



La faute d'éthique médicale

Anaïs Caram

► **To cite this version:**

| Anaïs Caram. La faute d'éthique médicale. Droit. 2016. <dumas-01333978>

HAL Id: dumas-01333978

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01333978>

Submitted on 20 Jun 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

MEMOIRE

Pour obtenir le diplôme

DE MASTER 1 DE DROIT PRIVE DE L'UNIVERSITÉ DE SAVOIE

Spécialité : Droit des obligations

Présenté par

Anaïs CARAM

Mémoire dirigé par **Monsieur Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ**

préparé au sein de la Faculté de Droit de l'Université Savoie Mont
Blanc

La faute d'éthique médicale.



Table des matières

| | |
|---|----|
| Remerciements | 3 |
| Introduction | 4 |
| I) Les atteintes aux obligations déontologiques constitutives d'une faute éthique..... | 6 |
| A) L'éviction de l'obligation au respect des droits fondamentaux de la personne | 7 |
| 1) L'atteinte à la vie privée et à l'intimité du patient | 8 |
| a) Le dessein du secret médical | 8 |
| b) La violation de la vie privée et de l'intimité du patient à l'hôpital | 10 |
| 2) Le non-respect des convictions religieuses et de la volonté du patient | 14 |
| B) Le manquement à l'obligation d'information de la personne malade..... | 16 |
| 1) Le contenu de l'obligation d'information du médecin..... | 16 |
| 2) La preuve de l'exécution de l'obligation d'information | 18 |
| II) Les tempéraments à la reconnaissance d'une faute éthique | 21 |
| A) Les limites au recueil du consentement du malade | 21 |
| 1) Les situations indépendantes de la volonté du patient | 22 |
| a) La situation d'urgence et d'inconscience du patient | 22 |
| b) L'incapacité du patient | 24 |
| 2) Le refus du patient | 25 |
| a) Le refus du patient d'être informé..... | 26 |
| b) Le refus par le patient de l'intervention thérapeutique..... | 27 |
| B) Les pouvoirs limités des professionnels de santé face aux pratiques religieuses..... | 28 |
| 1) La laïcité à l'hôpital | 29 |
| 2) La conciliation entre obligation de soin et rites potentiellement nuisibles | 32 |
| Conclusion | 35 |
| Bibliographie | 36 |

Remerciements

Tout d'abord, j'adresse mes remerciements à Monsieur Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, maître de conférences en droit privé à l'Université Savoie Mont-Blanc et professeur référent de ce mémoire, pour sa disponibilité, ses conseils bienvenus et pour m'avoir donné l'opportunité de participer au Groupe de Réflexion Ethique du Centre Hospitalier de Chambéry.

A ce titre, je souhaite également remercier le docteur Pierre BASSET, doctorant en éthique et responsable de ce groupe, pour m'avoir permis d'assister régulièrement aux différentes réunions, cette participation m'ayant ouvert de nombreuses perspectives de réflexion.

Je souhaite également remercier le docteur Béatrice CHOLIN, membre de l'équipe Mobile d'Accompagnement et Soins Palliatifs au Centre Hospitalier de Bourgoin-Jallieu, ainsi que le docteur Nicolas CHOLIN, chirurgien à l'hôpital privé Medipôle de Savoie, pour leur écoute et leurs nombreux conseils.

Introduction

La relation qu'entretient le médecin avec ses patients est, par nature, déséquilibrée. L'un détient le savoir et les moyens de guérison tandis que l'autre souffre en espérant guérir. Se crée alors une forme de dépendance pour le patient et des dérives peuvent naître. Jusqu'en 1936, cette relation était placée hors du champ contractuel. Or le 20 mai 1936, la Cour de Cassation, dans son célèbre arrêt dit Mercier¹, affirme que le médecin est lié à son patient par un lien contractuel en énonçant : « *qu'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 [...]* ». De là, découlent les principes du droit médical notamment la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle du médecin et non pas extracontractuelle. Il faudra cependant impérativement distinguer la relation qu'entretient le patient avec son médecin de celle qu'il entretient avec un établissement public. Pour cette dernière hypothèse la relation n'est pas contractuelle mais administrative et le patient est un usager du service public. Le droit administratif s'appliquera donc. Distinction faite, il est à mentionner que le médecin appartient à une profession réglementée. Aux obligations juridiques consacrées par le législateur s'ajoutent alors des obligations déontologiques énoncées par le Code de déontologie médicale élaboré par le Conseil Supérieur de l'Ordre des médecins en 1941². Le Code de déontologie médicale est aujourd'hui codifié aux articles R.4127-1 et suivants du Code de la santé publique. Néanmoins, le régime juridique actuel de la responsabilité médicale est le fruit d'une évolution jurisprudentielle marquée par la volonté croissante de protéger la personne malade. La Cour de Cassation rend le 18 juin 1835 l'arrêt dit Thouret Noroy³ qui énonce que les articles 1382 et 1383 du Code Civil sont applicables aux médecins coupables de fautes dans l'exercice de leur profession. Cet arrêt ayant été rendu avant l'arrêt Mercier, le fondement de l'engagement de la responsabilité pour faute du médecin était extracontractuelle. Désormais, depuis la loi du 4 mars 2002 dite loi Kouchner, est consacrée une responsabilité contractuelle pour faute du médecin qui cause un préjudice à son patient :

¹ Civ. 20 mai 1936, D. P. 1936, 1, 88, concl. Matter, rapp. Jossierand, note E. P., S. 1937, 1, 321, note A. Breton, Gaz. Pal. 1936, 2, 41, Grands arrêts de la jurisprudence civil, Dalloz, 10e éd. n° 93.

² Articles R4127-1 à R. 4127-112 du Code de la santé publique

³ Req., 18 juin 1835, DP 1835.1.300, concl. DUPIN ; S.1835.1.401

« Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute »⁴. L'arrêt rendu le 28 janvier 2010 par la Cour de Cassation⁵ confirme ce principe en affirmant que le fondement de la responsabilité médicale repose sur le Code de la santé publique pour tous les faits dommageables survenus après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 dite loi Kouchner⁶. Ainsi, les droits des malades ont été renforcés par cette loi pour devenir le noyau des préoccupations sanitaires. La loi abandonne la distinction faite entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle⁷ en unifiant les obligations du médecin, que ce soit dans le cadre privé ou administratif. Parallèlement à cette évolution jurisprudentielle et législative, la relation liant le médecin à son patient a également évolué. Auparavant, leur relation était basée sur une confiance solide émanant du patient envers son médecin. Ce dernier recherchait avant tout à se soigner sans impérativement connaître les moyens utilisés par le praticien. Cependant, depuis la deuxième moitié du XX^e siècle, le comportement du patient accuse un changement. La multiplication de scandales sanitaires tels que l'affaire du Distilbène, du sang contaminé, de l'hormone de croissance, plus récemment du Mediator mais aussi le développement des ressources numériques facilement accessibles sont autant de facteurs expliquant ce changement⁸. Plus informé, voire peut-être mal informé, le patient devient davantage suspicieux envers le professionnel de santé. Le débat concernant la fin de vie et l'euthanasie soulève notamment des interrogations éthiques importantes qui ne seront cependant pas envisagées, méritant de plus amples développements. Pour revenir aux préoccupations du patient, sur le plan éthique, de quelles dérives doit-on se méfier ? Par principe, le médecin étant débiteur de plusieurs obligations, le manquement à l'une d'elles constitue une faute et sa responsabilité ne peut être qu'engagée pour faute. Une faute est donc un manquement à une obligation préexistante. Plus précisément, la faute médicale a pu être définie comme « *la mauvaise exécution ou non-exécution d'une obligation de la part du médecin dans le cadre de sa profession* »⁹. Elle peut être qualifiée soit de faute technique soit de faute éthique ou

⁴ Article L1142-1 I du Code de la santé publique

⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 28 janvier 2010, Bull. 2010, I, no 20, pourvoi no 09-10.992

⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

⁷ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11^e édition, 2013, pp. 1054-1082

⁸ Pascale Mansier et al. « Présentation », *Le Temps des médias* 2014/2 (n° 23), p. 5-12. DOI 10.3917/tdm.023.0005

⁹ J.B. Binet, *Droit médical*, Lextenso Edition, Montchrestien, 2010, pp. 217-247

d'humanisme selon le manquement. Lorsque le médecin n'agit pas conformément aux données acquises par la science, il commet une faute technique susceptible d'engager sa responsabilité civile. La faute d'éthique, celle qui nous intéresse, est une faute que le médecin commet par manquement à ses obligations déontologiques et juridiques dans ses relations avec le patient. L'éthique étant une science morale, il est plus difficile d'identifier l'existence d'une faute d'humanisme que la survenance d'une faute technique. Cette dernière s'identifie à la suite d'une ou plusieurs expertises réalisées par des praticiens compétents. Ces experts ont pour mission d'établir un manquement de la part du médecin suspecté d'avoir commis une faute technique en s'appuyant sur leurs connaissances scientifiques. Il est cependant à noter que, certaines fois, cette faute peut être difficilement identifiable. La médecine n'étant pas une science exacte, il se peut que les experts aient des avis divergents et n'arrivent pas à trancher afin de savoir si telle technique d'intervention constitue un choix fautif de la part du médecin. Mais comment identifier la faute d'humanisme ? Identifier la faute d'humanisme amène à se demander quels sont les comportements à adopter face à son patient. Quel comportement est fautif ? Quelles obligations le médecin doit-il respecter ? Enfin, identifier la faute d'humanisme permet de délimiter son étendue. Cette identification étant dépendante des obligations juridiques du médecin, ce dernier commet donc une faute d'éthique lorsqu'il porte atteinte à ses obligations déontologiques (I). En respectant ses obligations, le médecin respecte les droits octroyés aux patients. Le but recherché est d'équilibrer leur relation et de protéger le patient. Pourtant, la protection du patient ne signifie pas qu'il est possible d'engager la responsabilité du médecin dès que le comportement de ce dernier ne le satisfait pas. Les droits du malade accusent certaines limites qui permettent au médecin d'agir sans manquer à ses obligations juridiques, donc sans commettre de faute d'humanisme (II).

I) Les atteintes aux obligations déontologiques constitutives d'une faute éthique

Au terme d'une longue période d'apprentissage et avant de pouvoir commencer à exercer, les médecins nouvellement diplômés récitent le serment d'Hippocrate¹⁰. Ce texte, du nom du médecin grec Hippocrate né en 460 avant Jésus-Christ, permet de rappeler aux futurs praticiens que leur profession répond à des obligations éthiques indispensables. Tout en restant fidèle à ce

¹⁰ Serment d'Hippocrate, Ordre National des Médecins, www.conseil-national.medecin.fr

texte, le Code de déontologie médicale français s'adapte davantage aux préoccupations contemporaines. Ces obligations déontologiques permettent de commencer à délimiter l'étendue de la faute d'humanisme médicale car le manquement d'une de ces obligations à l'origine d'un préjudice subi par le patient constitue une faute d'éthique imputable au praticien. Parmi ces manquements, il se peut que le médecin évince son obligation au respect des droits fondamentaux de la personne (A), ou encore, ne satisfasse pas à son obligation d'informer la personne malade (B).

A) L'éviction de l'obligation au respect des droits fondamentaux de la personne

Depuis 1789, les citoyens français et ressortissants étrangers résidant en France bénéficient d'une réelle protection de leurs droits fondamentaux, aujourd'hui constitutionnellement reconnus. En France, ces droits sont énoncés dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dans la Constitution actuelle¹¹ et dans la Charte de l'environnement datant de 2004¹². En droit communautaire, la Convention Européenne des Droits de l'Homme¹³ protège ces droits. Pour ce qui nous intéresse, le patient bénéficie d'une protection accrue de ses droits. La période suivant la Seconde Guerre Mondiale a été le déclencheur d'une évolution de cette protection du fait des atrocités commises par les médecins nazis en Europe durant le conflit¹⁴. En matière médicale, les droits fondamentaux concernés sont ceux inhérents à la personne humaine. Par principe, aucune atteinte à ces droits ne saurait être tolérée mais en réalité certaines entraves commises sont constitutives d'une faute d'éthique médicale. Sont alors visés l'atteinte au respect de la vie privée et de l'intimité du patient (1) mais aussi le non-respect de ses convictions religieuses et de sa volonté (2). Néanmoins, il peut parfois être difficile de clairement dissocier ces atteintes car l'une d'entre elles peut également engendrer l'atteinte d'un autre droit.

¹¹ Constitution française du 4 octobre 1958 (JORF n° 0238 du 5 octobre 1958)

¹² Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 (JO du 2 mars 2005)

¹³ Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950, STCE n°005

¹⁴ Mathieu Riboulet, « Un paysage sans éthique. Manquements, dérives, dévoiements, crimes et autres dérapages médicaux », *Les Tribunes de la santé* 2013/4 (n° 41), p. 89-98. DOI 10.3917/seve.041.0089

1) L'atteinte à la vie privée et à l'intimité du patient

Pour que s'établisse une relation de confiance entre le médecin et son patient, il est nécessaire que le patient soit rassuré à l'idée de se confier au praticien. Il incombe donc au médecin de protéger la vie privée du patient en respectant son obligation de secret professionnel (a). Néanmoins, il peut être porté atteinte à la vie privée mais également à l'intimité du patient lorsque le comportement des professionnels de santé envers la personne ne se conforme pas à leurs obligations déontologiques. Dans cette hypothèse, il sera intéressant de constater quels sont les comportements qualifiables de faute d'éthique à l'origine d'un préjudice pour le patient, notamment en milieu hospitalier (b).

a) Le dessein du secret médical

Ce sont tout d'abord les articles 9 et 16 du Code civil qui disposent que la vie privée et la dignité humaine de chaque personne doivent être respectées : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »¹⁵. La notion de dignité humaine représente le fondement¹⁶ de ces droits et plus précisément celui du consentement que nous étudierons par la suite. Mais ces dispositions se retrouvent également dans le Code de la Santé publique, à l'article L1110-2 qui dispose que : « *La personne malade a le droit au respect de sa dignité* ». Ce principe est encore énoncé dans le Code de déontologie médicale, à l'article R4127-2 du Code de la Santé publique « *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* ». La relation du médecin et de son patient étant déséquilibrée, la vie privée du patient doit être respectée afin d'établir une certaine confiance entre les deux protagonistes. Cette relation de confiance s'entretient par le devoir d'observation du secret professionnel qui pèse sur le médecin. L'alinéa premier de l'article 4 du Code de déontologie médicale, soit l'article R4127-4 du Code de la Santé publique, dispose que « *Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi.* ». Le second alinéa énonce l'étendue de ce devoir

¹⁵ Article 16 du Code Civil

¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14564

déontologique : « *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.* ». Ce devoir déontologique est également une obligation juridique comme le dispose l'article L1110-4 du Code de la santé publique : « *Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou un des services de santé [...] a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations le concernant* ». Ce devoir permet de ne nourrir aucun secret entre le patient et le médecin, en principe, en couvrant ce qui a été confié par le patient au médecin mais également ce que ce dernier a vu, entendu ou compris comme l'énonce le Conseil d'Etat dans un arrêt rendu le 4 février 1994. Plusieurs aspects sont concernés comme la vie sentimentale du patient, sa fortune mais également ses convictions religieuses¹⁷. Les juges apprécient donc largement les informations que le médecin doit préserver. A ce titre, l'arrêt rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 5 juillet 1996 peut être intéressant à citer. L'espèce mettait en cause le médecin du Président de la République François Mitterrand, le docteur Gubler, rendu coupable d'avoir entravé le secret professionnel pour avoir divulgué des informations propres à l'état de santé du Président de la République bien que ces informations aient été déjà divulguées publiquement. Pour les juges, « *la divulgation transforme en un fait indiscutable ce qui n'était encore que supposition* »¹⁸. Ce médecin a également fait l'objet de poursuites pénales pour délit de violation du secret professionnel mais la Cour Européenne des Droits de l'Homme a sanctionné la France pour avoir pénalement condamné le défendeur. Cependant, elle rejoint l'analyse du juge civil français en affirmant que : « *A cet égard, la Cour est convaincue par les éléments et le raisonnement retenus par le juge civil pour conclure que le contenu du Grand Secret entre en conflit avec le secret médical qui s'imposait en droit interne au docteur Gubler* »¹⁹. La position protectrice des juges civiles français en faveur du patient en cas d'entrave du secret professionnel médical s'en voit ainsi renforcée.

De plus, le médecin enfreint son obligation en divulguant les informations personnelles du patient à un tiers, même si la personne est un membre de la famille, sauf lorsque le diagnostic est grave. Cette exception a été prévue par le législateur pour que le patient bénéficie d'un soutien moral en cas de diagnostic grave comme le dispose l'article L1110-4 alinéa 8 : « *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*

¹⁷ *Idem*, p.5

¹⁸ TGI Paris, 5 juill. 1996: D. 1998. Somm. 86, obs. Massis

¹⁹ CEDH, 18 mai 2004, Affaire éditions Plon c/ France, requête n°58148/00

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 ». La protection du patient est recherchée mais également sa confiance pour que ce dernier puisse se libérer et ne pas craindre de se confier. L'intérêt est donc thérapeutique²⁰ car certaines informations doivent être soumises à la connaissance du médecin pour optimiser son diagnostic.

Malgré l'affirmation de ce principe, certains professionnels de santé passent outre cette obligation de respect de la vie privée du patient. Ce comportement reflète alors un déséquilibre dans la relation qu'entretiennent ces professionnels avec les patients, plus particulièrement en milieu hospitalier. Pour ces derniers, le déséquilibre engendre potentiellement un préjudice. Pour les praticiens, il sera possible d'identifier dans leur comportement une faute et plus précisément une faute d'éthique.

b) La violation de la vie privée et de l'intimité du patient à l'hôpital

Il y a peu d'illustrations de violation du droit à l'intimité du patient par le médecin de ville. La violation de la vie privée et de l'intimité de la personne peut-être plus facilement remarquée en milieu hospitalier. En effet, cette différence peut s'expliquer par le fait qu'un patient n'aura jamais l'occasion de séjourner au domicile ou au cabinet de son médecin généraliste. Or l'hôpital est un établissement public où le malade peut être amené à « résider » pour une période plus ou moins longue tout en côtoyant quotidiennement le personnel soignant, les autres patients, voire les proches de ces derniers. Ainsi, les dérives peuvent être plus facilement occasionnées. A titre d'illustration, un premier arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 17 mars 1936 dit Chantal Nobel énonce que la chambre en établissement hospitalier d'une malade est un lieu privé. En l'espèce, il n'était pas question d'une intrusion dans la vie privée d'un patient par le corps soignant mais par la presse. Une évolution est à noter et ce principe doit être respecté par tout professionnel de santé dans l'exercice de sa mission, les soins doivent être apportés sans que le comportement de l'équipe médicale ne soit intrusif à l'égard du patient. La Cour d'Appel de Paris réaffirme ce principe en 1986 lorsqu'elle énonce : « *Une chambre*

²⁰ *Idem*, p.5

d'hôpital occupée par un malade constitue pour lui au sens de l'article 184 du code pénal [remplacé par l'article 226-4 du code pénal actuel] un domicile protégé en tant que tel par la loi, qu'il occupe à titre temporaire mais certain et privatif et où, à partir du moment où cette chambre lui est affectée, il a le droit, sous la seule réserve des nécessités du service, de se dire chez lui et notamment d'être défendu de la curiosité publique. »²¹. Par ces motifs, les juges citent la disposition du code pénal relative à l'infraction de violation du domicile qui affirme notamment que « *L'introduction dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* »²². Ce renvoi au droit pénal donne toute sa force au principe selon lequel la chambre du patient est un lieu privé. La protection de ce lieu est ainsi renforcée car il serait possible d'admettre que l'infraction de violation du domicile soit constituée lorsqu'il est porté atteinte à l'intimité du patient séjournant dans un établissement hospitalier à condition d'établir l'élément moral et les éléments matériels constitutifs de l'infraction. Cependant, ces décisions ont été rendues dans le but premier de protéger les patients bénéficiant d'une certaine notoriété contre les journalistes et non pas contre l'équipe soignante puisque dans les deux espèces étaient mis en cause des photographes ayant tenté de photographier une actrice sur son lit d'hôpital. De plus, il est intéressant de noter que la notion de domicile en droit pénal a été largement définie par la jurisprudence, la Cour de Cassation ayant notamment admis qu'une chambre d'hôtel²³ ou encore d'une chambre louée en meublé²⁴ puisse être qualifiée de domicile au sens de l'article L226-4 du code pénal.

De plus, une autre question illustre cette interrogation vis-à-vis de la vie privée du patient mais également de son intimité : celle des relations sexuelles des patients séjournant en établissements médico-sociaux. En effet, l'intimité du patient dans un établissement hospitalier doit être préservée lors des soins, des toilettes, des consultations et visites médicales mais aussi des traitements et transports²⁵. Puis comme vu précédemment, la chambre du patient est un lieu privé. A cet égard, est-ce que l'interdiction des relations sexuelles peut être prononcée au nom de l'éthique médicale ou est-ce une faute commise par l'établissement ? La jurisprudence est venue répondre à cette question dans un arrêt rendu récemment par la Cour Administrative

²¹ CA Paris, 11^e ch. Corr. 17 mars 1986 : *JurisData* n°1986-022063

²² Article 226-4 du Code pénal

²³ Crim. 31 janv. 1914

²⁴ Crim. 20 oct. 1954

²⁵ A.-M. Duguet MD PhD, « Chapitre 7. Le respect de la dignité à l'hôpital », *Journal International de Bioéthique* 2010/4 (Vol. 21), p. 93-101. DOI 10.3917/jib.214.0093

d'Appel de Bordeaux le 6 novembre 2012²⁶. En l'espèce, un centre hospitalier prenant en charge des personnes atteintes de troubles mentaux interdisait dans son règlement intérieur et d'une manière générale et absolue toute relation sexuelle aux patients de l'unité de soins sans distinction de pathologie et sans référence à la durée de l'hospitalisation. L'un des patients placé sous curatelle est une action en justice contre l'établissement en faisant valoir que cette interdiction générale et absolue porte atteinte à une liberté fondamentale et ne repose sur aucun texte législatif. Le défendeur quant à lui s'appuie sur l'article L3211-3 du code de la santé publique qui n'énonce pas le droit d'avoir des relations sexuelles parmi les droits reconnus aux personnes hospitalisées sans leur consentement. Cet article énumère en effet les droits reconnus à ces patients dont notamment le droit d'émettre ou recevoir des courriers, d'exercer son droit de vote ou encore de pratiquer librement sa religion sans qu'aucune mention ne soit faite concernant le droit d'avoir des relations sexuelles. Cependant, les juges administratifs se positionnent en faveur du demandeur en affirmant que l'établissement ne peut pas interdire, d'une manière absolue et générale, le droit aux résidents d'avoir des relations sexuelles au sein de l'établissement. Cette interdiction doit être proportionnée au regard de la pathologie et du traitement de chaque patient sous peine d'entraver le respect de leur vie privée. Or, aucun élément médical apporté par le défendeur ne pouvait éventuellement justifier cette interdiction, ce qui a amené les juges à condamner le centre hospitalier.

Mais quels éléments médicaux auraient pu justifier une décision contraire ? La finalité de l'interdiction est de protéger les patients séjournant en établissement spécialisé de tout abus en raison de leur vulnérabilité. Il sera alors approprié d'adapter cette restriction à la pathologie du patient selon qu'il soit placé sous curatelle ou tutelle par exemple. De plus, cette interdiction serait-elle acceptable si elle s'appliquait uniquement aux personnes partageant une chambre par exemple ?

L'espèce de cet arrêt est particulière car elle fait émerger la question de la sexualité des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées. Est-il possible d'étendre cette solution à tout établissement de santé ? Sachant que l'arrêt s'appuie sur l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme mais aussi sur l'article L3211-3 du Code de la Santé publique, concernant uniquement les personnes atteintes d'un trouble mental, la question est légitime. Il est possible que la réponse soit différente selon qu'il s'agisse d'un établissement hospitalier spécialisé dans la prise en charge des personnes atteintes d'un trouble mental ou

²⁶ CAA Bordeaux, 6 novembre 2012, pourvoi n° 11BX01790

non. Cette différence pourrait, par exemple, s'expliquer par le fait que la durée de séjour soit plus longue dans un établissement hospitalier spécialisé mais aussi par le risque plus élevé d'infraction sexuelle subie par ces patients du fait de leur vulnérabilité, conséquence directe de leur trouble mental. A titre d'exemple, l'employé d'un hôpital psychiatrique du Val-de-Marne a récemment été soupçonné d'agressions sexuelles²⁷ sur trois patients de l'établissement. Cette préoccupation reste d'actualité et appuie la nécessité de protéger ces patients bien que cela puisse conduire à une éventuelle restriction de leur liberté, restriction qui ne doit pas être générale et absolue sous peine de traduire une faute d'éthique.

Enfin, l'interrogation concernant le respect de l'intimité du patient par le médecin et la faute d'éthique médicale peut également être illustrée par un fait d'actualité survenu en 2015, celui des touchers pelviens sur les patients endormis sans consentement. Ce point sera plus précisément abordé par la suite. Mais il faut cependant mentionner qu'en 2015, ont été dénoncés des pratiques allant à l'encontre du respect de l'intimité du patient et qui ont donné lieu à la rédaction d'un rapport par le président de la Conférence des doyens de faculté de médecine²⁸. En effet, en février, la pratique des touchers rectaux et vaginaux exécutés par des étudiants en médecine sans le consentement des patients a été relevée par la presse. Cette pratique a tout d'abord été soupçonnée puis le témoignage de certains étudiants et le rapport cité précédemment sont venus la confirmer. Même si elle reste marginale, cette pratique soulève de nombreuses questions éthiques et il est possible de s'interroger sur une éventuelle faute de la part du médecin supervisant les étudiants. L'atteinte à l'intimité de la personne malade est incontestable. Ce phénomène a donc suscité la réaction du gouvernement français qui a annoncé plusieurs mesures concernant notamment le rappel des obligations légales lors de la formation des étudiants²⁹. Mais quelles solutions proposer ? Certes, il faudrait rappeler l'obligation du recueil du consentement incombant à tout praticien mais est-ce envisageable de proposer à certains patients de subir ces pratiques lors de leur future intervention dans le but de former les internes ? Il est très délicat d'envisager cette possibilité. Néanmoins, il peut également être

²⁷ L'express, *Val-de-Marne: un employé d'hôpital psychiatrique soupçonné d'agressions sexuelles*, publié le 17/04/2015 http://www.lexpress.fr/actualite/societe/fait-divers/val-de-marne-l-employe-d-un-hopital-psychiatrique-soupconne-d-agressions-sexuelles_1672485.html (lien vérifié le 13/02/2016)

²⁸ J-P Vinel, Conférence des Doyens de Faculté de Médecine, Rapport sur la formation clinique des étudiants en médecine, La Documentation Française, Octobre 2015, 25 p.

²⁹ Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et des droits des femmes, Communiqué de presse, 27 octobre 2015, <http://femmes.gouv.fr/wp-content/uploads/2015/10/271015-CP-Rapport-Formation-Clinique.pdf> (lien vérifié le 31/01/2016)

légitime de se demander si ces pratiques n'entrent pas dans l'intérêt des futurs patients de l'interne. Ne faut-il pas privilégier l'exercice pratique sur le patient à l'exercice de simulation ?

Ces questions apportent de la matière à la réflexion éthique au sein des établissements de santé mais il reste certain qu'une faute d'éthique est commise en cas d'absence de consentement de la part du patient.

Outre la vie privée et l'intimité du patient, les convictions religieuses et la volonté de ce dernier sont protégées par les obligations dont le médecin est débiteur. La violation de ces obligations permet de continuer à identifier et délimiter la faute d'éthique médicale.

2) Le non-respect des convictions religieuses et de la volonté du patient

Le médecin a un devoir de non-discrimination envers ses patients et doit respecter leur conviction religieuse. L'article L1110-3 du Code de la santé publique, dans ses premiers alinéas, dispose en effet que : « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins.*

Un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne pour l'un des motifs visés au premier alinéa de l'article 225-1 ou à l'article 225-1-1 du code pénal ou au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit à l'aide prévus aux articles L. 861-1 et L. 863-1 du code de la sécurité sociale, ou du droit à l'aide prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles ». Cette obligation est également un devoir déontologique, le Code de déontologie médical disposant que : « *Le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard.* »³⁰. Il est donc interdit à tout médecin d'accepter ou de refuser ses patients en fonction de leur religion ou de leur origine. L'accès aux soins des patients doit être libre. Au moment de prononcer son serment d'Hippocrate, chaque médecin déclare : « *Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie*

³⁰ Article R4127-7 du Code de la santé publique

et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions. J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité. »³¹. Les pratiques du patient peuvent se retrouver en contradiction totale avec les convictions personnelles du médecin. Ce dernier doit donc adopter un comportement neutre et objectif face au patient pour maintenir leur relation de confiance. Si le patient se sent jugé, il ne sera plus en confiance et ne pourra pas confier tous les faits susceptibles d'avoir un intérêt thérapeutique. Le devoir de non-discrimination et de respect de la liberté religieuse doivent également être respectés en milieu hospitalier. Toute forme de discrimination envers les patients est interdite. A titre d'illustration, l'établissement doit garantir la liberté de culte et doit aussi respecter le régime alimentaire du patient³². Ce respect des convictions religieuses s'articule avec le principe de laïcité à l'hôpital, ce qui peut soulever certains conflits comme nous le verrons.

L'affaire des transfusions sanguines contre la volonté du patient est une illustration du non-respect des convictions religieuses du patient mais surtout de la volonté du patient. En l'espèce, un patient atteint d'une affection des reins exprime, par avance oralement et à l'écrit, son refus face à une éventuelle transfusion sanguine, étant Témoin de Jehova. Son refus était catégorique : « *Je maintiens cette décision même si les médecins estiment que l'utilisation de sang ou de dérivés du sang est le seul moyen de sauver ma vie* ». Ce patient fait l'objet d'un transfert, son dossier comportant cette lettre. Malgré le refus du patient, les médecins décident de lui administrer des transfusions de produits sanguins. Le patient décède peu de temps après. L'hôpital ayant refusé la demande de réparation des préjudices moraux formulée par la femme du défunt, l'affaire est portée devant le juge administratif. Finalement, le 26 octobre 2001, le Conseil d'Etat rejette la demande de la veuve en énonçant que « *Considérant que, compte tenu de la situation extrême dans laquelle M. X... se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que, dans ces conditions, et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris* »³³. Cet arrêt

³¹ *Idem*, p. 5

³² Article 11 de la Charte des droits et libertés de la personne accueillie, 8 septembre 2003, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000244248> (lien vérifié le 31/01/2016)

³³ C.E. 26 octobre 2001, *Mme Catherine Senanayake*, RFDA 2002 p. 146, concl. D. Chauvaux

soulève également des interrogations face aux refus de soin exprimé par le patient c'est-à-dire l'atteinte à sa volonté et à sa liberté de consentir ou non, qui sera développée par la suite.

Comme cela a pu être constaté précédemment, les droits des patients sont interdépendants. De ce fait, lorsqu'un médecin porte atteinte à l'intimité d'un patient, le devoir de recueil du consentement est aussi atteint. L'obligation d'information du patient est également primordiale, son éviction étant constitutive d'une faute.

B) Le manquement à l'obligation d'information de la personne malade

L'éviction de l'obligation au respect des droits fondamentaux de la personne n'est pas le seul comportement constitutif d'une faute d'humanisme. Préalablement au recueil du consentement, le médecin doit informer son patient malade. S'il ne le fait pas, son comportement constituera une faute d'éthique médicale. Aujourd'hui, cette obligation s'applique à une large étendue d'information (1) mais son exécution reste difficile à prouver (2).

1) Le contenu de l'obligation d'information du médecin

Tout d'abord, pour que le patient puisse consentir ou non à l'acte médical proposé, le médecin a l'obligation de l'informer. Plusieurs textes affirment que le médecin est débiteur d'une obligation d'information envers son patient. Ce sont les articles L1111-2 et R4127-35 du Code de la santé publique qui disposent que le patient a le droit d'être informé et que le médecin doit à son patient « *une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose.* ». Cette obligation est d'une importance capitale car elle est un préalable au recueil du consentement du patient mais a été développée par la jurisprudence depuis 1942. A cette date, La Cour de Cassation rend l'arrêt dit Teyssier³⁴. En l'espèce, un homme victime d'un accident de la circulation est transporté à l'hôpital où les chirurgiens décident de procéder à une opération afin de sauver son avant-bras. Cependant, les suites de

³⁴ Cass, 1^{ère} civ., 28 janvier 1942, DC, 1942, J. 63

l'opération imposent une amputation du membre en urgence. La victime engage donc une action en responsabilité civile à l'encontre du chirurgien et de l'hôpital au motif que cette intervention a été décidée sans son consentement. La demande de la victime est entendue, cet arrêt de principe énonçant que le praticien a l'obligation d'obtenir le consentement du patient éclairé par l'information, même si le médecin pratique son activité professionnelle dans un hôpital public. Par la suite, une série d'arrêts rendus par la Cour de Cassation a encadré cette obligation d'information et de consentement.

L'information du patient étant un devoir pour le médecin, son défaut constitue une faute de la part du professionnel. Deux arrêts de la Cour de Cassation affirment que tout d'abord, le principe de dignité humaine fonde l'obligation d'information du médecin³⁵, et qu'ensuite « *le non-respect du devoir d'information cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu de l'article 1382, le juge ne peut laisser sans réparation* »³⁶. Ce dernier arrêt rendu le 3 juin 2010 constitue un important revirement de jurisprudence et un durcissement de la part des juges. En effet, la Cour de Cassation abandonne la décision rendue le 6 décembre 2007 par la première chambre civile qui refusait d'octroyer la réparation d'une perte de chance d'échapper au risque qui s'est réalisé suite au non-respect de l'obligation d'information du médecin^{37 38}.

Aujourd'hui, il est admis que toute personne malade doit recevoir de son médecin une information sur son état de santé. Le médecin doit également l'informer sur les interventions thérapeutiques qu'il propose mais toujours dans des termes compréhensibles. Imposer une telle obligation au médecin sans imposer d'adapter les termes de l'information aux malades profanes serait vide de sens. Cela serait même contreproductif. Dans l'hypothèse où les informations ne seraient pas adaptées, le patient serait rapidement perdu dans un mélange de termes techniques et son consentement n'en sera pas plus éclairé. Cependant, le seul fait d'affirmer cette obligation ne permet pas de connaître son étendue. Quelles informations doivent être communiquées ?

³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14564

³⁶ Cass. civ.1^{ère}, 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591

³⁷ P. Sargos, *Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicales générale et de responsabilité particulière liée au manquement du médecin à son devoir d'information*, Recueil Dalloz 2010, p. 1522

³⁸ Cass. civ.1^{ère}, 3 juin 2010, Responsabilité civile et assurance n°9, Septembre 2010, comm. 222

Schématiquement, il existe deux critères à l'information : le critère quantitatif et le critère qualitatif. Le premier critère correspond à la fréquence de survenance du risque en question tandis que le second est relatif à la gravité de sa survenance³⁹. La doctrine préférerait classiquement le critère quantitatif au critère qualitatif mais la Cour de Cassation a rompu avec cette vision en choisissant le critère qualitatif dans plusieurs arrêts dont celui rendu le 27 mai 1998⁴⁰. Le législateur n'a pourtant pas suivi la Cour de Cassation car l'article L1111-2 du Code de la santé publique dispose que l'information porte sur « *les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent* ». Il y a donc une combinaison entre les deux critères.

Connaitre l'étendue de cette obligation est une première étape dans l'identification de la faute d'éthique pour éviction de l'obligation d'information. Cependant, il restera à prouver cette éviction ou du moins, l'exécution de l'obligation.

2) La preuve de l'exécution de l'obligation d'information

Ainsi, si le médecin ne respecte pas cette obligation, sa responsabilité professionnelle peut être engagée pour faute d'éthique médicale à condition que le patient arrive à démontrer le préjudice subi du fait de ce manque d'information⁴¹. Mais engager la responsabilité du médecin pour défaut d'information pose des difficultés. Cette faute amène à se demander si le choix du patient aurait été différent s'il avait été correctement informé. Si oui, quel aurait été ce choix ? Cette interrogation amène à diriger le débat non plus sur l'existence ou non d'une faute de la part du médecin mais plutôt sur l'existence d'un lien de causalité entre le défaut d'information ou l'information insuffisante et le dommage subi par le patient⁴².

Une autre difficulté peut également apparaître, celle de la preuve de la faute d'éthique en cas de défaut d'information. De 1951 à 1997, le malade devait prouver l'inexécution de l'obligation

³⁹ *Idem*, p.5

⁴⁰ S. Porchy, *Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information médicale*, Recueil Dalloz 1999 p.145

⁴¹ Civ. 1re, 13 nov. 2002

⁴² F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11^e édition, 2013, pp. 1054-1082

d'information susceptible d'avoir engendré son préjudice⁴³. Mais la charge de la preuve a connu une importante évolution depuis l'arrêt Hédreul rendu par la Cour de Cassation le 25 février 1997⁴⁴. Dans cet arrêt de principe, les juges énoncent clairement que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* » et se fondent sur l'article 1315 du Code Civil qui dispose en son second alinéa que « [...] *celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». La Cour de Cassation procède alors à un renversement de la charge de la preuve qui incombe désormais au créancier de l'obligation d'information c'est-à-dire au médecin et non plus au patient. Cette affirmation a été considérée comme un bouleversement pour les médecins car cela implique de pouvoir apporter la preuve d'une bonne administration de l'information auprès de son patient. Cependant, en réaction à cette décision, la doctrine a salué cette évolution en admettant notamment que cette décision se comprend en raison de la spécificité de l'intervention médicale. Patrice Jourdain, tout en commentant l'arrêt, s'exprime ainsi : « *L'information, en particulier sur les risques corporels d'une intervention médicale, apparaît comme un préalable indispensable à toute action du praticien. De sorte qu'il ne semble pas excessif d'en imposer la preuve au médecin* »⁴⁵. Cette analyse logique et pertinente reste néanmoins cantonnée au domaine médical tandis qu'il est possible d'identifier dans la décision de la Cour de Cassation une volonté de protéger le patient « victime » face au médecin mais plus généralement une volonté de rééquilibrer toute relation qui est, à l'origine, déséquilibrée. Cela se confirme par les arrêts rendus la même année et qui étendent cette charge de la preuve de l'obligation d'information aux avocats⁴⁶ par exemple ou plus récemment encore aux vendeurs professionnels⁴⁷. Par la suite, ce principe a été consacré par le législateur qui a confirmé la jurisprudence rendue par la Cour de Cassation à l'article L1111-2 du Code de la santé publique qui dispose que : « *En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen* ».

⁴³ A titre d'illustration : Cass. Soc. 31 janvier 1962, Bull. civ. IV, n°105 p.85

⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ. 25 février 1997, pourvoi n°94-19685

⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, RTD civ. 1997. 434, obs. Jourdain,

⁴⁶ Civ. 1^{re}, 29 avr. 1997: Bull. civ. I, no 132

⁴⁷ Civ. 1^{re}, 13 déc. 2012

Mais sous quelle forme doit-être apportée la preuve de la bonne exécution de cette obligation d'information ? La Cour de Cassation admet que la preuve puisse être apportée par tout moyen. Les juges affirment ceci dans un arrêt rendu le 14 octobre 1997⁴⁸ par lequel ils énoncent: « *Mais attendu que s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé, et si ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription, la preuve de cette information peut être faite par tous moyens* ». Il y a donc, dans un premier temps, un durcissement de la position de la Cour de Cassation de part un renversement de la charge de la preuve défavorable aux médecins mais dans un second temps, une souplesse concernant l'administration de cette preuve.

Dans ce domaine, une expertise judiciaire serait parfois inutile à déterminer l'existence ou non d'une faute d'humanisme car le juge pourrait être dans la capacité de déterminer si le comportement du médecin est compatible avec ses obligations déontologiques et devoirs d'humanisme⁴⁹. Aujourd'hui, la preuve la plus utilisée est la preuve écrite qui peut préconstituer une preuve de son respect de ses obligations⁵⁰ et qui semble être la plus efficace. Mais il faut rester prudent vis-à-vis des documents que le patient signe. Il est nécessaire que l'information lui ait été donnée par le médecin et le document doit seulement l'aider à prouver que les informations ont été partagées. L'existence d'un simple document signé de la main du patient ne suffit pas à décharger le médecin de sa responsabilité. Ainsi, le renversement de la charge de la preuve opérée par la Cour de Cassation ne doit pas jouer en faveur du médecin. Il pourrait être tentant pour ce dernier de faire systématiquement signer un document dans lequel il est indiqué que son patient a bien eu connaissance de toutes les informations. Mais ce document doit permettre d'identifier avec certitude la connaissance par le patient des risques précis de l'intervention⁵¹.

⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 1997, pourvoir n°95-19609

⁴⁹ *Idem*, p.5

⁵⁰ Cass. civ.1^{ère}, 3 juin 2010, Responsabilité civile et assurance n°9, Septembre 2010, comm. 222

⁵¹ O. Gout et S. Porchy-Simon, *L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient*, Rapport français, septembre 2013

Finalement, ces développements permettent l'identification de comportements constitutifs d'une faute d'éthique médicale. Ces comportements résultent d'un manquement à une obligation déontologique, le but de cette obligation étant d'équilibrer la relation qu'entretiennent le médecin et ses patients. La faute d'éthique peut alors résulter d'une éviction de cette obligation mais plutôt en ce qu'elle porte atteinte aux droits protecteurs accordés aux patients et à l'équilibre recherché.

Cependant, la faute d'éthique résulte d'une multitude de comportements différents. Après avoir identifié certains de ces comportements et pour pouvoir continuer à la délimiter, il est nécessaire de déterminer les tempéraments et les limites à la reconnaissance d'une faute d'éthique médicale.

II) Les tempéraments à la reconnaissance d'une faute éthique

Accorder des droits aux patients ne doit pas paralyser le praticien dans l'exercice de sa profession. Ainsi, même si les obligations éthiques du médecin régissent les relations entre le praticien et le patient, tout comportement du médecin déplaisant au patient ne constitue pas une faute. La jurisprudence comme le législateur ont contribué à protéger le médecin dans des cas particuliers notamment lors du recueil du consentement. En effet, cette obligation au recueil du consentement peut accuser certaines limites qui permettent d'écarter la faute d'éthique médicale dans certaines hypothèses (A). Mais l'obligation de soin qui pèse sur le médecin peut également être mise à l'épreuve lorsque les pratiques religieuses du patient sont dangereuses pour sa santé. L'enjeu sera alors d'identifier le comportement non fautif du médecin et donc de délimiter ses prérogatives dans ce cas précis (B).

A) Les limites au recueil du consentement du malade

Le médecin qui ne respecte pas son obligation d'information ou qui ne recueille pas le consentement de son patient commet une faute d'éthique et doit réparer le préjudice subi. Cependant, le législateur prévoit plusieurs exceptions au recueil du consentement du patient.

Certaines de ces hypothèses résultent de faits indépendants de la volonté du patient (1) mais également du refus, par le patient, d'être informé (2).

1) Les situations indépendantes de la volonté du patient

La possibilité pour le médecin de passer outre le consentement de la personne malade peut être vue comme une atteinte aux droits du patient constitutive d'une faute. Toutefois, cette possibilité a été pensée par le législateur seulement pour des cas exceptionnels, notamment lorsque le patient est dans l'impossibilité de donner son consentement. Dans ce cas précis, les exceptions prévues par les dispositions législatives sont l'urgence et l'inconscience du patient (a) puis l'incapacité du patient (b).

a) La situation d'urgence et d'inconscience du patient

Les premières exceptions sont affirmées par l'article L1111-2 alinéa 2, concernant l'obligation d'information, qui dispose que : « *Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser* » et l'article L1111-4 alinéa 4 du Code de la santé publique, concernant le consentement, qui dispose que : « *Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.* ». Ces dispositions législatives permettent alors au médecin de passer outre son obligation d'information et de consentement sans engager sa responsabilité pour faute. Il faut donc identifier l'urgence de la situation pour écarter l'hypothèse de la faute d'éthique. Mais qu'est-ce que l'urgence ? L'urgence peut être définie comme « *une situation de fait à laquelle il faut apporter un remède à bref délai pour éviter l'apparition d'un préjudice irréparable* »⁵². Cette définition est large mais en situation d'urgence médicale, il est possible d'en déduire que l'urgence correspond à la situation où la vie du patient est en danger. A titre d'illustration, la

⁵² G. Cornu, Vocabulaire juridique de l'association Capitant, 8e éd., PUF Quadrige, V° Urgence

jurisprudence permet de donner un contour à cette notion. Un premier arrêt de la Cour de Cassation rendu par la première chambre civile⁵³ avait pour objet de déterminer l'urgence ou non de la situation d'espèce. En effet, un médecin prit la décision de ligaturer les trompes d'une patiente au moment de son accouchement par césarienne au motif d'une éventuelle grossesse future, cela sans le consentement préalable de la patiente. La Cour de Cassation casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris en énonçant : « *qu'il résulte des propres constatations des juges du fond que le consentement de Mme Y... n'a pas été sollicité avant cette intervention, alors que celle-ci n'était pas destinée à prévenir un danger immédiat pour sa vie, mais seulement à empêcher un risque futur en cas d'une éventuelle nouvelle grossesse et qu'elle impliquait de surcroît un choix strictement personnel de la part de l'intéressée* ». Le critère du danger immédiat est utilisé par la Cour de Cassation afin de déterminer le caractère urgent ou non d'une situation et elle a pu réitérer son raisonnement dans un arrêt rendu le 31 mai 2007⁵⁴. En l'espèce, il s'agissait également d'un accouchement délicat. L'accouchement devait se faire initialement par césarienne mais il se fait par voies naturelles sur décision du médecin et sans le consentement de la patiente. Or, l'enfant naît avec une paralysie du nerf phrénique droit. Dans cet arrêt, les juges ne retiennent pas la faute du médecin et n'engagent pas sa responsabilité contrairement au premier arrêt. Le critère du danger immédiat est toujours celui choisi par les juges et explique cette différence. Dans ce dernier arrêt, le médecin a dû modifier son mode d'intervention car, à la lecture des faits, la vie de la patiente était en jeu. Le médecin était donc en présence d'une urgence, ce qui lui a permis de ne pas recueillir le consentement de la patiente une seconde fois sans engager sa responsabilité pour faute. Le devoir de maintenir en vie son patient devient alors une priorité et ces décisions jurisprudentielles ont été consacrées par la loi du 4 mars 2002⁵⁵ comme constaté précédemment avec les articles L1111-2 et suivants du Code de la santé publique. Par conséquent, un médecin qui passe outre son obligation de recueil du consentement de son patient en situation d'urgence dans le but premier de lui sauver la vie ne commet aucune faute d'humanisme même s'il en résulte un préjudice pour le patient.

Mais il se peut également que le médecin soit dans l'impossibilité de communiquer les informations au patient sans pour autant se trouver dans une situation d'urgence. Cela correspond à la situation d'inconscience du patient. Seule l'inconscience du patient permet au

⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 11 octobre 1988, pourvoi n° 86-12832

⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 2007, pourvoi n°03-19365

⁵⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

médecin de communiquer les informations utiles aux proches du patient et non plus au patient sans engager sa responsabilité. Cette dérogation est sensée, un arrêt rendu le 6 décembre 2007 par la première chambre civile de la Cour de Cassation⁵⁶ l'illustrant. En l'espèce, un médecin opère son patient mais ce dernier décède quelques années plus tard suite à la détérioration de son état de santé. Les proches du défunt engagent la responsabilité du médecin et la cour d'appel accueille la demande. Pour condamner le médecin, la cour d'appel retient que le préjudice des proches « *aurait été moindre s'ils avaient, eux aussi, été avisés des risques encourus par celui-ci, et qu'en égard à la nature de ces risques, ils auraient dû l'être par M.Y* » (M.Y étant le chirurgien). Or, la Cour de Cassation casse et annule l'arrêt rendu par les juges du fond en affirmant que « [...] le médecin n'est tenu d'informer les proches du malade et de recueillir leur consentement que lorsque celui-ci est dans l'impossibilité de donner son accord ». Par cet arrêt, il faut donc retenir que les proches d'un patient ne peuvent pas engager la responsabilité du médecin pour leur propre préjudice moral subi suite au défaut d'information du professionnel à leur encontre si le médecin peut valablement communiquer ces informations au patient, ce dernier pouvant consentir de façon éclairée. A contrario, il ne sera pas possible d'engager la responsabilité du médecin pour faute s'il communique les informations aux proches du patient inconscient et hors d'état de consentir.

Ces deux hypothèses témoignent de la volonté pour le législateur de protéger le médecin face à d'éventuelles plaintes, émanant du patient ou de ses proches, pour manquement à son obligation d'information. Dans ces cas précis, il sera impossible d'engager la responsabilité du médecin pour faute d'éthique médicale car l'intention du médecin a été de sauver la vie du patient et non pas de porter atteintes à ses droits. Mais les dispositions législatives permettent aussi de protéger les professionnels de santé en cas d'incapacité du patient.

b) L'incapacité du patient

Comme pour l'inconscience du patient, le médecin peut déroger à son obligation d'information vis-à-vis du patient lorsque ce dernier voit ses libertés individuelles restreintes. Ce schéma fait référence à l'incapacité du patient ou à sa minorité. Concernant l'obligation d'information,

⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301

l'alinéa 5 de l'article L1111-2 du Code de santé publique dispose que : « *Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5.* ». Cet alinéa dispose également que l'information doit être adaptée au patient mineur ou sous tutelle pour que ce dernier puisse, malgré sa situation, participer aux prises de décisions. La loi permet donc d'aménager l'obligation du médecin pour que les limitations soient proportionnées à l'état de santé de son patient. Concernant le recueil du consentement, l'alinéa 6 de l'article L1111-4 dispose que : « *Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.* ». Cette disposition s'efforce de ne pas nuire aux droits des patients incapables ou mineurs en donnant le pouvoir de consentir aux parents ou au tuteur mais tout en accordant au médecin une marge de manœuvre en cas d'urgence⁵⁷.

2) Le refus du patient

L'hypothèse précédemment citée fait référence aux situations rendant impossible l'information et le recueil du consentement du patient par le médecin. Néanmoins, il se peut que le praticien soit dans la possibilité d'exécuter son obligation d'information tout en se heurtant au refus du patient d'être informé (a). Dans ce cas et dans l'hypothèse où le patient serait victime d'un préjudice après l'intervention, il sera impossible d'engager la responsabilité du médecin, faute de pouvoir prouver un manquement à son obligation d'information. La question se pose également lorsque le patient rejette l'intervention thérapeutique proposée par le médecin (b).

⁵⁷ B. Pitcho et V. Depadt, Droits de la personne malade, dignité du soin, Espace éthique/Ile-de-France, <http://www.espace-ethique.org>, 18 juillet 2011

a) Le refus du patient d'être informé

En pratique, il est possible que le patient refuse d'être informé du diagnostic. Dans ce cas, le médecin est tenu de respecter sa volonté comme l'impose l'article L1111-2 du Code de la santé publique en son quatrième alinéa : « *La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission* ». Dans ce cas, le médecin est tenu de respecter l'autonomie de la volonté du patient même si le diagnostic est lourd. L'obligation d'information du médecin ne sera pas entravée par le silence du médecin car l'essence même de cette obligation est de préparer le patient à consentir dans les meilleures conditions. Si le patient refuse d'être informé, l'obligation de respecter la volonté du patient prime et il sera difficile de voir dans ce comportement une faute d'éthique. Mais une absence d'information pourra aboutir à un refus de soin. Il pourra donc être préférable pour le médecin d'essayer d'adapter cette information pour que le patient qui accepte l'intervention la « subisse » sans en connaître les raisons.

Cependant, le médecin est dans l'obligation de communiquer les informations lorsque des tiers sont concernés par le diagnostic. Ce sera effectivement le cas s'il existe un risque élevé de contamination en cas de maladie infectieuse. Cette hypothèse est rappelée par l'article R4127-35 du Code de la santé publique qui énonce, en son second alinéa, que : « *Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination* », cette disposition portant dérogation au secret médical.

Mais lorsque le patient accepte que le médecin lui fournisse les informations sur les soins à apporter, il se peut qu'il refuse de donner son consentement à l'intervention thérapeutique proposée par le médecin. Dans, ce cas, le médecin bénéficie encore une fois d'une protection.

b) Le refus par le patient de l'intervention thérapeutique

Ce droit au refus du patient a été consacré par la loi du 4 mars 2002 et se trouve à l'article L1111-4 du Code de la santé publique. Mais lorsqu'un médecin se retrouve face au refus de son patient après l'avoir informé des risques que comportent l'intervention proposée, doit-il seulement informer ou convaincre ce patient ? Dans cette situation, la jurisprudence a affirmé dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 18 janvier 2000 : « [...] *qu'un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande* »⁵⁸. Cette décision est importante car accepter qu'un médecin puisse essayer de convaincre un patient refusant l'intervention au nom de l'obligation de soins reviendrait à ne pas respecter la volonté de ce dernier.

Néanmoins, le refus de soins peut se heurter à la nécessité vitale du traitement proposé par le praticien. Cette hypothèse fait encore une fois référence au refus des transfusions sanguines formulée par le patient ayant adhéré aux convictions des témoins de Jehova. Comme constaté précédemment, le Conseil d'Etat avait refusé d'engager la responsabilité des médecins alors que ces derniers étaient passés outre la volonté du patient⁵⁹. Les juges s'appuient sur la triple condition que l'intervention soit indispensable à la survie du malade, que ces soins soient proportionnés à son état et que le praticien ait l'intention de lui sauver la vie⁶⁰. Cependant, il faudra remarquer que la décision a été rendue avant l'apparition de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades. Aujourd'hui, le second alinéa de l'article L1111-4 du Code de la santé publique dispose que : « *le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de son choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. [...]* ». La solution rendue par la Cour de Cassation le 26 octobre 2001 n'est finalement pas consacrée par le législateur. Ainsi, les dispositions législatives affirment la primauté de la volonté du patient sur les pouvoirs du

⁵⁸ Civ. 1re, 18 janv. 2000: Bull. civ. I, no 13

⁵⁹ *Idem*, p. 9

⁶⁰ O. Gout et S. Porchy-Simon, L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient, Rapport français, septembre 2013

médecin bien que sa vie soit menacée⁶¹. Le médecin doit respecter la volonté de son patient au risque de le voir mourir malgré la possibilité matérielle de le sauver et cela sans engager sa responsabilité. Il est désormais juridiquement protégé en étant débiteur d'une obligation de moyen, l'obligation de tout mettre en œuvre pour sauver son patient mais sans engager sa responsabilité civile en cas de refus réitéré.

Finalement, ces constats démontrent qu'il est possible de préserver le médecin de toute accusation dans certaines hypothèses. Le but est de protéger le praticien lorsque son intention est d'apporter les soins nécessaires à son patient sans vouloir l'atteindre dans ses droits. La faute d'éthique médicale ne peut donc pas être constituée dans ce cas. Mais les limites au recueil du consentement du patient sont délimitées par la loi contrairement aux prérogatives des médecins face aux pratiques religieuses du malade. Cet aspect reste délicat à aborder car touchant aux convictions les plus intimes d'une personne et de nombreuses interrogations animent ce débat.

B) Les pouvoirs limités des professionnels de santé face aux pratiques religieuses

Précédemment, nous avons constaté que le médecin a l'obligation de respecter les convictions religieuses de son patient. Ce respect est également valable en milieu hospitalier. Cependant, se heurtent parfois à cette obligation des pratiques religieuses soit radicalisées soit dangereuses pour la santé de son patient. Toute la question est de déterminer les pouvoirs du médecin et du corps soignant face à ces comportements. Peut-il agir en contradiction avec les convictions religieuses du patient sans violer l'obligation de respecter sa religion ? Si oui, quelles sont les prérogatives et limites du praticien ? A quel moment peut-on être en présence d'une faute d'humanisme ? Il s'agit alors de déterminer quelles peuvent être les justifications d'une éventuelle éviction de la pratique religieuse du patient par les praticiens.

Mais avant tout, il faut distinguer deux faits. Il arrive, dans un premier temps, que les exigences de certains patients dictées par leur religion soit en contradiction avec la manière dont les soins

⁶¹ *Idem*, p. 16

sont apportés au malade. Cette hypothèse se retrouve le plus souvent en milieu hospitalier et amène à s'interroger sur la place de la laïcité à l'hôpital (1). Dans un second temps, certains rites ou certaines traditions peuvent s'avérer dangereux pour la santé du patient qui les pratique. Dans cette situation, nous serons davantage amenés à nous interroger sur les pouvoirs du médecin (2).

1) La laïcité à l'hôpital

La laïcité est l'un des premiers principes consacrés par la Constitution française. Le premier article, alinéa 1^{er}, dispose que : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.* ». Ce principe fondamental suppose la liberté de culte de chaque citoyen et résident sur le territoire français, chacun étant libre d'adhérer ou non à une croyance. Cette liberté garantit théoriquement une stricte égalité des personnes au sein d'établissements publics tel que l'hôpital sans considération religieuse. Mais en pratique cette égalité peut être mise à mal par le comportement de certains patients qui amène à s'interroger sur la conciliation entre principe de laïcité à l'hôpital et droit au respect de la vie privée et des convictions religieuses du patient.

Faut-il modifier les pratiques médicales pour s'adapter à la confession de chacun ? Répondre positivement serait audacieux. Il serait même inenvisageable d'adapter pour chaque patient les pratiques médicales. L'efficacité des soins et de l'équipe soignante serait affectée par ce choix. Par exemple, est-ce que, en raison de ses convictions religieuses, un patient peut choisir librement les professionnels de santé qui le prendront en charge ? L'article L1110-8 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique dispose effectivement que « *Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé et de son mode de prise en charge, sous forme ambulatoire ou à domicile, en particulier lorsqu'il relève de soins palliatifs au sens de l'article L. 1110-10, est un principe fondamental de la législation sanitaire.* ». Cette disposition permet au patient de choisir librement son praticien.

Mais quelles sont les limites de cette liberté ? Il peut arriver qu'un patient refuse d'être soigné ou de voir un proche être soigné par un professionnel de santé en raison de son sexe par exemple

notamment en gynécologie-obstétrique. Dans ce cas, est-ce que le refus du médecin face aux exigences du patient ou du proche peut engager sa responsabilité pour faute ? Il semble impossible de retenir la faute du médecin. Une disposition réglementaire vient même encadrer le refus du patient et protéger le médecin en disposant que « *Lorsqu'un malade n'accepte pas le traitement, l'intervention ou les soins qui lui sont proposés, sa sortie, sauf urgence médicalement constatée nécessitant d'autres soins, est prononcée par le directeur après signature par l'hospitalisé d'un document constatant son refus d'accepter les soins proposés. Si le malade refuse de signer ce document, un procès-verbal de ce refus est dressé.* »⁶². Mais il faut garder à l'esprit que la liberté de religion doit être conciliée avec le fonctionnement régulier du service, le respect de ses missions, le respect du repos des autres patients et la qualité ainsi que la sécurité des soins⁶³.

Dans plusieurs régions, des initiatives ont été mises en place afin de pallier ces contradictions. Par exemple, une charte des patients a été élaborée afin de rappeler les droits mais aussi les devoirs de chaque patient⁶⁴. Certaines cliniques ou certains hôpitaux ont élaboré des fascicules dans le but d'exposer succinctement les informations à connaître pour chaque religion et cela en collaboration avec différents chefs religieux (rabbin, imam, etc...)⁶⁵. Cette démarche est essentielle afin que les équipes soignantes ne soient dans l'ignorance des pratiques, elle ne peut être que félicitée et encouragée. De plus, il est important qu'elles prennent connaissance des pratiques généralement suivies pour chaque confession dans le but de reconnaître celles qui sont radicalisées. Mais comment connaître la religion du patient ? Certains portent des signes distinctifs qui facilitent la démarche des professionnels. Lorsqu'il ne porte aucun signe distinctif, est-il possible de demander au patient quelles sont ses convictions religieuses ? Ne serait-ce pas une atteinte à sa vie privée ? En effet, il serait intrusif d'agir de la sorte. Alors, les lieux de cultes au sein des établissements hospitaliers permettent aux équipes soignantes de répondre à cette question sans entraver la liberté religieuse et le respect de la vie privée des personnes. Certaines fois, le patient se confie de lui-même aux équipes soignantes. Il est rare, en pratique, qu'une personne refuse de répondre à cette question sachant que l'intention des professionnels est dictée par la volonté de soigner et non pas d'émettre un jugement.

⁶² Article R. 1112-43 du Code de la santé publique

⁶³ Circulaire DHOS/G no 2005-57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé

⁶⁴http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/charte_a4_couleur.pdf (lien vérifié le 31/01/2016)

⁶⁵ Laïcité : comment concilier pratique médicale et religion ? / Bulletin d'information de l'Ordre National des Médecins n°31 Sept-Oct 2013, p. 24

L'instauration de groupe de réflexion éthique peut être la clé d'une évolution du milieu hospitalier face à toutes ces interrogations. Ils peuvent permettre aux professionnels de santé d'adapter leur comportement afin de ne pas entraver leurs obligations déontologiques et de ne pas commettre une faute d'éthique potentiellement préjudiciable pour le patient. En 2003, le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées de l'époque, Jean-François Mattei, avait été à l'initiative d'une Commission de réflexion éthique chargée d'élaborer un rapport concernant le lien entre l'éthique et les professions de santé⁶⁶. Le rapport de cette commission insiste sur la nécessité d'instaurer une initiation à la réflexion éthique au stade de la formation initiale et durant l'exercice de l'activité professionnelle des praticiens mais aussi dans le but de réformer le système de santé. Le président de la Commission, Alain Cordier, déclare notamment : « [...] la réflexion éthique conduit à faire preuve d'imagination et d'audace. Placer le malade comme le cœur de l'action veut dire concevoir l'organisation concrète des multiples compétences, en ville comme en Institutions de soins, de telle façon qu'elles se présentent ensemble autour du malade, au contraire de ce qui se fait aujourd'hui où nous voyons le malade trop souvent « errer » d'une compétence à une autre sans suffisante coordination »⁶⁷. Dans ces développements, la réflexion était plutôt dirigée vers le débat du coût financier des pratiques médicales mais ces propositions ne peuvent être qu'élargies à d'autres débats notamment celui de la laïcité au sein de l'établissement hospitalier. Cette évolution a été consacrée par le législateur en intégrant de nouvelles dispositions dans le Code de la Santé publique. En effet, avant la loi du 4 mars 2002, l'article L6111-1 du Code de la santé publique disposait : « Les établissements de santé, publics et privés, assurent les examens de diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes en tenant compte des aspects psychologiques du patient.

Ils participent à des actions de santé publique et notamment à toutes actions médico-sociales coordonnées et à des actions d'éducation pour la santé et de prévention.

Ils participent à la mise en œuvre du dispositif de vigilance destiné à garantir la sécurité sanitaire, notamment des produits mentionnés à l'article L. 5311-1, et organisent en leur sein la lutte contre les infections nosocomiales et autres affections iatrogènes dans les conditions prévues par voie réglementaire.

⁶⁶ A. Cordier, « Ethique et Profession de Santé », Commission de réflexion initiée par le Ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes Handicapées, La Documentation Française, Mai 2003, 64 p.

⁶⁷ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000226.pdf> p. 58 (lien vérifié le 13/02/2016)

Les établissements de santé mettent en place un système permettant d'assurer la qualité de la stérilisation des dispositifs médicaux répondant à des conditions définies par voie réglementaire». La loi dite Kouchner a inséré en 2002 une nouvelle disposition au quatrième alinéa disposant que les établissements de santé publics : « [...] mènent, en leur sein, une réflexion sur les questions éthiques posées par l'accueil et la prise en charge médicale ». Les différentes évolutions opérées sur cet article, notamment en 2009 et en 2013, n'ont pas modifié cette disposition qui est toujours présente au cinquième alinéa de l'article L6111-1 du Code de la santé publique. Les établissements de santé publics sont donc encouragés à développer cette réflexion éthique et cette disposition législative ne restreint pas le champ de cette démarche à certain domaine de réflexion.

Le but de ce développement a été de démontrer que les questions et les initiatives entourant la laïcité à l'hôpital peuvent permettre d'élargir ou restreindre l'étendue de la faute d'éthique médicale. Dans ce domaine, beaucoup d'interrogations restent en suspens et, quelques fois, il est délicat de conclure à l'existence ou non d'une faute de la part du professionnel de santé. Encore une fois, il sera important d'identifier l'intention du praticien. Le médecin de ville n'est pas non plus épargné face à ces interrogations, notamment lorsqu'il devra concilier son obligation de soin et son obligation de respect des convictions religieuses du patient.

2) La conciliation entre obligation de soin et rites potentiellement nuisibles

Il arrive que certaines pratiques religieuses soient nuisibles envers le patient selon son état de santé. Mais quels sont les pouvoirs et les limites du médecin ? Pour évoquer ce sujet, il peut être intéressant de s'appuyer sur une étude dirigée par des docteurs en médecine, un professeur en psychologie, un professeur en médecine générale et un professeur de santé publique⁶⁸. Il est possible de s'attarder sur plusieurs rites mais cette étude prend l'exemple du ramadan, étant une tradition largement respectée par les musulmans pratiquants de France. L'enquête a eu pour objectif d'étudier l'expérience et le comportement des médecins généralistes face aux pratiques de leurs patients en période de ramadan. Le ramadan est une période de jeûne qui dure environ

⁶⁸ C Edin et al., « Médecine générale et ramadan. Enquête qualitative auprès de médecins généralistes », *Pratiques et Organisation des Soins* 2011/2 (Vol. 42), p. 89-99. DOI 10.3917/pos.422.0089

un mois et pendant laquelle les musulmans ne doivent ni boire ni manger durant la journée, entre autres. Cela implique donc l'interdiction de toutes prises médicamenteuses orales. Or, pour certains, cette privation peut s'avérer être nuisible notamment lorsque la personne souffre de diabète par exemple, comme l'explique l'étude.

L'enquête s'est concentrée sur quatorze médecins généralistes. Cet échantillon peut paraître insuffisant mais il est à noter qu'il y a peu d'études françaises sur ce thème. Pour les besoins de l'enquête, une série de questions a été posée aux médecins généralistes volontaires concernant leur patientèle, la religion des patients, leurs connaissances du ramadan et les difficultés rencontrées durant cette période. Les résultats de l'enquête font surgir plusieurs remarques et problématiques. Tout d'abord, certains médecins font preuve d'une connaissance du rite tandis que d'autres avouent que leur conception est approximative⁶⁹.

Cette approximation est alors, pour le médecin, un obstacle à la bonne exécution de son obligation de soin. En effet, si le médecin généraliste d'un patient atteint de diabète ne connaît pas suffisamment les enjeux de cette pratique, les conséquences peuvent s'avérer dangereuses. Les résultats de cette étude montrent que la plupart des médecins ne voient pas la difficulté que peut poser le ramadan. Il faudrait soit en déduire une réelle méconnaissance de la pratique soit, plus simplement, une absence de difficultés rencontrées face aux patients concernés. Pour ceux qui en avaient connaissance, des solutions ont été proposées afin de concilier le rôle du médecin, son obligation de soin et les prescriptions religieuses. A ce titre, pourquoi ne pas élargir la distribution des fascicules élaborés par les cliniques et les hôpitaux à tout professionnel de santé ?

Mais les résultats font état de problématiques plus larges: la différence culturelle et la barrière de la langue entre le médecin et son patient. L'enquête cite une étude réalisée par Kleinmann⁷⁰. Cette étude dénonce « *une insuffisance de formation des médecins à l'ethnographie [...] nécessaire pour le diagnostic, les soins et le traitement du patient de culture différente.* ». L'amélioration de la formation ayant déjà été évoquée lors des développements consacrés au recueil du consentement, il serait judicieux d'envisager une réelle refonte des points abordés face aux futurs professionnels de santé, en intégrant notamment un enseignement dédié aux différentes pratiques culturelles mais aussi religieuses.

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ Kleinman A, Benson P. Anthropology in the clinic: the problem of cultural competency and how to fix it. *PLoS Med.*2006;3(10):e294.

Dans cette optique, un premier « guide » a été élaboré par le Conseil Département de l'Ordre des Médecins de Haute-Garonne⁷¹ et publié en octobre 2015. Ce livret diffusé aux 13 000 médecins de Midi-Pyrénées⁷² recense les différentes pratiques auxquelles peut être confronté un médecin dans le cadre de son activité professionnelle. Le but est de concilier les pratiques médicales actuelles et le principe de laïcité, plus particulièrement auprès des médecins et non plus au sein d'un établissement de santé. Les sujets sont évoqués d'une manière assez synthétique. Chaque fiche peut être donc regardée comme un premier guide qui amènera le médecin, non pas à avoir des réponses fournies sur chaque pratiques mais plutôt à avoir une vision d'ensemble sur les pratiques acceptées ou interdites par la loi par exemple. De plus, la position des différentes religions sur chaque pratique est donnée. Concernant le don d'organe entre vivants par exemple, le fascicule explique que : « *Le Judaïsme, l'Islam et la religion Chrétienne autorisent le don d'organe entre vivants s'il ne met pas en danger la vie du donneur, s'il est indispensable pour le receveur et s'il ne donne lieu à aucune commercialisation* »⁷³. Ce guide est alors un moyen de pallier le manque de connaissance de certains médecins de ville, tout comme les fascicules mis en place dans les établissements de santé. La finalité de ces initiatives est de donner aux praticiens des outils afin d'adapter leur comportement et de prendre connaissance des agissements autorisés ou non par la loi. Cela leur permettra de respecter les convictions religieuses ou l'absence de conviction religieuse de chaque patient et d'éviter la commission d'éventuelles fautes éthiques à l'origine d'un préjudice subi par le patient.

⁷¹ <http://www.ordmed31.org/actualites/article/soins-et-laicite-au-quotidien> (lien vérifié le 13/02/2016)

⁷² La dépêche, « Médecine et patients religieux : le premier guide de bonne pratiques », le 09 décembre 2015. <http://www.ladepeche.fr/article/2015/12/09/2234536-medecine-et-patients-religieux-le-premier-guide-des-bonnes-pratiques.html> (lien vérifié le 13/02/2016)

⁷³ Sous la direction du Dr Thévenot, « Soins et laïcité au quotidien », Conseil Départemental de l'Ordre des Médecins de Haute-Garonne, octobre 2015, p. 36

Conclusion

L'éthique correspond à la science de la morale et appliquée au domaine médical, cette discipline ouvre l'horizon à de larges débats. Identifier la faute d'éthique médicale revient alors à soulever plusieurs interrogations auxquelles la jurisprudence a tenté de répondre. La Cour de Cassation a permis de délimiter le contour de cette faute en tenant compte des obligations déontologiques dont les professionnels de santé sont débiteurs. La volonté première des juges a été de protéger le patient, protagoniste vulnérable de cette relation naturellement déséquilibrée. Cette protection est le résultat d'une lente évolution jurisprudentielle et législative. Ainsi, le médecin a l'obligation de respecter ses obligations déontologiques sous peine de faire subir un préjudice à son patient. Dans ce cas, le comportement du médecin serait punissable par un engagement de sa responsabilité professionnelle. Mais identifier l'intention du médecin au moment de la commission de ce comportement est essentiel. Cela permettra de savoir si le but premier du praticien a été de chercher l'intérêt du patient ou bien d'exécuter avant tout son obligation de soin sans tenir compte de cet intérêt. De plus, la réflexion éthique démontre également que la faute d'éthique peut être le résultat d'un conflit entre plusieurs obligations déontologiques ; notamment entre l'obligation de soin et le respect de la volonté du patient en cas de refus ou encore le respect de ses pratiques religieuses.

Cependant, la délimitation de la faute d'humanisme médicale n'est pas rigide et des interrogations restent en suspens car aujourd'hui, les professionnels de santé agissent dans le but d'adapter le système de santé français aux évolutions économiques et culturelles. Des solutions tentent d'être apportées grâce à de récentes initiatives. Toutes ces actions permettent une évolution de leur profession tout en préservant leurs obligations déontologiques et juridiques car une remise en cause de ces devoirs reviendrait à remettre en cause les contours de la faute d'humanisme médicale.

Bibliographie

Ouvrages

Binet (J.B.), *Droit médical*, Lextenso Edition, Montchrestien, 2010

Mainguy (D.), *Contrats spéciaux*, Edition Dalloz, Collection cours, 8e édition, 2012

Terré (F.), **Simler (P.)**, **Lequette (Y.)**, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11^o édition, 2013

Articles

Duguet (A.-M.) MD PhD, « Chapitre 7. Le respect de la dignité à l'hôpital », *Journal International de Bioéthique* 2010/4 (Vol. 21), p. 93-101.

Edin (C.) et al., « Médecine générale et ramadan. Enquête qualitative auprès de médecins généralistes », *Pratiques et Organisation des Soins* 2011/2 (Vol. 42), p. 89-99.

Mansier (P.) et al., « Présentation », *Le Temps des médias* 2014/2 (n^o 23), p. 5-12.

Porchy (S.), « Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information médicale », *Recueil Dalloz* 1999, p.145

Riboulet (M.), « Un paysage sans éthique. Manquements, dérives, dévoiements, crimes et autres dérapages médicaux », *Les Tribunes de la santé* 2013/4 (n^o 41), p. 89-98.

Sargos (P.), « Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicales générale et de responsabilité particulière liée au manquement du médecin à son devoir d'information », *Recueil Dalloz* 2010, p. 1522

Revue

Laïcité : comment concilier pratique médicale et religion ? / Bulletin d'information de l'Ordre National des Médecins n^o31 Sept-Oct 2013

Rapports

Cordier (A.), « *Ethique et Profession de Santé* », Commission de réflexion initiée par le Ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes Handicapées, La Documentation Française, Mai 2003, 64 p.

Gout (O.) et Porchy-Simon (S.), *L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient*, Rapport français, septembre 2013, 13 p.

Vinel (J-P), *Rapport sur la formation clinique des étudiants en médecine*, La Documentation Française, Octobre 2015, 25 p.

Ressources électroniques

www.conseil-national.medecin.fr

www.gazette-sante-social.fr

www.espace-ethique.org

<http://www.medileg.fr>

Textes législatifs

Code civil

Code de la santé publique

Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

Circulaire du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé

Autres ressources

Charte des droits et libertés de la personne accueillie, 8 septembre 2003