qui a demandé le secret sur son état de santé et donc s'oppose à ce que ses informations soient partagées.

Le majeur protégé a droit à l'accès de ses infos, la personne chargée de la mesure de protection peut bénéficier d'un droit d'accès si le juge des tutelles l'a expressément habilité à représenter ou à assister le majeur protégé pour les décisions et actes touchant à sa personne.

Ainsi le médecin a la charge de respecter cette obligation relative au secret professionnel. Dans l'intérêt de son patient, certaines dérogations sont néanmoins admises par la jurisprudence et le législateur. Il en est de même pour le principe du refus de soins.

⁷⁶ Art. L.1111-7 Code de la Santé Publique
Arthur POCHET

§2- Le principe souverain de non-discrimination, fer de lance du refus de soins par les médecins.

Le principe du refus de soins est envisageable dans le cas où le patient exprime sa volonté de renoncer à la réalisation de tout actes médicaux. Mais la question s'est ici posé de savoir si le médecin était habilité à refuser de traiter un patient. Cette possibilité est inscrite dans le Code de Déontologie en son article R.4127-47. On peut y lire les mots suivants : « *Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée.* »⁷⁷.

Ainsi au sens de cet article, mais aussi de la loi Hôpital, Patients, Santé, Territoires (HPST) du 21 juillet 2009⁷⁸, la continuité des soins est une obligation du médecin. Il faut alors définir cette notion. Il s'agit d'une caractéristique fondamentale de l'exercice de la médecine. Elle fait notamment partie de la définition de la médecine émise par Wonca Europe en 2002. Ce rapport vise en effet à définir la médecine générale, à en fournir les caractéristiques principales, à délimiter le rôle du médecin et décrire les compétences fondamentales dont un praticien de santé doit disposer dans l'exercice de sa profession. On peut y lire : « *Elle a la responsabilité d'assurer des soins continus et longitudinaux, selon les besoins du patient. Elle utilise un mode de consultation spécifique qui construit dans la durée une relation médecin-patient basée sur une communication appropriée.* »⁷⁹.

Les soins continus doivent être interprétés comme longitudinaux, tout au long de la vie du patient et non sur un épisode de maladie seule. Elle est également fondée sur la relation de confiance qui existe entre le patient et son praticien. Cette dernière est alimentée par l'ensemble des entretiens individuels réalisés par le médecin durant l'exercice de sa fonction, mais aussi par le caractère irréprochable de chacun d'entre eux. Le médecin doit respecter plus que tous les droits de ses patients en se conformant à toutes les obligations qui l'incombent. Il exercera dans la considération de la personne humaine, fort des données acquises par la science. Le souffrant quant à lui s'intégrera autant que faire se peut dans sa prise en charge et veillera à travailler à la résolution de sa situation de santé en concert avec l'équipe soignante.

⁷⁷ Art. R.4127-47 Code de Déontologie Médicale

⁷⁸ L. n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires

⁷⁹ Allen J, Gay B, Crebolder H et al. « *La définition européenne de la médecine générale* ». Médecine de famille. WONCA Europe 2002.

Il est nécessaire de distinguer cette notion de celle de permanence des soins. En effet elle peut être définie par le rapport DESCOURS de 2003 comme : « *une organisation mise en place par des professionnels de santé afin de répondre par des moyens structurés, adaptés et régulés, aux demandes de soins non programmés exprimées par un patient. Elle couvre les plages horaires comprises en dehors des horaires d'ouverture des cabinets libéraux et en l'absence d'un médecin traitant.* »⁸⁰.

Par conséquent il s'agit ici d'organiser l'offre de soins entre les différents professionnels de santé dans l'intérêt du patient, à savoir en lui permettant de bénéficier d'une prise en charge de qualité et répondant à ses besoins. Cela passe notamment par l'organisation des horaires des différents services de soins au sein d'un même territoire.

La continuité des soins quant à elle vise à garantir aux patients un suivi de qualité tout au long de leur prise en charge mais aussi de leur vie en maintenant la chaîne et soins et en s'assurant de l'échange interdisciplinaire des données concernant sa santé. L'autre élément notable induit ici est temporel. En effet la relation de confiance bâtie conjointement entre le patient et son médecin requiert du temps. Le professionnel de santé doit être présent notamment pour répondre aux interrogations survenant lors de leurs entretiens.

Paradoxalement cette continuité semble moins aisée qu'autrefois. La permanence des soins permet certes de garantir aux patients une meilleure organisation de leur offre de santé mais elle n'est plus assurée par un seul individu. Le médecin semble donc être moins joignable et moins présent qu'il ne l'était à l'époque. En effet il était coutume pour un médecin généraliste d'être joignable le soir et durant les week-ends, ce qui n'est plus aussi vrai de nos jours. Le médecin est malgré tout sensibilisé au fait que la communication reste la clé de voûte de la construction d'une relation saine et de confiance avec ses patients.

Ainsi c'est en ce sens que le Code de Déontologie fait état d'une prise en charge globale du patient sous la notion de continuité de soins⁸¹.

⁸⁰ Rapp. DESCOURS, Remis à Monsieur J.F. MATTEI, 2 février 2003

⁸¹ Fiche d'orientation, SFMG
Arthur POCHET

Le Code de Déontologie continue ainsi : « *Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles.*

S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins. »⁸².

Il est énoncé ici que le médecin a droit de refuser de prodiguer des soins pour des raisons professionnelles ou personnelles, il doit néanmoins respecter la garantie qui est faite au patient de continuité des soins. Mais le code dispose également deux autres dérogations qui sont celles de l'urgence et du manquement aux devoirs d'humanité.

Cette dernière notion semble vague et n'est que rarement caractérisée par les juges, bien qu'elle soit l'objet de très nombreuses plaintes de la part des patients. Elle doit s'interpréter comme une atteinte à la dignité du patient.

Le refus de soins peut être quant à lui interprété de façon discriminatoire, ce qui est formellement interdit illégal, pouvant donc engager la responsabilité du praticien. Quand un professionnel de santé refuse de recevoir ou de traiter un patient sur le fondement de sa nationalité, de son état de santé, de sa religion, de son handicap, de son orientation sexuelle, ... il commet une faute déontologique. Certains praticiens ont également tendance à refuser les patients bénéficiaires d'une protection complémentaire (type CMU). Il est même admis que la façon de traiter son patient peut être assimilée à un refus de soins discriminatoire.

Une étude des défenseurs des droits⁸³ a en effet mis en lumière l'existence de ces refus de soins discriminatoires et fondés sur des stéréotypes, qui sont toujours plus nombreux sur les territoires urbains. Leur nombre diffère en fonction des spécialités (les plus implantées sont les médecins spécialistes et les chirurgiens-dentistes) et du secteur auquel le médecin appartient. Un médecin en secteur 1 est conventionné à des tarifs fixés par la convention nationale tandis qu'en secteur 2 il est autorisé à pratiquer les dépassements d'honoraires.

⁸² Art. R.4127-47 Code de la Santé Publique

⁸³ Fiche Pratique, Discriminations, Les refus de Soins -, décembre 2018.

Ces tendances ont mis en lumière les difficultés éprouvées par les patients à entamer des démarches pour signaler ces pratiques, ce qui va totalement à contresens de la responsabilisation grandissante des médecins. Sur le plan confraternel, ces discriminations entraînent des reports sur les praticiens qui soucieux du respect de la loi, reçoivent et prodiguent des soins sur tout les patients, sans distinction.

Or, l'article L.1110-3 du Code de la Santé Publique énonce qu' « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins.* »⁸⁴. Ainsi en principe un médecin respectueux des textes législatifs ne devrait pas refuser des patients sur le fondement d'éléments stigmatisants et discriminatoires.

Ces refus peuvent être fruit d'une discrimination directe ou indirecte, c'est-à-dire lorsque le praticien refuse systématiquement les devis, qu'il propose des rendez-vous dans des délais anormalement longs ou qu'il présente une attitude et un comportement qui peut être qualifié de discriminatoire.

Cette notion de refus de soins opposés au malade a fait l'objet de nombreuses jurisprudences, car considérée par les juges comme fondamentale dans la sauvegarde de la prise en charge des patients. Ainsi l'arrêt de la Cour de Cassation, réunie en premier chambre civile en date du 6 octobre 2011, apparaît comme précurseur et permet d'éclairer les règles entourant ce concept.

En l'espèce, un malade atteint de diabète souhaite consulter un médecin ophtalmologiste. Ce qu'il fait à quatre reprises entre 1993 et 2002. Le patient souffrant de trouble visuel, consulte une nouvelle fois son médecin en janvier 2002, ce dernier réalise alors certains actes médicaux de diagnostic qui ne décèle aucune rétinopathie diabétique. Ses symptômes s'aggravant, le malade sollicite un nouveau rendez-vous qui ne lui sera accordé qu'en mai 2003. Face à ce délai, le médecin ophtalmologiste renvoie le patient vers un de ses confrères, qui lors de sa consultation diagnostiquera une rétinopathie diabétique hémorragique, nécessitant d'importantes opérations source de nombreuses séquelles.

⁸⁴ Art. L.1110-3 Code de la Santé Publique
Arthur POCHET

Le patient engage alors la responsabilité de son premier médecin en estimant que ses dommages corporels auraient pu être évités. La Cour d'Appel, au même titre que la Cour de Cassation caractérise l'existence d'une faute de surveillance. Un certain nombre d'éléments sont relevés pour permettre cette qualification. Tout d'abord est reproché au médecin de ne pas avoir décelé l'avancée du diabète sur son patient, mais surtout de ne pas avoir eu conscience des différents facteurs de risques de la rétinopathie.

Le patient avait consulté ce praticien pendant près de dix ans, ainsi ce dernier avait parfaitement conscience du suivi peu rigoureux du malade concernant son traitement contre le diabète. Il aurait dû ainsi mettre en place une surveillance accrue et non pas lui accorder une date de consultation une année après l'apparition des symptômes. Dans sa défense le professionnel de santé avait invoqué la surcharge de son cabinet. Cet élément n'a pas été retenu par les juges du fond car considérant qu'il s'agissait ici d'une situation d'urgence qui appelait à une réponse urgente.

La qualification de cette faute suppose ainsi un double aspect. Le premier étant un défaut dans la continuité des soins du malade. Le second est relatif au refus de procéder à une consultation rapide. Au fondement de l'article R.4127-47, les juges ont rappelé le droit du médecin à refuser de prodiguer des soins pour des raisons personnelles ou professionnelles, mais hors cas d'urgence. Est alors considéré ici que l'urgence crée une véritable obligation à la charge du praticien⁸⁵.

Ainsi la jurisprudence dans l'intérêt du patient, montre la possibilité d'engager la responsabilité des différents professionnels de santé sur le fondement d'un refus de soins illégal en admettant même que la redirection du patient vers un confrère n'est pas en mesure de l'exonérer dans le cas par exemple d'une urgence médicale. Le dernier alinéa de l'article R.4127-47 va dans ce sens : « *S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins.* »⁸⁶. Il est ici clairement inscrit que le médecin doit lorsqu'il fait le choix de refuser un patient, en avertir le principal intéressé, le mettre en relation avec un confrère et lui fournir tout les renseignements utiles à une prise en charge médicale de qualité. Il s'agit ici de respecter son obligation de continuité des soins. Cependant cet article présente ces divers éléments comme de nouvelles obligations, comme la marche à suivre

⁸⁵ Gaz. Pal. 5 nov. 2011, p. 31

⁸⁶ Art. R.4127-47 Code de la Santé Publique
Arthur POCHE

dans l'intérêt du patient. Ils ne sont pas présentés comme des causes permettant au médecin de s'exonérer de sa responsabilité dans le cas d'un refus de soin illégal.

Ainsi le professionnel de santé est habilité à refuser de traiter un patient sous certaines conditions établies par le législateur et la jurisprudence. Il ne s'agit ici que d'un exemple des nombreux devoirs généraux auxquels le médecin doit se conformer.

Ces derniers ne forment néanmoins qu'un pan parmi plusieurs concernant les obligations indissociables à l'exercice de la profession de médecin. En effet, certains devoirs sont indispensables à la constitution d'une relation de confiance entre le praticien et le souffrant. Ils sont relatifs à des droits qui leur sont ouverts et qui leur permettent d'être acteur de leur propre prise en charge.

Là où les devoirs généraux des médecins ne sont créateurs que d'obligations, leurs devoirs envers les patients sont architectes d'obligations.

Partie 2 : Les obligations déontologiques indissociables à l'exercice de la profession médicale.

Il est admis que le médecin, dans l'exercice de sa profession ait la charge d'agir en conscience et de réaliser des actes médicaux de soins, de diagnostic et de prévention dans l'intérêt suprême de son patient.

Le Code de la Déontologie Médicale et l'Ordre des médecins ont la charge de veiller au respect des ces différents principes. Depuis la loi Kouchner du 4 mars 2002, les praticiens de soins ne peuvent voir leur responsabilité engagée que si le manquement déontologique en question est constitutif d'une faute.

Ainsi, les patients sont assurés tout au long de leur prise en charge d'être titulaire de droits et que ces derniers seront respectés par l'ensemble du corps médical. (Chapitre 1).

Le second article du Code de Déontologie Médicale énonce que « *Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité.*

Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort. »⁸⁷.

Par cette formule, il est admis que le professionnel de santé doit dans l'intérêt de son patient se conformer à un ensemble de règles au cours de la réalisation de sa mission. Elles sont par ailleurs applicables tout au long de la vie du patient, et restent exécutoires même après son décès (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La consécration de droits fondamentaux dans l'exercice de la déontologie médicale.

La loi du 4 mars 2002 a mis en place un certain nombre de principes, encore appliqués aujourd'hui et qui sont considérés par l'ensemble de la population (professionnels de santé et patients) comme vecteurs d'une prise en charge plus morale et d'une hausse de la qualité des soins prodigués.

Cette loi s'interroge sur la place que le malade occupe au sein du système de santé mais plus précisément quelle place il devra occuper dans le respect des normes déontologiques. Cela passe nécessairement par l'instauration de droits fondamentaux.

L'un d'eux est relatif au droit de consentir à l'ensemble des actes médicaux réalisés sur le patient (§1). La question est alors de savoir comment ce droit et son corollaire, le droit d'information, sont mis en place. Ainsi il faut étudier quelles sont les prérogatives prises par le professionnel de santé pour empêcher que sa responsabilité soit mise en jeu (§2).

⁸⁷ Art. R.4127-2 Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHE

§1- La concrétisation d'un droit à consentir comme fondement même de la déontologie médicale.

La responsabilisation des médecins n'est pas l'unique facteur qui a bouleversé la relation entre le patient et le praticien. En effet la reconnaissance et le respect du consentement en est un autre.

Ce concept est introduit par John Locke, un éminent philosophe anglais du 17^e siècle. Il écrit que « *Les hommes étant, par nature, tous libres, égaux et indépendants, nul ne peut être tiré de cet état et soumis au pouvoir politique d'un autre, sans son propre consentement* »⁸⁸. Il explique alors que lorsque le consentement d'un individu est demandé dans la réalisation de n'importe quel acte (pas seulement médical), ce dernier est alors considéré comme une personne et pas un simple instrument. La recherche de ce consentement suppose une valeur morale intrinsèque qui est celle du respect d'autrui et du respect de leur condition de personne.

Cette philosophie est par ailleurs reprise au siècle des Lumières par le philosophe Kant⁸⁹. Ce dernier se fonde sur cette notion de consentement pour réfléchir sur des sujets relatifs à la dignité humaine⁹⁰.

La reconnaissance du consentement du patient dans le cadre de la réalisation d'actes médicaux se fonde sur un raisonnement assez similaire aux approches de Kant et de Locke. En effet le patient est un sujet de droit. Cette qualité suppose que nul ne peut lui imposer des actes sur son corps sans que sa volonté n'ait été recherchée. Cette pensée s'inscrit dans une philosophie diamétralement opposée à celle de l'époque et donc au paternalisme médical.

⁸⁸ « Les hommes étant, par nature, tous libres, égaux et indépendants, nul ne peut être tiré de cet état et soumis au pouvoir politique d'un autre, sans son propre consentement », John Locke, *Second Traité du gouvernement civil*, cité dans Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, p. 115.

⁸⁹ Emmanuel Kant, « Réponses à la question : qu'est-ce que les Lumières ? », dans *Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ?*, trad. de l'all. par Jean-François Poirier et Françoise Proust, Paris, Flammarion, 1991, p. 41-51.

⁹⁰ E. Kant, *Doctrine de la vertu* [1797], trad. par Philonenko (quatrième édition), Paris, Vrin, 1996, p. 97.
E. Kant, *Leçons d'éthique*, op. cit., p. 108.

Le législateur a plus tard exprimé son ambition d'inscrire cette réforme dans les textes. Aspirant à une relation plus égalitaire, la loi Huriet de 1988 est fondamentale. Cette dernière règlemente pour la première fois l'organisation de la recherche en France. Elle concerne tous les essais (publics ou privés) ainsi que toutes les expérimentations sur des êtres humains.

Consacrant un cadre légal aux recherches biomédicales, elle vient également inscrire la recherche d'un consentement libre et éclairé du patient. Cette loi vient en fait nous apporter la définition de ce concept. Depuis l'ordonnance du 16 juin 2016 relative aux recherches impliquant la personne humaine⁹¹, cette notion se trouve dans la CSP en son article L.1122-1-1 : « *Aucune recherche mentionnée au 1° de l'article L.1121-1 ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé* »⁹².

Cette loi pose que le patient a le droit de refuser de fournir son consentement pour une recherche mais également que son consentement est révocable à tout moment. S'il fait le choix de le révoquer se pose la question de savoir s'il engage sa responsabilité. Le législateur répond de façon claire à cette interrogation. Elle explique que le sujet de la recherche n'encourt aucune sanction du fait de la révocation de son consentement. Cette jurisprudence a d'ailleurs été confirmée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme le 10 avril 2007⁹³.

En effet, il y a parfois un délai qui peut être assez long en fonction des différentes spécialités et des types d'actes, entre le moment où le patient formule son consentement et le moment de sa réalisation. C'est pourquoi, en instaurant ce principe, le législateur a dans l'intérêt du patient, posé ce garde fou.

Il est possible de prendre comme exemple le cas de la crise de la Covid-19. Durant cette période, de nombreux actes médicaux considérés comme non prioritaires ont été déplacés, laissant aux patients un temps de réflexion plus long. Durant cette période il est possible que la situation clinique du patient évolue, et ainsi que ce dernier souhaite révoquer son consentement.

⁹¹ Ord. n° 2016-800 du 16 juin 2016 relative aux recherches impliquant la personne humaine, JORF n°0140 du 17 juin 2016

⁹² Art. L.1122-1-1 Code de la Santé Publique

⁹³ CEDH, section, 10 avril 2007 N° 6339/05
Arthur POCHET

Cette notion n'est pas encore parfaitement inscrite dans l'inconscient des malades qui pensent encore, pour une majorité d'entre eux qu'une fois que leur consentement est donné, il n'est pas possible de faire machine arrière.

La loi Huriet va encore plus loin puisqu'elle institue une potentielle sanction pénale en cas de manquement à cette obligation de recherche du consentement libre et éclairé du patient au sein de l'article L.1126-1 du CSP. On peut y lire les mots suivants : « *Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur dans les cas prévus par les dispositions du code de la santé publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende.*

Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré. »⁹⁴.

La nécessaire recherche du consentement puise également ses fondements dans la loi Kouchner du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁹⁵. Comportant 119 pages, elle a été élaborée par Bernard Kouchner après la consultation des associations de patients dans le contexte de la pandémie du VIH. En effet, jusqu'en 1996, la médecine ne pouvait apporter de réponse ni de traitement concernant cette pathologie. Les associations de patients ont alors pallié ce manquement en améliorant les différents droits des patients (qu'ils soient personnels ou collectifs).

Par ailleurs, cette crise sanitaire qualifiée par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) comme une pandémie mondiale a posé de nombreuses questions notamment relatives à la gestion de ces nouveaux malades.

À la fin de l'année 2000, l'OMS estimait que 21 800 000 personnes étaient mortes de cette maladie et que près de 36 100 000 personnes vivaient avec cette pathologie. Sa qualification en pandémie se comprend d'autant plus avec le chiffre suivant. Au cours de l'année 2000, plus de 5 300 000 personnes ont été infecté par ce virus dans le monde ⁹⁶.

⁹⁴ Art. L.1126-1 du Code de la Santé Publique

⁹⁵ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

⁹⁶ ONUSIDA/OMS, Le Point sur l'épidémie de sida ; décembre 2000

Cette situation critique a amené le gouvernement français à se préoccuper de la manière dont il convient de traiter et de gérer une crise de cette ampleur. Il a donc fallu non seulement répondre au mieux aux attentes des souffrants mais également d'améliorer la qualité des soins qui leur sont prodigués. C'est par ce biais que la loi Kouchner a redéfini le rôle des professionnels de santé et notamment la façon dont il doit s'articuler avec les nouveaux droits dont dispose le patient ⁹⁷.

L'un des principaux acteurs de la rédaction de cette loi fondatrice est Didier Tabuteau, directeur de cabinet de B. Kouchner alors ministre de la Santé. Durant huit mois, il a tenté de répondre à toutes les interrogations soulevées au cours des années et a ainsi modernisé le rôle du professionnel de santé et les droits des patients.

Cette loi s'est avérée être d'utilité publique et a par ailleurs été adoptée par le Parlement de façon consensuelle deux mois avant les élections présidentielles.

En substance, elle se pose la question de la place que le patient occupe dans le système de santé et comment elle doit être réformée. Ainsi il apparaît que la relation anciennement acquise d'un paternalisme médical lourd doit être écartée. Le praticien est encore celui qui sait, celui qui dispose des compétences nécessaires à l'élaboration d'un diagnostic, mais aussi celui qui délivre les traitements et réalise les actes médicaux. Cependant le patient se devra d'occuper une place plus centrale à la fois dans le système de la santé mais également dans sa propre prise en charge.

La jurisprudence n'était au cours des années pas restée sans voix concernant les questions relatives aux droits des patients et aux obligations des professionnels de santé.

Il faut ici citer l'arrêt de la Cour de Cassation du 28 janvier 1942, dit arrêt Teyssier. Dans les faits un conducteur automobile est blessé au cours d'un accident. Souffrant de plusieurs fractures du membre supérieur gauche, le chirurgien eut la responsabilité de faire un choix entre un traitement orthopédique et une ostéosynthèse. Il prit finalement seul la décision de réaliser cette dernière entraînant nombre de complications (fièvres, gangrènes,...) et menant à l'amputation du membre.

⁹⁷Cardin H. La loi du 4 mars 2002 dite "loi Kouchner". Les Tribunes de la santé. 25 avr 2014;n° 42(1):27-33.

La Cour de Cassation dans cet arrêt affirme que « *le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération* »⁹⁸. Il s'agit ici de la consécration jurisprudentielle du droit à l'information du patient et de la nécessité d'obtenir son consentement pour tout acte médical.

Le consentement du patient aux soins est un corollaire au droit d'information. En effet comment un patient peut-il consentir à un soin alors qu'il ne dispose pas de tous les éléments nécessaires à la réalisation de son choix. Quand un patient présentant une pathologie consulte un médecin, ce rendez-vous peut conduire à un ou plusieurs actes médicaux. Tel que garanti dans les textes, le patient attend de son médecin une totale transparence, nécessaire à la relation de confiance qui les lie. Le patient doit consentir à l'ensemble des actes médicaux qui lui sont prodigués. Il doit ainsi être pleinement informé de la situation de santé dans laquelle il se trouve, mais aussi des alternatives médicales dont il dispose. Un défaut d'information équivaldrait à la nullité du consentement au même titre que s'il était donné sous la contrainte. La formule du consentement libre et éclairé prend alors tout son sens.

Un arrêt du Conseil d'État alors réunie entre ses 4^e et 1^{ère} chambre du 12 février 2020 rappelle au titre des articles L.1111-2⁹⁹, L.1111-4¹⁰⁰ et R.4127-236¹⁰¹ du Code de la Santé Publique qu'hors des cas d'urgence et d'impossibilité, la réalisation de soins dentaires sans le consentement du patient constitue pour le médecin une faute disciplinaire. En l'espèce, une patiente avait donné son accord à son praticien pour la pose d'une couronne dentaire mais n'avait pas consenti à la pose d'une couronne de type à incrustation vestibulaire (il s'agit d'une couronne en métal sur laquelle le prothésiste incruste en facette en céramique sur la partie visible de la dent dans un souci esthétique).

La chambre disciplinaire nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes s'était fondé sur le fait que le médecin pouvait légalement se déroger à son obligation de transmission de l'information de manière loyale, claire et appropriée lors d'un entretien individuel pour plusieurs raisons. En effet elle avait dans un premier temps retenu que la patiente bénéficiait de la Couverture Mutuelle

⁹⁸ Req., 28 janv. 1942, Parcelier/Teyssier : DP 1942, p. 63 ; Gaz. Pal. Rec. 1942, 1, p. 177

⁹⁹ Art. L.1111-2 du Code de la Santé Publique

¹⁰⁰ Art. L.1111-4 du Code de la Santé Publique

¹⁰¹ Art. R.4127-236 du Code de Déontologie Médicale

Universelle (CMU), par conséquent le coût pour la Sécurité Sociale (SS) aurait été identique peu importe le type de couronne.

De plus la patiente était présidente d'une association visant à venir en aide aux personnes défavorisées dans la pose de prothèses dentaires. Ces différentes informations sont considérées par le Conseil d'État comme inopérantes et ne délaissent pas le professionnel de santé de son obligation d'information envers sa patiente¹⁰². Ici encore droit d'information et consentement sont intimement liés.

L'arrêt Teyssier de la Cour de Cassation du 28 janvier 1942¹⁰³ consacre à la fois le principe de l'information et celui de la recherche du consentement. Il a par la suite été inscrit au sein du Code Civil en son article 16-3 avec la loi de bioéthique du 29 juillet 1994. On peut y lire les mots suivants : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.* »¹⁰⁴. Cet article, découpé en deux alinéas est fondamental dans la compréhension des droits dont le patient dispose. Tout d'abord cet article consacre le principe de l'intégrité du corps humain. Il s'agit ici d'une question relative à la bioéthique.

Il s'agit d'un concept relativement récent bien que faisant une référence évidente à l'adage latin « *noli me tangere* », ne me touchez pas. Il s'agit d'une référence biblique, en effet Jésus aurait dit à Marie-Madeleine de ne pas le toucher au moment où il ressuscite. Cette formulation a été reprise et servait durant de longues années à caractériser la sauvegarde de l'intégrité du corps humain. Chaque individu a le droit au respect de son corps et peut ainsi refuser qu'on y porte atteinte¹⁰⁵.

¹⁰² Gaz. Pal. 3 mars 2020, n° 372j0, p. 41

¹⁰³ Req., 28 janv. 1942, Parcelier/Teyssier : DP 1942, p. 63 ; Gaz. Pal. Rec. 1942, 1, p. 177

¹⁰⁴ Art. 16-3 Code Civil

¹⁰⁵ NOLI ME TANGERE, PAOLO CALIARI DIT VERONESE, vers 1576-1588, huile sur toile, 67x95cm, propriété du Musée de Grenoble
Arthur POCHET

La consécration d'un tel droit fait évidemment écho au contexte de l'époque, à savoir les horreurs réalisées par les nazis durant la Seconde Guerre Mondiale (1939-1945). La découverte de ces atrocités a eu pour effet de provoquer une prise de conscience générale et a ainsi participé à l'affirmation du principe de dignité de la personne humaine. Depuis ces principes ont été codifiés au sein du Code Civil et ont donc force de loi.

Le Code de Déontologie médicale en son article 36, soit l'article R.4127-36 du Code de Santé Publique énonce clairement que : « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas.* »¹⁰⁶. Ainsi la recherche du consentement est une nécessité et doit être poursuivie dans toutes les hypothèses, pas uniquement lors de la réalisation d'actes médicaux. Il faut que le patient formule ce dit consentement dans les cas d'actes de prévention, d'investigation, de diagnostic, lors de la surveillance des traitements et des avancées de la pathologie ou des soins.

Il s'agit ici d'un droit, qui garantit aux patients que leur intégrité physique ne sera pas impactée par la réalisation d'actes médicaux auxquels ils n'auront pas consenti. Ce droit participe une nouvelle fois à la création d'une relation réelle de confiance entre le médecin et son patient. Ce dernier appréhendera différemment sa relation s'il sait que dans tout les cas et toutes les hypothèses, il est et restera seul titulaire du pouvoir décisionnaire. Le médecin est ainsi celui qui sait et qui transmet ses informations et son savoir, mais aussi celui qui réalise les actes médicaux, mais seulement sous la demande de son patient. Ainsi le non-respect de cette obligation ouvre droit à l'engagement de la responsabilité civile du médecin. Il pourra au même titre aboutir à des sanctions disciplinaires parfois lourde de conséquences pour le professionnel de santé.

Le législateur a néanmoins inscrit plusieurs dérogations dans lesquels le recueil du consentement obéit à des obligations particulières. La première est relative au consentement du mineur. Il est de coutume que son avis doit être recueilli dès lors que ce dernier est en capacité de l'exprimer. L'objectif est une nouvelle fois ici de l'inclure dans sa prise en charge et à participer à des décisions qui le concerne directement. Cependant les titulaires de l'autorité parentale auront la charge de consentir pour leur enfant à tout traitement. Ici ce régime spécial fait directement écho à celui du droit d'information, preuve une nouvelle fois de la liaison de ces deux droits du patient.

¹⁰⁶ Art. R.4127-36 du Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHET

Un arrêt du Conseil d'État du 7 mai 2014¹⁰⁷ rappelle qu'un acte médical ne peut être décidé à l'égard d'un mineur que lorsque le consentement des titulaires de l'autorité parentale a été recherché. Ici cette juridiction rappelle que seuls l'urgence et l'impossibilité peuvent servir de dérogation. Dans les faits un psychiatre était accusé de manquement à la déontologie car ayant prescrit des antidépresseurs à un enfant sans l'accord des parents.

La chambre disciplinaire de l'ordre des médecins avait fondé sa décision en se basant sur le fait que le patient au vu de la dégradation rapide de son état de santé se trouvait alors dans une situation d'urgence justifiant la dérogation de l'obligation de consentement du médecin. Traditionnellement cette chambre fondait ses décisions sur le caractère usuel des actes médicaux, permettant ainsi de déresponsabiliser le médecin. Cependant le Conseil d'État a relevé que la chambre de l'ordre des médecins n'avait pas avec précision réussi à caractériser l'urgence de la situation, entachant ainsi sa décision d'erreur de droit au sens de l'article R.4127-42 du Code de la Santé Publique¹⁰⁸.

Cet arrêt du Conseil d'État permet ici de comprendre qu'avec le temps certains concepts présents au coeur même du Code de Déontologie sont encore vecteurs d'interrogations. La Chambre disciplinaire, bien que confrontée de façon régulière à ces problématiques ne caractérise pas encore parfaitement la notion d'urgence.

La notion d'autorité parentale suppose que cette dernière est partagée entre les deux parents, ainsi leur consentement doit en principe être recherché lors de tout acte médical impliquant leur enfant. Malgré cela, la pratique a permis d'admettre une exception à ce principe. En effet lors de l'exécution d'actes médicaux courants, le consentement d'un seul des deux parents suffira à sa réalisation. Ce titulaire unique sera réputé agir avec l'accord de l'autre. Il s'agit ici de la présomption admise par l'article 372-2 du Code Civil, « *A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.* »¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Gaz. Pal. 12 juin 2014, n° 180d9, p. 29

¹⁰⁸ Art. R.4127-42 du Code de Déontologie Médicale

¹⁰⁹ Art. 372-2 Code Civil
Arthur POCHET

Il faut alors comprendre ce qui doit être considéré comme actes courants. Il s'agit en réalité ici, selon la Haute Autorité de Santé, il s'agit d'actes d'usage ne nécessitant pas de technicité particulière et devant être considérés comme bénins. Il s'agit donc ici de vaccination, de soins apportés à des plaies superficielles ou encore de soins dentaires.

Ce principe vaut aussi lorsque les parents sont séparés. En pratique cela semble engendrer une problématique liée à la communication entre les deux titulaires de l'autorité parentale. Cependant le législateur considère que les parents sont, dans l'intérêt de leur enfant, capable de communiquer et de s'accorder sur la marche à suivre médicale.

Il existe néanmoins certains cas dans lesquels les parents se trouvent dans une situation de désaccord persistant. Il n'est pas forcément ici question d'une mésentente plus profonde entre eux mais simplement d'une discordance liée à la décision médicale qui s'impose. Le médecin, respectueux de la déontologie doit obtenir, dans le cas de traitements importants ou d'opérations chirurgicales, le consentement de la part des deux titulaires de l'autorité parentale. Il aura donc une fonction de conseil et de médiation. Il va exécuter son obligation d'information et fournir aux parents (ainsi qu'au mineur) tous les renseignements nécessaires à leur prise de décision. Il va également leur proposer toutes les alternatives médicales envisageables.

Si aucun consensus n'est acquis, le juge des affaires familiales peut être saisi, et tranchera la question pour l'intérêt de l'enfant.

En tout état de cause, le médecin pourra aussi légalement se contenter du recueil du consentement libre et éclairé d'un seul des titulaires de l'autorité parentale, si le délai de recherche est préjudiciable pour l'enfant. S'il estime que l'un des parents semble se désintéresser totalement de la prise en charge médicale de son enfant, il pourra après avoir attendu durant un laps de temps raisonnable, se contenter du consentement seul d'un des parents.

Dans toutes ces procédures de recherche de consentement, le médecin est vivement appelé à conserver des traces écrites. Il doit notamment conserver au dossier des mineurs toutes les indications qui lui ont permis de justifier de cette recherche et tout les éléments qui l'ont conduit à prendre telle ou telle décision. En effet il n'est pas rare que l'un des titulaires de l'autorité parentale, se sentant lésé car considérant comme illégal le fait que le recueil de son consentement n'ait pas

été nécessaire à la réalisation d'un acte médical concernant son enfant se lance dans une procédure contentieuse à l'égard du professionnel de santé.

Existe également certains autres cas de figure. Lorsque seul l'un des parents exerce l'autorité parentale, il sera autorisé à prendre seul les décisions concernant la santé de son enfant. Ici le médecin, toujours dans l'optique de respecter la loi, doit s'assurer de la véracité des dires de son interlocuteur.

Existe le cas où le mineur est placé sous tutelle. Dans ce cas le tuteur aura la charge de consentir pour l'ensemble des actes usuels. Cependant lorsqu'il est question d'actes médicaux lourds, l'avis du conseil de famille sera ici requis et devra aboutir au recueil d'un consentement libre et éclairé. Ici le praticien de santé aura la charge de s'assurer de la décision de mise sous tutelle avant de laisser le tuteur jouir de l'exercice de l'autorité parentale. Il aura également la charge de respecter son obligation d'information pour l'ensemble du conseil de famille et devra rechercher le consentement après qu'ils aient pris une décision concernant la santé du mineur.

Il existe un dernier cas de figure dans lequel le patient mineur peut consentir à des actes médicaux sans l'accord des différents titulaires de l'autorité parentale. Dans un premier cas, si ses liens familiaux sont rompus et qu'il bénéficie du remboursement des prestations en nature de l'Assurance Maladie et de la Couverture Mutuelle Universelle, le mineur sera habilité à consentir seul.

Le patient mineur bénéficie également d'un droit particulier au secret, qu'il peut revendiquer dans certains cas prévus par la loi. Dans ce cas il aura la capacité de consentir seul aux soins et les titulaires de l'autorité parentale n'auront même pas connaissance de la procédure. L'article L.1111-5 du Code de la Santé Publique dispose que « *Par dérogation à l'article 371-1 du code civil, le médecin ou la sage-femme peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des*

titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé »¹¹⁰. Ainsi il est admis dans les textes cette faculté pour le patient mineur de garder le secret sur son état de santé.

Cependant cet article continue comme tel, « Toutefois, le médecin ou la sage-femme doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin ou la sage-femme peut mettre en œuvre l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix. ».

Ainsi donc, les professionnels de santé ont néanmoins la charge de convaincre le patient mineur de l'importance d'avertir ses parents. En effet ses derniers sont à même de venir en aide à leur enfant sur le plan émotionnel mais aussi à leur prodiguer des conseils qui peuvent s'avérer utiles. Les professionnels de santé devront ici inscrire et garder des traces de la réalisation de leur tâche dans le respect de la procédure prévue à cet article, afin d'avoir en cas de contentieux futur, les preuves nécessaires à la défense de l'engagement de leur responsabilité.

Les cas admis en pratique ici sont ceux relatifs aux consultations liées à la prescription et à la délivrance de certificats médicaux et de traitements médicamenteux. Il est ici notamment question de produits ou d'objets liés à la contraception. Ces derniers peuvent être délivrés dans des centres de planification (type Planning Familial) ou d'éducation familiale. En effet une partie des cas où il est admis que le patient mineur puisse garder le secret sur son état de santé concerne des soins et des actes médicaux liés à la grossesse.

Les consultations en découlant pourront être réalisées à la discrétion des titulaires de l'autorité parentale par des professionnels de santé. Il est évidemment aussi ici question de l'Interruption Volontaire de Grossesse (IVG). Il est important de noter que le Code de Déontologie en son article R.4127-18 énonce que « *Un médecin ne peut pratiquer une interruption volontaire de grossesse que dans les cas et les conditions prévus par la loi ; il est toujours libre de s'y refuser et doit en informer l'intéressée dans les conditions et délais prévus par la loi.* »¹¹¹.

¹¹⁰ Art. L.1111-5 du Code de la Santé Publique

¹¹¹ Art. R.4127-18 du Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHE

Ainsi il est admis par les textes que le médecin au titre de sa faculté de refus de prodiguer certains soins, peut faire le choix de ne pas réaliser un tel acte médical. La seule obligation à laquelle il doit se soumettre pour éviter toute mise en cause, est d'en informer sa patiente dans un délai raisonnable. En effet ce type de procédure nécessite une réaction rapide de la part de l'équipe de soin.

Par ailleurs une loi du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement est venue allonger le délai légal d'IVG de 12 à 14 semaines¹¹², en modifiant l'article L.2212-1 du Code de la Santé Publique. Le nouvel article est donc désormais le suivant : « *La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la quatorzième semaine de grossesse.* »¹¹³.

Les autres hypothèses ici sont relatives au dépistage du VIH, qui se réalise de façon anonyme et totalement gratuite. Elle est par exemple proposée lors de don du sang. Mais il est question aussi ici des soins relatifs à la toxicomanie qui comporte à la fois un volet psychologique complexe mais qui est aussi liée à une addiction aux substances illicites. Ainsi la capacité pour un médecin de pouvoir garantir à son patient, mineur qui plus est, un total secret sur son état de santé mais également sur les actes médicaux réalisés en conséquence de cette pathologie est réellement fondamental.

Le second régime spécifique est relatif au cas du majeur protégé. Tout d'abord il est fondamental de rappeler que l'article 459 du Code Civil pose le principe de l'autonomie de la personne, « *Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet.* »¹¹⁴. Ainsi ce principe doit être respecté envers et contre tout. Le but est toujours celui de garantir aux patients, bien qu'ils soient protégés, des droits et la garanti qu'ils pourront être acteur de leur prise en charge. Cela passe notamment pas le recueil de leur consentement.

¹¹² L. n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement

¹¹³ Art. L.2212-1 du Code de la Santé Publique

¹¹⁴ Art. 459 Code Civil
Arthur POCHET

Comme pour le droit d'information, va être recherché son aptitude à consentir. Pour cela il devra être titulaire des capacités et des facultés mentales et physique pour exprimer sa volonté et être à même de comprendre la situation dans laquelle il se trouve. Si tel n'est pas le cas, c'est le tuteur qui prendra le relais et aura la charge de consentir au nom de l'individu, en agissant pour son bien. Ici cette notion est fondamentale et sera appréciée par les juges. Le tuteur ne pourra en principe pas voir sa responsabilité engagée s'il agit dans l'intérêt du majeur protégé.

Le juge pourra alors prévoir dès l'ouverture de la mesure de protection, ou ultérieurement si l'état de l'individu se dégrade, que la personne qui est en charge devra l'assister ou même dans certains cas la représenter. Ici la mise en place de cette protection, liée à la faculté de consentir aux actes médicaux, est instituée selon la volonté propre du juge. Il aura la charge d'agir en réaction, notamment en statuant pour répondre à la question de savoir qui pourra consentir à un acte médical précis.

Le juge aura néanmoins la possibilité de prévoir l'étendue de cette assistance et de cette représentation a posteriori, en nommant quels types d'actes pourront être consenti par le majeur protégé et quels autres ne le pourront pas. Pour statuer ainsi, le Juge doit être en connaissance de tout les renseignements utiles qui lui permettront de statuer ainsi. Le médecin aura alors la charge de remplir un certificat médical circonstancié initial. Le praticien choisi ici pour accomplir cette tâche doit être inscrit sur la liste du Procureur (il s'agit ici d'une procédure semblable à celle concernant les expertises). Les informations médicales du patient, utiles au jugement pourront à défaut être délivrés ultérieurement par l'intermédiaire de la personne protégée elle-même ou de son tuteur.

Ainsi donc est admis dans les textes que si le Juge ne statue pas en encadrant spécifiquement la protection de l'individu, le principe de l'autonomie de la personne s'appliquera d'office.

Le médecin, afin de se protéger de contentieux éventuels, notamment ceux liés au fait qu'il ait prodigué soins et actes médicaux à un majeur protégé sans rechercher le consentement de son tuteur, peut demander au juge une copie du jugement de mise sous protection. Ainsi il sera en pleine et entière connaissance des actions qu'il peut ou non réalisé avec son patient seul. De plus l'obtention de ce jugement permet également au praticien de mieux connaître son patient, et sondeurs de capacité et d'être capable d'agir en conséquence. Concernant les cas de mandats de

Arthur POCHET M2 DPS 69

protections futurs, le médecin devra en demander la copie une nouvelle fois, lui permettant d'effectuer une vérification concernant les demandes du mandant.

Le consentement éclairé est l'un des principes fondateurs de la morale médicale et de la déontologie. En effet il est même inscrit au coeur de la charte européenne d'éthique médicale du CEOM. L'article qui le précède est relatif au droit d'information qui est son corollaire.

§2- Le droit d'être informé de son état de santé, seul corollaire au principe de moralité.

L'article L.1111-4 du CSP, introduit par la loi du 4 mars 2002, dispose que : « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.* »¹¹⁵. Ici cet article vient dans un premier temps réaffirmer la position du professionnel de santé. Ce dernier n'est pas exclu de la relation qu'il entretient avec son patient. Il a la charge de lui apporter toutes les informations qui lui sont nécessaires à la bonne prise de décision. Il ne choisit pas pour son patient mais lui permet de choisir en toute connaissance de cause le traitement ou l'acte qui lui semble être le plus judicieux.

Cet article suppose également une obligation d'information de la part du médecin envers son patient. Cette notion prend place au coeur du CSP en son article L.1111-2. Dans son premier alinéa, il est possible de lire les mots suivants : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus.* »¹¹⁶.

L'information du patient est considérée grâce à cet article comme un droit, par conséquent un manquement à ce droit sera considéré comme une faute permettant d'engager la responsabilité de la personne à qui la réalisation de ce droit incombe.

¹¹⁵ Art. L.1111-4 Code de la Santé Publique

¹¹⁶ Art. L.1111-2 Code de la Santé Publique, al.1
Arthur POCHET

Cette information portera sur tous les actes médicaux qu'il a préalablement réalisés, et dont les résultats permettent aux médecins de réaliser un diagnostic relatif à l'état de santé du souffrant. Le praticien de santé, à l'aide des connaissances acquises de la médecine sera alors en mesure de présenter un plan d'action afin de réduire les symptômes de la pathologie qui affecte son patient, ou de lui permettre de se guérir de cette affliction.

Pour que le patient soit en mesure de faire un choix éclairé, il est plus que nécessaire que ce dernier agisse en connaissance de cause. C'est pourquoi cet article institue l'obligation pour le médecin d'informer son patient sur les solutions proposées mais également sur leur nature, leur utilité et leurs conséquences. Ce dernier point est fondamental. En effet la réalisation d'actes médicaux lourds peut avoir à court, moyen ou long terme un réel impact sur la vie du patient. Ce dit impact peut être de l'ordre d'une prise régulière de médicament, de perte d'autonomie notamment dans les actes de la vie quotidienne,... Le médecin doit alors ici présenter toutes les alternatives médicales possibles qui s'ouvrent au patient.

La réalisation de certains actes médicaux comporte néanmoins certains risques. En effet même si le professionnel de santé agit dans le respect de ses obligations, avec justesse et conformément aux données acquises par la science, la survenance de complications n'est pas à exclure. Le malade doit en être pleinement informé de ces risques afin de déterminer si ces derniers lui semblent justifiés eu égard à son état de santé.

L'information doit porter sur les risques fréquents et, pour les risques normalement prévisibles, sur les risques graves. À travers ce dernier concept, il faut comprendre ceux qui mettent en jeu le pronostic vital ou fonctionnel du patient. Dans un souci d'individualisation de l'information, le médecin devra renseigner son patient sur les risques spécifiques à la personne mais aussi des précautions qu'il devra prendre pour les limiter.

Si le médecin respecte effectivement son obligation d'information, son patient sera alors disposé à agir en toute connaissance de cause et à même de choisir la solution qui lui convient. Il peut alors faire le choix de refuser tout les traitements qui lui sont proposés par l'ensemble des praticiens de santé. Ce droit au refus de soins est également institué par la loi Kouchner du 4 mars 2002.

Ce droit s'articule avec le devoir d'information dans le sens où le médecin aura la charge d'expliquer à son patient toutes les conséquences qui résulteront de son choix. Il est question ici de l'aggravation de son état de santé, des souffrances qui vont alors être occasionnées mais aussi des dangers que ce choix représente pour la vie du patient. Cette notion sera largement abordée dans la suite de ce développement.

Cet article a également une importance toute particulière puisqu'elle réaffirme le droit des patients à bénéficier de soins palliatifs. Ces derniers sont défini par le CSP en son article L.1110-10 comme : « *des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage.* »¹¹⁷. Ce droit était d'ores et déjà garanti par une loi du 9 juin 1999 qui permettait non seulement aux patients d'avoir un droit d'accès aux soins palliatifs mais qui formait comme obligation pour le médecin d'accompagner le patient au cours de ce processus.¹¹⁸

Le Code de la Santé Publique, pose le principe de l'information comme un droit qui ne doit pas s'interpréter de façon ponctuel. En effet il énonce qu'il constitue une obligation pour le médecin durant toute la durée de la prise en charge. Il doit ainsi être réalisé antérieurement aux actes médicaux de diagnostics, de préventions ou d'investigations mais également postérieurement à ces derniers. L'état de santé d'un individu peut en effet se détériorer ou s'améliorer au cours de sa prise en charge.

Le médecin doit alors lui fournir toutes les informations nécessaires pour lui permettre d'être pleinement informé de son état de santé et si de nouveaux risques sont identifiés. Ici l'ambition de la loi du 4 mars 2002, dite loi Kouchner est claire. Elle a pour essence de garantir aux patients une meilleure connaissance de leur état de santé et des alternatives dont ils disposent durant toute la durée de leur prise en charge. Ce droit, s'il est respecté a donc un impact très positif sur la qualité de soins prodigués aux patients.

L'article L.1111-2 du Code de la Santé Publique pose néanmoins plusieurs exceptions à ce droit, l'urgence et l'impossibilité. L'urgence est définie comme une situation médicale grave et

¹¹⁷ Art. L.1110-10 Code de la Santé Publique

¹¹⁸ L. no 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs
Arthur POCHET

nécessitant une rapidité d'action car la réponse ne peut se faire attendre, et se rapporte à la notion d'impossibilité d'informer. En effet certaines situations ponctuelles ne permettent pas au médecin de s'enquérir du droit d'information. La médecine d'urgence a vocation à prodiguer des soins à des individus dans des situation de santé précaires. Ainsi, dans certains cas cette médecine de réaction ne peut décentement se conformer au respect de toutes les obligations définies dans la loi du 4 mars 2002 et dans le Code de Déontologie Médicale. Le droit d'information en fait partie au même titre que le consentement.

Dans cet article du Code de la Santé Publique, il est possible de déceler une seconde exception qui est relative à l'impossibilité. Si le médecin se trouve dans une situation où il est incapable de respecter son obligation d'information, alors il est légalement en droit de s'en dispenser. Il est question ici du cas par exemple où une complication est décelée pendant la tenue d'une opération ou le patient est anesthésié.

Le médecin est confronté à un choix. Il peut réveiller son patient, lui fournir toutes les informations nécessaires et ainsi le laisser seul décideur de la marche à suivre où ne pas le réveiller et effectuer un acte médical dont le patient n'est pas informé. Ici il le médecin devra effectuer une balance bénéfice risque. En effet parfois il est impossible de réveiller le patient afin de l'informer et de programmer une opération à une date ultérieure sans lui occasionner une aggravation de son état de santé.

Ainsi le praticien est confronté à un choix, heureusement le législateur a pourvu à ces éventualités complexes en lui permettant de s'exonérer de certaines obligations. Dans ces cas précis, il va sans dire que le médecin doit être guidé par l'intérêt suprême de son patient.

Le Code de Déontologie Médicale dispose des différentes possibilités de réserves de l'information. Il est également possible de lire les mots suivants : « *Toutefois, lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination* »¹¹⁹.

¹¹⁹ Art. R.4127-35 du Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHE

Il est ici question d'une autre exception au droit d'information. Le patient peut faire le choix de rester dans l'ignorance concernant son état de santé. Cette possibilité, consacrée à la fois par la loi et le Code de Déontologie a été imposée par la jurisprudence (Cass. 1re civ., 27 oct. 1962)¹²⁰.

Cette volonté doit être respectée même si elle porte sur un diagnostic grave ou s'il est question d'un pronostic vital source d'inquiétudes. Dans ce cas le médecin devra informer son patient des conséquences de son refus sans lui fournir de données sur son état de santé. Il devra ensuite faire seul le choix de la thérapie qui convient et qu'il juge être la plus appropriée à son patient (en se basant sur ce qu'il connaît de lui, le type de pathologie, les données acquises par la science, ...).

Cependant la loi affirme une exception ici encore. Le médecin ne pourra décemment pas se contenter de cette obligation d'information, même si le choix de l'ignorance a été fait par son patient, si ce dernier pourrait contaminer un tiers du fait de sa pathologie. Ici encore le contexte de la rédaction de la loi du 4 mars 2002 est explicite. En pleine épidémie de VIH, ne pas informer son patient qu'il est porteur de ce virus reviendrait à favoriser sa propagation en augmentant drastiquement le nombre de contaminations.

Ces cas d'exonérations peuvent se révéler être une source d'insécurité juridique pour le médecin. En effet bien que la loi l'y autorise, il n'est pas exclu que le patient, mécontent de sa prise en charge, de toute mettre en oeuvre pour engager la responsabilité du praticien. C'est pourquoi le médecin devra se prémunir de ces éventuelles difficultés et ainsi se couvrir en conservant des preuves concernant le fait qu'il a en effet proposé à son patient de l'informer comme la loi l'y contraint en principe.

L'article L.1111-2 du Code de la Santé Publique continue ainsi : « *Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.* »¹²¹.

Ainsi la Haute Autorité de Santé (HAS) a émis une des recommandations de bonnes pratiques concernant la délivrance de l'information. Ce guide, destiné aux professionnels de santé

¹²⁰ Cass. 1re civ., 27 oct. 1962

¹²¹ Art. L.1111-2 Code de la Santé Publique
Arthur POCHET

leur permet d’agir en adéquation avec la loi afin de garantir aux patients le respect de leur droit à l’information¹²².

La HAS est une autorité publique indépendante à caractère scientifique. Elle vise à développer la qualité de soins et de prise en charge dans le champ sanitaire, social et médico-social, au bénéfice des personnes. Créée par la loi du 13 août 2004 relative à l’Assurance Maladie¹²³, elle *« travaille au coté des pouvoirs publics dont elle éclaire la décision, avec les professionnels pour optimiser leurs pratiques et organisations, et au bénéfice des usagers dont elle renforce la capacité à faire leurs choix. »*¹²⁴.

Ce guide conseille les professionnels de santé sur le contenu de l’information qu’ils doivent délivrer. Ici en réalité il s’agit d’un rappel de la loi et du Code de Déontologie. Certaines précisions sont néanmoins apportées. Il est question notamment de la délivrance d’information dans le cadre des compétences du professionnel de santé. En effet, lorsque ce dernier envisage des actes de préventions, des investigations ou des traitements il doit être en mesure de répondre à toutes les interrogations de son patient. Ainsi il doit avoir reçu une formation adéquate et disposer des compétences nécessaires à la réalisation de ces actes médicaux, tout en étant à même de proposer les solutions les plus viables dans l’optique de garantir à son patient la meilleure prise en charge possible.

Ce guide, tout comme la loi pose un autre principe fondamental, celui de l’individualisation de l’information. En effet il est vivement conseillé au praticien de prendre en considération la personne qu’il a face à lui, et à la voir comme telle et non seulement comme un patient sujet à traitements. Il doit être capable de prendre en compte les dimensions psychologiques, culturelles et sociales. Ces derniers sont relatifs à l’état de santé global du patient (dont le médecin a connaissance grâce au suivi médical et au dossier médical), la qualité de vie de ce dernier mais aussi de faire la distinction entre l’état physique de l’individu et son état psychologique (peurs, angoisses,...).

¹²² Recommandation de bonne pratique, Délivrance de l’information à la personne sur son état de santé, Haute Autorité de Santé, mai 2012.

¹²³ L. n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l’assurance maladie

¹²⁴ La HAS en bref, 29 octobre 2020.

Une information correctement transmise doit correspondre à une méthode précise ayant une double finalité. La première étant évidemment, dans le respect de l'essence du Code de Déontologie, l'intérêt du patient. En effet l'information transmise doit être synthétique, hiérarchisée et compréhensible par l'interlocuteur. Une fois de plus la loi et les recommandations émises par la HAS font état de la nécessaire personnalisation de l'information.

Le médecin doit être capable de s'adapter à son auditoire. L'individu face à lui ne dispose en principe pas des mêmes connaissances que lui. De plus, le professionnel de santé devra faire face à un patient qui présente des problèmes médicaux qui peuvent être lourds. Ainsi il aura la charge de prendre en compte le bagage psychologique du souffrant et capter son discours en conséquence.

La délivrance de l'information se fait sous la forme d'un échange entre le patient et le médecin. La bonne compréhension de la situation et des alternatives médicales proposées doivent être parfaitement appréhendées par l'ensemble des parties. C'est pourquoi la délivrance de l'information se fait toujours dans le cadre d'un entretien individuel. Ce dernier suppose un dialogue participant à la relation de confiance qui doit exister entre le patient et son médecin. Il permet ainsi au malade de formuler l'ensemble de ses interrogations et au professionnel de santé d'y répondre. Ici une fois de plus il devra prêter attention à la psychologie et adapter sa prise en charge en fonction.

*« La délivrance de l'information requiert du tact, du temps et de la disponibilité, ainsi qu'un environnement adapté »*¹²⁵. Le médecin est ici dans une position ambivalente. Il doit à la fois fournir à son patient l'ensemble des informations nécessaires à la bonne compréhension de son état de santé (comprenant ici le pronostic et les risques liés à l'aggravation de sa pathologie), mais doit aussi le ménager autant que faire se peut. Cet entretien individuel doit être réalisé autant de fois que nécessaire.

Les patients d'aujourd'hui disposent également de moyens de communication et de recherche qui sont toujours plus précis et complets (internet, avis familiaux, ...). Ainsi le médecin devra prendre le temps de les recevoir pour répondre à leurs interrogations nouvelles. Afin de favoriser la

¹²⁵ Recommandations de bonnes pratiques, HAS
Arthur POCHET

relation de confiance, le patient doit se sentir écouté et soutenu. C'est pourquoi le praticien doit faire preuve de patience et de disponibilité.

Cet entretien individuel peut être réalisé en présence d'un accompagnant. Pour cela, le patient doit formellement exprimer le fait qu'il souhaite la présence de cet individu. Le médecin devra d'ailleurs lui proposer de réaliser une partie de la délivrance seule, ce qui peut librement être accepté ou non par le patient. Cette présence peut s'avérer être bénéfique car jouant le rôle d'un réel soutien moral pour le patient. De plus ce dernier ne sera pas seul à être informé de son état de santé et pourra donc s'appuyer sur un proche.

Cet accompagnant peut également se révéler être un interprète dans l'hypothèse où le patient est étranger et ne parle pas la langue (ou si ses connaissances linguistiques sont trop maigres pour saisir l'ampleur des données médicales qui lui sont fournies). De même, il est possible de faire appel à un assistant de communication lorsque la personne est en situation de handicap (surdité, dysarthries,...).

L'article L.1111-6 du Code de la Santé Publique énonce que : « *Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin.* »¹²⁶. Instituée par la loi du 4 mars 2002, la notion de personne de confiance permet au patient hors d'état d'exprimer sa volonté de faire entendre sa voix concernant la réalisation d'actes médicaux.

La proposition de désignation est une obligation à chaque hospitalisation. Elle se fait par écrit et doit être co-signée par la personne désignée. Cette décision est révisable et révocable à tout moment. Il ne faut pas la confondre avec la personne à prévenir. Le Code de la Santé Publique opère cette distinction au sujet du dossier médical en son article R.1112-3 : « *Le dossier comporte l'identification du patient ainsi que, le cas échéant, celle de la personne de confiance définie à l'article L.1111-6 et celle de la personne à prévenir.* »¹²⁷.

¹²⁶ Art. L.1111-6 Code de la Santé Publique

¹²⁷ Art. R.1112-3 Code de la Santé Publique
Arthur POCHET

Ainsi, le patient pourra choisir dans le cadre de la délivrance d'informations au sujet de sa santé de se faire assister par la personne de confiance qu'il a préalablement choisie. Cette notion sera abordée plus en détail dans la suite de ce développement.

Le législateur, au même titre que la HAS fait état de certaines exceptions, certains cas particuliers auxquels les médecins doivent prêter un intérêt tout particulier.

La première est relative à la transmission de l'information pour les mineurs. Comme tout individu, le mineur a le droit d'être informé de son état de santé et de recevoir tout les renseignements qui pourront lui permettre d'appréhender sa situation et de prendre les décisions qui s'imposent. Cependant, dans l'intérêt de l'enfant ce droit est exercé par les titulaires de l'autorité parentale. Cette notion est définie par le Code Civil en son article 371-1. On peut y lire les mots suivants : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. (...) Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.* ». Ainsi le professionnel de santé leur délivrera l'information mais devra aussi tel qu'inscrit dans le Code adapter l'information reçue par le mineur en fonction de son âge et de son degré de maturité. L'objectif est de l'associer au maximum à sa prise en charge.

Cependant rien ne définit avec précision comme le médecin doit interpréter la notion de degrés de maturité. Ce dernier devra se faire son propre avis, d'où l'importance de rencontrer le mineur au préalable lors d'entretiens. Il existe néanmoins certains cas dans lesquels le mineur peut se passer des titulaires de l'autorité parentale pour obtenir des informations sur son état de santé.

Le mineur peut en effet exclure de l'information ses parents s'il s'oppose à ce qu'ils soient informés pour garder secret son état de santé. L'autre exception est relative à des faits de contraception et d'interruption volontaire de grossesse (IVG). Concernant la contraception, c'est l'article L.5134-1 du Code de Santé Publique qui est en vigueur ici. Il énonce que : « *En application des articles L.1111-2 et L.1111-4, toute personne a le droit d'être informée sur l'ensemble des méthodes contraceptives et d'en choisir une librement. (...) Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures.* »¹²⁸.

¹²⁸ Art. L.5134-1 du Code de Santé Publique
Arthur POCHET

Ainsi le code pose que les mineurs ont droit à être informé de toutes les méthodes contraceptives que la médecine moderne met à leur disposition, et de faire le choix de celle qui leur convient le mieux à l'aide de tout les renseignements qui sont mis à leur disposition. Ils ont également le droit même en étant mineur est donc en principe soumis à l'autorité parentale de leurs parents de s'en dispenser.

Concernant l'IVG, c'est l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique qui définit la marche à suivre. Il y est écrit que si la femme est mineure non émancipée, le consentement des titulaires de l'autorité parentale sera recherchée. Si le mineur s'y oppose les professionnels de santé auront la charge de tenter de la convaincre. Mais si après cela le mineur énonce malgré tout son désir de garder le secret sur son état de santé, *« l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée, présentée dans les conditions prévues au premier alinéa. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix. »*¹²⁹.

De plus cette dérogation est possible hors cas d'IVG, c'est le cas lorsque le mineur souhaite garder secrètes certaines informations relatives à son état de santé. Ici encore le médecin va s'efforcer de convaincre le mineur, mais s'il n'y parvient pas il devra se résoudre à effectuer l'acte médical dont il est question. Cependant le législateur pose une condition. Il faut qu'il s'agisse d'une décision médicale qui s'impose pour sauvegarder la santé du mineur.

De plus cette dérogation ne concerne que le médecin (on exclut donc la notion de tout professionnel de santé). Le mineur devra néanmoins se faire accompagner de la personne majeure de son choix lors de la réalisation de l'acte (article L. 1111-5 du Code de la santé publique)¹³⁰.

Lorsque le mineur est présent avec les deux titulaires de l'autorité parentale, alors en principe chacun sera informé de la même manière. Cependant si seul l'un des deux titulaires est présent, alors le médecin lui fera part de l'importance d'informer le titulaire non présent. Ici la HAS dans ses recommandations de bonnes pratiques caractérise l'importance de cette information conjointe dans le cas où les parents sont séparés. Il faut ici citer l'article 373-2 du Code civil qui

¹²⁹ Art. L. 2212-7 du Code de la santé publique

¹³⁰ Art. L. 1111-5 du Code de la santé publique.

énonce que « *La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.* »¹³¹. Ainsi la séparation des parents n'a aucun impact sur leur droit d'exercer l'autorité parentale. Ils conservent bien entendu le droit d'être pleinement informé de l'état de santé de leur enfant.

Dans le respect de ce droit, et lorsque le pronostic médical du mineur est considéré par le médecin comme grave, il proposera un entretien en présence des deux parents, afin de s'assurer que chacun d'eux est informé de l'état de santé de l'enfant. Cela leur permettra de prendre ensemble la décision qui s'impose dans l'intérêt de l'enfant.

Les mineurs ne sont pas les seuls sujets de droit, soumis à un régime juridique particulier. En effet les majeurs protégés bénéficient aussi de règles spéciales. Leur régime juridique est défini aux articles 415 à 515 du Code Civil¹³². Ainsi il est admis que ces personnes qui sont considérés dans l'impossibilité de pourvoir seuls à leurs intérêts en raison de l'altération de leurs facultés mentales, physiques ou corporelles de nature à empêcher l'expression de leur volonté. Ces individus bénéficient à ce titre de mesures de protections juridiques (décision de justice, mandat de protection future).¹³³

Au titre de la délivrance de l'information concernant leur état de santé, il faut noter que la loi du 4 mars 2002, ne prenait en compte que la situation des majeurs sous tutelles, excluant ainsi d'office le reste des majeurs protégés (curatelle, majeurs placés sous sauvegarde de justice, ...). Dans la mise en pratique du droit à l'information, les médecins ont donc dû se tourner vers une loi plus ancienne qui était plus exhaustive concernant les majeurs protégés, la loi du 5 mars 2007¹³⁴. Cette dernière affirme le principe de l'autonomie (définie égale à l'article 459 du Code Civil : « *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* »¹³⁵).

¹³¹ Art. 373-2 Code civil

¹³² Art. 415 à 515 Code Civil

¹³³ Fiche d'orientation : Majeurs protégés, juin 2021, DALLOZ

¹³⁴ L. n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

¹³⁵ Art. 459 Code Civil
Arthur POCHET

À la lumière de cette notion, le médecin doit informer son patient en personne mais en s'adaptant une fois de plus aux facultés de compréhension de son interlocuteur. Le juge des tutelles peut cependant prévoir que ce genre d'information soient transmises en présence du tuteur, du curateur, ... Enfin si le majeur n'est pas en état d'exprimer sa volonté, le médecin devra rechercher s'il a désigné une personne de confiance, et le cas contraire consulter les proches présents.

Ces différentes situations, rendent l'exercice de la profession de médecin, et plus particulièrement du respect de l'obligation d'information, plus complexe et sont donc d'autant plus source de danger et de contentieux pour les professionnels de santé. Leur vigilance doit par conséquent être accrue lors de la survenance de ces cas spéciaux.

En principe la délivrance de l'information se fait oralement. Cependant à cette oralité peut se greffer des documents écrits. Ces documents d'informations ont plusieurs réelles utilités. Tout d'abord ils permettent au patient d'avoir un récapitulatif condensé et clair de son état de santé et des alternatives médicales dont ils disposent. Ainsi il pourra mieux aborder son état de santé et faire des recherches complémentaires, qui aboutiront sans nul doute sur de nouvelles interrogations qu'il transmettra aux professionnels de santé compétents en la matière.

Ces documents ne sont et ne doivent être considérés que comme des renseignements. Ainsi aucune des parties ne devra le signer mais simplement la date y sera apposée. Ici donc une des utilités pour le médecin est de garder une trace du fait qu'il ait bel et bien respecté son obligation d'information en cas de contentieux futur.

En effet la loi du 4 mars 2002, dite loi Kouchner a vocation à garantir un certain nombre de droits pour les patients, et parallèlement de faire peser certaines obligations sur le médecin. Ainsi en cas de non-respect de ce dites obligations, comme celle concernant l'information, la responsabilité du médecin pourra être engagée.

C'est pourquoi le guide de bonnes pratiques de la HAS conseille fortement aux professionnels de santé de garder des traces écrites de l'information leur permettant ainsi de conserver une preuve du respect des obligations instituée par le législateur.

Ainsi le législateur fait peser de nombreuses obligations sur le praticien, qui est contraint de mettre en place un certain nombre de prérogatives dans l'optique d'avoir des éléments de défense dans le cas où un contentieux mettant en jeu sa responsabilité surviendrait.

Leur respect ne doit pas être sous-estimé par pouvant être la source d'un contentieux futur et en cas de faute d'une sanction disciplinaire, civile ou pénale pour le professionnel de santé.

Il est alors admis que le professionnel de santé soit détenteur d'obligations tout au long de la vie de son patient et même après son décès. C'est pourquoi certaines interrogations doivent nécessairement être analysées pour comprendre en quoi le médecin se trouve dans une position indélicate notamment concernant les choix de fin de vie.

Chapitre 2 : La garantie du respect de la déontologie tout au long de la vie du patient.

Le patient est un sujet de droit, titulaire de prérogatives personnelles, et ce tout au long de sa vie. Le respect du droit de consentir par exemple reste une condition indivisible à la prise en charge médicale dans le respect des dispositions prévues dans le Code de Déontologie Médicale.

Cependant la fin de vie du patient suppose de nouvelles interrogations et des choix qui peuvent s'avérer moralement complexe. Le médecin, comme l'exige sa profession devra réaliser sa mission de soins en conscience.

C'est dans ce contexte que le droit au refus de soins se révèle être vecteur de nombreux questionnements pour le médecin et que sa mise en pratique suppose une étude morale précise (§1).

Malgré cela, des alternatives légales sont possibles pour les patients dans une situation de fin de vie, le législateur a, à plusieurs reprises tenté de régir cette période si particulière de la vie d'une personne (§2).

§1- Le droit au refus de soins, illustration du porisme relatif au droit de consentir.

L'article R.4127-36 du Code de Déontologie énonce que : « *Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences.* »¹³⁶. Il s'agit ici d'une des grandes réformes imposées par la loi Kouchner du 4 mars 2002. En effet en consacrant l'obligation de recherche du consentement pour tout acte médical, le médecin ouvre la possibilité pour le patient de refuser l'ensemble des alternatives médicales qu'il lui propose. Il s'agit ici de la notion de refus de soins.

Dans ce cas l'équipe médicale devra tout de même se soumettre à son obligation d'information envers son patient. En effet, le patient fait ici un choix important, celui de ne choisir aucune des solutions proposées par les professionnels de santé. Il doit donc nécessairement bénéficier de l'ensemble des renseignements qui lui permettent de faire de choix en conscience. Les professionnels de santé impliqués devront alors l'informer des conséquences de ce refus. Ils mettront ainsi tout en oeuvre pour le faire changer d'avis et le convaincre de les laisser lui prodiguer les soins indispensables (notamment dans le cas où sa vie est en danger). Cependant ils n'auront aucun réel pouvoir sur la décision de leur patient.

Le 25 août 2002, le Tribunal Administratif de Lille a rendu une ordonnance en référé interdisant à l'équipe soignante d'un hôpital de prodiguer des soins sur des individus en ayant expressément fait la demande. En l'espèce il s'agissait de témoin de Jéhovah qui refusaient tout transfusion sanguine. Cette jurisprudence vient au lendemain de la loi Kouchner, consacrer le droit des patients au refus de soins¹³⁷. Les patients ont alors droit de refuser toutes interventions médicales dans le but de respecter leurs convictions spirituelles.

Il s'agit en fait ici d'un revirement de jurisprudence. En effet un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 9 juin 1988, confirmé par un arrêt du Conseil d'État du 26 octobre 2001 avait autorisé la transfusion forcée d'un patient (lui aussi témoin de Jéhovah). Le personnel soignant se trouvait alors sans alternatives thérapeutiques et a dû faire face à la situation médicale extrême de leur

¹³⁶ Art. R.4127-36 Code de Déontologie Médicale

¹³⁷ Gaz. Pal. 17 déc. 2002, p. 19, Trib. Adm. Lille, 25 août 2002

patient.¹³⁸ La loi Kouchner n'ayant alors pas été mise en place, le personnel soignant avait parfaitement le droit de pratiquer une transfusion sanguine car cet acte été purement réalisé dans l'intérêt du patient.

Le droit au refus de soins est également soumis à certains cas particuliers que sont le patient mineur et le majeur protégé. Leur consentement aux soins sera systématiquement recherché par l'équipe médicale. Pour cela il est cependant nécessaire que ces individus soient en capacité d'exprimer leur volonté mais également de participer à la prise de décision concernant leur état de santé. Si tel est le cas ces derniers ont, au même titre que n'importe quelle autre personne, le droit de refuser tout traitement ou tout soins.

Existe également l'hypothèse où ces patients ne sont pas en capacité d'exprimer et de faire valoir leur volonté. Dans ce cas la décision reviendra pour les mineurs, aux titulaires de l'autorité parentale et pour les majeurs protégés aux tuteurs.

Il est ici fondamental de noter que le refus de soins peut être la cause de conséquences parfois graves pour la santé du patient. Lorsqu'il exprime sa volonté de son plein gré et qu'il est à même de la faire, le médecin n'aura qu'un rôle de conseil et devra tout mettre en oeuvre pour le faire changer d'avis. Mais dans le cas où la décision revient à un tiers, le législateur a dû poser une condition afin de protéger une fois de plus la vie et la santé du patient.

En effet si le refus de traitement autorisé par le tuteur ou les titulaires de l'autorité parentale entraîne des conséquences graves pour la santé du patient, le médecin devra malgré ce refus effectuer les soins indispensables. Ici par cette notion on entend les actes médicaux qui vont empêcher la survenance de conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur protégé. Le médecin aura une fois encore un rôle de médiateur, la loi l'autorise en effet à prodiguer des soins malgré le refus de la personne en charge du patient.

Cependant en vue de la réalisations d'actes futurs, et dans un souci de maintenir une relation de confiance entre tout les acteurs intervenant dans la prise en charge, le médecin doit porter conseil, expliquer l'utilité des soins qu'il s'apprête à délivrer. Il doit également présenter (dans le

¹³⁸ Gaz. Pal. 17 déc. 2002, p. 19, C. adm. appel Paris, 9 juin 1998
Arthur POCHET

respect de son obligation d'information) toutes les alternatives médicales envisageables mais également expliquer leurs absences.

Le médecin peut également se soustraire de ce refus dans le cas où le patient se trouve dans une situation d'urgence médicale. Pour cela certaines conditions sont nécessaires. Le médecin dans son rôle de conseil doit tout mettre en oeuvre pour convaincre son patient de poursuivre les soins qui sont considérés comme indispensables à la sauvegarde de sa santé et parfois de sa vie. L'acte médical doit être réalisé dans l'unique but de sauver le patient. Ce dernier doit se trouver dans une situation extrême. Ici cette notion peut sembler vague mais elle ne l'est cependant pas. En effet elle doit s'entendre ici comme mettant en jeu le pronostic vital de la personne. Enfin, la dernière condition est la suivante, l'acte médical doit être interprété comme indispensable et proportionné à la situation de santé du patient.

Cette dérogation au droit de refus de soin en cas d'urgence médicale puise son fondement dans la jurisprudence. En effet un arrêt du Conseil d'Etat du 16 août 2002, avait statué en imposant la dérogation selon laquelle le médecin avait effectivement bien agi en réalisant un acte médical sur une patiente qui se trouvait dans une situation d'extrême urgence.

En l'espèce, Mme Valérie F., hospitalisée le 28 juillet 2002 au Centre Hospitalier Universitaire (CHU) de Saint-Étienne exprime à l'équipe soignante son refus de transfusion sanguine. Elle subit malgré tout cet acte médical le 5 août 2002. Il faut préciser ici qu'elle avait affirmé ce refus par oral mais également par écrit. Malgré cela le personnel soignant avait considéré que la patiente se trouvait dans un cas d'urgence médicale et qu'elle devait ainsi recevoir une transfusion.

Mme F. et sa soeur (désigné comme personne de confiance) ont saisi le juge des référés du Tribunal Administratif (TA) de Lyon sur le fondement d'une atteinte grave à sa liberté individuelle de consentir, à sa liberté de conscience et à sa liberté de religion. Le 9 août 2002, le Tribunal a ordonné l'interdiction de toutes nouvelles transfusions sanguines, tout en précisant que cette interdiction pourrait être levée dans le cas où la situation médicale de la patiente mettrait en jeu son pronostic vital. C'est cette réserve qui, n'ayant pas satisfait la patiente, l'a conduite à demander au Conseil d'État l'annulation de cette décision.

Les juges du fond vont alors confirmer la décision du tribunal administratif en apportant néanmoins quelques précisions, en adéquation avec la loi Kouchner du 4 mars 2002. En effet les magistrats ont rappelé qu'il est possible de déroger à ce refus si les soins sont indispensables et proportionnés à la situation. De plus il invite les professionnels de santé à tout mettre en oeuvre pour obtenir le consentement aux soins de leur patient, même lorsque ces derniers expriment leur volonté d'y renoncer¹³⁹.

C'est dans ce cadre que le refus de soins peut être mis en place par le professionnel de santé, à la demande du souffrant. Néanmoins ce refus peut aboutir et être appréhendé dans le cadre des choix qui peuvent être fait en matière de fin de vie.

En effet cette situation si particulière de la vie d'un individu semble être régie par des normes législatives différentes et est source de nombreuses interrogations, à la fois pour les patients et pour les professionnels de santé.

Ainsi, ces derniers auront la charge d'agir en conscience et dans le respect de la déontologie afin de garantir la meilleure prise en charge possible mais aussi de ne laisser aucune possibilité d'engagement de leur responsabilité.

§2- Le respect de la déontologie médicale dans l'épreuve des choix liés à la fin de vie.

Le refus de soins demandés par le patient suppose des interrogations relatives aux soins palliatifs. La question de la fin de vie est primordiale et revêt un caractère universel, la vie nous est donnée mais pour un temps seulement, un jour vient où elle est amenée à disparaître. Elle suppose une interrogation d'ordre philosophique car la population a tendance à percevoir le fait d'être en bonne santé comme un dû. Mais l'est-il vraiment ? Et la médecine doit-elle répondre et apporter des solutions à chaque moment de la vie d'un être humain ?

Le législateur s'est posé la question du choix qui peut ou non être fait par le patient lorsque sa vie s'apprête à cesser. Il a mis en place au cours de ces vingt dernières années en France un

¹³⁹ CE 16 août 2002
Arthur POCHET

certain nombre de droits permettant de régir la fin de vie, avec comme vocation d'être le plus exhaustif possible.

La première intervention législative concernant la fin de vie est relative à la loi du 9 juin 1999¹⁴⁰, octroyant aux malades un droit d'accès aux soins palliatif et formant pour le médecin une obligation d'accompagnement. La loi Kouchner vient compléter le choix de la fin de vie en instaurant le droit du patient d'être informé de son état de santé et consacre le droit au refus de traitement. La loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti¹⁴¹ vient explicitement se poser la question du choix de la fin de vie. Elle est la réponse législative face à l'affaire Lambert.

Ce cas a bouleversé l'opinion publique et a eu un impact très important sur les différentes normes régissant la question de la fin de vie. Vincent Lambert, est un infirmier psychiatrique de 32 ans, marié et père d'une petite fille qui vient de naître. Il est malheureusement victime d'un accident de voiture le 29 septembre 2008, près de Châlons-en-Champagne.

Durant près de trois ans, l'ensemble de l'équipe soignante va tout mettre en oeuvre pour le ramener à la vie, réanimation, rééducation, expertises diverses, ... Malgré cette prise en charge, sa situation clinique ne présente aucune amélioration. Les médecins lui diagnostiquent donc un état végétatif, dit pauci-relationnel, définie par une circulaire du 3 mai 2002, comme « *Cet état végétatif est caractérisé par des cycles veille-sommeil avec ouverture des yeux, ventilation spontanée et absence de vie relationnelle.* »¹⁴².

Cinq années plus tard, sa situation ne présente toujours aucune forme d'évolution notable. C'est alors qu'un protocole d'arrêt de traitement est lancé par l'équipe soignante, avec le soutien de Rachel Lambert, épouse de Vincent Lambert. Cette procédure consiste à cesser toute forme d'hydratation et d'alimentation tout en administrant des sédatifs ayant vocation à atténuer les différentes souffrances que le malade peut ressentir.

¹⁴⁰ L. no 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs

¹⁴¹ L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie

¹⁴² Circulaire DHOS/02/DGS/SD5D/DGAS n° 2002-288 du 3 mai 2002 relative à la création d'unités de soins dédiées aux personnes en état végétatif chronique ou en état pauci-relationnel

Cependant, les parents du patient, catholiques traditionalistes, ainsi que ses différents frères et soeurs ne sont pas mis au courant de cette décision lourde de conséquences. L'arrêt des traitements commence malgré tout le 10 avril 2013. C'est alors qu'une première bataille juridique s'engage. Elle prend fin le 11 mai 2013 lorsque le Tribunal Administratif de Châlons-en-Champagne enjoint le CHU de Reims de rétablir l'alimentation et l'hydratation de Vincent Lambert et ordonne que lui soit prodigué tout les soins nécessaires à son état de santé¹⁴³.

Le 11 janvier 2014, le médecin en charge de Vincent Lambert prend une nouvelle fois la décision d'arrêt de traitement, dans le respect des dispositions de la loi Leonetti. Le Conseil d'État est alors saisi de l'affaire. Il considère le 24 juin 2014, que les dispositions issues de cette loi et inscrites au sein du Code de la Santé Publique sont de portées générales et s'appliquent même dans les cas où le patient ne se trouve pas dans une situation de fin de vie¹⁴⁴.

Prenant en compte un élément temporel (à savoir le nombre d'années durant lesquelles ce patient se trouve dans cette situation), tout en tâchant de tenir compte de la volonté de ce patient et des motivations de la mise en place de ce procédé, le Conseil d'État « *déduit de l'ensemble de ces éléments que la décision prise le 11 janvier 2014 d'arrêter l'alimentation et l'hydratation artificielles de M. Vincent Lambert n'était pas illégale, et a rejeté les conclusions tendant à sa suspension.* »¹⁴⁵.

C'est alors que les parents du patient ont saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme en urgence, ce qui a eu pour effet de suspendre l'exécution de la décision du Conseil d'État.

Cette juridiction est arrivée aux conclusions que « *les autorités internes se sont conformées à leurs obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention, compte tenu de la marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce. (...) Il s'ensuit qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention en cas de mise en œuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014.* »¹⁴⁶.

¹⁴³ Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, ordonnance du 11 mai 2013, n°1300740

¹⁴⁴ Gaz. Pal. 3 juill. 2014, n° 185d0, p. 28

¹⁴⁵ CE, Ass., 24 juin 2014, Mme Lambert, n°s 375081, 375090 et 37509

¹⁴⁶ CEDH, Grande Chambre, 5 juin 2015, n° 46043/14, Lambert et a. c/ France
Arthur POCHE

Ainsi à la suite de cette annonce, le CHU de Reims souhaite relancer une procédure d'arrêt de traitement le 7 juillet 2015, les parents de Vincent Lambert y répondent en engageant des poursuites à l'encontre des médecins et de l'hôpital. Le CHU saisit alors le parquet afin de désigner un représentant légal pour le patient.

Le 10 mars 2016, Rachel Lambert se voit confier la tutelle de son mari par le juge des tutelles¹⁴⁷. Décision qui sera contestée par les parents du malade mais confirmée par la Cour de Cassation le 8 décembre 2016¹⁴⁸. La Cour Administrative d'Appel de Nancy confirme la légalité des décisions prises par l'équipe soignante en date du 7 juillet 2015 et estime que la procédure collective doit être relancée¹⁴⁹. Cette décision est également contestée.

Le 11 janvier 2017, les parents de Vincent Lambert réclament le transfert de leur fils dans un autre établissement médical spécialisé. Cette demande sera rejetée à la fois par la Cour d'Appel de Reims et par la Cour de Cassation¹⁵⁰ confirmant tout deux que seule Rachel Lambert est autorisée à formuler de telles demandes.

Les parents portent alors une nouvelle fois plainte contre le CHU pour délaissement de personne hors d'état de se protéger. En septembre ce dernier annonce le lancement d'une nouvelle procédure collective visant à la suspension de l'hydratation et de l'alimentation de ce patient, ce qui sera contesté devant le Conseil d'État.

Le 9 avril 2018, le médecin a pris la décision d'arrêt de traitement, assortie de la nouvelle procédure de sédation profonde et continue (loi du 2 février 2016¹⁵¹). Après avoir diligenté une énième expertise, ayant abouti aux mêmes conclusions que les précédentes (à savoir que l'état du patient ne présentait aucune chance d'amélioration), le Conseil d'État en date du 24 avril 2019 conclue par les mots suivants « *Le juge des référés du Conseil d'État en déduit qu'étaient réunies les différentes conditions exigées par la loi pour que la décision d'arrêter l'alimentation et*

¹⁴⁷ LEFP janv. 2018, n° 110z0, p. 1

¹⁴⁸ Cass., 1ère civ., 8 décembre 2016, 16-20.298

¹⁴⁹ CAA Nancy, 16 juin 2016

¹⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017, n°17-18437

¹⁵¹L. n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie
Arthur POCHET

l'hydratation artificielles de M. Lambert, en accompagnant l'arrêt de ce traitement d'une sédation profonde et continue, puisse être prise par le médecin en charge du patient. En conséquence, il juge que cette décision ne peut être tenue pour illégale »¹⁵².

Ainsi neuf jours après l'arrêt des traitements, soit le 11 juillet 2019, Vincent Lambert décède au CHU de Reims, après plus de onze années passées dans un état végétatif.

Cette jurisprudence est extrêmement complexe mais réellement passionnante car elle pose la question de la fin de vie. Interrogation à laquelle de nombreuses juridictions différentes a tenté de répondre. Finalement la loi du 2 février 2016, rédigée en partie pour répondre à ce cas, a permis de mettre fin à ce contentieux.

Cette évolution législative de 2005 met en place les directives anticipées et renforce l'obligation d'accompagnement et de conseil de la part du personnel soignant. La HAS les définit comme « *vos volontés, exprimées par écrit, sur les traitements ou les actes médicaux que vous souhaitez ou non, si un jour vous ne pouvez plus communiquer* »¹⁵³. L'affaire Lambert ayant eu l'effet d'un véritable cataclysme dans le monde des soins palliatifs a également conduit le législateur à prendre conscience des lacunes du droit lorsqu'il est question de régir les questions relatives à la fin de vie. Ainsi, les directives anticipées s'interprètent comme une première réponse. Ces dernières sont révisables et révocables à tout moment et n'ont qu'une finalité de conseil pour le médecin.

Les conditions relatives à leur rédaction, leur mise en place et leur force sont inscrites au sein du Code de la Santé publique en son article L.1111-11, « *Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement.* »¹⁵⁴.

¹⁵² Ord. C.E., 24 avril 2019

¹⁵³ Les directives anticipées concernant les situations de fin de vie, Haute Autorité de Santé, guide pour le grand public, octobre 2016

¹⁵⁴ Art. L.1111-11 Code de la Santé Publique
Arthur POCHET

Il est en effet conseillé à chaque individu de prendre le temps de méditer sur le sujet et de les rédiger. Elles permettent de faire entendre la volonté du souffrant lorsqu'il n'est plus en mesure de l'exprimer. Elles supposent un réel travail psychologique intrapersonnel et préalable. Ces écrits ont vocation à être malgré tout au coeur de sa prise en charge médicale mais permettent aussi de ne pas faire peser le poids de telles décisions sur ses proches ou sur les médecins.

Pour autant, il est difficile de prévoir ce qu'un individu ressentira une fois qu'il sera réellement touché par la situation. Peut-être aura-t-il une vision diamétralement opposée à celle qu'il avait au moment de la rédaction, dues à certains facteurs imprévisibles tels que l'instinct de survie, sa capacité de résilience ou encore sa faculté d'adaptation à la situation (notamment dans le cas d'handicaps lourds). De plus bien qu'elles soient révisables à tout moment, il est fondamental de noter que la psyché humaine est en constante évolution. La volonté d'un individu notamment concernant sa fin de vie être amenée à être modifiée, c'est pourquoi le législateur a imposé une validité de trois ans pour les directives anticipées.

La loi Leonetti du 22 avril 2005 pose également l'interdiction de l'obstination déraisonnable dans la défense de la volonté et de la dignité du patient. Trois paramètres sont à prendre en compte pour comprendre ce qu'est l'obstination déraisonnable : l'utilité, la proportionnalité, et la finalité autre que le seul maintien de la vie. Le Dr Devalois (médecin en charge des soins palliatifs de Pontoise) énonce qu'un acte de soin qui n'est pas utile, qui est disproportionné ou qui maintient artificiellement en vie sans espoir d'amélioration, doit être considéré comme déraisonnable, et à ce titre, doit être stoppé ou ne pas être mis en œuvre.

Cette consécration de l'obstination déraisonnable vient en fait ouvrir un tout nouveau droit pour les patients, la décision de limitation ou d'arrêt des traitements inscrit au sein du Code de Déontologie en son article R.4127-37-2 : « *La décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés, au titre du refus d'une obstination déraisonnable, ne peut être prise qu'à l'issue de la procédure collégiale* »¹⁵⁵. Comme énoncé ici, elle est le fruit d'une décision collégiale (ce pouvoir

¹⁵⁵ Art. R.4127-37-2 du Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHET

n'est pas encore les seules mains du médecin en charge du patient), lorsque les directives anticipées ne peuvent être appréciées et que le patient n'est pas en capacité d'exprimer sa volonté.

La loi du 2 février 2016, dite loi Claeys-Leonetti¹⁵⁶, résulte d'une réelle demande sociétale ainsi que d'un engagement politique. En effet la question de la fin de vie a été posée dans le cadre de la campagne électorale de 2012. François Hollande, alors candidat à la présidence, inscrivait dans sa promesse électorale numéro 21: « *Je proposerai que toute personne majeure en phase avancée ou terminale d'une maladie incurable, provoquant une souffrance physique ou psychique insupportable, et qui ne peut être apaisée, puisse demander, dans des conditions précises et strictes, à bénéficier d'une assistance médicalisée pour terminer sa vie dans la dignité.* »¹⁵⁷. Sa volonté est clairement indiquée ici de venir mettre en place des nouvelles règles législatives permettant de régir la question de la fin de vie.

Cette loi est donc le fruit d'un engagement politique clair et a vocation renforcer celle de 2005. Elle supprime notamment le délai de validité de trois ans des directives anticipées. Le législateur a compris que le travail psychologique demandé était trop lourd pour être réalisé tout les trois ans. Ainsi ces écrits restent valables à vie, tant qu'elles ne sont pas modifiées ou révoquées par son rédacteur. Contrairement à la volonté de la première loi, les directives anticipées n'ont plus une seule fonction de conseil pour l'équipe soignante, elles s'imposent à elle comme on peut le voir dans le Code de Déontologie en son article R.4127-37-1 : « *Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin en charge du patient est tenu de respecter la volonté exprimée par celui-ci dans des directives anticipées* »¹⁵⁸.

Cet article continue en consacrant deux exceptions exonérant le médecin de tenir compte des directives anticipées. La première est relative à l'urgence vitale : « *En cas d'urgence vitale, l'application des directives anticipées ne s'impose pas pendant le temps nécessaire à l'évaluation complète de la situation médicale.* ». Ainsi dans cette situation l'équipe soignante sera autorisée à agir de façon habituelle sans tenir compte de la volonté du patient uniquement dans le laps de temps durant lequel la situation n'a pas été correctement évaluée.

¹⁵⁶ L. n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

¹⁵⁷ Promesses électorales François Hollande, 2012

¹⁵⁸ Art. R.4127-37-1 Code de Déontologie Médicale

Une seconde exception est admise dans l'hypothèse où les directives en question sont considérées comme manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale, « *Si le médecin en charge du patient juge les directives anticipées manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale, le refus de les appliquer ne peut être décidé qu'à l'issue de la procédure collégiale prévue à l'article L. 1111-11.* ».

Le Code de Déontologie, précise cependant les conditions permettant de s'exonérer de la volonté du patient lorsqu'il n'est pas en capacité de les exprimer. Pour ce faire le médecin doit échanger avec l'ensemble des membres présents de l'équipe soignante, mais également avec un autre médecin qui aura ici la qualité de consultant. Ainsi il s'agit ici de la mise en place d'une procédure collective ayant pour vocation l'intérêt du patient et la sauvegarde de sa volonté. Elle sert ici de véritable garde fou, ne laissant pas trop de pouvoir dans les mains du seul médecin. Ce dernier ne peut donc pas, grâce à la mise en place de cette procédure, prendre la décision de ne pas tenir compte des directives anticipées de son patient.

La décision de refus doit nécessairement être motivée, inscrite dans le dossier médical au même titre que les différents avis recueillis qui ont conduit à cette conclusion. Cette procédure présente donc un double intérêt. Le premier est de garder une trace pour le patient et sa famille de la décision qui a été prise par l'équipe soignante, leur permettant ainsi de comprendre les raisons d'un tel choix. Le second permet au médecin de se protéger en cas de contentieux. En effet elle lui permet de prouver qu'il a respecté la loi et le Code de Déontologie et qu'il n'a pas pris seul une telle décision.

Lorsque la volonté écrite du patient est considérée comme manifestement inappropriée, le médecin dans le respect de la déontologie aura la charge de rechercher la volonté du patient en dehors du cadre des directives anticipées. Il se tournera alors vers la personne de confiance (censée être capable de parler au nom du malade) ou à défaut ses proches et sa famille. Ces derniers seront d'ailleurs informés de la décision de refus d'application.

La clé de voute de cette loi réside dans la mise en place la sédation profonde et continue inscrite à l'article L.1110-5-2 du Code de la Santé Publique, « *A la demande du patient d'éviter toute souffrance et de ne pas subir d'obstination déraisonnable, une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie et à*

Arthur POCHET M2 DPS 93

l'arrêt de l'ensemble des traitements de maintien en vie »¹⁵⁹. Il s'agit ici pour le médecin de faire usage de traitements analgésiques et de sédatif en réponse à la souffrance du patient même si cela peut conduire à son décès.

Il faut ici faire une nécessaire distinction entre la notion de souffrance et celle de douleur. La douleur est définie par l'Association Internationale pour l'Etude de la Douleur (IASP) comme « *une expérience sensorielle et émotionnelle désagréable associée à une lésion tissulaire réelle ou potentielle ou décrite dans ces termes* »¹⁶⁰. Il s'agit donc ici d'un indicateur physique d'une sensation désagréable, qui est objectivement quantifiable. Elle est fondamentale dans la prise en charge du patient et doit être communiquée au personnel soignant autant que faire se peut.

La souffrance quant à elle est plus profonde, plus personnelle mais surtout totalement subjective. Outre le fait qu'elle puisse être occasionnée par la douleur physique, il est admis que l'on peut par exemple souffrir d'un deuil. Par conséquent, lorsque le Code de la Santé Publique, au même titre que le Code de Déontologie fait usage de cette notion, c'est qu'elle doit être interprétée sur un spectre plus large que les seules sensations physiques. Il est alors ici question d'appréhender la situation du patient aussi bien sur le plan de la douleur physique que sur les doutes, les peurs et les angoisses que certaines pathologies peuvent occasionner à un malade.

Ainsi dans les textes concernant la sédation profonde et continue, il n'est pas question de douleur mais de souffrance. Il est en effet possible d'avoir traité chaque symptôme, d'avoir atténué la douleur autant que faire se peut mais pour autant que le patient ressente toujours une grande souffrance, parfois insurmontable. Dans ce cas, lorsque tous les moyens médicaux mis en oeuvre ne conduisent pas à soulager le patient, ou lorsque la pathologie est intraitable, le patient peut demander la mise en place de cette procédure et ainsi être anesthésié. Il est important de noter ici que cet acte médical entraîne généralement un décès prématuré du patient.

Sa mise en place suppose plusieurs situations. Tout d'abord il est important de noter que cette décision, ce choix peut être inscrit dans les directives anticipées permettant ainsi de faire entendre sa voix et sa volonté lorsque le patient n'est pas en capacité de l'exprimer. Il existe trois situations admises par la loi Léonetti et l'article R.4127-37-3 du Code de Déontologie :

¹⁵⁹ Art. L.1110-5-2 du Code de Santé Publique

¹⁶⁰ Déf. « La douleur », IASP
Arthur POCHET

- Lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements. Cette dernière est appréciée d'une part par le patient lui-même qui exprimera le caractère insupportable de la souffrance qui le touche et d'autre part par les professionnels de santé si tous les moyens thérapeutiques et d'accompagnement disponibles et adaptés ont été proposés et/ou mis en œuvre sans obtenir le soulagement escompté par le patient.¹⁶¹ Il s'agit ici d'une nouvelle preuve de l'autonomie du patient, acteur de sa santé et de sa prise en charge plus que jamais dans ces situations de fin de vie. Il faut noter ici que la notion de « court terme », n'a pas fait l'objet d'une définition précise de la part du législateur. Ainsi, elle sera appréciée au cas par cas en fonction des différents services de soins palliatifs.
- Lorsque le patient est en état d'exprimer sa volonté, il est atteint d'une affection grave et incurable, il demande l'arrêt des traitements mais cet arrêt engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable, ici c'est le cas où le patient met en pratique le droit institué par la loi Kouchner du droit au refus des traitements. Si dans ce cas cet arrêt est accompagné d'une future souffrance insupportable (ici encore ce caractère est apprécié par collégialement par le patient et le personnel soignant).
- Lorsque le patient n'est pas en état d'exprimer sa volonté, son maintien en vie dépend de traitements qui sont considérés comme de l'obstination déraisonnable, le médecin décide de les arrêter, il doit alors mettre en œuvre une sédation profonde et continue jusqu'au décès pour être sûr que le patient ne souffrira pas de cet arrêt des traitements.¹⁶²

Une question sociétale concernant la fin de vie est celle concernant la légalisation de l'euthanasie, comme cela a été fait dans plusieurs pays d'Europe. L'Association du Droit de Mourir dans la Dignité (ADMD) oeuvre depuis plus de 30 ans pour la légalité de cet acte. Cependant les choix réalisés par le législateur français concernant la fin de vie ont vocation à tendre vers la plus grande exhaustivité possible, sans pour autant contrevenir aux obligations et aux devoirs posés dans le Code de Déontologie et dans le serment d'Hippocrate. Les lois Leonetti mettent en place un droit

¹⁶¹ Déf. SFAP, mai 2017

¹⁶² Art. R.4127-37-3 Code de Déontologie Médicale
Arthur POCHET

à laisser mourir dans le respect et la dignité humaine, bien que l'anticipation de chaque cas de figure semble utopique.

Il faut comprendre que la différence entre ces lois et l'euthanasie repose sur l'intention. Dans le cas d'une sédation profonde et continue les médecins accompagnent le patient en calmant la douleur même si le traitement pourrait avoir comme effet de conduire au décès du patient. Il s'agit ici du double effet. La volonté propre de cet acte n'est aucunement de donner la mort au patient, ce qui permet de les distinguer. De plus la légalisation de l'euthanasie suppose des interrogations éthiques extrêmement complexes. En effet si elle était réalisée, elle engendrerait la création d'une nouvelle profession, rattachée à la médecine. Ainsi certains professionnels de santé auraient comme tâche principale d'exécuter des actes médicaux ayant pour but de conduire au décès de leur patient, ce qui est bien entendu en contradiction totale avec les préceptes du Code et du serment d'Hippocrate.

○ CONCLUSION

Les évolutions législatives des dernières années, ont permis au patient de devenir un véritable acteur de sa santé. Il est habilité à faire valoir des droits et à demander des sanctions à l'encontre les individus qui les bafouent. Droit au consentement, à être informé de son état de santé, refus de soins et respect de sa volonté tout au long de sa vie ne sont que des exemples parmi l'étendue des prorogatives légales dont il dispose.

Le médecin quant à lui est responsable de ses propres agissements. Une faute de sa part entraînera l'engagement de sa responsabilité contractuelle. L'instance ordinale que représente l'Ordre des Médecins veille au respect des différentes normes auxquelles le praticien de soins doit se conformer dans l'exercice de sa profession.

Ainsi, cet organisme garantit aux souffrants une prise en charge irréprochable et dans le respect des normes déontologiques. Le législateur a également codifié ces préceptes et astreint les professionnels de santé à respecter les obligations indissociables à l'exercice de la médecine. Ce code qui à l'origine avait vocation à délimiter le rôle des médecins et à leur permettre de qualifier leur mission de soins s'est finalement avéré être source d'insécurité à leur égard.

Le phénomène de judiciarisation met en péril la relation de confiance, entre les malades et leurs praticiens. Ces derniers sont toujours plus mis en cause et leur responsabilité mise en péril. La souplesse d'interprétation induite à la lecture des articles du Code de Déontologie Médicale semble également être vectrice de ce phénomène, car permettant trop facile de qualifier certains manquements. Chacun de ces acteurs est pleinement conscient des règles qu'il doit respecter bien que le législateur ait admis persistance de certaines zones d'ombre. Dans cette hypothèse, le médecin sera invité à agir en conscience.

Ce concept flou témoigne de la grande marge de manoeuvre et d'interprétation des textes qui est laissée aux professionnels de santé, mais qui peut dans le cas de mauvaise appréciation de leur part conduire à la caractérisation d'une faute déontologique. C'est notamment le cas dans la mise en pratique du secret professionnel ou lorsqu'il s'agit de faire face à des situations de fin de vie.

Certaines prérogatives ont néanmoins été mise en place par le législateur et les différentes instances attenantes au droit de la santé. Des guides de bonnes pratiques à valeur pédagogique permettent en principe aux praticiens d'exercer leur art avec sérénité. La mise en place du DMP les habilite également à y inscrire l'ensemble des actes réalisés (liés par exemple au consentement ou à la délivrance de l'information) leur permettant de prouver leurs agissements et de démontrer qu'ils ne sont pas constitutifs d'une faute déontologique.

Malgré cela cette dernière est trop facilement caractérisée et bien que le nombre de décisions de justice soit en constante baisse au cours des dernières années, le nombre de médecins sanctionné par la juridiction ordinaire ne décroît pas. La promotion de la conciliation permet effectivement de réduire drastiquement la durée et les conséquences des litiges. Cependant elle n'est aucunement semblable à une réelle baisse de la judiciarisation de l'activité médicale.

L'absence de prescription des faits préjudiciables et des sanctions porte réellement préjudice aux professionnels de santé qui se sentent parfois démunis face à l'ampleur des évolutions législatives et des devoirs qu'elles font peser sur eux.

Ainsi les praticiens de santé peuvent avoir le sentiment de ne pas être soutenu et de devoir exercer leur art dans la peur d'une sanction. La confiance qu'entretient le patient avec la médecine est plus que jamais promue, ce qui ne semble pas être le cas des médecins.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- Homère, « *L'illade* », paru au VIII ème siècle av. J-C
- E. KANT, « *Réponses à la question : qu'est-ce que les Lumières?* », Paris, Flammarion, 1991
- E. KANT, « *Doctrine de la vertu* », 1797, 4ème édition, Paris, Vrin 1996
- E. KANT, « *Leçons d'éthiques* », 1997
- J. LOCKE, « *Second Traité du gouvernement civil* », 1690
- B. MANIN « *Principes du gouvernement représentatif* », Paris, Flammarion, 1996
- I. VARESCON, « *Différence entre éthique et déontologie* », *Ethique et pratiques psychologique*, 2007, Mardaga, p.63 à 7
- P. VALLERY-RADOT « *Médecine à l'échelle humaine* ». Paris : A. Fayard, 1959
- Fiches d'orientation : Majeurs protégés, Juin 2021, DALLOZ

Articles et Notes de jurisprudence:

- H. CARDIN, « *La loi du 4 Mars 2002 dite « Loi Kouchner »* », Les tribunes de la santé, 15 Avril 2014
- M. Simon, « *Déontologie médicale ou des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation* », Paris Baillière, 1845
- L. BOURQUELOT, « *Le Congrès médical en France : défense d'une profession libérale sous la monarchie de juillet* », La médicalisation en France du XVIIIème au début du XXème siècle, Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest, Tome 86, 1979
- BERT Daniel, « *Feu l'arrêt Mercier !* », Rec. Dalloz, 2010, p.1810.
- Gaz. Pal. 17 déc. 2002, p. 19, C. adm. appel Paris, 9 juin 1998
- Gaz. Pal. 17 déc. 2002, p. 19, Trib. Adm. Lille, 25 août 2002
- Gaz. Pal. 5 nov. 2011, p. 31
- Gaz. Pal. 12 juin 2014, n° 180d9, p. 29
- Gaz. Pal. 3 juill. 2014, n° 185d0, p. 28
- Gaz. Pal. 3 mars 2020, n° 372j0, p. 41
- Req., 28 janv. 1942, Parcelier/Teyssier : DP 1942, p. 63 ; Gaz. Pal. Rec. 1942, 1, p. 177
- L. RENE, Rapport de la Commission de réflexion sur le secret professionnel appliqué aux acteurs du système de soins - Mars 1994

Lois, décrets, circulaire, ordonnance, règlement :

- Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé
- Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie
- Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie
- Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeur
- Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital relative aux patients, à la santé et aux territoires
- Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé
- Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie
- Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement
- Décret 11 aout 1941 du gouvernement
- Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 (J.O. du 6 décembre 1955)
- Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 (J.O. du 8 septembre 1995)
- Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 (J.O. du 30 juin 1979)
- Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code (J.O. du 8 août 2004), qui a codifié le code de déontologie médicale aux articles R.4127-1 à R.4127-112 du code de la santé publique
- Circulaire DHOS/02/DGS/SD5D/DGAS n° 2002-288 du 3 mai 2002 relative à la création d'unités de soins dédiées aux personnes en état végétatif chronique ou en état pauci-relationne
- Ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016 relative aux recherches impliquant la personne humaine, JORF n°0140 du 17 juin 2016
- Conseil d'État, ordonnance du 24 avril 2019
- Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, ordonnance du 11 mai 2013, n°1300740
- Règlement d'administration publique n° 47-1169 du 27 juin 1947 (J.O. du 28 juin 1947)

Jurisprudences :

- CAA Nancy, 16 juin 2016, 15NC02132
 - C.Cass. ch. crim., 7 mai 1947, DEGRAENE, n°542790
- Arthur POCHET

- C.Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 décembre 2016, 16-20.298
- C.Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017, n° 17-18437
- CE 5° et 3° s-s-r., 29 décembre 1997, n° 158938
- CE 4 / 6 SSR, du 29 mai 2000, 198510
- CE 26 septembre 2005, Conseil national de l'Ordre des médecins, n°270234
- C.Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1962, n°138690
- CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 5 février 2014, 360723
- CE, Ass., 24 juin 2014, Mme Lambert, n°s 375081, 375090 et 37509
- CEDH, 4e section 10 avril 2007 N° 6339/05
- CEDH, Grande Chambre, 5 juin 2015, n° 46043/14, Lambert et a. c/ France

Textes Internationaux :

- Allen J, Gay B, Crebolder H et al. La définition européenne de la médecine générale. Médecine de famille. WONCA Europe 2002
- Serment du médecin, Déclaration de Genève, septembre 1948
- Principes d'éthique médicale européenne, CEOM, 1987
- Serment du médecin, Convention de Genève, 14 octobre 2018

Textes de l'Organisation Mondiale de la Santé, de la Haute Autorité de Santé :

- ONUSIDA/OMS, « *Le Point sur l'épidémie de sida* » ; décembre 2000
- Recommandation de bonne pratique, « *Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé* », Haute Autorité de Santé, mai 2012
- « *Les directives anticipées concernant les situations de fin de vie* », Haute Autorité de Santé, guide pour le grand public, octobre 2016

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	p./2
Liste des principales abréviations	p./4
Introduction	p./5
Partie 1 : L'exercice de la déontologie médicale fondée sur la reconnaissance de devoirs généraux du médecin	p./17
Chapitre 1 : La consécration de garde fous garantissant la sauvegarde de l'intérêt du patient.....	p./18
§1- Le choix d'une juridiction ordinale comme clé de voute de la responsabilisation des médecins.....	p./18
§2- La nécessaire codification de préceptes moraux, garantie d'une relation de confiance entre patients et médecins.....	p./29
Chapitre 2 : La constitution de devoirs généraux comme reconnaissance d'obligations à la charge du médecin	p./33
§1- Le secret professionnel, pierre angulaire de la morale médicale	p./34
§2- Le principe souverain de non discrimination, fer de lance du refus de soins par les médecins	p./50
Partie 2 : Les obligations déontologiques indissociables à l'exercice de la profession de médecin.....	p./55
Chapitre 1 : La consécration de droits fondamentaux dans l'exercice de la déontologie médicale	p./56
§1- La concrétisation d'une droit à consentir comme fondement même de la déontologie médicale	p./57
§2- Le droit d'être informé de son état de santé, seul corollaire au principe de moralité	p./70
Chapitre 2 : La garantie du respect de la déontologie médical tout au long de la vie du patient	p./82

§1- Le droit au refus de soins, illustration du porisme au droit de consentirp./83

§2- Le respect de la déontologie médicale dans l'épreuve des choix liés à la fin de viep./86

Conclusionp./96

Bibliographiep./99