



HAL
open science

La défaillance dans l'information : une faute d'humanisme

François Vialla

► **To cite this version:**

François Vialla. La défaillance dans l'information : une faute d'humanisme. Revue juridique de l'Océan Indien, 2013, 16, pp.9-29. hal-02558239

HAL Id: hal-02558239

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02558239>

Submitted on 29 Apr 2020

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.

La défaillance dans l'information : une faute d'humanisme ?¹

François VIALLA

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Directeur du Centre Droit et Santé Université Montpellier 1, UMR 5815

Résumé :

On considère classiquement que les médecins sont tenus à deux types d'obligations, mêlant science et conscience. Au respect des données acquises de la science s'ajoute l'impératif d'humanisme médical. L'information due au patient et la recherche de son consentement sont ainsi sanctionnées sur le terrain de la faute d'humanisme. La jurisprudence récente montre qu'une évolution notable se fait jour sur ces questions.

Summary :

Traditionally it is considered that physicians are obliged to two types of obligations, combining science and conscience. In respect of the acquired data of science, must add respect for the medical humanism. The lack of information and the absence of research consent are thus punished on the field of lack of humanism. The recent case law shows that a notable evolution is emerging on these issues.

« Mais, parce que selon le saige Salomon sapience² n'entre poinct en âme malivole et science sans conscience n'est que ruine de l'âme, il te convient servir, aymer et craindre Dieu, et en luy mettre toutes tes pensées et tout ton espoir, et par foy, formée de charité, estre à luy adjoinct en sorte que jamais n'en soys desanparé par péché. Aye suspectz les abus du monde »³.

Assurément le terme *sapience* est quelque peu vieilli et il peut paraître suranné en notre XXI^e siècle, de rappeler que la sagesse devrait toujours guider les femmes et hommes de l'art médical. Remarquons, au risque de la provocation, que les soignants d'aujourd'hui, s'ils maîtrisent parfaitement la science qui est la leur,

¹ Intervention au colloque « Droits des Patients, Regards croisés », organisé par l'ARAR soins à domicile et la Faculté de Droit et d'Économie de l'Université de La Réunion, les 24 et 25 novembre 2011, et mise à jour en vue de la publication. Le présent article est publié avec l'aimable autorisation de la *Revue Générale de Droit Médical* qui a publié les actes du colloque organisé le 9 mars 2012 « 10 ans d'application de la loi Kouchner » organisé par le CERFAP de l'Université Bordeaux IV, www.bnds.fr.

² Rappelons que « *La Sapience* » désignait le livre de Salomon qu'on appelle la Sagesse ; V. dict. Littré, V^o Sapience, 3.

³ F. RABELAIS, *Pantagruel*, 1532, *Lettre de Gargantua à son fils Pantagruel*.

pèchent parfois par manque d'humanité. Nous ne saurions faire grief de cet état aux jeunes générations de soignants, car, sommes toutes, on ne sait que ce que l'on vous apprend.

Pour autant, le patient a souvent le sentiment, erroné ou avéré, d'être davantage perçu comme un « *objet de soins* » que comme le « *sujet des soins* ». Le si précieux colloque singulier, cher à Duhamel¹, tendrait à s'estomper pour devenir colloque pluriel² sous le signe et le règne de la médecine d'équipe³. Il convient de rappeler que l'assurance maladie tend à devenir un membre à part entière de la relation de soins⁴.

Le *dialogue* disparaîtrait, victime d'une distanciation et d'une occultation des liens unissant les acteurs de la relation de soins, dans une ère de médecine d'équipement⁵ et de technique⁶. Cette évolution de la relation de soins⁷ a conduit le Doyen Savatier à constater une mue des fondements même de la confiance⁸ accordée par le patient au praticien, originellement « *d'un profane à un initié* »⁹ avant de devenir « ... *le rapport de l'ignorant au savant* »¹⁰. Une relative opacité environne aujourd'hui la relation praticien/patient lorsqu'un écran technique¹¹, utile, voire nécessaire au diagnostic ou au traitement, s'immisce dans la relation, duale ou plurielle. C'est alors une impression de « *résidualité* » qui gagne parfois

¹ Georges DUHAMEL (1884-1966) : « *le colloque du médecin et du malade est essentiellement un colloque singulier, un duo entre l'être souffrant et celui dont il attend délivrance. Entre ces deux personnages existe presque toujours un secret* » in Paroles de médecin 1946 ; « *Entre le médecin de famille et l'homme souffrant s'engageait ce qu'il m'est arrivé d'appeler déjà "un colloque singulier", un colloque d'homme à homme* » in Problèmes de l'heure 1957 ; Paul Ricœur parlera de « *rencontre singulière* » et de « *pacte de soins* » : P. RICŒUR, « *Les trois niveaux du jugement médical* », in P. KEMP (dir.), *Le Discours bioéthique*, Cerf, 2004, p. 35-49 et *Esprit*, n° 227, décembre 1996, p. 21-33.

² B. PITCHO, *Le statut juridique du patient*, Les Études hospitalières, 2004, 664 p.

³ C. BOILEAU, *Le statut de l'équipe médicale en droit privé*, Thèse de droit de l'Université de Montpellier, 2010.

⁴ G. CROIZÉ, *Le consentement du patient assuré social*, Thèse de droit de l'Université de Montpellier, 2011.

⁵ R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2e série, Dalloz 1959, chap. VII, *Sociologie juridique des professions libérales*, p. 226 : « ...notre humanité entre dans l'âge des techniques, qui est par voie de conséquence, l'âge du capital et de la socialisation. Il y a là de quoi désorienter la conception classique des professions libérales » ; V. J. SAVATIER, note sous Trib. civ. de la Seine, 27 juin 1956, *JCP*, 1956, II, 9624 : « *On doit prendre garde cependant à l'évolution des techniques médicales qui oblige les malades à faire de plus en plus confiance, non seulement à un médecin librement choisi par eux, mais aussi à l'équipe qui travaille avec lui* ».

⁶ J. ROSA, *D'une médecine à l'autre. De l'artisanat à la haute technologie*, Odile Jacob, 2003, p. 7.

⁷ P. VERSPIEREN s.j. « *Malade et médecin, partenaires* », *Études*, 1/2005, p. 27-38.

⁸ L. PORTES, *Du consentement à l'acte médical, à la recherche d'une éthique médicale*, Masson, 1964, p. 167 : « *tout acte médical normal n'est, ne peut être, ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience* » ; A. JAUNAIT « *Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient* », *Raisons politiques*, 3/2003, p. 59-79.

⁹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses...*, 2e série chap. VII précité, p. 189 : « *N'imaginons pas que tout soit disparu de ce fondement mystique initial des professions libérales ! le représentant d'une de ces professions donnera encore aujourd'hui à ces devoirs un côté "religieux" ; il s'attribuera un "ministère", voir un "sacerdoce"* ».

¹⁰ R. SAVATIER, *op.cit.*, p. 191.

¹¹ F. VIALLA, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Paris, Litec, 1999, p. 20.

la personne, lorsque sa maladie la fait disparaître, du moins le croit-elle, aux yeux des soignants. Il serait fort inquiétant que la personne soit sacrifiée sur l'Autel de la Tarification à l'Activité (T2A) et qu'elle ne soit plus identifiée qu'au travers d'un Groupe Homogène de Patients (GHP) ou d'un Groupe Homogène de Séjour (GHS).

Notons que ce sentiment profond de sujétion est accentué lorsque le patient peine à exprimer ses maux¹.

Le constat de relative infériorité² ressentie par le patient³ n'est, au demeurant, ni nouveau ni original. Afin de replacer la personne au cœur du lien patient/praticien, le droit, mécanisme d'encadrement du fait social, est parfois appelé au chevet de la relation de soins. Là où existaient des devoirs professionnels, un *deontos logos*, une déontologie⁴, il fut ajouté des droits des malades. La loi éponyme du 4 mars 2002 veillait ainsi à rappeler que la personne ne saurait être cantonnée dans un rôle d'être souffrant⁵, passif et impuissant. Le sujet doit être acteur de la relation de soins : agent et non simplement patient.

Notons cependant que le droit ne saurait être une fin, il n'est qu'un moyen, et qu'il ne suffit pas de légiférer ou de décréter pour replacer l'humanisme et l'humain au cœur de la relation. La norme juridique s'accompagne, donc, à des fins d'effectivité et d'efficacité d'un caractère « *sanctionnable* ».

Il est communément admis que la faute d'humanisme est, au même titre que la faute de science⁶, de nature à engager la responsabilité des professionnels de

¹ V. WOOLF, *De la maladie*, Rivage Poche/petite bibliothèque, p. 30, V. aussi p. 29 : « *Le dernier obstacle à la description de la maladie en littérature, c'est l'indigence de la langue. L'anglais, capable de donner voix aux pensées de Hamlet et à la tragédie du roi Lear, est pris de court par le frisson et la céphalée. Tout son développement s'est limité à un seul domaine. Lorsqu'elle tombe amoureuse, n'importe qu'elle écolière peut faire appel à Shakespeare ou à Keats pour s'exprimer ; mais qu'une personne souffrante tente de décrire un mal de tête à son médecin et le langage aussitôt lui fait défaut. N'ayant rien à sa disposition, la voilà obligée d'inventer elle-même des mots et, sa douleur dans une main et un morceau de son pur dans l'autre (comme l'a peut-être fait le peuple de Babel à l'origine), elle espère faire naître de leur entrechoquement un vocable entièrement neuf. Il en résultera probablement quelque chose de ridicule. Car quel anglais de souche peut s'autoriser de prendre des libertés avec la langue ? À nos yeux, c'est une chose sacrée et, partant condamnée à périr, à moins que les Américains, dont le génie est bien plus heureux dans la création de nouveaux mots que dans le maniement des anciens, ne viennent à notre secours en rouvrant les vannes de l'invention ».*

² R. SAVATIER, J-M. AUBY et H. PEQUINIOT, *Traité de droit médical*, Paris, Librairie Technique, 1956 ; p. 224 : « *il n'en est pas moins vrai que le contrat médical correspond nécessairement à un acte de confiance double : celui d'un ignorant envers un savant, celui d'un faible envers un protecteur* ».

³ L'irruption d'internet dans la relation de soins pourrait bien, à l'avenir, bouleverser pour le pire et le meilleur cet état.

⁴ E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Les Études Hospitalières, 2004,

⁵ Un patient au sens étymologique du terme : celui qui pâtit.

⁶ B. MULLER, *Les fautes techniques et les fautes d'humanisme dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, F. VIALLA (dir.), *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, LGDJ 2009, p. 519 ; dans cet ouvrage, V. *Données acquises de la science, connaissances médicales avérées*, p. 211.

santé et singulièrement celle des médecins. Il peut, dès lors paraître vain de chercher à en percevoir les contours. Étudier son régime suffirait à en prouver l'existence et à en cerner les enjeux et les logiques.

Au risque d'une inutile perte de temps, le postulat de l'existence d'un devoir d'humanité mérite pourtant que l'on s'y attarde afin, notamment, de vérifier que médecins et juristes partagent une même approche de l'humanisme. Pour nous guider dans cette quête nous mentionnerons, *in limine*, les propos de Savatier « *Médecin et juriste incarnent deux humanismes... Toutefois l'être humain est si riche que le médecin et le juriste, le regardant respectivement sous l'angle de leur profession, ne se rencontrent pas immédiatement... Mais, par le sommet, les deux professions se rejoignent. Le médecin, à travers le corps qu'il soigne, noue nécessairement un lien étroit avec cette « personne » qui préoccupe le juriste. Et le juriste... prend nécessairement appui sur les corps humains qui sont l'élément vivant de la personne* »¹.

Rappelons, à toutes fins utiles, que l'humanisme, selon le dictionnaire de l'Académie² peut être défini comme une « *doctrine, attitude philosophique, mouvement de pensée qui prend l'homme pour fin et valeur suprême, qui vise à l'épanouissement de la personne humaine et au respect de sa dignité* ».

La proposition est alors fort proche de ce que les juristes entendent sous le terme de « *dignité* », au sens de cette *summa divisio* proposée par Cicéron dans sa distinction entre personne et chose. Ainsi, E. Dreyer³ écrit qu'« *une définition de la dignité est relativement facile à donner. [...] La dignité correspond à l'essence de l'homme ; c'est ce qui permet de distinguer l'homme de l'animal et des choses en général. Reconnaître dans l'autre son frère et agir en conséquence avec respect à son égard, voilà de quoi il s'agit* ». Comme le rappelle Monsieur Malaurie, cette distinction « *constitue le fondement de notre civilisation : elle a libéré l'homme de l'esclavage, elle a lentement permis de conférer à l'étranger les mêmes droits qu'au national, c'est sur elle que repose la dignité de la personne. On vend une vache ou un terrain, pas un homme : on mène à l'abattoir une vache ou on détruit un bâtiment, pas un homme* »⁴.

¹ R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Seconde série, Dalloz 1959, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques, au confluent de deux humanismes : ententes et mésententes entre médecins et juristes*, p. 234, n° 213.

² Dictionnaire de l'Académie, <http://www.academie-francaise.fr/dictionnaire/index.html>, V° HUMANISME n. m. XVIII^e siècle, au sens de « philanthropie ». Dérivé d'*humaniste*, 3°.

³ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, chron., p. 2730 ; PH. PEDROT (dir.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, 2006, p. 148, V° Dignité : la dignité de la personne « *représenterait le lien d'appartenance de la personne humaine à l'humanité, lien en vertu duquel la personne a une valeur particulière et supérieure par rapport aux autres êtres vivants. La dignité est ainsi perçue comme une qualité inhérente à l'homme* ».

⁴ PH. MALAURIE, note sous TGI Lille, 23 mars 1999, *Deffrénois*, 1999, n° 19, p. 1050.

La proximité avec les dispositions de l'article 16 du Code civil est évidente : « *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* ».

L'approche de la faute médicale conduit, dès lors, à mettre à jour son ambivalence. Si la faute de science¹ est sanctionnée², il en va de même de la faute d'humanisme. Les devoirs et obligations des soignants oscillent entre science et conscience dans la mesure où toute relation de soins, comme le verbe soigner lui-même, recèlent cette bifidité, entre *cure*³ et *care*⁴.

L'existence d'obligations et de devoirs d'humanité une fois constatée (I), la sanction de la faute d'humanisme peut être envisagée (II).

I.- L'existence de devoirs d'humanité

La dualité des devoirs, et en conséquence des fautes possibles, est présente dans le célèbre arrêt Mercier du 20 mai 1936⁵ : « *Mais attendu 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, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature* ».

Le médecin se doit de donner des soins, consciencieux et conformes aux données de la science, parce que « *science sans conscience n'est que ruine de l'âme* »⁶. Il convient ici de remarquer une nouvelle ambivalence dans l'emploi du

¹ R. SAVATIER, J.-M. AUBY, H. PÉQUINOT et J. SAVATIER, *Traité de droit médical*, Litec, 1956, p. 11, n° 1 : la « *notion de l'acte médical s'est modifiée au point de rendre cette définition difficile* », ils ajoutent que « *l'acte médical est celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui. Depuis que le médecin s'est clairement distingué du thaumaturge et du mage par le caractère scientifique de ses interventions, il faut ajouter que l'acte posé en vue de guérir n'est un acte médical que s'il repose sur l'usage, au moins apparent, de connaissances biologiques unies à une technique appropriée* » ; V. F. VIALLA, « Données acquises de la science, connaissances médicales avérées », in *Les Grandes décisions du droit médical*, op.cit. p. 211

² Le respect des données acquises de la science est alors le critère d'évaluation de la faute ; CSP article R. 4127-32 ; CSP article L. 1110-5 qui se réfère, quant à lui, aux « *connaissances médicales avérées* ». V. F. VIALLA, *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, LGDJ, 2009, p. 209 et s.

³ *Curare*, rechercher la curation.

⁴ Prendre soin.

⁵ Civ. 20 mai 1936, *D.P.*, 1936, 1, p. 88, note E.P., rapp. L. JOSSERAND, concl. P. MATTER ; *Gaz. Pal.* 1936, 2, p. 41 ; *S.* 1937, 1, p. 321, note A. BRETON ; *JCP*, 1936, 1079 ; *GAJ civ.*, tome 2, n° 161-162 ; F. VIALLA et alii, *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, LGDJ, 2009.

⁶ RABELAIS, *Pantagruel*, 1532, *Lettre de Gargantua à son fils Pantagruel*.

terme conscience¹. Ainsi, dans un sens restrictif, la conscience ne serait que la minutie attendue du praticien. Nous lui préférerons ici une autre acception, cette « *faculté de porter spontanément des jugements sur la valeur morale des actions humaines ; ce par quoi l'homme discerne le bien du mal* »².

Ce devoir d'humanité et de conscience prend tout son sens lorsque l'on considère que le soignant va être conduit à porter atteinte à l'intimité même du patient. La pudeur de la personne en souffre et on note alors avec Mme Mietkiwicz³ que « *comme le remarque Sachet (2005) dénuder et approcher certaines parties intimes n'est pas anodin et si l'examen l'impose au médecin comme allant de soi, cette évidence n'est pas toujours partagée par le malade. ... Fiat (2007) nous propose de considérer la pudeur comme une gêne à l'idée que ce que nous voudrions garder caché soit exhibé, il la distingue de la honte... en montrant comment c'est le regard et l'attitude de l'autre qui transforme la pudeur en honte* ». Puissent nos « soignants » n'oublier jamais ces mots de Kierkegaard : « *Et pourtant on peut mourir de honte, et une pudeur blessée est la plus profonde des douleurs, parce que de toutes la plus inexplicable* »⁴.

De nombreuses décisions se réfèrent à l'obligation de conscience⁵ et au devoir d'humanité. Il n'entre pas ici dans notre propos de nous livrer à une étude exhaustive de la jurisprudence. Notons cependant une décision caractéristique de 2006 rendue la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁶ qui précise qu'en « *interrompant brusquement l'anesthésie péridurale de Mme Martine Y... épouse Z..., sans aucune raison médicale valable, mais pour une simple question de principe dans le cadre d'un conflit entre médecins dans lequel la parturiente a été, bien malgré elle, impliquée, le Dr. Nicole B... a commis une faute professionnelle en manquant à son devoir d'humanité et d'assistance auprès de sa patiente et en ne lui assurant pas la continuité des soins ; que cette faute engage sa responsabilité civile contractuelle sur le fondement des dispositions de l'article 1147 du Code civil* ».

¹ Dict. Littré, V° Conscience 2° : « *témoignage ou jugement secret de l'âme, qui donne l'approbation aux actions bonnes et qui fait reproche des mauvaises ; ou autrement, mode d'émotion de l'ensemble des instincts bienveillants et désintéressés, ensemble qui porte aussi le non de sens moral* » ; 5° « *en son sens restreint, soin minutieux* ».

² Dictionnaire de l'Académie française V° Conscience : « *II. MORALE. Faculté de porter spontanément des jugements sur la valeur morale des actions humaines ; ce par quoi l'homme discerne le bien du mal. 1. Capacité de distinguer le bien et le mal ; sentiment intime par lequel l'homme se rend témoignage à lui-même de ce qu'il fait de bon et de mauvais* ».

³ M.-C. MIETKIWICZ, « Pudeur et impudeur des personnes âgées », in B. PY et alii, *La pudeur et le soin*, Nancy, PUN 2011, p. 93.

⁴ S. KIERKEGAARD, *Le concept de l'angoisse*, Paris, Gallimard, 1935.

⁵ Dict. Littré, V° Conscience 2° : « *témoignage ou jugement secret de l'âme, qui donne l'approbation aux actions bonnes et qui fait reproche des mauvaises ; ou autrement, mode d'émotion de l'ensemble des instincts bienveillants et désintéressés, ensemble qui porte aussi le non de sens moral* » ; 5° « *en son sens restreint, soin minutieux* ».

⁶ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 28 février 2006, n° 2006/Rôle N° 03/04942.

On sait, par ailleurs, que dès 1835 l'abandon du malade¹ fut considéré comme fautif² : « *attendu que, pour décider que le sieur Thouret-Noroy était responsable envers Guigne de la perte de son bras, l'arrêt attaqué s'est fondé sur la négligence de ce médecin, sur la faute grave, et notamment sur l'abandon volontaire où il avait laissé le malade, en refusant de lui continuer des soins et de visiter son bras, lorsqu'il était par lui requis ; que ces faits matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui ils sont imputables, et qu'ils sont soumis, d'après les dispositions des articles 1382 et 1383 C.civ. à l'appréciation de juges...* ».

La jurisprudence n'est pas la seule à receler ce devoir particulier des soignants, ainsi peut-on lire dans l'article R. 4127-32 du Code de la santé publique (CSP) que le praticien s'engage « *à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués...* ». Citons encore le devoir d'assistance morale qui figure à l'article R4127-37 du CSP.

Le devoir d'humanité est donc une obligation du professionnel de santé. Sa présence est attestée, même indirectement, dans certaines dispositions législatives du Code de la santé publique. Ainsi peut-on lire à l'article L. 1110-3 « *Hors le cas d'urgence et celui où le professionnel de santé manquerait à ses devoirs d'humanité, le principe énoncé au premier alinéa du présent article ne fait pas obstacle à un refus de soins fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins. La continuité des soins doit être assurée quelles que soient les circonstances...* »³.

Obligation pesant sur le soignant, le devoir d'humanisme a progressivement été considéré comme un droit du patient.

On peut ainsi lire, dans l'arrêt Teyssier⁴ que le recueil du consentement est une « *obligation, imposée par le respect de la personne humaine* » dont la défaillance constitue « *... une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux...* ».

L'avènement législatif des droits des malades a indéniablement conduit à un renforcement des exigences d'humanité dans la relation de soins. Assurément les droits affichés préexistaient à la loi éponyme du 4 mars 2002, mais il a paru important au législateur de les affirmer de manière solennelle, peut-être à raison d'une distanciation de la relation patient/praticien où le patient est davantage objet de soins que sujet des soins. Loin d'être exclusivement une source d'engagement

¹ Qui confine à la continuité des soins contemporaine.

² Cass. Req. 18 juin 1835, *Sirey*, 1835, 1, p. 402.

³ V. encore Article R.4127-47, al. 2, « *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* ».

⁴ Cass. req., 28 janvier 1942, *Teyssier* ; *Gaz. Pal.*, 62, 1942, 1, p. 177 ; *D.*, 1942, p. 63 ; V. *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, LGDJ, 2009.

accrue de la responsabilité des acteurs de soins, ces droits et libertés permettent parfois d'entrevoir de nouvelles causes d'exonération de responsabilité. Dans une décision récente, rendue dans le secteur médicosocial, la Cour d'Aix-en-Provence¹ précise que « *l'article L. 311-3 dudit code² qui dispose que l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux, que lui sont assurés le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité. Si ce texte impose à l'établissement une obligation de sécurité, il ne peut s'agir d'une obligation de résultat qui serait inconciliable avec le respect de la liberté d'aller et de venir qui est posé parallèlement ; seule une obligation de vigilance de moyens lui incombe qui doit s'apprécier au regard du comportement antérieur du résident et de la connaissance de ce comportement par l'établissement* ».

Il apparaît, donc, que l'exigence d'humanisme médical est, et demeure, une réalité. Dans le champ de la responsabilité, ce devoir trouve son terrain d'élection sur la question du défaut d'information et celle, connexe, de l'absence de consentement éclairé à l'acte accompli.

De tout temps, la question de l'échange et du partage entre soignant et patient a été au cœur de la relation de soins. Si Guy de Chauliac pouvait écrire que « *le médecin attend de son patient qu'il lui obéisse tel un serf à son seigneur* »³, Henri de Mondeville⁴ considérait quant à lui que « *Le moyen pour le chirurgien de se faire obéir de ses malades, c'est de leur exposer les dangers qui résultent pour eux de leur désobéissance. Il les exagèrera si le patient a l'âme brave et dure ; il les atténuera, les adoucira ou les taira si le malade est pusillanime ou bénin, de crainte qu'il ne se désespère* ».

Dès le XIXe siècle, la déontologie naissante fera de l'information un champ d'investigation sans cesse labouré. Les positions adoptées en la matière seront, au demeurant, fort variables.

Ainsi peut-on lire, « *Il en est qui, dans tous les cas, même dans les maladies les moins dangereuses, croient utiles à leurs intérêts, d'annoncer une issue fâcheuse, pensant que l'on ventera leur prévoyance si le malade meurt, et leur habileté s'il guérit. Mais de tels subterfuges sont indignes de notre profession : c'est par la voie la plus adroite qu'il faut arriver à la renommée* »⁵. Le Docteur

¹ P. VÉRON, « Liberté d'aller et venir de la personne en EHPAD et obligation de sécurité », obs. sur CA Aix-en-Provence, 15 février 2012, n° 09/04252, *Rev. Droit et Santé*, 2012, n° 47, p. 414 et s., www.bnds.fr

² Code de l'action sociale et des familles.

³ G. DE CHAULIAC, (1298?-1368), chirurgien français, auteur d'un traité de chirurgie *Chirurgia Magna*, 1363.

⁴ H. DE MONDEVILLE, (1260-1320) médecin français, chirurgien des Rois de France Philippe IV et Louis X.

⁵ J. V. VON HILDENBRAND, *Manuel de clinique médicale, ou Principes de clinique interne*, Traduit du latin, et augmenté d'une préface, de notes par G. DUPRE, G. BAILLIÈRE (Paris), 1849, p. 260.

Perron écrivait « *Nous devons la vérité à nos amis. En conseillers sincères et dévoués, nous la devons aussi à nos clients, quand elle peut leur être utile* »... « *Qu'importe ! Il ne pourra du moins pas accuser son médecin de ne l'avoir pas averti. Puis nous aurons le mérite d'avoir sauvegardé la dignité de nos conseils, en évitant le ridicule de prescriptions inutiles. Notre devoir est de parler ; notre intérêt serait peut-être de nous taire. Pourtant, quand les choses sont dites avec tact, discrétion et cordialité, il est rare que notre franchise soit mal perçue. [...]* Les médecins sont de désagréables sermonneurs ; mais ils ne sauraient se dérober à cette obligation, parce qu'ils sont les ministres ou les serviteurs d'un Dieu – La nature – dont on ne viole pas les lois impunément »¹.

La question de la vérité due ou non au patient divisera longtemps. Ainsi Michault s'interrogera- il sur ce point « *le médecin est-il tenu de dire la vérité au malade sur sa maladie ?* ». Il affirme ensuite : « *il semble qu'il soit très simple de suivre une règle générale : dites toujours la vérité quand le mensonge n'est pas utile à la guérison de votre client. Si l'affection est grave et que le malade soit pusillanime, vous devez ménager ses craintes, mais à quoi bon le tromper quand l'avenir lui révélera votre mensonge inutile ? Si l'affection est insignifiante, ne déclarez pas cependant que votre client, et surtout votre cliente n'a rien. Il est d'habileté professionnelle de ne point blesser cette petite vanité du client qui veut toujours avoir quelque chose d'intéressant ou de grave et qui ne peut admettre que, s'il souffre et soit effrayé à propos de rien... Le Docteur Sabourin nous donne le conseil très utile de déclarer aux tuberculeux la gravité de leur cas, au début, dans la crainte qu'ils ne négligent de se soigner assez énergiquement. Si vous cachez sa maladie à l'intéressé, il ne le saura plus tard et la famille vous traitera d'ignorant... D'autre part, il est urgent que le malade ne se berce pas avec des mots. Les expressions euphémiques de rhume négligé, de bronchite chronique, de poitrine faible, ont causé plus de morts que la vérité utile dite au moment utile... Se sachant gravement atteint, mais sachant aussi qu'il peut guérir, le malade mettra tout en œuvre pour aboutir à la guérison et y parviendra... La diplomatie en fait de médecine, retombe souvent sur le diplomate. La franchise et l'honnêteté professionnelle vous mettent plus à couvert que de petites ruses inutiles et qui ne trompent personne* »².

En 1868, la Cour d'appel de Dijon³ sanctionnait la réticence coupable d'un praticien.

¹ DR. C-F-A. PERRON, *De l'honnêteté professionnelle*, Besançon, impr. de Millot frères et Cie, 1888.

² P. MICHAULT, *Pour devenir médecin*, Paris, Schleicher frères, 1899, p. 152-153.

³ Dijon, 14 mai 1868, *D.*, 1869, 2, p. 195 : « *qu'ainsi le médecin qui a sciemment laissé ignorer à une nourrice les dangers auxquels l'expose l'allaitement d'un enfant atteint de la syphilis congénitale, peut-être déclaré responsable du préjudice causé par sa réticence. Que vainement il invoquerait qu'appelé par la famille à soigner l'enfant, il n'a pas à se préoccuper du danger que peut courir la nourrice ; un pareil système blesse les lois de la morale ne pouvant être invoqué contre une nourrice, à laquelle sa situation même impose une confiance nécessaire dans le médecin choisi par la famille de l'enfant...* ». Notons que dans cette affaire l'homme de l'art ne fut pas condamné à raison de la possible antériorité de la contagion.

Plus près de nous, le Professeur Portes affirmait quant à lui que « *Face au patient, inerte et passif, le médecin n'a en aucune façon le sentiment d'avoir à faire (affaire) à un être libre, à un égal, à un pair qu'il puisse instruire véritablement. Tout patient est, et doit être pour lui, comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper – un enfant à consoler, non pas à abuser – en enfant à sauver, ou simplement à guérir, ... le patient à aucun moment ne connaissant, au sens exact du terme, sa misère, ne peut vraiment consentir ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé* »¹.

D'Hippocrate à Duhamel, l'échange sera considéré comme le ciment de la relation, le socle de la confiance. Nous avons vu que cette relation binaire, médecin – patient, a été qualifiée de « colloque singulier »². L'évolution majeure sera cependant réalisée avec l'avènement du droit des patients et plus particulièrement avec le vote de la loi du 4 mars 2002³. Droits du patient, information et consentement ne sont plus seulement des devoirs pour les professionnels de santé.

Comme le remarquait Mme Alt-Maes, « *l'information a été longtemps une prérogative exercée par un médecin qui appréciait en conscience si son patient devait en recevoir la délivrance. Le pouvoir du praticien résidait alors dans sa libre décision de donner ou non l'information. La reconnaissance, dans la loi nouvelle, d'un droit du malade à être informé, implique en contrepartie le pouvoir d'exiger du thérapeute la délivrance de l'information, celui de lui imposer une fois informé le choix de sa décision, et enfin celui d'obtenir une indemnisation alors qu'aucune faute de technique médicale n'a été commise. L'autonomie du patient semble donc faire reculer le pouvoir du médecin, elle se manifeste à son tour comme une emprise exercée sur le praticien* »⁴. Elle ajoute, « *la perception en est différente, la loi s'attache en effet aux prérogatives de l'informé, face à un débiteur d'information. Le médecin est placé en situation d'infériorité à l'égard d'un créancier susceptible de lui demander des comptes. Le patient consommateur de soins a désormais des droits qu'il convient de respecter ; il est devenu un acteur responsable de sa santé* »⁵.

¹ L. PORTES, *À la recherche d'une éthique médicale*, précité, p. 163.

² Georges DUHAMEL (1884-1966) : « *le colloque du médecin et du malade est essentiellement un colloque singulier, un duo entre l'être souffrant et celui dont il attend délivrance. Entre ces deux personnages existe presque toujours un secret* » in *Paroles de médecin*, 1946 : « *Entre le médecin de famille et l'homme souffrant s'engageait ce qu'il m'est arrivé d'appeler déjà "un colloque singulier", un colloque d'homme à homme* », in *Problèmes de l'heure*, 1957.

³ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁴ F. ALT-MAES, « Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 ? », *Gaz. Pal.*, 16 décembre 2003 n° 350, p. 3 ; P-L. VIDAL, « L'information du patient : le devoir devient un droit ! », *Rev. Droit et Santé*, 2001, n° 43, obs. sur CA Poitiers, 23 mars 2011, n° 07/00912, p. 529 et s., www.bnds.fr

⁵ F. ALT-MAES, *op. et loc. cit.*, cf. également A. LAUDE, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.*, 2007, p.1151-1155.

Sur le plan des sources, l'origine de l'information et du consentement dus au patient est parfois quelque peu confuse. L'éthique est parfois considérée comme support. Ainsi Monsieur Sargos écrit-il que « *le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient a toujours été au cœur de l'éthique de tout praticien quelle que soit sa spécialité* »¹. Au-delà de l'éthique, c'est bien dans la norme juridique, déontologique, légale², voire contractuelle³, que sont ancrées les exigences en la matière.

Information et consentement sont consubstantiellement mêlés⁴ dans la jurisprudence⁵ et la loi⁶. L'information donnée permet l'émission d'un consentement éclairé. L'exigence ne se limite cependant pas à cela. Comme le remarque Monsieur Chabas, « *L'obligation médicale d'information ressortit à la protection de la dignité de la personne humaine. Elle est le corollaire, ou plutôt le préalable de l'obligation de recueillir le consentement du patient, obligation qui sans elle n'aurait pas de sens. Quelle valeur aurait un consentement qui ne serait*

¹ P. SARGOS, « L'obligation d'informer le patient », *LPA*, 22 septembre 1999 n° 189, p. 9 ; V. CCNE, avis n° 58, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche, 12 juin 1998, p. 14 : « *toute personne doit être présumée capable a priori de recevoir des informations et de donner un consentement "libre et éclairé" à un acte médical qu'on lui propose, à moins qu'il ait été établi que cette capacité lui fait défaut. Il incombe au médecin (plus généralement, aux personnels de santé) de l'informer de façon suffisamment claire et adaptée pour qu'elle soit en mesure d'exercer sa liberté de jugement et de décision. L'information doit être actualisée pour tout nouvel acte diagnostique ou thérapeutique* » ; V. F. VIALLA, « Autonomie du défaut d'information : on avance, on avance, c'est une évidence, il faut qu'on avance », *Rev. Droit et Santé*, 2011, n° 45, p. 245 et s. obs. sur Cour d'appel Riom Chambre commerciale, 23 février 2011, n° 127, 09/02268 « *Attendu cependant que le Docteur S.-G. était tenue d'une obligation autonome d'information, de nature spécifique, qui relève d'une faute éthique à l'égard de Madame R.* », www.bnds.fr.

² Articles L. 1111-2 et L.1111-4 du CSP.

³ Rappelons la formule du célèbre arrêt *Hédreul*, Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, n° 94-19685, *Hédreul c/ Cousin*, « *Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* » ; *Gaz. Pal.* 27-29 avr. 1997. p. 13, rapp. M. SARGOS ; *Contrats, conc., consom.*, 1997, Chron. p. 5, L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 1997, p. 751, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP*, 1997, I, n° 4025, obs. G. VINEY ; *RTD civ.*, 1997, p. 434, obs. P. JOURDAIN et p. 924, obs. J. MESTRE ; *D.*, 1997, Somm. p. 319, obs. J. PENNEAU ; M. REYNIER in F. VIALLA (dir.), *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, LGDJ, 2009.

⁴ J.-M. CLÉMENT, *Les grands principes du Droit de la santé*, LEH, 2005, p. 142 : « *C'est un droit intimement lié à celui du consentement. Il ne peut y avoir de consentement sans information ; mais, par contre, il peut y avoir information sans consentement* ».

⁵ Par ex. CE, Sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, req. n° 181899, « *Considérant que lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que, si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation* » ; *RFDA*, 2000, p. 641 concl. D. CHAUVAUX et note P. BON ; *AJDA*, 2000, p. 180, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *Dr. adm.*, 2000, comm. 46, note C. ESPER ; *JCP*, 2000, II, n° 10271, note J. MOREAU ; *RDP*, 2001, p. 412, note C. GUETTIER ; *RDSS*, 2000, p. 357, note L. BOULOUIS.

⁶ Article L. 1111-4 al. 1 du CSP « *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* ».

pas éclairé ? »¹. L'information s'inscrit donc dans l'impératif de respect de la dignité de la personne, cœur de l'humanisme, comme plusieurs arrêts en attestent².

L'information attendue de l'homme de l'art est un préalable. Comme le sens même du terme l'indique, elle consiste en la mise en forme (*in formare*) d'une réflexion et précède les préconisations³ exigées du praticien, afin que le patient puisse donner son accord, ou marquer son opposition. Cette mise en forme est dès lors encadrée. Clarté, loyauté, caractère approprié sont exigés du praticien⁴, qui doit, encore, veiller à la compréhension de son discours.

Les débiteurs de l'information, son contenu, les modalités de sa dispensation⁵ sont fixés avec précision par les dispositions de l'article L. 1111-2 du CSP, qui précisent encore que la charge de la preuve en la matière pèse sur le professionnel.

Une évolution récente permet en outre de mettre un terme à une contradiction apparente entre les dispositions de l'article L. 1111-2 et celles de l'article R. 4127-35 du CSP. Ce second texte précisait, dans son alinéa 2, que *« 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 »*.

La jurisprudence eut l'occasion de faire application de ce dispositif⁶ : *« Attendu, d'abord, que l'article 42 du code de déontologie médicale issu du décret n° 79-506 du 28 juin 1979, applicable en la cause autorise le médecin à limiter l'information de son patient sur un diagnostic ou un pronostic grave ; que si une telle limitation doit être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie,*

¹ F. CHABAS, « L'obligation médicale d'information en danger », *JCP*, n° 11, 15 Mars 2000, I, 212.

² Cass. req., 28 janvier 1942, *Teyssier*, *Gaz. Pal.*, 62, 1942, 1, p. 177 ; *D.*, 1942, p. 63 ; V. aussi sur cette décision, les études in F. VIALLA et alii, *Les grandes décisions du Droit Médical*, LGDJ, 2009, not. M-F. CALLU, « La dignité de la personne humaine », p. 27 et s. ; G. CROIZE, « L'obtention du consentement », p.125 et s., M. REYNIER, « L'obligation d'information due par le médecin », p.147 et s. ; Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 2001, n° 00-14564 *Bull. civ.*, I, n° 249 ; *D.*, 2001, *jurisp.*, p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN ; *JCP*, 2002, II, 10045, note O. CACHARD ; *LPA*, n° 243, 6 décembre 2001, note C. CLÉMENT ; *LPA* n° 52, 13 mars 2002, p. 17, note F. MARMOZ ; *Resp. civ. et assur.* 2001, comm., n° 374 ; F.VIALLA et alii, *Les grandes décisions du droit médical, op.cit.*, « Attendu, cependant, qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement [...] » ; V. encore, Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2012 (11-18.327), *JCP* 2012, E.G, 756, 1255, obs. F. VIALLA, l'arrêt a pour visa « les principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, ensemble l'article 1382 du Code civil ».

³ Par l'article L 1111-4 du CSP.

⁴ Article R. 4127-34 et 35 notamment du CSP.

⁵ Entretien individuel.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2000, *D. c/M.*, *JCP*, 2000, II, n° 10342, rapp. P. SARGOS ; *D.*, 2000, *Somm.* p. 470, obs. P. JOURDAIN.

de son évolution prévisible et de la personnalité du malade, la cour d'appel a, sans dénaturation, procédé à la recherche qu'il lui est reproché d'avoir omise ; qu'elle a, en effet, par motifs propres ou adoptés, constaté que l'évolution sous traitement d'une psychose maniaco-dépressive ne pouvait être évaluée avant plusieurs années, l'état de M. X... ayant d'ailleurs connu une nette amélioration en 1988 et 1989, et que la révélation de ce diagnostic devait être faite avec prudence compte tenu de l'alternance des phases mélancoliques et d'excitation maniaque ; qu'ayant ainsi souverainement estimé que l'intérêt du patient justifiait la limitation de son information quant au diagnostic, la cour d'appel a pu décider que le praticien n'avait pas commis de faute ». Dans un souci d'humanité et en accord avec sa conscience, un praticien pouvait donc se livrer à une réticence d'informations.

Cette faculté n'apparaissait pas, en revanche dans les dispositions légales, postérieures, de l'article L. 1111-2. Le récent décret du 7 mai 2012¹ met fin à cette situation, l'exception antérieurement prévue ne figurant plus dans la rédaction nouvelle.

L'ensemble du dispositif légal et réglementaire permet alors de fixer un cadre précis aux sanctions du défaut d'information et de l'absence d'émission du consentement.

II.- La sanction de la faute d'humanisme

Sur le terrain particulier de la responsabilité encourue pour manquement aux obligations d'information² et de recueil du consentement³, des évolutions notables peuvent être identifiées tant sur la question de la preuve que sur celle du dommage réparable.

Longtemps la charge de la preuve du défaut d'information fut assumée par le patient⁴. En 1997¹ le fardeau de la preuve fut, à l'inverse, mis à la charge des

¹ Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012, portant modification du Code de déontologie médicale (*JO 8 mai 2012, p. 8479*) ; F. VIALLA, *La réforme discrète du Code de déontologie médicale*, *JCP*, 2012, 663, 1097 et s.

² M. REYNIER, « L'obligation d'information due par le médecin », in *Les grandes décisions du droit médical*, *op. cit.*, p.147 et s.

³ G. CROIZÉ, « L'obtention du consentement », in *Les grandes décisions du droit médical*, *op. cit.*, p.127 et s.

⁴ Cass. civ., 29 mai 1951, *Consorts Martin contre Birot*. « Vu les articles 1147 et 1315 du Code civil ; - Attendu que, si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération », *D.*, 1952, p. 53, note R. SAVATIER ; *JCP G*, 1951, I, 6421, note H. DESBOIS ; *RTD. civ.*, 1951, p. 508, obs. D. MAZEAU ; *S*, 1953, 1, p. 41, note NERSON ; *JCP G*, 1951, II, 6491, note R. PERROT ; G. CROIZE in *Les*

professionnels se prétendant libérés de cette obligation : « *Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ; attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Cette évolution prétorienne fut, ensuite, consacrée par la loi, l'article L. 1111-2 du CSP disposant : « *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* ».

Les interrogations rebondirent évidemment sur les modalités de dispensation de la preuve. On vit alors, se multiplier les écrits, les praticiens développant nombres de documents de « *consentement éclairé* », de « *permis d'opérer* »... On se doit même de remarquer que pour bien des professionnels de santé la formule « *consentement éclairé* » est devenue synonyme d'écrit ! Étonnant, glissement sémantique, signe de l'effet pervers d'une règle mal expliquée, mal comprise et, en conséquence, mal acceptée. Il ne sera pas inutile de rappeler le sens commun du mot *consentement*, que nous emprunterons au dictionnaire de l'Académie française : « *2. DROIT. Dans la création d'un acte juridique, adhésion d'une partie à la proposition de l'autre. Divorcer par consentement mutuel. 3. Accord donné à une décision qui relève de l'initiative d'autrui, à un projet. Consentement verbal, tacite* ». Le consentement dont il s'agit ne relève pas, du moins pas toujours, de la catégorie des actes juridiques, puisque le « *contrat médical* », pour autant qu'il existe et perdure², est insuffisant à embrasser l'ensemble des relations de soins pour lesquelles le consentement est exigé³. Nous sommes donc bien en présence d'un consentement requis dans le cadre d'une décision de soins, quelle que soit la nature juridique des liens tissés entre praticien et patient.

La décision rendue en 2010 par la Cour d'appel de Toulouse⁴ est particulièrement éclairante des errements occasionnés en la matière : « *Le document intitulé "Consentement éclairé mutuel - Autorisation d'opérer" signé par madame M. le 22 février 2005, veille de l'intervention, est ainsi rédigé : "Je*

Grandes Décisions du Droit Médical, op.cit. ; V. encore la décision rendue par Cour d'appel de Rennes 5 juillet 1994, « qu'il lui - le patient - appartenait de rapporter la preuve de ce que le praticien ne l'avait pas averti de ce risque, ce qu'il ne faisait pas dès lors qu'il ne produisait aux débats aucun élément accréditant sa thèse ». Cet arrêt sera cassé par la décision précitée du 25 février 1997.

¹ V. Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, n° 94-19685, précité.

² M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins, Essai de la remise en cause du contrat médical*, Les Études Hospitalières, 2008.

³ Soins accomplis en établissement public de santé. Relation entre un praticien salarié et un patient. Même si en cette occurrence un contrat peut exister avec l'établissement de santé employeur (contrat d'hospitalisation et de soins), le professionnel salarié doit toujours recueillir le consentement du patient à l'acte envisagé.

⁴ Cour d'appel de Toulouse, 25 octobre 2010, n° 508, 10/01705, F. VIALLA, « Bref retour sur le consentement éclairé », *D.*, 2011, p. 292.

reconnais avoir reçu de mon chirurgien toute l'information souhaitée, simple et intelligible concernant l'évolution spontanée des troubles ou de la maladie dont je souffre au cas où je ne me ferais pas opérer. Il m'a aussi expliqué les risques auxquels je m'expose en me faisant opérer, les bénéfices attendus de cette intervention et les alternatives thérapeutiques. Je reconnais avoir été informée que toute intervention chirurgicale comporte un certain pourcentage de complications et de risques y compris vitaux, tenant non seulement à la maladie dont je suis affecté(e)¹, mais également à des variations individuelles non toujours prévisibles...)" ; Ce document libellé en termes très généraux ne contient aucune précision quant à la nature des complications et des risques effectivement liés à l'arthroscopie, qui étaient prévisibles et nécessairement connus du docteur M.-M., puisqu'il résulte du rapport d'expertise que l'épanchement sanguin post opératoire et sa diffusion sont relativement fréquents dans ce type d'intervention. Il ne peut donc constituer une information conforme aux exigences légales et jurisprudentielles en la matière Le docteur M.-M. ne rapporte pas davantage la preuve qui lui incombe en affirmant qu'il a eu avec sa patiente un entretien individuel particulièrement détaillé durant lequel il lui a exposé les risques de l'intervention déjà développés dans le document de consentement éclairé, alors que cet écrit ne contient aucune information concrète sur ces risques. Il convient donc de retenir que le docteur M.-M. a manqué à son obligation d'information ».

La publication par la Haute Autorité de Santé (HAS) des récentes recommandations de bonnes pratiques (« RBP »), prévues par l'article L. 1111-2 du CSP, et émises après homologation du ministre de la Santé, devrait conduire à faire régresser la systématisation du recours aux documents standardisés que le patient se voit « inviter » à signer. Ces nouvelles recommandations, en effet, redisent que l'information « est toujours orale »². La HAS souligne de manière répétée l'inutilité de la recherche du paraphe d'un quelconque document par le patient : « *Le document d'information est exclusivement destiné à donner à la personne des renseignements par écrit. Ce document n'a pas à être signé par la personne et ne contient aucune formule l'invitant à y apposer une signature* »³ ! Quant à la preuve à la charge des professionnels, la HAS rappelle le caractère essentiel des mentions portées au dossier du patient. Elle précise alors que « *(p)arce que ces mentions suffisent à servir de moyen de preuve en cas de litige, il n'y a pas lieu de demander à la personne une confirmation signée de la délivrance de l'information* »⁴.

¹ Notons que la désinence féminine demeure par parenthèses, prouvant si besoin était que le même document générique est proposé à tous les patients du praticien ! Notons encore que le participe passé qui précède (*Je reconnais avoir été informé*) est au masculin... !

² Haute Autorité de Santé, *Recommandations de bonnes pratiques : délivrance de l'information à la personne sur son état de santé*, mai 2012, point 2.4, « L'usage de documents écrits ». V. www.has.fr.

³ HAS, *Recommandations*, préc., point 2.4. V. aussi points 2.6 et 4.3.

⁴ HAS, *Recommandations*, préc., point 2.6.

Au-delà des soucis liés à l'administration de la preuve, la question du dommage réparable a fait l'objet d'interrogations multiples.

On trouve très tôt trace des hésitations et atermoiements des magistrats en la matière. Ainsi, dès 1913¹ la Cour d'appel de Paris eut à se prononcer sur la délicate question du défaut d'information et de sa sanction. Il s'agissait d'un traitement de radiothérapie dont la Cour relève qu'il « *peut avoir des conséquences graves et pour les opérateurs et pour les malades ; que certains opérateurs sont morts victimes de leur dévouement à la science, et qu'encore actuellement, on ne peut prévoir quelles peuvent être les conséquences d'une radiodermite du second degré, et cela, malgré les précautions les plus minutieuses et l'habileté du médecin traitant ; que les médecins les plus autorisés en proclament les dangers* ». Dès lors, les magistrats rappellent que « *si, malgré cet inconvénient redoutable, le médecin ne doit pas hésiter à appliquer ce traitement lorsque la santé du malade l'exige, et si on ne peut le rendre responsable d'accidents qu'il pouvait prévoir, mais qu'il a tout fait pour prévenir, il n'en est pas de même lorsque le médecin se trouve en présence, non pas d'un mal à guérir, mais d'une simple imperfection physique à faire disparaître ou dissimuler ; que, dans ce cas, ni l'intérêt de la science, ni l'intérêt du malade n'exigent que, pour un aussi minime résultat, on risque, sinon de le faire mourir, tout au moins de changer son imperfection en un mal véritable ou de l'aggraver* ».

Or, dans cette affaire « *la Demoiselle X. n'avait qu'un peu de barbe au menton ; que sans doute, sa coquetterie en souffrait ; mais que le Dr D. n'allègue même pas qu'il y eût, chez cette jeune fille, une obsession quasi malade, et qui, jusqu'à un certain point, aurait pu justifier son intervention considérant que connaissant mieux que personne les dangers possibles du traitement, son insuccès possible, il avait le devoir de refuser son concours* ». La Cour ajoute encore « *qu'il – le médecin – n'établit même pas qu'il ait prévenu cette jeune fille du danger qu'elle pouvait courir, sa faute est manifeste* ».

Abordant la question du dommage réparable, la Cour d'appel précise, avec un rien de muflerie et sans galanterie aucune, que « *le préjudice souffert par la Demoiselle X n'en est pas moins certain, mais qu'il ne faut pas en exagérer l'importance puisqu'en définitive sa santé n'est pas altérée ; que très probablement elle ne le sera jamais du fait du traitement ; que les conséquences actuelles se réduisent à des lésions de la peau du menton, qui, sans doute, sont indélébiles, mais qui, au dire de tous les experts, sont susceptibles d'amélioration, et pas plus disgracieuses, à leurs yeux, que les poils nombreux et très développés qu'elle portait au menton avant le traitement...* » !

Longtemps, la réparation du défaut d'information ou/et de consentement fut circonscrite dans le champ de la perte de chance. Ainsi peut-on lire dans une

¹ C.A. Paris 22 janvier 1913, *D.P.*, 1919-2-73 ; Cass. Civ. 24 novembre 1920, *Dr Delherm c/ Dlle Calou*, *Gaz. Pal.* 1921-28, S. 1921-I-111, *D.P.*, 1924-1-104.

décision de 1990¹ « *qu'en manquant à son obligation d'éclairer M. Y... sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, M. X... a seulement privé ce malade d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles qui seules ont fait l'objet de la demande de réparation de M. Y...* ». De la même manière une décision de 2004² précisait que « *la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé et que le dommage correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudice subis qui est déterminée en mesurant la chance perdue et ne peut être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical* ».

Cette position demeurait d'ailleurs celle des juridictions de l'ordre administratif³. Le Conseil d'État précisait ainsi en juillet 2011⁴ : « *(c)onsidérant que lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation ; Considérant qu'un manquement des médecins à leur obligation d'information n'engage la responsabilité de l'hôpital que dans la mesure où il a privé le patient de la possibilité de se soustraire au risque lié à l'intervention ; que dès lors, pour juger que la faute consistant à ne pas avoir informé M. A du risque que comportait l'ostéotomie n'avait fait perdre à ce dernier aucune chance d'échapper au dommage, la cour a, à bon droit, recherché si cette intervention présentait un caractère indispensable ; qu'elle a toutefois dénaturé les faits de l'espèce en reconnaissant un tel caractère à l'ostéotomie subie par M. A, alors qu'elle relevait seulement la circonstance qu'une abstention thérapeutique aurait comporté un risque de complications cardio-vasculaires sensiblement supérieur à la moyenne, d'asthénie prononcée et de somnolences diurnes et qu'il n'existait pas d'alternative thérapeutique moins risquée ; que l'arrêt attaqué doit, par suite, être annulé en tant qu'il statue sur la responsabilité des Hôpitaux universitaires de Strasbourg au titre d'un manquement à leur obligation d'information* ».

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 1990, Bull. civ. I, n° 39 ; D., 1991, Somm. 183, obs. J. PENNEAU ; RTD civ., 1992, p. 109, obs. P. JOURDAIN.

² Cass. civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, n° 02-10957.

³ F. VIALLA, « Défaut d'information, jurisprudence équivoque faute d'être univoque », *Rev. Droit et Santé*, 2012, n° 45, obs. sur Cass. 1^{ère} civ., 6 octobre 2011, n° de pourvoi : 10-21241 et CAA Lyon, n° 10LY02262, 6 octobre 2011, www.bnds.fr.

⁴ CE, 11 juillet 2011, req. n° 328183, publié aux tables du Recueil Lebon.

Pour les juridictions de l'ordre judiciaire, en revanche, une évolution notable est perceptible¹. Un mouvement « d'autonomie » de l'obligation d'information et du dommage lié à la défaillance du praticien pourrait se faire jour². Comme nous le notions, « *L'autonomie du défaut d'information et de sa réparation semble affirmée par la Cour de cassation quand bien même la Haute juridiction semble hésitante sur les fondements textuels. On peut, en effet, remarquer que les visas sont loin d'être univoques en la matière* »³.

L'autonomie de l'obligation d'information est parfois expressément affirmée et s'accompagne d'une réparation dissociée de la perte de chance. Ainsi en a décidé en 2011⁴ la Cour d'appel de Riom : « *Attendu cependant que le*

¹ Civ. 1^{re}, 28 janvier 2010, n° 09-10.992, *D.*, 2010, p. 1522, note P. SARGOS ; *RDSS*, 2010, p. 375, obs. F. ARHAB-GIRARDIN ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 77, p. 10, note C. QUÉZEL-AMBRUNAZ ; Civ. 1^{re}, 11 mars 2010, n° 09-11.270, *D.*, 2010, p. 1119, note M. BACACHE ; Avis A. LEGOUX, *Gaz. Pal.*, 2010, n° 84, p. 10 et note C. QUÉZEL-AMBRUNAZ ; *JCP*, 2010, I, 379, note P. JOURDAIN ; Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *D.*, 2010, p. 1484, obs. I. GALLMEISTER, p. 1522, note P. SARGOS, p. 1801, point de vue D. BERT, et 2092, chron. N. AUROY et C. CRETON ; *RDSS*, 2010, p. 898, note F. ARHAB-GIRARDIN ; *RTD civ.* 2010, p. 571, obs. P. JOURDAIN ; *RGDM*, 2010, p. 195, note L. BLOCH ; p. 233 s., note S. PRIEUR et 207 s., note D. DELCOURT ; F. VIALLA, « Évolutions récentes de la responsabilité pour défaut d'information », *Méd. et Droit*, 2010, p. 161-170 ; Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2010, n° 09-10.992 : CSP articles L. 1142-1 et C. civ., article 16-3. - Cass. 1^{re} civ., 8 avril 2010, n° 08-21.058 : C. civ., article 1147 et CSP article L. 1111-2. - Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591 : C. civ., articles 16, 16-3, al. 2 et 1382. - Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2011, n° 10-21.241 et Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2012, n° 10-24.447 : C. civ., articles 16 et 16-3 et CSP, article L. 1111-2. - Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 2012, n° 10-26.705 : C. civ., article 1147 et C. déont. méd., article 35. - Cass. 1^{re} civ., 9 février 2012, n° 10-25.915 : C. civ., article 1382 et CSP article L. 1111-2 ; F. VIALLA *in Rev. Droit et Santé*, 2012, n° 47 ; il convient encore de rajouter celui utilisé dans la décision du 12 juin 2012 : Cass.civ. 1^{ère}, 12 juin 2012, (11-18.327) *JCP* 2012, 756, 1255, obs. F. VIALLA, « Défaut d'information du patient, la Cour de cassation persiste et signe », www.bnds.fr.

² O. GRARE, « Préjudice autonome en cas de méconnaissance par le médecin de son devoir d'information : début d'une saga juridique », *Rev. Droit et Santé*, 2012, n°47, Chron., p. 343 et s. www.bnds.fr ; A. GASCON, « Évolutions et interrogations autour de la sanction du défaut d'information médicale », *Rev. Droit et Santé*, 2010, n° 38, p. 489 et s. www.bnds.fr ; F. VIALLA, « Autonomie du défaut d'information : on avance, on avance, c'est une évidence, il faut qu'on avance », *Rev. Droit et Santé*, 2011, n° 41, p. 245 et s, obs. sur CA Montpellier, Chambre 1, section D, 19 janvier 2011, n° 10/01401, CA Rouen, Chambre civile 1, 23 février 2011, n° 10/01224, CA Pau, Chambre 1, 8 février 2011, n° 09/01727, CA Riom, Chambre commerciale, 23 février 2011, n° 127, 09/02268, CA Riom, Chambre commerciale, 23 février 2011, n° 98, 10/00145, www.bnds.fr ; F. VIALLA, « Évolutions récentes de la responsabilité pour défaut d'information », *Médecine et Droit*, 2010, p. 161 et s. note sous Cass. civ.1^{ère} 28 janvier 2010, n° de pourvoi : 09-10992, Cass. civ.1^{ère}, 11 mars 2010, n° de pourvoi : 09-11270, Cass. civ.1^{ère}, 8 avril 2010, n° de pourvoi : 08-21058, Cass. civ.1^{ère}, 3 juin 2010, n° de pourvoi : 09-13591.

³ F. VIALLA, « La réforme discrète du Code de déontologie médicale », article précité : les visas relevés sont fort disparates. Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2010, n° 09-10.992 : CSP article L. 1142-1 et C. civ., article 16-3. - Cass. 1^{re} civ., 8 avril 2010, n° 08-21.058 : C. civ., article 1147 et CSP article L. 1111-2. - Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591 : C. civ., articles 16, 16-3, al. 2 et article 1382. - Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2011, n° 10-21.241 et Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2012, n° 10-24.447 : C. civ., articles 16 et 16-3, et CSP article L. 1111-2. - Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 2012, n° 10-26.705 : C. civ., article 1147 et C. déont. méd., article 35. - Cass. 1^{re} civ., 9 février 2012, n° 10-25.915 : C. civ., article 1382 et CSP article L. 1111-2 ; F. VIALLA *in Rev. Droit et Santé* 2012, n° 47 ; il convient encore de rajouter celui utilisé dans la décision du 12 juin 2012 : Cass. 1^{re} civ. 12 juin 2012 « *Vu les principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, ensemble l'article 1382 du code civil* », www.bnds.fr.

⁴ Cour d'appel Riom Chambre commerciale, 23 février 2011, n° 127, 09/02268, arrêt précité.

Docteur S.-G. était tenue d'une obligation autonome d'information, de nature spécifique, qui relève d'une faute éthique à l'égard de Madame R., future mère chez laquelle avait été décelée en cours de grossesse une infection au streptocoque B, déjà redoutée par le corps médical à l'époque des faits ; ... que la faute dans l'information de la patiente, à juste titre retenue en première instance, est à l'origine d'un préjudice moral considérable pour la mère de Benjamin qui n'a pas été moindrement alertée des risques encourus ni de l'éventualité de résurgences itératives chez l'adulte déjà atteint d'une contamination à Streptocoque B, bien décrite par le Professeur M. ni des préventions envisageables ; que la privation de cette information est à l'évidence lourde de conséquences sur le plan moral chez une mère brutalement confrontée au handicap majeur que subit son enfant ; que ce préjudice doit être réparé par l'allocation d'une indemnité de 30.000 euros ».

La décision rendue en 2011 par la Cour d'appel de Pau¹ se révèle particulièrement intéressante : « ... l'article 16-3 du Code civil consacre un droit personnel du patient à être informé des risques fréquents ou graves normalement prévisibles que l'acte médical lui fait encourir. Ce droit doit être sanctionné en tant que tel, à partir du seul constat de son atteinte. Il est donc indépendant des dommages corporels éventuellement subis à l'occasion d'un accident médical. Il appartient au médecin qui engage dans ce cas, sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, de rapporter la preuve qu'il a correctement exécuté cette obligation d'information ».

Dans cette affaire, le praticien ne contestait « pas l'absence totale d'information du patient sur les conséquences de l'acte envisagé », il démentait en revanche « le lien causal entre le préjudice constitué par la perte de chance d'éviter les complications telle que retenue par le tribunal et le manquement au droit à l'information ».

La Cour de Pau écarte l'argument en précisant que « ... s'agissant d'un droit personnel détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle... En l'espèce l'étendue des conséquences de l'atteinte à ce droit à l'information fixée par le premier juge à la moitié du montant des préjudices corporels subis, correspond à la juste indemnisation de ce préjudice au regard, d'une part, de la gravité de l'acte chirurgical, des conséquences physiques, mais également psychologiques ressenties par M. G., des complications connues qui se sont réalisées et d'autre part de la nécessité de l'intervention au regard des douleurs importantes et récurrentes ressenties par lui. Ainsi les indemnisations arbitrées par le premier juge seront adoptées ».

¹ Pau Chambre 1, 8 février 2011, n° 11/734, 09/01727, arrêt précité.

On voit donc émerger, dans la jurisprudence des juridictions du fond, un préjudice moral causé par la violation « *d'un droit personnel détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique* ».

La haute juridiction adoptait une position quelque peu différente. L'attendu le plus utilisé en la matière depuis 2010 est le suivant : « *le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, que le juge ne peut laisser sans réparation* ».

Ce mouvement prétorien ne sonne pas à proprement parler le glas de la perte de chance. Comme nous le notions, « *(o)n voit donc se dessiner une position somme toute cohérente. Lorsqu'une perte de chance peut être mise à jour, la réparation du défaut d'information se fera sur ce terrain. Quand le défaut d'information n'aura pas occasionné de chance perdue, il n'en demeure pas moins un manquement fautif qui ne peut être laissé sans réparation. Apparaît alors un préjudice « autonome » lié à la violation d'un droit du patient et au non-respect de sa volonté* »¹.

L'été et l'automne 2012 auront été marqués par de très notables évolutions sur la question de la réparation du défaut d'information. On décèle un mouvement d'émergence d'un préjudice moral d'impréparation psychologique au risque réalisé².

Récemment, la Cour de cassation³, a eu recours à la qualification de préjudice moral : « *mais attendu que l'arrêt énonce que, s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle (...)* » !

Par deux décisions rendues à l'automne, le Conseil d'État⁴ semble, à son tour, se rallier au mouvement initié par la Cour de cassation en 2010. L'arrêt du Conseil d'État du 24 septembre précise que « *hors les cas d'urgence ou d'impossibilité de consentir, la réalisation d'une intervention à laquelle le patient*

¹ F. VIALLA, « Défaut d'information : classicisme ou originalité ? », *Rev. Droit et Santé*, 2012, n° 47, www.bnds.fr, obs. sur CA Angers, chambre 1 B, 2 février 2012, confirmation partielle, n° 11/00524, JurisData 2012-001519, Cass. 1^{re} civ., 9 février 2012, cassation partielle, n° 10-25.915, inédit, Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2012, cassation partielle, renvoi Basse-Terre, n° 10-24.447, 33, inédit, Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 2012, cassation partielle, renvoi Bordeaux, n° 10-26.705, 77, inédit.

² J. DUGNE et F. VIALLA, « Du nouveau en matière d'obligation d'information ? », *Rev. Droit et Santé*, 2012, n° 50, www.bnds.fr.

³ Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2012, n° 11-17.510, P : JurisData n° 2012-015717, il s'agit d'un arrêt de rejet rendu sur pourvoi contre la décision précitée Pau, Chambre 1, 8 février 2011, n° 11/734, 09/01727. V. JCP G 2012, note 1036, P. SARGOS. V. J. DUGNE et F. VIALLA, article préc.

⁴ CE, 24 septembre 2012, n° 336223 : JurisData n° 2012-021515, CE, 10 oct. 2012, n° 350426 : JurisData n° 2012-022715, *JCP Ed. G*, 2012, 1252, p. 2106 note F. VIALLA.

n'a pas consenti oblige l'établissement responsable à réparer tant le préjudice moral subi de ce fait par l'intéressé que, le cas échéant, toute autre conséquence dommageable de l'intervention ». La rédaction du considérant permet de considérer que la réparation du préjudice moral s'inscrit dans une logique d'automatisme, là où la réparation de « *toute autre conséquence dommageable de l'intervention* » n'est qu'éventuelle.

Dans l'arrêt rendu le 10 octobre, le Conseil d'État constate, tout d'abord, l'absence de perte de chance. La haute juridiction ajoute cependant, dans un considérant dénué de toute ambiguïté, « *qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* » !

Loin d'être anodine, la référence opérée à l'impréparation du patient révèle un rapprochement avec la jurisprudence de la Cour de cassation. La cohérence et la sécurité juridique sont indéniablement renforcées par ce rapprochement des positions des deux ordres de juridictions.