



HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ

RECOMMANDATION DE BONNE PRATIQUE

Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé

Principes généraux

Méthode Recommandations pour la pratique clinique

ARGUMENTAIRE SCIENTIFIQUE

Mai 2012

Les recommandations de bonne pratique (RBP) sont définies dans le champ de la santé comme des propositions développées méthodiquement pour aider le praticien et le patient à rechercher les soins les plus appropriés dans des circonstances cliniques données.

Les RBP sont des synthèses rigoureuses de l'état de l'art et des données de la science à un temps donné, décrites dans l'argumentaire scientifique. Elles ne sauraient dispenser le professionnel de santé de faire preuve de discernement dans sa prise en charge du patient, qui doit être celle qu'il estime la plus appropriée, en fonction de ses propres constatations.

Cette recommandation de bonne pratique a été élaborée selon la méthode résumée en annexe 1. Elle est précisément décrite dans le guide méthodologique de la HAS disponible sur son site :

Élaboration de recommandations de bonne pratique – Méthode Recommandations pour la pratique clinique - Décembre 2010

Grade des recommandations

A	Preuve scientifique établie Fondée sur des études de fort niveau de preuve (niveau de preuve 1) : essais comparatifs randomisés de forte puissance et sans biais majeur ou méta-analyse d'essais comparatifs randomisés, analyse de décision basée sur des études bien menées.
B	Présomption scientifique Fondée sur une présomption scientifique fournie par des études de niveau intermédiaire de preuve (niveau de preuve 2), comme des essais comparatifs randomisés de faible puissance, des études comparatives non randomisées bien menées, des études de cohorte.
C	Faible niveau de preuve Fondée sur des études de moindre niveau de preuve, comme des études cas-témoins (niveau de preuve 3), des études rétrospectives, des séries de cas, des études comparatives comportant des biais importants (niveau de preuve 4).
AE	Accord d'experts En l'absence d'études, les recommandations sont fondées sur un accord entre experts du groupe de travail, après consultation du groupe de lecture. L'absence de gradation ne signifie pas que les recommandations ne sont pas pertinentes et utiles. Elle doit, en revanche, inciter à engager des études complémentaires.

Les recommandations sont téléchargeables sur
www.has-sante.fr

Haute Autorité de Santé
Service documentation – information des publics
2 avenue du Stade de France - F 93218 Saint-Denis La Plaine CEDEX
Tél. :+33 (0)1 55 93 70 00 - Fax :+33 (0)1 55 93 74 00

Ce document a été validé par le Collège de la Haute Autorité de Santé en mai 2012.
© Haute Autorité de Santé – 2012

Sommaire

1	Introduction	5
1.1	Rappel des circonstances ayant rendu nécessaire l'édiction des recommandations de bonne pratique d'avril 2000	5
1.2	Des années se sont écoulées depuis l'édiction des recommandations de bonne pratique de 2000 et la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 est désormais applicable	6
2	Stratégie de recherche documentaire	8
3	Quelques remarques générales au sujet des articles parus dans les revues médicales	8
4	Les sources de l'obligation d'information du patient visées sont multiples et mélangées	10
4.1	Code de déontologie médicale, arrêts des cours suprêmes, recommandations de bonne pratique de l'Anaes, loi du 4 mars 2002 : des sources entremêlées	11
4.2	Les dispositions du Code de déontologie médicale en matière d'information du patient ne sont pas conformes à la loi du 4 mars 2002 : de possibles contradictions	13
5	L'information est souvent assimilée au consentement du patient à l'acte médical	15
5.1	L'information donnée est présentée comme un moyen d'obtenir le consentement du patient	16
5.2	L'information est présentée non comme un droit du patient mais comme une obligation pesant sur le médecin de la délivrer	16
6	Des frontières poreuses entre information, communication, compréhension ou mémorisation	18
6.1	L'information comme élément d'une interaction	18
6.2	L'information et sa compréhension par le patient	19
7	Les articles des revues juridiques portent prioritairement sur la responsabilité liée au défaut d'information du patient	20
8	L'information du patient au prisme de la jurisprudence publiée : la responsabilité liée au défaut d'information sur les risques	23
8.1	L'obligation d'information du médecin : sa finalité et son fondement	25
8.2	Une personne autre que le patient peut-elle être bénéficiaire de l'obligation d'information ?	27
8.3	Sur quel médecin l'information pèse-t-elle et quelle est son étendue ?	28
8.4	Quel est le contenu de l'information, et plus précisément sur quels risques porte-t-elle ?	29
8.5	Existe-t-il des circonstances dans lesquelles cette obligation n'est pas due ?	30
8.6	Comment la preuve de l'information peut-elle être administrée ?	31
8.7	Quelle est la nature du préjudice indemnisable et donc quelle est l'étendue du droit à réparation ?	32
9	Le droit du patient d'être informé reconnu par la loi du 4 mars 2002, condition préalable de toute prise de décision	33
9.1	Le contenu de l'information fixé par la loi est-il ou non différent de celui qui résultait de la jurisprudence ?	35
9.2	Le contenu de l'information peut-il être limité à la demande du seul patient ou bien, comme par le passé, par le médecin ?	36
9.3	À qui incombe l'information du patient, de quelle manière, et y a-t-il des circonstances pouvant dispenser de la donner ?	37
9.4	Comment l'exercice de ce droit s'effectue-t-il pour le mineur ou la personne majeure sous tutelle ?	40

9.5	Quelles modalités de preuve sont retenues par la loi ?	44
9.6	En quoi consiste l'information du patient après la réalisation des actes, lorsque des risques nouveaux sont identifiés ?	45
10	Les grands types de questions que le groupe de travail aura à régler	48
10.1	Premier point : rappeler que la personne malade est titulaire du droit d'être informée	49
10.2	Deuxième point : fixer le contenu de l'information délivrée	49
10.3	Troisième point : déterminer par qui l'information est délivrée	50
10.4	Quatrième point : la délivrance de l'information au cours d'un entretien individuel	50
10.5	Cinquième point : la délivrance de l'information au mineur	51
10.6	Sixième point : la délivrance de l'information au majeur sous tutelle	54
10.7	Septième point : faut-il ou non envisager de traiter le rôle de la personne de confiance ?	55
10.8	Huitième point : les modalités de preuve de l'information	56
10.9	Neuvième point : comment concilier la délivrance de l'information <i>a priori</i> pour permettre au patient de faire des choix éclairés et celle de l'information <i>a posteriori</i> en cas de nouveaux risques ?	57
	Annexe 1. Méthode de travail	59
	Annexe 2. Information des patients - Recommandations destinées aux médecins - Anaes, avril 2000	62
	Annexe 3. Professionnels de santé.....	66
	Annexe 4. Filiation et autorité parentale	70
	Annexe 5. L'information de la personne majeure dont les facultés de discernement sont altérées ou qui est hors d'état de la recevoir elle-même	98
	Participants.....	119
	Fiche descriptive	121

1 Introduction

En avril 2000, l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (Anaes) publiait des recommandations de bonne pratique sur le thème de l'information qu'il convient aux médecins de donner à chacun de leurs patients dans l'objectif de les aider à dispenser à ces derniers une information adaptée.

1.1 Rappel des circonstances ayant rendu nécessaire l'édiction des recommandations de bonne pratique d'avril 2000

Elle est liée aux vives réactions¹ des milieux médicaux à la suite d'un arrêt rendu le 25 février 1997 par la Cour de cassation², passé à la postérité sous le nom d'arrêt Hédreul³. Cet arrêt, qui est à l'origine d'une évolution notable en matière d'information du patient par le médecin, a été rendu à l'occasion d'une affaire de responsabilité médicale. Il a décidé 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, comme le médecin entre dans cette catégorie, il « est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation ».

La situation qui a donné lieu à cet arrêt, ainsi que celles qui ont fait l'objet des arrêts postérieurs tout aussi importants rendus par la Cour de cassation, puis par le Conseil d'État, présentent une caractéristique commune : les patients ont demandé réparation du préjudice occasionné par le défaut d'information sur les risques inhérents à des investigations ou à des interventions chirurgicales, en se fondant sur le raisonnement suivant : la description des risques potentiels aurait pu les conduire à refuser l'intervention ; si tel avait été le cas, ils ne l'auraient pas subie et auraient donc été indemnes de ses séquelles. Mais n'ayant pas été informés, ils n'ont pas pu échapper au risque qui, en définitive, s'est réalisé, grief au fondement de la demande de réparation du dommage causé par ce défaut d'information.

Au travers des décisions successives, la discussion a porté sur le contenu de la règle de responsabilité : le médecin a-t-il ou non une obligation d'information, sur quels risques porte-t-elle et qui doit faire la preuve du respect de cette obligation ? La fonction d'une règle de responsabilité est de dire à quelles conditions l'auteur d'un dommage causé à autrui peut être amené à en assumer la réparation. C'est donc une règle qui ne joue qu'une fois l'accident survenu et qui sert à départager des intérêts contradictoires, les solutions retenues fixant les règles applicables dans des contentieux de responsabilité fondée sur le défaut d'information.

Cependant, le renversement de la charge de la preuve de l'information opéré par l'arrêt Hédreul a été ressenti par les milieux médicaux comme un renversement de la relation

¹ Certains articles ne manquent pas de les rappeler ; par exemple, C. Guérot, *Information du patient et qualité de l'acte médical*, Archives des maladies du cœur et des vaisseaux, tome 94, n° 9, sept. 2001, p. 954 : « L'arrêt Hédreul du 25 février 1997 a résonné dans le monde médical comme un coup de tonnerre .»

² Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, *Hédreul*, JCP 1997, éd. G., I, 4025, n° 7, obsv. G. Viney; JCP 1997, éd. G., II, 22492, rapport P. Sargos ; Contrats, conc. consom. 1997, chron. 5, L. Leveneur ; Resp. civ. et assur. 1997, chron. p. 8, C. Lapoyade-Déschamps ; P. Sargos, *Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient*, Méd. droit Info. Éthique Juridique Prat. 1997. 27:1-3 ; G. Mémeteau, *Devoir d'information, renversement de la charge de la preuve*, Méd Droit 1997. 24:6 ; L. Dubouis, Rev. dr. san. et soc. 1997, p. 288.

³ C'est le nom du patient demandeur, M. Hédreul ; mais dans certains articles écrits par des médecins, ce même arrêt est parfois désigné par le nom du médecin, le Dr Cousin, objet du pourvoi.

médecin-patient en faveur de ce dernier. En effet, la nécessité d'avoir éventuellement à faire la preuve qu'ils l'ont bien donnée les a conduits à s'organiser de manière à pouvoir démontrer que tel a bien été le cas. Cela explique pourquoi une règle de responsabilité a aussitôt été transformée en règle d'action.

Le fait que l'obligation d'information du médecin ait été l'objet d'une discussion nouvelle dans le contexte d'affaires de responsabilité médicale n'a pas été sans conséquences. Cette circonstance a entraîné un mélange des genres qui n'a guère été heureux : alors que les renseignements à fournir au patient ont pour but de lui permettre de faire des choix en connaissance de cause, l'analyse⁴ tant de la littérature médicale que des fiches d'information rédigées par les sociétés savantes après l'arrêt Hédreul avait permis de mettre en évidence que la tentation serait pour les professionnels de santé de voir, dans la délivrance de l'information au patient, moins un moyen de lui permettre de prendre une décision, qu'un moyen de se constituer une preuve pour parer un éventuel procès.

Dès le mois de mai 1997, le Conseil national de l'ordre des médecins fera savoir qu'il a « demandé aux sociétés savantes de proposer des modèles d'information en fonction des risques graves connus inhérents à telle investigation ou à tel traitement »⁵. Et, c'est dans ce contexte socialement tendu⁶, alors que les solutions adoptées successivement par plusieurs arrêts de la Cour de cassation étaient passées au peigne fin et discutées avec autant d'attention que de vivacité par les professionnels médecins, que le groupe de travail réuni par l'Anaes a rédigé entre fin 1999 et début 2000 les recommandations de bonne pratique. Il a cherché à dépassionner les débats en veillant à ce que la délivrance de l'information au patient se fasse sur un mode positif ; il a donc fait en sorte que l'information ait pour fonction de permettre à la personne malade de prendre une décision en connaissance de cause, qu'elle ne se borne pas aux seuls risques au prétexte que les décisions de justice rendues portaient sur cette question et qu'elle n'ait pas pour objectif premier de servir d'outil pour éviter d'éventuels procès.

Ajoutons que le groupe de travail qui a rédigé entre fin 1999 et début 2000 les recommandations de bonne pratique savait que le Conseil d'État⁷ allait rendre deux arrêts attendus avec autant d'intérêt que d'impatience ; en effet, s'il pouvait penser que ce dernier adopterait une solution équivalente à celle retenue par la Cour de cassation, il ne s'agissait que d'une hypothèse. Sa confirmation conforta les lignes directrices proposées par le groupe de travail qui avait adopté des solutions unitaires, quel que soit par ailleurs le cadre juridique d'exercice professionnel médical, privé comme public.

1.2 Des années se sont écoulées depuis l'édition des recommandations de bonne pratique de 2000 et la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 est désormais applicable

Celle-ci a reconnu à la personne malade le droit d'être informée : c'est l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique qui régit ce droit en sept alinéas, le sixième alinéa prévoyant que

⁴ Analyse conduite dans le rapport que j'avais rédigé pour identifier les types de questions soulevées par les solutions retenues par ces arrêts et apporter des solutions pour les résoudre : D. Thouvenin, *Rapport soumis au groupe de travail chargé d'élaborer des recommandations destinées aux médecins relatives à l'information des patients*, www.has-sante.fr p. 28 et 52.

⁵ O. Dubois. *La preuve est désormais à la charge du médecin*, Bull. ordre méd. 1997;5:4.

⁶ En ce sens, par exemple, C. Rougé-Maillart, D. Gosset, M. Penneau, *Sur le devoir d'information du patient*, Feuilles de radiologie, 2001, 41, n°3, 262-268 : « Cette décision a soulevé un vent de panique au sein du corps médical désemparé, amplifié par la presse professionnelle médicale et l'ordre des médecins lui-même, chacun en tirant aussitôt la conclusion de la nécessité d'une information et d'un recueil du consentement par des écrits signés par le patient . »

⁷ Cons. d'Ét. 5 janv 2000, *sieur Guilbot* (arrêt n°198530) et *consorts Telle* (arrêt n°181899).

« **des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information** sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé ». Aussi, les propositions du groupe de travail réuni par la Haute Autorité de Santé (HAS) devront-elles être rédigées dans ce cadre légal ; il fixe désormais le contenu de l'information à délivrer à la personne, ses modalités de délivrance ainsi que les catégories de professionnels sur qui elle pèse, l'exercice de ce droit par son titulaire, et notamment celui de ne pas être informé, la situation spécifique des mineurs et des majeurs protégés, la preuve de l'information.

Afin de mieux cerner les grands types de questions qui sont soulevées au sujet de l'information que la personne a le droit de recevoir, **il a été convenu d'en faire une analyse préalable pour servir de point d'appui aux propositions que le groupe de travail sera amené à faire**. Aussi, en accord avec la HAS, a-t-il été décidé de recourir à la même démarche que celle qui avait été suivie pour la rédaction des recommandations de bonne pratique de 2000. C'est dans cet objectif que **tant la littérature professionnelle médicale que la littérature juridique servent de base à l'analyse**. Ces deux sources sont complémentaires : identification dans les revues médicales des **différentes questions abordées par les professionnels de santé**, pour **vérifier notamment si certaines d'entre celles qui se posaient en 2000 perdurent ou non ; sens des solutions retenues par les arrêts des cours suprêmes en matière de responsabilité du fait du défaut d'information et propositions d'interprétation des dispositions légales relatives à l'information des malades**, et **plus particulièrement pour ce qui concerne les mineurs et les majeurs protégés**.

Leur analyse exhaustive a été conduite dans un double objectif :
d'une part, expliciter la manière dont les **revues médicales** rendent compte des **problèmes soulevés par l'information à délivrer à la personne malade**, indiquer quelles **solutions** sont **préconisées** et, éventuellement, **quelles interprétations des dispositions légales issues de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 sont proposées** ;
d'autre part, dans les **revues juridiques**, mettre en évidence **les différents points de droit** discutés **au sujet de la responsabilité du fait du défaut d'information**, afin de vérifier si les solutions retenues ont ou non évolué une fois la loi de 2002⁸ adoptée, et comparer les solutions retenues par les juridictions civiles ainsi que par les juridictions administratives, enfin, **exposer les interprétations proposées au sujet des dispositions de la loi du 4 mars 2002** relatives au droit de la personne malade d'être informée.

Ces différents points examinés constituent autant d'**indicateurs précieux des préoccupations exprimées par les médecins** ainsi que de **l'interprétation par les juristes des dispositions relatives au droit de la personne malade d'être informée**. Ils permettent de mieux appréhender les grands types de questions auxquels le groupe de travail sera confronté et pour lesquels il aura à trouver des réponses :
caractéristiques de l'information (auteur, contenu, destinataire) ;
situation spécifique des mineurs et des adultes, majeurs n'étant pas en mesure d'exprimer leur volonté (soit en raison d'une situation de fait, soit en raison d'une mesure de protection) ;
multiplicité des acteurs professionnels de santé ayant à délivrer une information et les modalités à envisager pour organiser leur coordination ;
modalités de constitution de la preuve de l'information ;
éventuellement, prise en considération de la situation de la personne malade dans les établissements autres que de santé⁹.

⁸ En ne perdant pas de vue que les arrêts rendus après 2002 concernent des affaires dont les faits sont, pour la plupart, bien antérieurs à cette date, ce qui exclut, par hypothèse, l'application de cette loi.

⁹ Cf. sur ce point, loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

2 Stratégie de recherche documentaire

La recherche documentaire a été réalisée par le service de documentation de la HAS dans les bases de données : MEDLINE, EMBASE, PASCAL, BDSP (Banque de données de santé publique) et DOCTRINAL plus, interrogées sur la période de janvier 2000 à décembre 2010. Cette recherche a été limitée à la littérature française. Les thèses et les mémoires ont été exclus.

La stratégie de recherche (MEDLINE, EMBASE, PASCAL, BDSP) a été la suivante : patient information/maj OU informed consent/maj OU patient information/titre OU patient informed/titre OU (information ET malade)/titre OU (patient ET consentement)/titre OU (malade ET consentement)/titre

199 références ont été obtenues.

La recherche de littérature juridique a été conduite dans la base DOCTRINAL plus à partir des mots suivants : (consentement OU information) ET (patient OU malade)

319 références ont été obtenues.

Une recherche complémentaire à partir des mots clés : (incapable majeur OU majeur protégé OU personne vulnérable) ET (consentement OU information) a été effectuée dans les bases DOCTRINAL, PASCAL et BDSP.

6 références ont été obtenues.

Une veille documentaire est réalisée à partir des sommaires des revues suivantes : *Actualité et Dossier en santé publique* ; *Bulletin de l'Ordre des Médecins* ; *Cahiers du Comité Consultatif d'Éthique* ; *Concours Médical* ; *Revue du Praticien* ; *Revue du Praticien Médecine Générale* ; *Sciences Sociales et Santé* ; *Santé Publique* ; *Revue d'Épidémiologie et de Santé Publique* ; *Médecine & Droit* ; *Revue Droit et Santé* ; et de la consultation des dépêches issues de l'APM (Agence Presse Médicale).

3 Quelques remarques générales au sujet des articles parus dans les revues médicales

Sur les 199 références identifiées grâce à l'interrogation portant sur les articles publiés entre 2000 et 2010, seules 104 ont été, après lecture, retenues comme relevant du champ exploré. En effet, ont été écartés aussi bien des articles de langue française, mais relatifs à des systèmes étrangers (par exemple, Canada, Belgique, Tunisie), que des articles traitant d'autres questions telles que les recherches biomédicales, le principe de précaution, le dossier médical, le rôle du médecin dans la mise sous protection juridique du patient majeur.

On observera liminairement, pour n'y plus revenir, que l'analyse de ces articles, si elle permet de mettre en évidence les types de questions fréquemment évoqués, n'autorise nullement à tirer quelque conclusion que ce soit sur les pratiques. Tout au plus, peut-on constater que certains d'entre eux rendent compte des résultats d'études menées par des médecins sur « leurs » patients pour vérifier le niveau de compréhension que ces derniers ont de l'information qui leur a été donnée, l'angoisse générée et l'utilité de l'information après lecture de fiches remises aux patients¹⁰.

D'autres études recherchent l'écart existant entre ce qui a été dit à ces derniers et ce qu'ils ont mémorisé, ce qui, après constatation que la mémorisation n'est généralement pas

¹⁰ En ce sens par exemple, R. Treves, D. Coyral, *Contribution au devoir d'information du patient en rhumatologie à propos de 300 cas*, Bull. Acad. Natle Méd., 2004, 188, n° 7, 1185-1199 : « Ces fiches d'information sont considérées comme utiles, compréhensibles, relativement angoissantes, surtout chez ceux qui n'ont jamais eu de gestes ou d'investigations .»

bonne, assoit la conclusion selon laquelle la signature d'une « formule de consentement » paraît s'imposer. Toutefois, d'un point de vue méthodologique, certaines de ces études souffrent du biais suivant : l'observateur est celui-là même qui, par ailleurs, est partie prenante de la relation observée. Cela dit, l'intérêt de ce genre d'études réside dans le fait qu'elles sont révélatrices de ce que certains professionnels médecins cherchent à mettre en évidence : la difficulté d'informer le patient et corrélativement celle de remplir correctement leur obligation.

On relèvera aussitôt l'écrasante majorité d'articles émanant des médecins. Alors que l'article L. 1111-2 al. 2 du Code de la santé publique prévoit que « cette information incombe à tout professionnel de santé », on aurait pu légitimement s'attendre qu'après l'adoption de la loi du 4 mars 2002, cette question soit abordée dans les revues de professionnels de santé autres que celles des médecins. Tel n'est pas le cas, puisque seuls 2 articles sur les 104 retenus pour l'analyse ont été publiés dans une revue autre que médicale et concernent la profession d'infirmière. Cependant, une raison de cette absence peut être due au fait que les articles étudiés ont été identifiés dans les bases de revues référencées et grâce aux mots clés ci-dessus exposés. Or, plusieurs revues de professionnels de santé non médecins ne sont pas référencées ; de plus, il suffit que les mots clés utilisés pour coder un article ne soient pas pertinents, pour que l'article, bien que concernant le sujet analysé, soit rendu inaccessible.

Ces deux articles n'explicitent pas les difficultés éventuelles auxquelles seraient confrontées les infirmières, notamment du point de vue des informations qu'il leur incombe de donner à la personne malade compte tenu de celles déjà délivrées par le médecin ; un article porte sur l'information du patient et l'autre sur la personne de confiance (notamment parce que cette dernière est consultée lorsque la personne malade est hors d'état d'exprimer sa volonté¹¹), tous les deux rédigés par un directeur d'hôpital¹². On émettra l'hypothèse que le choix de s'adresser à une personne ayant des compétences dans le domaine juridique traduit le souci de diffuser auprès des infirmières les interprétations pertinentes de la loi en matière d'information de la personne malade.

Et d'une manière générale, avant comme après l'adoption de la loi du 4 mars 2002, tous les articles se réfèrent aux règles juridiques qui s'appliquent en matière d'information du patient. Cette attention toute particulière s'explique par le fait que, dans le cadre de sa relation avec la personne malade, le médecin est tenu d'une obligation d'informer « son » patient ; dès lors, la connaissance du cadre juridique, qu'elle soit plus ou moins précise, apparaît indispensable aux médecins pour identifier les positions d'acteurs (la leur vis-à-vis du patient). Aussi constate-t-on une proportion non négligeable d'articles écrits par des médecins légistes – 20 articles¹³ – ce qui n'est pas surprenant dans la mesure où ceux-ci assurent auprès des médecins une fonction traditionnelle d'interprète des règles juridiques en rapport avec l'exercice de la profession. Ils fournissent aux médecins, lecteurs de ces revues, des informations de nature légale sur l'interprétation à donner d'abord des arrêts rendus dans la suite de ceux de 1997 (pour la Cour de cassation) et de 2000 (pour le Conseil d'État), puis de la loi du 4 mars 2002, en proposant souvent des analyses qui combinent les deux. Cette manière de procéder est due au fait que l'analyse de l'information

¹¹ Article L. 1111-6 al. 1 du Code de la santé publique : « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions . »

¹² Il s'agit de Pierre Villeneuve, à l'époque chef du service des études et de l'information juridique de l'AP-HP : P. Villeneuve, *L'information du patient et le consentement aux soins*, Revue de l'infirmière, sept. 2002, n° 83, p. 45-46 ; *La personne de confiance*, Revue de l'infirmière, juin 2003, n° 92, p. 35-36 .

¹³ Auxquels on peut ajouter 7 articles présentés comme de nature éthique, mais écrits par des médecins légistes. L'explication la plus plausible paraît être la suivante : les rédacteurs, professeurs de médecine, relèvent de la section 46 du Conseil national des universités (CNU) qui s'intitule « Santé publique, environnement et société » et qui comporte une section « médecine légale, éthique et droit de la santé ».

est conduite à l'aune de l'obligation qu'elle constitue pour le médecin ; en conjuguant interprétation d'arrêts rendus et règle légale, l'idée que l'irrespect de leur obligation d'information pourrait conduire à un procès n'est jamais loin.

On relèvera le soulagement exprimé par tous les articles qui abordent ce point, et plus encore ceux parus en 2000, du choix fait par le Conseil d'État d'aligner sa jurisprudence sur celle de la Cour de cassation ; ils se réjouissent, ainsi que l'exprime un auteur¹⁴, de ce que « le juge administratif » ait « rejoint le juge judiciaire, en affichant clairement son souci d'unifier les règles qui s'appliquent aux médecins relevant du secteur hospitalier public sur celles définies en 1997 par la Haute Juridiction judiciaire pour les médecins du secteur privé ». Il n'est pas sans intérêt de rappeler que les médecins craignaient que les règles juridiques d'organisation des hôpitaux publics conduisent à des modalités d'information du malade propres au service public hospitalier et donc, concrètement, à deux régimes juridiques, l'un privé, l'autre public, aboutissant à des disparités qu'ils redoutaient.

On reviendra ultérieurement sur ce point ; mais, comme le droit d'être informé dont la personne malade est titulaire entraîne une obligation corrélative pour le professionnel de santé de la donner, les articles médicaux présentent souvent l'information comme une contrainte pesant sur les médecins, plutôt que comme une prérogative positive pour le patient.

Enfin, on observera la multiplicité des disciplines médicales qui sont l'objet de ces articles : anesthésie-réanimation, oncologie, cardiologie, chirurgie (déclinée en sous-spécialités, telles que chirurgie de la main, chirurgie esthétique, chirurgie digestive), endocrinologie, gastro-entérologie, gériatrie, gynécologie-obstétrique, médecine légale et santé publique, ORL, pédiatrie, pneumologie, radiologie, réadaptation, rhumatologie, etc. Toutefois, il ne ressort pas de l'analyse des articles publiés des spécificités dans les modalités de délivrance de l'information dues soit à la pathologie, soit à la spécialité médicale ; tout au contraire, un certain nombre de questions transversales sont communes aux médecins, même si par ailleurs, les réflexions menées tiennent compte des particularités des disciplines médicales.

4 Les sources de l'obligation d'information du patient visées sont multiples et mélangées

Dans la mesure où, depuis la loi du 4 mars 2002, le patient est titulaire d'un droit d'être informé, il était indispensable de vérifier si, après son entrée en vigueur, cette dernière était ou non visée désormais comme une source unique, comme une source déterminante ou comme une source parmi d'autres. Ce point est en effet important, car les médecins se réfèrent assez systématiquement au Code de déontologie médicale ; celui-ci, qu'ils considèrent comme « la » source légitime d'organisation de leurs pratiques, les conduit fréquemment à le considérer comme le seul corps de règles applicables. Ce ne serait pas un problème si les dispositions du Code de déontologie relatives à l'information du patient avaient été rendues conformes à celles de la loi du 4 mars 2002 ; mais tel n'est pas le cas.

Bien qu'il ne soit pas possible de savoir pourquoi une disposition réglementaire (datant de 1995) qui a été modifiée pour tenir compte de la loi postérieure ne s'est pas conformée à celle-ci, il semble cependant important d'attirer l'attention du groupe de travail sur la nécessité de prendre en considération les possibles difficultés pouvant résulter de ces contradictions pour édifier les bonnes pratiques de délivrance de l'information au patient.

¹⁴ V. Hazebroucq, *Le consentement éclairé en l'an 2000*, J. Radiol. 2000 ; 81 : 931-932.

4.1 Code de déontologie médicale, arrêts des cours suprêmes, recommandations de bonne pratique de l'Anaes, loi du 4 mars 2002 : des sources entremêlées

Le groupe de travail devant faire des propositions qui serviront à la HAS à établir des recommandations de bonne pratique sur la délivrance de l'information en application de la loi du 4 mars 2002, puis au ministre de la Santé pour les homologuer, il n'est pas indifférent de connaître les positions qu'adoptent les médecins sur ce point.

On peut repérer deux temps – avant et après la loi du 4 mars 2002 – sans pour autant déceler de différences notables dans les modes de compréhension du rôle des règles.

Avant 2002, sont mis en avant le devoir déontologique d'information du malade (à l'époque son article 35 du Code de déontologie médicale¹⁵), les solutions des arrêts de la Cour de cassation, puis celles du Conseil d'État, celles-ci étant présentées comme des cas concrets d'application du premier ; s'y ajoutent les recommandations de bonne pratique de l'Anaes de 2000. Présentée comme établie de longue date (bien qu'elle ne le soit que depuis 1995¹⁶), ce n'est pas l'existence de la règle qui pose un problème, règle qui est considérée comme une base commune¹⁷ à tous les médecins, mais bien les manières de se conformer à cette exigence au regard de décisions qui sont analysées comme des cas d'application de la règle déontologique. En effet, c'est à la fois le contenu de l'information à donner de même que la preuve qu'elle a bien été donnée qui les préoccupent, puisqu'il ressort de l'analyse des arrêts que c'est le défaut d'information sur les risques de l'acte ou de l'intervention, non seulement les plus graves, mais aussi ceux qui sont exceptionnels, qui peut leur être reproché, de même que la charge de la preuve leur incombe.

Aussi, les recommandations de bonne pratique de l'Anaes de 2000 servent-elles d'appui pour la pratique, car elles permettent de répondre aux questions suivantes : qui doit informer, quel doit être le contenu de l'information, comment doit-on informer le patient ? On constate que, dès l'année 2000, elles sont systématiquement citées¹⁸ comme ayant apporté des solutions pragmatiques en la matière, de nombreux articles approuvant en outre que les recommandations aient privilégié l'information personnalisée et par voie orale, mais regrettant en revanche qu'elles n'aient pas abordé la question des modalités de preuve¹⁹.

¹⁵ Dans sa version du décret n°95-1000 du 6 septembre 1995, article 35 : « Le médecin **doit** à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une **information** loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension. Toutefois, **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. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite .»

¹⁶ En effet, avant le Code de déontologie médicale de 1995, aucun de ses énoncés ne prévoyait une quelconque information du patient.

¹⁷ En ce sens, A. Lienhart, J-F Dhainaut, *L'information du patient en réanimation*, Ann Fr Réanim 2001 ; 117-128 : « La référence commune est en fait le code de déontologie » ; relevons avec intérêt que la remarque des deux auteurs est due à ce qu'ils rendent compte successivement de l'arrêt Hédreul – « le médecin est tenu d'une obligation ... » – et des arrêt Guilbot et Telle – « le patient *doit* être informé », dont les fondements juridiques ne sont pas les mêmes (contrat dans un cas, obligation de service public dans l'autre), et qu'il leur apparaît que ces fondements différents peuvent faire l'objet d'une unification grâce à la règle déontologique applicable à tout médecin, quel que soit par ailleurs son statut.

¹⁸ Certaines revues ayant choisi de les reproduire à titre informatif afin qu'elles soient diffusées auprès des médecins de telle ou telle spécialité : en ce sens, par exemple, Annales d'Endocrinologie, 2001 ; 62, 1, Cahier 1, 84-87 ; Journal des maladies vasculaires, 2001, 26, 2. 101-104.

¹⁹ Pour un exemple en ce sens, B. Denis, *Information du patient et consentement éclairé en endoscopie digestive*, Acta Endoscopica, Volume 30, Supplément 2- N°3-2 000, p. 391-394.

Depuis 2002, l'information que reçoit le patient n'est plus fondée sur un devoir déontologique du médecin, mais découle du droit d'être informé, reconnu à la personne malade, par les dispositions légales²⁰ issues de la loi du 4 mars 2002. Ces dernières sont, certes, désormais visées²¹ dans les revues médicales comme une source textuelle s'ajoutant aux précédentes, mais sans être présentées comme un changement notoire. Pourtant cette loi, en reconnaissant à la personne malade des droits dans sa relation avec les professionnels de santé en tant qu'utilisateur de leurs services, a entendu modifier les positions d'acteurs, afin de lui donner les moyens de prendre en connaissance de cause les décisions concernant sa santé. Mais l'existence du droit subjectif d'information dont le patient est titulaire a pour conséquence de créer une obligation à la charge du professionnel ; ceci explique vraisemblablement que, vu du côté des médecins, la situation ne semble pas avoir changé ; tout au plus, est-il noté que la loi a apporté des précisions²².

Il semble toutefois que cette analyse ne peut prospérer qu'en raison d'une confusion entre l'obligation d'informer du médecin, qui est le corollaire du droit subjectif reconnu au patient d'être informé, et le devoir d'information de nature déontologique. Aussi n'est-il pas inutile d'attirer l'attention sur le fait que le modèle du droit subjectif qui sert de point d'appui au droit d'être informé pour prendre une décision²³ et le modèle du devoir professionnel sont différents.

Le droit subjectif²⁴ a pour titulaire le créancier de l'obligation²⁵ – ici, le malade – dont le médecin est débiteur, tandis que le devoir²⁶ pèse sur le professionnel, ce qui a pour conséquence que le destinataire de la règle n'est pas le même : dans le premier cas, le malade et dans le second, le médecin. Ajoutons que l'irrespect de l'un et de l'autre ne se règle pas de la même manière : le droit subjectif étant une prérogative positive reconnue par la loi à une personne d'exiger d'autrui une prestation²⁷, son irrespect éventuel ouvre la voie à des dommages-intérêts, tandis que la violation d'un devoir est susceptible d'une sanction disciplinaire.

On retiendra que, d'une manière générale, il ressort des articles des revues médicales une analyse unifiée de l'information du patient ; elle est présentée comme une obligation pesant sur les médecins, ses contours étant brossés grâce aux solutions dégagées des décisions de justice. Pourtant, l'information médicale est désormais régie à la fois par la loi du 4 mars 2002 et par le Code de déontologie, texte de nature réglementaire fixant des devoirs pesant sur les médecins ; or ce dernier ne s'est pas conformé à la loi, ce qui risque d'entraîner des contradictions dont il est rendu compte de façon que le groupe de travail soit mis en mesure d'en apprécier les conséquences.

²⁰ Articles L. 1111-2, L. 1111-4, L. 1111-5, L. 1111-6, L. 1112-1 du Code de la santé publique.

²¹ Elles sont souvent reproduites sans faire l'objet d'une véritable analyse.

²² En ce sens, Carol Jonas qui présente les dispositions légales relatives à l'information du malade ainsi : « l'obligation d'information : une synthèse de la jurisprudence et quelques nouveautés » : C. Jonas, *La loi du 4 mars 2002 et la pratique médicale quotidienne : apports et incertitudes*, Méd et droit 2002 ; 56 : 1-5.

²³ Et, bien évidemment de tous les droits reconnus à la personne malade par la loi du 4 mars 2002.

²⁴ Sur tous ces points, cf. H. Coing, *Signification de la notion de droit subjectif*, in *Le droit subjectif en question*, Archives de philosophie du droit, Sirey 1964, p. 1-15.

²⁵ Dans le cadre des droits subjectifs, le terme « obligation » désigne le lien de droit entre deux (ou plusieurs) personnes en vertu duquel le titulaire du droit, créancier de l'obligation, peut contraindre le débiteur (celui sur qui pèse l'obligation) à l'exécuter. Il n'est pas synonyme de devoir.

²⁶ Précisons qu'un devoir auquel est tenu le professionnel ne crée pas un droit corrélatif au bénéfice de la personne avec laquelle il est en relation.

²⁷ Lui permettant également de jouir d'une chose, d'une valeur.

4.2 Les dispositions du Code de déontologie médicale en matière d'information du patient ne sont pas conformes à la loi du 4 mars 2002 : de possibles contradictions

Le droit de la personne d'être informée est l'outil juridique du renversement des positions d'acteurs : à la reconnaissance au médecin par le Code de déontologie médicale du pouvoir de ne pas informer la personne malade succède la reconnaissance par la loi du droit pour le patient de recevoir les informations du professionnel sachant. Si la loi a accordé une telle place à ce droit, c'est parce qu'il conditionne l'expression de la volonté de la personne malade ; il est le moyen lui permettant de prendre les décisions la concernant.

L'existence de ce droit entraîne une double conséquence : la personne peut le revendiquer et le médecin sur qui pèse l'obligation de délivrer l'information n'a plus la possibilité de s'abstenir de la donner ; étant titulaire de ce droit, elle seule peut choisir d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic²⁸. Cette règle est l'antithèse de celle du Code de déontologie médicale du 6 septembre 1995, qui certes avait enfin introduit à la charge du médecin le devoir de donner une information « loyale, claire et appropriée » au patient, mais prévu qu'il peut tenir le patient dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves²⁹. Dans ces hypothèses, cette restriction, n'étant pas liée à des conditions objectives, avait pour conséquence de ne pas imposer un devoir d'information au médecin, puisqu'il pouvait choisir la règle qu'il estimait préférable ; il avait le pouvoir soit de donner, soit de cacher l'information. Tel n'est plus désormais le cas, puisque la personne est titulaire du droit d'être informée, dont le contenu est déterminé par la loi ; seules l'urgence et l'impossibilité, qui sont des hypothèses objectives, permettent au médecin de s'en dispenser.

Le Code de déontologie médicale, étant un ensemble de textes de nature réglementaire, est subordonné à la loi ; dans la mesure où la disposition relative à l'information du patient est en contradiction avec la loi, c'est cette dernière qui l'emporte. Mais la question de l'information que la personne est en droit de recevoir a rebondi à l'occasion de la recodification des codes de déontologie des différentes professions de santé³⁰. En effet, alors que l'on pouvait s'attendre à ce que l'énoncé déontologique soit mis en conformité avec les modifications apportées par la loi du 4 mars 2002, il n'en a rien été. À un membre de phrase près, la rédaction de l'actuel article reprend celle de 1995 : le médecin a toujours la possibilité de tenir le malade dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, donc de ne pas lui donner une information préalable à toute décision, mais « sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7 ».

Aux termes de cet article, « toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre

²⁸ Avec toutefois une limite fondée sur la protection d'autrui : si elle est porteuse d'une maladie transmissible, le respect de sa volonté cède devant le fait qu'elle peut être le vecteur d'une propagation de la maladie ; mais, bien que le malade puisse se voir imposer une information qu'il ne souhaite pas connaître, c'est à lui qu'elle est donnée et non pas aux tiers susceptibles d'être concernés par une éventuelle contamination.

²⁹ Article 35 al. 2 et 3 du Code de déontologie médicale du 6 septembre 1995 : « Toutefois, **dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes qu'il apprécie en conscience**, un malade **peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves**, sauf dans le cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination.

Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite .»

³⁰ Par le décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 « relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code » ; il intègre désormais dans le Code de la santé publique les codes de déontologie des différentes professions de santé qui faisaient, jusqu'alors l'objet de codifications autonomes ; il s'agit pour le Code de déontologie médicale des articles R. 4127-1 à R. 4127-112 du Code de la santé publique.

professionnels de santé »³¹. À suivre la nouvelle rédaction du Code de déontologie, le pouvoir reconnu au médecin en cas de diagnostic et pronostic graves de ne pas informer la personne malade ne peut empêcher celle-ci d'accéder *a posteriori* aux informations collectées sur elle. Mais, comment un tel droit, qui s'exerce une fois les soins accomplis, pourrait-il compenser l'absence d'information de la personne sur son état de santé préalablement à la mise en œuvre des soins, ce qui l'a privée de prendre une décision en connaissance de cause ?

Outre que cette règle déontologique, de nature réglementaire et, de ce fait même, subordonnée à la loi, est pourtant totalement contraire à la loi du 4 mars 2002³² (ce qui la rend illégale), elle contredit le modèle retenu par la loi d'une décision prise d'un commun accord par le malade et le médecin³³. Cette illégalité se manifeste de deux points de vue : elle **limite le droit de** la personne malade **d'être informée avant toute prise de décision**, alors qu'elle seule a le pouvoir d'exprimer la volonté d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic ; elle est fondée sur un mélange entre deux droits, le droit d'être informée ***a priori*** sur son état de santé et le droit d'accès ***a posteriori*** aux informations collectées sur elle ; certes, les textes organisant ces deux droits **utilisent le terme « d'information »**, mais leur sens est différent ; **dans le premier cas**, il s'agit des **renseignements** que la personne est en droit d'attendre **avant toute prise de décision**, tandis que **dans le second**, il s'agit de toutes les **informations colligées sur elle**, c'est-à-dire des **données de santé** issues d'observations et de descriptions des différents actes nécessités par son état.

On ignore pourquoi les rédacteurs du Code de déontologie dans sa version de 2004 ont pris le parti de ne pas se conformer à la loi. Certes, c'est cette dernière qui s'impose, mais cela pose une question centrale, dans l'hypothèse où le médecin choisirait d'appliquer « ses » règles, ce qui aurait pour conséquence l'inapplication de la loi. Les contradictions entre la loi et le Code de déontologie ne sont pas examinées dans les articles parus dans les revues médicales, mais elles constituent une source de difficultés dont le groupe de travail devra tenir compte, dans la mesure où la loi a une autorité supérieure à celle d'un décret.

Tout au plus un article observe-t-il³⁴ que « le problème principal de la mise en pratique de cette loi est de concilier une information déontologique souhaitée par le médecin, avec l'information qu'il est tenu de donner au regard de la loi » et en regrettant que « la loi et la jurisprudence limitent en grande partie l'opportunité laissée aux médecins de dispenser une information adaptée au cas par cas » ; cette représentation assez classique chez les médecins mérite d'être relevée, car l'objectif visé par la loi, qui est de fixer un contenu identique au droit pour garantir un traitement égal des personnes placées dans les mêmes situations, est parfois interprété comme un manque de souplesse excluant une adaptation au cas particulier que constitue chaque malade.

À cette incertitude, il faut en ajouter une autre qui résulte d'une contradiction entre deux énoncés issus de la loi du 4 mars 2002 : celui général, qui prévoit que l'« information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences dans le respect

³¹ Le texte précisant les types d'informations envisageables : « Notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé, à l'exception des informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers . »

³² En ce sens, J. Moret-Bailly, *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, Rev. trim. dr. san. et soc., 2005, p. 593-602.

³³ Sachant que ce modèle est un compromis entre la proposition initiale de laisser le malade seul prendre les décisions relatives et sa santé et des amendements visant à maintenir le médecin dans sa fonction de décideur.

³⁴ L. Boyer, D. Debensason, S. Robitail, C. Manuel, *L'information médicale du patient à la lumière de la loi du 4 mars 2002, Le point de vue du médecin*, Journal de médecine légale Droit Médical, 2004, Vol. 47, N° 5, 163-170.

des règles professionnelles qui lui sont applicables »³⁵ et celui propre aux soignants qui interviennent dans les établissements de santé qui précise que « dans le respect des règles déontologiques qui leur sont applicables, les praticiens des établissements assurent l'information des personnes soignées », sachant que « les personnels paramédicaux participent à cette information dans leur domaine de compétence et dans le respect de leurs propres règles professionnelles »³⁶.

Or, c'est par un choix délibéré que le législateur a utilisé l'expression de « règles professionnelles » et non pas de « règles déontologiques », à la suite notamment d'une confrontation entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Ce dernier avait par deux fois substitué l'expression « règles déontologiques » à celle de « règles professionnelles ». La Commission mixte paritaire choisira d'adopter l'article « dans la rédaction de l'Assemblée nationale qui ne fait pas référence à l'application des codes de déontologie des règles fixées par la loi ».³⁷

À cette difficulté vient s'en ajouter une autre liée au rôle que plusieurs articles imputent à l'information : de ce que les médecins ne peuvent intervenir sur le corps d'une personne sans son accord, ils en infèrent que la fonction de l'information est l'obtention du consentement de la personne malade.

5 L'information est souvent assimilée au consentement du patient à l'acte médical

Nombreuses sont les analyses qui présentent l'information donnée au malade comme le moyen d'obtenir son consentement. Les médecins qui écrivent ont leur pratique, si l'on ose dire, sous leur plume. Ils décrivent une relation avec une personne malade à laquelle ils sont en mesure de proposer leur savoir-faire. Le raisonnement suivi, qu'il soit explicite ou implicite, est fondé sur l'anticipation de la décision qui sera prise : le diagnostic est posé, le type de thérapeutique est envisagé, l'acte ou l'intervention ne semblent faire aucun doute ; aussi tous les éléments qui y sont relatifs et sont nécessaires à l'information du patient sont donnés à ce dernier dans l'objectif d'obtenir son consentement à sa réalisation.

Outre que cette présentation implique que le patient n'aurait qu'un seul choix, celui d'exprimer son accord, elle est par trop rapide, puisqu'elle confond deux temps (et plusieurs règles pourtant bien différenciées), celui de l'information pour prendre une décision en connaissance de cause et celui de l'expression de la volonté consécutive à l'information. Cette confusion, qui serait peu respectueuse de la liberté de choix que la loi du 4 mars 2002 a précisément entendu lui garantir, risquerait de conduire également, tentation que l'on constate dans un certain nombre d'articles, à faire dépendre l'acte médical, l'intervention, etc. de la signature d'un document remis au malade dans lequel il reconnaît donner son consentement à la réalisation de cet acte. Ce sont deux occasions de confusions qui ont été relevées et que les bonnes pratiques devront aborder dans le but de les éviter. Cela dit, tous les articles ne les font pas³⁸.

³⁵ Article L. 1111-2 al. 2 du Code de la santé publique.

³⁶ Article L. 1112-1 al. 4 du Code de la santé publique.

³⁷ Cf. développements, *infra*, p. 40 et note 148.

³⁸ Ainsi un auteur relève-t-il que « comme le législateur n'a pas manqué de le remarquer, la clé de voûte de la participation du patient aux décisions qui le concernent est l'information qui lui est fournie » : P. Vennin, *Consentement éclairé ou choix informé ? Un dilemme éthique en pratique quotidienne*, Bull Cancer 2007 ; 94 (5) : 453-459.

5.1 L'information donnée est présentée comme un moyen d'obtenir le consentement du patient

La reconnaissance de ce droit traduit l'évolution de la relation entre le malade et le médecin dans notre société : le professionnel « sachant » donne au patient les informations nécessaires pour que ce dernier soit mis en mesure de prendre une décision. Si la loi du 4 mars 2002 a accordé une place prééminente à ce droit, c'est parce qu'il conditionne l'expression de sa volonté ; il est le moyen lui permettant de prendre les décisions le concernant en connaissance de cause : « le droit de savoir, pour pouvoir décider » diront les rapporteurs du projet de loi devant l'Assemblée nationale. Aussi, la loi distingue-t-elle deux temps : le droit d'être informé, puis l'expression de la volonté de la personne par laquelle elle indique son choix³⁹.

Le droit d'être informé précède la mise en œuvre des soins. C'est la personne qui, grâce aux informations et préconisations du médecin, prend, avec ce dernier, les décisions concernant sa santé⁴⁰. Étant l'expression de sa volonté, le choix revient au malade soit d'accepter les propositions de soins qui lui sont faites, soit de les refuser, ce refus pouvant porter sur les modalités de soins, mais également sur la nécessité même de ces derniers. Si la décision est prise « avec le professionnel de santé », il n'en demeure pas moins que l'information n'est pas donnée pour obtenir le consentement, car si tel était le cas, le malade n'aurait plus qu'une seule possibilité, celle d'acquiescer à ce que lui propose le médecin ; on reviendrait alors au modèle⁴¹ antérieur à celui de la loi du 4 mars 2002, où le médecin prenait la décision pour le malade.

Pourtant, de nombreux articles présentent l'information comme une nécessité pour obtenir ce qu'ils appellent « le consentement aux soins », y compris ceux qui précisent que, depuis la loi nouvelle de 2002, le malade prend les décisions concernant sa santé ; une telle affirmation ne les empêche pas d'affirmer aussitôt que « cette participation active passe par l'obtention d'un consentement éclairé »⁴² ou encore que « le consentement éclairé est le principal objectif de l'information du patient »⁴³. Le consentement étant l'accord donné à une décision qui relève de l'initiative d'autrui, alors il n'est pas étonnant que le médecin soit présenté comme recherchant son obtention. Aussi est-on en droit de penser que l'explication la plus vraisemblable de cette assimilation par trop rapide trouve son origine dans le fait que les articles écrits par des médecins traduisent leur souci légitime de rendre compte des conditions qu'ils ont à respecter dans leur pratique ; or, ils ne peuvent intervenir sur un patient que si ce dernier a donné son accord, mais c'est une seconde étape.

5.2 L'information est présentée non comme un droit du patient mais comme une obligation pesant sur le médecin de la délivrer

La loi reconnaît à « toute personne [...] le droit d'être informée sur son état de santé »⁴⁴, ce qui constitue pour elle une prérogative positive, dont l'effet est de restreindre la liberté du

³⁹ Ces dispositions qui concernent l'« **information** des *usagers* du système de santé » et « **l'expression de leur volonté** » sont réunies sous un chapitre I ; il décline les droits reconnus au malade dans *sa relation avec les professionnels de santé* en tant qu'*utilisateur de leurs services*, dans l'objectif de lui donner les moyens de prendre en connaissance de cause les décisions concernant sa santé.

⁴⁰ Article L. 1111-4 al. 1 du Code de la santé publique : « 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 . »

⁴¹ Cette remarque porte sur le modèle juridique des relations médecin-malade ; elle ne signifie nullement qu'avant la loi du 4 mars 2002 les médecins ne donnaient aucune information aux malades, ni qu'ils prenaient les décisions à leur place, pas plus que depuis 2002 les malades entendent prendre seuls leurs décisions.

⁴² L. Laccourreye, A. Werner, R. Cauchois, O. Laccourreye, *Apports et limites de la fiche écrite lors de l'information sur les risques encourus avant un acte chirurgical programmé*, Médecine & Droit 2008 (2008) 63-66.

⁴³ C. Hazif-Thomas, A. Rivallan, *Informé n'est pas convaincu*, Soins Psychiatrie, n°238, mai/juin 2005, 19-21.

⁴⁴ Article L. 1111-2 al. 1 du Code de la santé publique.

médecin⁴⁵ ; si ce droit subjectif permet à la personne malade l'obtention de l'information, il entraîne corrélativement pour le médecin une obligation. Dans la mesure où les articles sont écrits par les médecins, il n'est pas surprenant qu'ils se préoccupent de la manière dont ils doivent remplir cette dernière. Cependant, de nombreuses analyses ont tendance à confondre plusieurs plans : l'obligation d'information et l'exigence d'un consentement pour entreprendre des soins, l'obligation d'information du médecin transformée en obligation pour le patient de remettre « un consentement éclairé » afin de permettre au médecin de faire la preuve qu'il a bien été donné, confusions souvent appuyées sur les arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'État dans des affaires où l'absence d'information est invoquée comme ayant empêché l'expression d'une volonté libre.

La loi du 4 mars 2002 distingue clairement pour toute personne « le droit d'être informée sur son état de santé », dont elle fixe le contenu et les modalités de délivrance, et la nécessité qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne » puisse « être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne » sachant que « ce consentement peut être retiré à tout moment »⁴⁶. Pourtant, nombreux sont les articles qui font une confusion entre information *a priori* donnée au patient pour lui permettre d'exprimer son choix et expression de son accord pour entreprendre les soins⁴⁷. Mais, ainsi que l'expriment très clairement deux auteurs⁴⁸, « il convient de ne pas confondre information *a priori* et exigence du consentement de la personne » qui « signifie que le médecin ne saurait intervenir sur quiconque en passant outre sa volonté ».

Réduire la fonction de l'information à la nécessité d'obtenir le consentement du malade conduit certains auteurs à suggérer la remise au patient d'un document de consentement « éclairé » que ce dernier doit « apporter » avant l'acte ou l'intervention et qui conditionne les soins. Tel est le cas, par exemple, d'un « formulaire de consentement éclairé » reproduit qui indique « vous allez passer » tel examen, suggère de lire attentivement la fiche d'information et conclut « apportez ce formulaire.... le jour de l'examen »⁴⁹.

Ces suggestions sont révélatrices de la préoccupation de certains médecins de se constituer une preuve dans l'hypothèse où la personne malade reprocherait une information insuffisante qui, en la privant d'une décision en connaissance de cause, lui aurait causé un dommage dû aux risques auxquels elle n'aurait pu échapper. Remarquons au passage que ces positions sont appuyées sur des interprétations des arrêts des cours suprêmes qui ont eu à statuer dans des cas où l'expression de la volonté était sujette à caution⁵⁰.

⁴⁵ En ce sens J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil*, L.G.D.J. 1994, n°199 : « Lorsqu'il y a droit subjectif [...] les prérogatives du titulaire restreignent la liberté d'autrui et non la sienne .»

⁴⁶ Article L. 1111-4 al. 3 du Code de la santé publique : « Aucun acte médical ni aucun traitement **ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne** et ce consentement peut être retiré à tout moment » ; également, article 16-3 du Code civil : « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. **Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement** hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir .»

⁴⁷ Sachant qu'il peut revenir dessus.

⁴⁸ A. Lienhart, J-F Dhainaut, *L'information du patient en réanimation*, préc. : et d'ajouter que cela ne veut pas dire pour autant que « le médecin serait autorisé à le faire uniquement parce que la personne le souhaiterait » car « la licéité d'une intervention sur le corps d'une personne est déterminée par sa finalité, et c'est celle-ci qui est première ».

⁴⁹ B. Denis, J. Bottlaender, J. Goineau, A. Peter, A-M Weiss, *Consentement éclairé en endoscopie digestive*, *Gastroenterol Clin Biol* 2002 ; 26: 6756-679 ; mais l'article se veut rassurant, car pour autant les malades n'étaient pas privés de soins s'ils s'y refusaient, puisque « les quelques malades qui montraient une réticence à signer le formulaire de consentement éclairé **bénéficiaient** de l'examen **avec un simple consentement oral ou implicite** ». Cf. également, un article qui rend compte d'une étude rétrospective à partir d'un questionnaire au sujet d'un document d'information remis avant l'intervention et « **restitué** lors de l'admission à l'hôpital » : F. Dufour, N. Gillion, V. Grassi, C. Polliand, G. Champault, *Le consentement éclairé : quelle est sa valeur en chirurgie digestive ?* *J. Chir* 2007, 144, n°1. 25-28.

⁵⁰ Ce point est analysé dans la partie relative aux articles parus dans les revues juridiques.

S'agissant d'affaires où l'intervention a eu lieu, il n'est pas étonnant que ces arrêts aient eu à se prononcer sur la question de savoir si le patient avait été correctement informé et mis en mesure de donner un consentement. Mais, et c'est un point important qui avait déjà été relevé en 2000 à l'occasion de la rédaction des recommandations de bonne pratique de l'Anaes, s'il est légitime que les médecins se préoccupent des règles selon lesquelles ils seraient jugés dans des cas de ce genre, il serait excessif d'organiser des pratiques quotidiennes portant sur des millions d'actes, sur la base de solutions jurisprudentielles retenues dans des affaires de responsabilité. Une telle organisation serait d'autant plus déraisonnable qu'elle aurait pour effet de restreindre la portée d'un droit reconnu à toute personne malade, voire, de transformer un droit en une obligation pour cette dernière, consistant à faire dépendre la réalisation d'un acte médical de la « remise d'un consentement éclairé » à l'instar de résultats d'examens.

Un autre flottement peut être relevé au sujet du rôle de l'information ; outre l'idée que c'est un moyen de communication, nombreux sont les articles à insister sur le fait que l'information ne joue son rôle que si la personne malade a bien compris ce qui lui a été dit, un indicateur de la compréhension étant la mémorisation de cette information.

6 Des frontières poreuses entre information, communication, compréhension ou mémorisation

Le terme « communication » ayant deux significations, cela permet de mieux comprendre les intrications de ces deux sens ; qu'on en juge : d'une part, elle est le fait d'être en relation, d'autre part, elle désigne l'action de transmettre une information. De là à penser que la première est la condition de la seconde, il n'y a qu'un pas, aisément franchi par certains articles, alors que le rapport qui s'instaure entre le médecin, professionnel sachant, et le patient, personne néophyte, souvent présenté comme fragilisé par sa maladie, est fondé sur une interaction entre ces deux personnes.

Toutefois, deux positions peuvent être repérées : celle des médecins qui souhaitent, grâce à leurs compétences, donner au patient une information adaptée à sa situation dans le souci d'assurer une relation empreinte d'empathie ; celle des médecins qui mettent l'accent sur la mauvaise compréhension par les patients des informations transmises et en concluent parfois que l'obligation légale d'information est irréalisable en pratique.

6.1 L'information comme élément d'une interaction

Vue sous cet angle, l'information est un élément de la relation qui s'instaure entre le médecin et le patient. Dans cette analyse, l'accent est mis sur le fait que le médecin, quand il informe le patient, ne se contente pas de transmettre des renseignements, mais s'implique dans la façon dont il les transmet. Autrement dit, la manière dont l'information sera perçue et/ou comprise par le patient est dépendante du comportement adopté par le médecin⁵¹.

Cette conception trouve sa traduction dans le Code de déontologie médicale qui prévoit que « tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses

⁵¹ En ce sens par exemple, A. Olivero, J. Palazzolo, *Informar le patient en psychiatrie : ente pratique clinique et réflexion anthropologique*, Annales Médico Psychologiques 166 (2008) 163-171 : « Permettre au patient d'avoir accès à des moyens de comprendre la situation ainsi qu'au droit de participer aux décisions qui le concernent peut engendrer un remaniement des statuts et des positions de chacun : cela implique pour le soignant de céder une part de son savoir, voire de faire le deuil d'un tout-pouvoir et tout-savoir sur le patient . »

explications et veille à leur compréhension »⁵². L'information est abordée en termes de partenariat avec le patient et elle est fondée sur le souci d'adapter les informations aux caractéristiques personnelles du patient. C'est à cette préoccupation que peut être rattachée la question de l'annonce de la maladie, et ce d'autant plus qu'elle est grave⁵³. Elle est abordée aussi bien en cancérologie qu'en psychiatrie ou qu'en neurologie, en tous les cas chaque fois que le diagnostic ou le pronostic de la maladie sont graves. Ceci explique notamment que l'Institut national du cancer ait édicté des recommandations dans le cadre du dispositif d'annonce qui est la mesure 40 du Plan Cancer⁵⁴.

Cette démarche entend privilégier l'information, le soutien et l'accompagnement du malade, afin de le ménager autant que faire se peut⁵⁵. L'information n'est pas abordée du point de vue de son contenu pour informer la personne malade sur son état de santé, comme le prévoit la loi du 4 mars 2002, pour qu'elle puisse prendre une décision ; elle l'est sous l'angle des manières de faire : comment veiller à être le moins traumatisant possible et le plus aidant, alors qu'il s'agit soit d'un diagnostic lourd de conséquences pour l'intéressé (il devra dorénavant vivre avec sa maladie et les handicaps divers qu'elle peut entraîner), soit un diagnostic dont le pronostic est fâcheux.

6.2 L'information et sa compréhension par le patient

Le registre de ces analyses est tout autre : il s'agit d'identifier ce que les patients ont compris et retenu de l'information qui leur a été donnée. La plupart sont fondées sur des études dans l'objectif de mesurer la proportion de malades mémorisant l'information qui leur avait été donnée, certaines d'entre elles visant plus spécifiquement l'information sur les risques. Si elles constatent généralement que les malades expriment, dans un pourcentage très élevé, une opinion positive⁵⁶ d'avoir reçu une information préalable, elles déplorent en revanche sa faible mémorisation ; les conclusions qu'elles en tirent ne sont pas uniformes : soit elles se préoccupent d'améliorer l'information pour le futur⁵⁷ ; soit, constatant la déperdition d'information entre son émission et sa réception, elles en concluent qu'il faudrait envisager de consacrer plus de temps pour délivrer l'information⁵⁸ ; soit elles estiment que l'administration de la preuve du respect par les médecins de leur obligation d'information devrait passer par la signature de « formulaires de consentement ». Cette conclusion, qui concerne plus volontiers ceux dont les études ont mis l'accent sur l'information sur les

⁵² Article 35 al. 1 du Code de déontologie médicale dans sa version du décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 et désormais article R. 4127-35 du Code de la santé publique.

⁵³ Par exemple, S. Nahum, *Annoncer une maladie grave, l'exemple du cancer*, Cancérologie, tome 36, n°2, févr. 2007, cahier 2, 303-307 ; également, M-C.Castillo, I. Urdapilleta, F. Petitjean, J-C.Seznec, D. Januel, *L'annonce du diagnostic de schizophrénie. Analyse textuelle d'entretiens cliniques*, Annales Médico Psychologiques 166 (2008) 599-605.

⁵⁴ Institut national du cancer, *Recommandations nationales pour la mise en œuvre du dispositif d'annonce du cancer dans les établissements de santé*, nov. 2005.

⁵⁵ D'où, par exemple en cancérologie, un temps médical consacré à cette annonce.

⁵⁶ Satisfaction, aux dires de certains médecins, due plus à la manière dont les patients ont été traités et à l'attention qui leur a été portée qu'au contenu objectif de l'information.

⁵⁷ Tel est le cas d'une étude sur la prise en charge de la douleur postopératoire qui a conduit à modifier les fiches d'information remises aux patients : M. Binhas, C. Guéri, S. Rezaigua-Delclaux, G. Benhamou-Jantelet, P. Duvaldestin, *Évaluation d'un document d'information : qu'apporte une enquête préliminaire ?* Annales françaises d'anesthésie et de réanimation 22 (2003) 562-563.

⁵⁸ O. Laccourreye, R. Cauchois, Ph. Touraine, A. Garay, A. Bourla, *Information et chirurgie programmée tumorale bénigne de la glande thyroïde : le point de vue du chirurgien, du médecin, de l'avocat et du magistrat*, Annales de chirurgie 130 (2005) 458-465 : « La réalisation par le chirurgien de deux consultations en préopératoire est une option intéressante, permettant au patient de rediscuter « à froid » lors de la deuxième consultation les risques et les avantages de l'option thérapeutique proposée par le chirurgien, mais non dénuée d'un certain coût .» Également, M. Ghrea, C. Dumontier, A. Sautet, C. Hervé, *Difficultés du transfert d'information en vue d'un consentement éclairé*, Revue de chirurgie orthopédique, 2006, 92, 7-18 : « Avant de consentir à un acte chirurgical, il faudrait que le patient rencontre à plusieurs reprises le même chirurgien qui délivrerait à chaque consultation une information orale totale et loyale, si nécessaire accompagnée d'une fiche d'information écrite .»

risques, est aussitôt tempérée⁵⁹ par la constatation du fait que ce formulaire est perçu de manière négative par la majorité des malades interrogés car il apparaît avant tout comme un moyen pour le médecin de se constituer une preuve⁶⁰.

De ces quelques observations présentées à grands traits, on tirera quelques conclusions qui nous semblent utiles pour le travail auquel le groupe aura à s'atteler : toutes ces analyses sont menées du point de vue des médecins ; aussi, abordent-elles l'information à délivrer au patient comme constitutive d'une obligation pour eux, obligation parfois connotée négativement, présentée moins comme la contrepartie du droit de la personne malade que comme une contrainte pesant sur eux ; la plupart de ces analyses sont accompagnées de réflexions de nature psychologique : celles-ci sont révélatrices du souci des médecins de délivrer l'information en tenant compte et des circonstances et de la personnalité du patient.

Toutefois, si toute relation humaine est dépendante de facteurs psychologiques, donc propres aux individus, la fonction d'une règle juridique est de fixer les conditions d'une relation sociale. Ainsi, le caractère de généralité de l'énoncé du droit subjectif de la personne malade d'être informée n'est pas une insuffisance, mais une qualité, qui, grâce à son contenu identique, permet d'assurer un traitement égal de toute personne malade.

L'intérêt de l'analyse des articles publiés dans les revues médicales réside dans la mise en évidence des types de questions que se posent les médecins, la manière qu'ils ont de les aborder ainsi que les points sur lesquels ils butent. Mais, outre que de nombreuses questions n'y sont pas abordées, les préoccupations des médecins ne doivent pas faire perdre de vue au groupe de travail qu'il a à proposer des modalités de délivrance de l'information dans l'objectif positif de garantir l'exercice d'un des droits dont la personne malade est titulaire.

7 Les articles des revues juridiques portent prioritairement sur la responsabilité liée au défaut d'information du patient

Après lecture systématique du corpus des 190 articles identifiés grâce aux mots clés, 100 articles ont été retenus comme pertinents. En effet, dans la mesure où l'interrogation a été la plus large possible, un de ses effets est de repérer des articles qui ont certes trait à l'information en général, mais qui, en définitive, ne relèvent pas de l'objet étudié. Deux grandes catégories d'articles ont ainsi été exclues : des articles de langue française, mais relatifs à des systèmes juridiques étrangers (par exemple, droit américain, droit canadien, droit belge) ; des articles ayant trait ou bien à des questions très générales (telles que le « consommateur de soins », la santé mentale, des analyses globales de la loi du 4 mars 2002), ou bien, non

⁵⁹ O. Laccourreye, R. Cauchois, A. Werner, *Analyse des facteurs qui influent sur la mémorisation et l'interprétation par le malade de l'information concernant les risques de la thyroïdectomie*, Bull. Acad. Natle Méd., 2008, 192, n°2, 405-420: « Certains n'ont pas hésité à poser la question de savoir si la fiche d'information écrite n'aurait pas en réalité une seule vraie utilité : celle d'apporter, en cas de problème médico-légal ultérieur, des éléments qui permettent au chirurgien de faire la preuve du respect de l'information qui lui incombe devant la loi .»

⁶⁰ En ce sens, par exemple, I. Roque, P. Hochain, V. Merle, E. Lerebours, Ph. Hecketsweiler, Ph. Ducrotté, *Evaluation de la qualité et de l'impact de l'information transmise par les fiches d'endoscopie digestive élaborées par les sociétés savantes*, Gastroenterol Clin Biol 2003 ; 27 : 17-21 : « Il est donc impératif que ce mode d'information du malade soit envisagé comme une pratique médicale normale et non pas comme un moyen, en cas de contentieux, de produire des arguments contre un malade qui se plaindrait de ne pas avoir été informé ou d'avoir été mal informé .»

pas à l'information, mais à l'expression de la volonté sous forme de consentement ou de refus (par exemple, le refus de transfusions sanguine) ; ont été par ailleurs exclus des articles relatifs à des domaines, qui soit ne concernent pas les soins demandés par une personne qui s'estime malade (recherches biomédicales, soins obligatoires, prélèvements d'organes, etc.), soit portent sur des questions autres que l'information du patient (accès au dossier médical, secret professionnel, Internet, procédure amiable, réseaux de santé, recours des organismes sociaux, aléa thérapeutique).

Le corpus relevant du champ objet de l'analyse se répartit entre commentaires d'arrêts et articles de fond dans les proportions suivantes : 58 pour les premiers et 42 pour les seconds, soit respectivement 58 % et 42 % du total des articles publiés. Les commentaires d'arrêts portent tous sur des décisions relatives à la responsabilité éventuelle du médecin liée au défaut d'information du patient sur les risques de l'intervention réalisée ; quant aux articles, un peu plus de la moitié d'entre eux⁶¹ est consacrée aux règles de responsabilité applicables en cas d'absence d'information du patient. En définitive, 80 % des articles juridiques concernent les questions de responsabilité en la matière.

Le fait que les articles publiés dans les revues juridiques soient, pour une majorité écrasante, consacrés aux questions de responsabilité en raison du défaut d'information ne signifie pas qu'elles seraient les seules à se poser, mais tient aux compétences de leurs auteurs, tous enseignants-chercheurs spécialistes du droit de la santé⁶², qu'ils soient chevronnés ou qu'ils cherchent à acquérir une reconnaissance dans ce champ.

S'agissant des commentaires d'arrêts, s'ils sont dominants, c'est parce qu'ils constituent un exercice classique dans la communauté des juristes enseignants⁶³ ; et, depuis l'arrêt Hédreul qui est à l'origine d'une évolution notable en matière d'information du patient par le médecin, celle-ci a suivi attentivement les solutions retenues par les différents arrêts rendus ultérieurement. Dans la mesure où il s'agit d'arrêts statuant sur la responsabilité du médecin ou de l'établissement public liée au défaut d'information, son attention s'est portée sur la comparaison des solutions adoptées par la Cour de cassation et par le Conseil d'État. Si elle a, au fur et à mesure des arrêts rendus, salué la reconnaissance par les deux cours suprêmes de l'information du malade comme une obligation pesant sur le médecin, elle a porté son attention plus particulièrement sur les questions soulevées par le lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage subi et sur la manière dont le préjudice en résultant est réparé.

Les analyses des décisions de justice soit commentent de manière approfondie un arrêt isolé, choisi parce qu'il permet de discuter la validité de la solution apportée, soit portent sur une série d'arrêts pour faire connaître les solutions retenues, mais sans conduire une analyse approfondie. Et, pour un petit quart (24 %), les analyses sont des synthèses, sous forme d'articles, des différentes solutions adoptées, soit pour les saluer, soit au contraire pour les critiquer.

En outre, on ne manquera pas de relever que les 58 commentaires portent sur 39 arrêts, sachant que 9 arrêts sont l'objet d'une particulière attention. Si la plupart sont commentés deux, voire trois fois, deux d'entre eux cumulent cinq, voire six analyses, si bien qu'au total ces 9 arrêts sont à eux seuls l'objet de 29 des 58 articles, soit la moitié des commentaires.

⁶¹ 22 articles sur un total de 42, soit 52 %.

⁶² Et dont une partie notable est spécialisée dans le domaine du droit de la responsabilité et/ou de ce qu'il est convenu d'appeler la responsabilité médicale.

⁶³ En ne perdant pas de vue, ainsi que l'observe Evelyne Serverin qui a consacré sa thèse à la jurisprudence en droit privé, que « les annotateurs consacrent peu de développements aux raisonnements suivis par les tribunaux, pour leur substituer leurs propres analyses largement alimentées de références doctrinales et historiques », sachant qu'« il n'est pas question de se demander ce qu'établit la Cour de cassation, mais au contraire de contrôler son interprétation *au regard d'une vérité supposée du droit* » : E. Serverin, PUL, 1985, p. 115.

Les décisions analysées présentent la même caractéristique commune : elles ont été identifiées comme apportant des solutions nouvelles qui, à ce titre, méritent à la fois d'être publiées et discutées dans la communauté juridique⁶⁴.

Ainsi, les deux arrêts les plus commentés ont-ils l'un comme l'autre été considérés comme novateurs : il s'agit, d'une part, des arrêts du Conseil d'État du 5 janvier 2000, *sieur Guilbot et consorts Telle*⁶⁵, salués pour avoir aligné la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire en retenant que « lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans les 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 » ; il s'agit, d'autre part, de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2007⁶⁶ qui, en jugeant 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 », a considéré que le médecin ne manque pas à son obligation d'information quand il ne la donne pas à l'entourage familial du malade, alors que ce dernier est en mesure de la recevoir.

S'agissant des articles qui sont consacrés aux questions de responsabilité liée au défaut d'information, ils sont de trois types : des articles de synthèse relatifs aux règles de responsabilité du fait du défaut d'information du patient dans le cadre privé et/ou public d'exercice médical⁶⁷, des articles portant plus spécifiquement sur le contenu de l'obligation d'information des patients⁶⁸ (par le médecin hospitalier ou par le médecin privé), des articles sur le défaut d'information sur les risques de l'intervention⁶⁹ et son indemnisation⁷⁰.

Les 20 % restants des articles sont consacrés à la loi du 4 mars 2002. Ils abordent le droit désormais reconnu à la personne d'être informée sur son état de santé ainsi que, notamment, sur les investigations, traitements ou actions de prévention qui lui sont proposés, soit dans le cadre de commentaires généraux de la loi⁷¹, soit de manière spécifique en précisant ses caractéristiques⁷², essentiellement avant toute prise de décision, mais parfois aussi, une fois les actes médicaux réalisés.

Deux catégories d'articles peuvent être identifiées : il y a, d'une part, ceux qui considèrent qu'en matière d'information du patient, la loi du 4 mars 2002 n'aurait fait qu'entériner des

⁶⁴ En outre, « la sélection des décisions est suivie d'une sélection des règles, effectuées par les commentateurs » et « l'attitude de tout juriste devant une information jurisprudentielle est de rechercher dans quelle mesure cette information peut constituer une norme, et de participer autant que faire se peut, à l'élaboration positive ou négative à cette question » : E. Serverin, « Jurisprudence », in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, L.G.D.J.-Story-scientia, 1988, p. 119.

⁶⁵ Cons. d'Ét. 5 janv 2000, *sieur Guilbot* (arrêt n° 198530) et *consorts Telle* (arrêt n° 181899), Gaz. Pal., 17-19 déc. 2000, p. 6-11, note C. Esper ; Petites Affiches, 25 févr. 2000, note C. Clément ; RD sanit. soc. 36 (2), avr.-juin 2000, p. 357-368, note L. Dubouis ; RFD adm. 16 (3) mai-juin 2000, p. 654-662, P. Bon ; Droit administratif, janvier 2000, p. 3, J-B Auby ; Revue du droit public, n°2-2001, p. 412-418, C. Guettier. Par ailleurs les conclusions de Didier Chauvaux, commissaire du Gouvernement dans ces deux affaires, ont été publiées : Gaz. Pal., 28-29 juin 2000, p. 21-31 (ce qui porte les publications à 7).

⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2007, D. 2008, p. 192, note P. Sargos ; RTDciv. avril-juin 2008, p.272-273, chron. J. Hauser ; Lexbase Hebdo, N6278BEA, Panorama de responsabilité civile, Ch. Radé ; Petites Affiches, 26 mars 2008, p. 7-13, G. Royer ; Gaz. Pal., 8-9 oct. 2008, p. 35-36, A. Duballet.

⁶⁷ Par exemple, R. Reveau, *L'évolution du droit relatif à l'information médicale : l'élaboration d'un régime commun de responsabilité civile et administrative*, Droit administratif, juin 2002, p. 5-10 ; P. Collière, *Obligation d'information des usagers du service public hospitalier et indemnisation des préjudices subis en cas de manquement à cette obligation*, Petites Affiches, 25 octobre 2005, p. 4-6.

⁶⁸ Par exemple, F. Chabas, *L'obligation d'information médicale en danger*, Contrats, concurrence, consommation, mai 2000, p. 9- 12 ; D. Dendoncker, *L'obligation d'informer du médecin hospitalier*, D., 2001, p. 2924- 2927.

⁶⁹ Par exemple, A.-E. Crédeville, *Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Non à la dérive des préjudices*, D. 2008, p. 1914-1917.

⁷⁰ Par exemple, M. Bacache, *L'indemnisation de la perte de chance*, D. 2008, p. 1908-1914.

⁷¹ En ce sens, par exemple, C. Evin, *Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi du 4 mars 2002*, RGDM, n° 10, 2003, p. 9-24.

⁷² Par exemple, M. Harichaux, *Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002*, RD sanit. soc. 38 (4), oct.-déc. 2002, p. 673-685.

règles (déontologiques) ou des solutions issues de la jurisprudence antérieure à cette date, imposant au médecin une obligation d'information. Ce sont généralement des articles qui abordent l'information comme un des éléments parmi d'autres de la loi du 4 mars 2002 : certes, ils relèvent qu'on est passé d'une règle établissant à la charge du médecin le devoir d'informer le patient à une règle reconnaissant à la personne le droit d'être informée ; mais, comme son corollaire est l'obligation d'information qui incombe au médecin, la situation demeurerait inchangée. Souvent conduites à l'aune des solutions issues de la jurisprudence, ces analyses continuent à présenter cette dernière du point de vue du médecin, et donc comme une obligation de ce dernier (confondant en outre obligation et devoir⁷³) et moins souvent en référence au patient en tant que titulaire du droit d'être informé, et donc comme une prérogative positive dont la personne est le bénéficiaire.

Cette présentation semble avant tout due au fait que la question de l'information du patient a émergé dans le cadre d'affaires de responsabilité liée au défaut d'information sur les risques de l'intervention ; aussi ces analyses, conduites par des spécialistes en la matière et marquées par ce contexte, ont-elles tendance à considérer que la loi du 4 mars 2002 n'aurait fait qu'entériner les solutions jurisprudentielles antérieures à la loi.

Il y a, d'autre part, des analyses globales de la loi du 4 mars 2002 ou qui sont consacrées au droit de la personne d'être informée ; elles portent sur la question de savoir en quoi la reconnaissance à la personne d'un droit modifie sa position vis-à-vis du médecin. Ces analyses montrent que ce droit est désormais lié à la prise de décision, ce qui conduit leurs auteurs à s'interroger sur l'exercice de ce droit par son titulaire, notamment dans les situations où celui-ci n'est pas à même de l'exercer, soit pour des raisons de fait (urgence, impossibilité), soit pour des raisons juridiques (mineur ou majeur protégé). Notons toutefois, que ces deux derniers cas, qui soulèvent d'épineuses questions, ne sont souvent qu'évoqués ; seuls trois articles⁷⁴ sont consacrés spécifiquement à l'information du mineur et du majeur protégé ; et ce n'est pas un hasard qu'ils soient rédigés par des spécialistes en la matière⁷⁵.

Enfin, on relèvera que tous les articles n'évoquent que la seule information du patient par le médecin⁷⁶.

8 L'information du patient au prisme de la jurisprudence publiée : la responsabilité liée au défaut d'information sur les risques

⁷³ Cf. *supra*, développements page 17 et notes n°25 et 26.

⁷⁴ Il n'est pas inutile de remarquer que ce faible nombre ne signifie pas nécessairement que peu d'articles sont consacrés à ces questions, mais qu'il est sans doute aussi la conséquence du choix des mots clés pour interroger les bases de données juridiques. Les résultats étant dépendants des modalités de l'interrogation, il ne faudrait pas conclure un peu trop hâtivement que les juristes se désintéressent de ces questions. Elles sont vraisemblablement abordées dans le cadre de l'autorité parentale et de la protection des majeurs protégés, comme des questions parmi d'autres en relevant.

⁷⁵ F. Dekeuwer-Defossez, *L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner*, RGDM, n°12, 2004, p. 99-104 ; J. Hauser et J.-M. Plazy, *L'usager incapable*, *Gérontologie et société*, n°115, décembre 2005, p. 101-115 ; L. Daubech, *Approche critique de la loi du 4 mars 2002*, RGDM, n°12, 2004, p. 31-41.

⁷⁶ À une exception près qui n'en est toutefois pas véritablement une, car il ne s'agit pas d'une analyse juridique, mais du témoignage d'une infirmière générale, antérieur à la loi du 4 mars 2002, qui s'interroge avant tout sur la manière d'informer le patient : D. Frering, *Par qui et comment le dire ? Le point de vue de l'infirmière*, RGDM, n°5, 2001, p. 229-233.

Il résulte de l'analyse, tant des commentaires d'arrêts que des chroniques de synthèse relatives aux solutions qu'ils retiennent, que les différents points traités ont trait au défaut d'information, en tant qu'il a privé le patient de la possibilité de prendre une décision en connaissance de cause. Et, du fait de cette absence, ce sont les conditions d'une éventuelle responsabilité qui sont en discussion. Précisons d'emblée que cette discussion ne porte pas sur l'information et sur les soins en général, mais porte spécifiquement sur l'information sur les risques à propos d'interventions nécessitant des atteintes à l'intégrité physique.

En effet, toutes les situations qui ont donné lieu aux décisions rendues présentent une caractéristique commune : les personnes, qui avaient subi des dommages graves du fait d'investigations ou d'interventions chirurgicales, ont demandé réparation du préjudice occasionné par le défaut d'information sur les risques inhérents à ces dernières en se fondant sur le raisonnement suivant : la description des risques potentiels aurait pu les conduire à ne pas les accepter, auquel cas, ils ne les auraient pas subis et auraient été indemnes de leurs séquelles. Aussi, au travers des décisions successives, les discussions ont-elles porté sur le contenu de la règle de responsabilité applicable en la matière.

La fonction des règles de responsabilité est de fixer les conditions de réparation du dommage occasionné par l'accident à la personne lésée, afin qu'elle en obtienne réparation ; elles servent à départager des intérêts contradictoires une fois l'accident survenu. Par voie de conséquence, les différentes solutions retenues permettent de connaître le contenu des règles sur le fondement desquelles les contentieux de responsabilité sont jugés. Les règles applicables à la réparation éventuelle du dommage qu'estimerait avoir subi un patient en raison d'un défaut d'information s'inscrivent dans ce schéma. Aussi n'est-il pas inutile de rappeler que leur analyse doit être rapportée au cadre dans lequel elles sont utilisées : si elle permet de connaître les règles sur le fondement desquelles la responsabilité des médecins ou des établissements de santé publics seraient jugés, elle n'autorise pas à en déduire les conditions des pratiques médicales en matière d'information du patient.

Sept grands points sont analysés tant dans les commentaires d'arrêts que dans les articles au sujet de la responsabilité liée au défaut d'information du patient : une fois admise l'existence de l'obligation d'information du médecin, quels en sont la finalité et le fondement ? Quel est le bénéficiaire de l'obligation d'information ? Sur quel médecin pèse-t-elle et quelle est son étendue ? Quel est le contenu de l'information, et plus précisément sur quels risques porte-t-elle ? Existe-t-il des circonstances dans lesquelles cette obligation n'est pas due ? Comment la preuve de l'information peut-elle être administrée ? Quelle est la nature du préjudice indemnisable et, partant, quelle est l'étendue du droit à réparation ?

Précisons que l'objectif de la présente analyse est de mettre à la disposition du groupe de travail une synthèse à grands traits aussi bien des arrêts et de leurs commentaires et non pas des analyses approfondies des solutions dégagées ; elle ne rend donc pas compte de toute la subtilité des arguments développés sur certains points, objet de vives discussions⁷⁷. Elle vise moins à analyser en détail les différentes solutions intervenues à propos d'un contentieux particulier de responsabilité médicale, que de permettre de vérifier si ces solutions, prises à la fois dans ce cadre et sur le fondement de dispositions antérieures à la loi du 4 mars 2002, présentent ou non une utilité en vue d'édifier les recommandations de bonne pratique sur la délivrance de l'information que la HAS doit établir en application de cette loi⁷⁸.

⁷⁷ Par exemple, sur la question du préjudice indemnisable au titre du défaut d'information sur les risques.

⁷⁸ Sachant qu'elles doivent ensuite être « ... homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé » (article L. 1111-2 al. 6 du Code de la santé publique).

8.1 L'obligation d'information du médecin : sa finalité et son fondement

On rappelle que c'est dans deux arrêts rendus le 5 janvier 2000, sieur Guilbot et consorts Telle⁷⁹, que le Conseil d'État s'est prononcé, à la suite de la Cour de cassation, sur l'obligation d'information du patient par le médecin. Il a considéré que « lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans les 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 »⁸⁰. Ils ont été salués par tous les commentateurs comme un alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire, la Cour de cassation, quant à elle, ayant jugé en 1998⁸¹ qu'« ... un médecin est tenu de donner [au patient] une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves... ». Puis c'est dans son arrêt Hédreul⁸² du 20 juin 2000⁸³ qu'elle a affirmé que « ... le praticien qui manque à son obligation d'informer son patient des risques graves inhérents à un acte médical d'investigations ou de soins prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à cet acte.. »⁸⁴.

La finalité de l'information, dans l'un comme dans l'autre cas, est identique : permettre à la personne de choisir d'accepter ou de refuser l'accomplissement d'un acte médical sur son corps. Ainsi que nous l'avons déjà relevé, ces arrêts ont été rendus dans le cadre d'affaires où les personnes n'avaient pas eu d'information préalable sur les risques des interventions qu'elles avaient subies, lesquelles nécessitaient des atteintes à leur intégrité corporelle. N'étant praticables par le médecin qu'autant qu'il a recueilli leur consentement⁸⁵, ces arrêts lient l'information à la possibilité de donner ou non leur accord au médecin pour qu'il puisse réaliser l'intervention. Faute d'avoir été informées, ces personnes n'ont pas été en mesure de donner un consentement éclairé.

À ce stade de l'analyse, notons seulement que les « recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information » qui doivent être établies par la HAS concernent, quant à elles, l'ensemble des pratiques médicales et ne se bornent pas aux seules interventions à but diagnostique ou thérapeutique sur le corps d'un patient. Aussi, n'est-il pas inutile de rappeler que deux temps doivent être distingués :

celui général de la décision, qui pour être prise en toute connaissance de cause implique l'information du patient ; c'est en disposant des différents éléments nécessaires à la compréhension de sa situation qu'elle est mise en mesure de faire des choix et d'exprimer ainsi sa volonté ;

⁷⁹ Les références de ces deux arrêts sont rapportées dans la note 5.

⁸⁰ Formule utilisée à nouveau dans Cons. d'Ét. 27 sept. 2002, *Mme N.*, RFDA 2002, p.181-182, note Terneyre ; J. Saison, chron., RGDM, n°9, 2003, p. 241.

⁸¹ C. cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1998, *Mme C. c/ Clinique du Parc et a.*, J.C.P., 1998, II, n°10179, concl. Sainte-Rose, note P. Sargos

⁸² On rappelle que l'arrêt Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, *Hédreul*, JCP 1997, éd. G., II, 22492, rapport P. Sargos a cassé l'arrêt d'appel qui avait mis à la charge du patient la preuve de son information par le médecin. Puisqu'il s'agit d'un arrêt de cassation, l'affaire a été renvoyée devant une autre cour d'appel, afin qu'elle se prononce sur le point de savoir si le fait pour ce patient de n'avoir pas reçu d'information sur le risque de perforation lui avait ou non causé un dommage, et si oui, lequel. Mais la cour de renvoi a considéré que M. Hédreul, appartenant à une famille à risque de développer un cancer du côlon, entendait pour y échapper dans toute la mesure du possible se soumettre à des examens préventifs et qu'informé du risque de perforation, il n'aurait pas refusé l'investigation. La cour en a conclu qu'il n'avait subi aucun préjudice, et ne lui a accordé aucune indemnisation.

⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2000, *Hédreul*, Gaz. Pal. 2 et 3 février 2001, note Chabas, p. 49 ; JCP ed. gén. n° 28, 11 juil. 2001, I, 336, note C. Byk. Dans ce second arrêt la Cour de cassation n'a pas remis en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel qui avait estimé qu'« ... informé du risque de perforation, Monsieur Hédreul n'aurait refusé ni les examens ni les analyses, de sorte qu'il ne justifiait d'aucun préjudice indemnisable ».

⁸⁴ Formule utilisée à nouveau dans Cass. civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, RD sanit. soc. (1), janv.-févr. 2006, p. 157-159, note P. Hennion-Jacquet ; JCP 2006, éd. G., II, 10045, note P. Mistretta.

⁸⁵ Article 16-3 du Code Civil : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir . »

celui spécifique aux situations pour lesquelles la réalisation de la décision nécessite qu'« un acte médical ou un traitement » soit pratiqué, ce qui implique son « consentement libre et éclairé » sans lequel le professionnel de santé ne peut intervenir⁸⁶.

Il sera donc important, pour la rédaction des recommandations, de veiller à ne pas confondre l'information nécessaire à la prise de décision et l'accord du patient pour qu'une intervention ou un traitement soient pratiqués, sans lequel le professionnel de santé n'est pas autorisé à l'entreprendre.

Les fondements de l'information due au patient ne sont en revanche pas les mêmes. Dans le secteur privé, la relation du patient avec le médecin étant de nature contractuelle, le médecin est débiteur d'une obligation précontractuelle d'information⁸⁷ ; c'est pour cette raison que les arrêts de la Cour de cassation rendus dans des affaires dont les faits sont antérieurs à la loi de 2002, publiés et commentés dans les revues juridiques, le sont sous le visa de l'article 1147 du Code civil⁸⁸. Dans le cadre hospitalier public, à la date où se sont produits les accidents pour lesquels le patient reprochait un défaut d'information sur les risques de l'intervention, c'est le décret n°74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux qui était applicable⁸⁹. Toutefois, ni les deux premiers arrêts du Conseil d'État rendus le 5 janvier 2000 ni les suivants ne se réfèrent à cette disposition qui renvoie au Code de déontologie médicale ; en revanche, le commissaire du Gouvernement, Didier Chauvaux⁹⁰, a fondé le manquement du service public hospitalier à l'obligation d'information du patient sur le Code de déontologie médicale, qui, dans sa version de 1995, a pour la première fois imposé au médecin un devoir d'information.

Obligation de nature contractuelle ou bien devoir imposé par les règles de fonctionnement des hôpitaux publics, tous les commentateurs unanimes relèvent que les médecins sont soumis aux mêmes devoirs, ceux fixés par le Code de déontologie⁹¹. C'est une façon supplémentaire d'approuver l'harmonisation des solutions par les deux cours suprêmes, puisque le devoir d'information du médecin est identique, quel que soit par ailleurs le cadre juridique de son exercice, privé ou public.

⁸⁶ Article L. 1111-4 al. 3 du Code de la santé publique : « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment .»

⁸⁷ Dans l'objectif de s'assurer que l'expression de la volonté corresponde à l'intérêt de chaque contractant. Analyse développée par exemple par C. Daver, *De la relation de confiance à l'obligation d'information : quelques réflexions sur la genèse d'une obligation*, JCP, Cahiers de droit de l'entreprise, 2001, n°6, 2001, p. 20-27.

⁸⁸ L'article 1147 du Code civil dispose que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution... ». Mais dans ses arrêts récents, la Cour de cassation vise également le texte de l'article L. 1112-2 du Code de la santé publique : par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 8 avr. 2010, arrêt n°08-21.058.

⁸⁹ Pris en application de la loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, ce décret prévoyait dans son article 41 que « le **médecin chef de service** ou les **médecins du service doivent donner aux malades, dans les conditions fixées par le code de déontologie, les informations sur leur état qui leur sont accessibles** ; dans toute la mesure du possible, **les traitements et soins proposés aux malades doivent aussi faire l'objet d'une information de la part du médecin** ». Cet article est resté en vigueur jusqu'à l'adoption de la loi du 4 mars 2002. L'article L. 1112-2 al. 4 du Code de la santé publique lui a été substitué : « Dans le respect des règles déontologiques qui leur sont applicables, **les praticiens des établissements assurent l'information** des personnes soignées. Les **personnels paramédicaux participent à cette information dans leur domaine de compétence** et dans le respect de **leurs propres règles professionnelles** .»

⁹⁰ Dans ses conclusions précitées, note 5, Cons. d'Ét. 5 janv. 2000, *sieur Guilbot* (arrêt n°198530) et *consorts Telle* (arrêt n°181899).

⁹¹ Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, *Hédreul* se sont déroulés avant l'entrée en vigueur du Code de déontologie issu du décret du 6 septembre 1995. Avant ce décret, aucun devoir d'information n'était imposé au médecin.

8.2 Une personne autre que le patient peut-elle être bénéficiaire de l'obligation d'information ?

C'est sans conteste le patient qui est le bénéficiaire de l'information, car c'est lui qui est directement concerné. Par ailleurs, dans toutes les affaires où était posée la question de savoir si le défaut d'information a entraîné un préjudice pour la personne malade qui n'a pu échapper aux risques de l'intervention subie, c'est elle qui en invoquait le bénéfice. Mais, dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2007⁹², c'est l'entourage direct qui invoquait un préjudice moral du fait de ne pas avoir été informé.

Il a été rendu dans les circonstances suivantes : une opération pour une sténose de la carotide sévère pratiquée sur homme âgé de 74 ans avait entraîné une hémiplegie, risque rare inhérent à ce type d'opération ; son état ne cessa de se dégrader, entraînant son décès 3 ans après. Sa veuve et son fils demandèrent la réparation, en tant qu'ayants droit, du préjudice subi par le défunt, mais aussi celle de leur propre préjudice. Sur ce dernier, la cour d'appel leur avait donné gain de cause, en estimant qu'il « aurait été moindre s'ils avaient eux, aussi, été avisés des risques encourus par celui-ci, et qu'eu égard à la nature de ces risques, ils auraient dû l'être par » le médecin.

La Cour de cassation a cassé cette décision en s'appuyant sur l'article R. 4127-36 du Code de la santé publique⁹³, duquel elle tire 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 » ; mais dans l'affaire jugée, le patient « étant en mesure de recevoir l'information et de consentir de façon éclairée aux soins proposés, le médecin n'avait pas à donner l'information litigieuse à l'entourage familial... ». La Cour de cassation confirme que c'est le patient, en tant qu'il est directement concerné, qui est le bénéficiaire de l'information préalable pour lui permettre d'accepter ou de refuser les soins. En revanche, l'affirmation selon laquelle le médecin aurait le devoir d'informer les proches du malade lorsque ce dernier n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté, de façon qu'ils puissent le faire à sa place, est surprenante.

En effet, si l'article R. 4127-36 al. 3 du Code de la santé publique⁹⁴ prévoit que « si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité », il ne substitue pas les proches à la personne. L'information qui leur est donnée concerne sa situation, au regard de son état de santé ; elle ne leur est pas donnée dans le but de prendre une décision à la place de la personne malade, ce que sous-entend pourtant cet arrêt.

Le groupe de travail aura à prendre en considération ce type de situations difficiles d'un double point de vue : au regard du sens à donner au terme « information » ; s'il est utilisé par plusieurs textes, sa signification comme ses finalités ne sont pas univoques. Il faudra veiller, notamment, à ne pas confondre « donner des informations pour » avec « donner des informations sur » : dans le premier cas, il s'agit de l'information dont la fonction est de

⁹² Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2007, cité *supra* note 66, au titre des arrêts plusieurs fois commenté.

⁹³ Cet article est la codification réglementaire de l'article 36 du Code de déontologie médicale issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995. Cette disposition était donc en vigueur au moment des faits qui se sont déroulés en 1998.

⁹⁴ Article R. 4127-36 al. 3 du Code de la santé publique : « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. **Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité.** Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies à l'article R. 4127-42 .»

permettre à un patient de prendre une décision ; dans le second cas, il s'agit d'informations relatives à l'état de santé communiquées aux proches.

8.3 Sur quel médecin l'information pèse-t-elle et quelle est son étendue ?

Deux enseignements peuvent être tirés de la jurisprudence commentée : l'information est une obligation personnelle propre à chaque médecin ; en outre, elle consiste à informer le patient, pour le conseiller mais certainement pas pour le convaincre.

L'information pèse sur chaque médecin, y compris dans les cas où la réalisation des soins mobilise plusieurs médecins ou lorsque celle-ci est consécutive à la prescription. Ainsi le médecin prescripteur qui a posé l'indication comme celui qui procède à l'acte prescrit par un autre médecin ont chacun l'obligation d'informer le malade⁹⁵. La délivrance de l'information se fait successivement par chacun des médecins ; ils ont à renseigner personnellement le patient en fonction de leurs sphères de compétences.

Un arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 2007⁹⁶ est présenté comme ayant confirmé cette solution précédemment admise⁹⁷. Un médecin radiologue qui avait pratiqué un examen artériographique entraînant un accident vasculaire cérébral a contesté l'attribution à la victime d'une indemnité provisionnelle pour le préjudice dû au défaut d'information sur les risques ; il opposait l'existence d'une contestation sérieuse sur son obligation, dès lors que le patient s'était vu délivrer ladite information par un autre médecin. Il estimait que la faute consistant pour un médecin à ne pas avoir délivré une information à son patient ne se trouve pas en relation de cause à effet avec un préjudice provoqué par ce défaut d'information, « dès lors que le patient s'est vu délivrer ladite information par un autre médecin ».

La Cour de cassation ne l'a pas suivi, estimant que le médecin qui a réalisé l'acte « ... se contente d'affirmer, pour en déduire qu'elle aurait eu un consentement éclairé, que l'on peut supposer que les deux médecins qui ont posé l'indication de l'artériographie... » avaient « expliqué à la patiente les tenants et les aboutissants d'un tel examen ». Elle a confirmé l'arrêt d'appel qui a « ... implicitement mais nécessairement, déduit » que le médecin radiologue « ne prouvait pas que l'information avait été effectivement donnée par ses confrères à la patiente ».

On observera en toute rigueur que, dans cet arrêt, la Cour de cassation ne se prononce pas sur le caractère personnel de l'obligation d'information pour le médecin, mais sur la preuve de l'information. En effet, la solution adoptée doit être interprétée à l'aune de la question posée qui est celle de la preuve de l'information, donnée ou non, par les confrères du médecin radiologue. La rédaction de l'arrêt incline à penser que la solution aurait pu être différente s'il avait été démontré que les confrères du médecin avaient « effectivement » donné l'information à la patiente. Toutefois, elle est sans incidence sur la loi du 4 mars 2002, qui, quant à elle, prévoit que l'information « incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences ».

L'obligation d'information du médecin consiste à conseiller le patient et non à le convaincre. Le médecin a l'obligation d'informer le patient sur son état et, si cela est nécessaire aux soins, sur l'intervention projetée en indiquant les avantages et les inconvénients, y compris les risques. Cette information visant à permettre au patient de faire un choix, la Cour de cassation a jugé que le « médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du

⁹⁵ On rappelle que dans ces arrêts, l'information et les questions qu'elle soulève portent sur les risques de l'intervention.

⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 2007, pourvoi n°06-18262, Gaz. Pal. 17 no v. 2007, p. 44, note V. Lefèvre.

⁹⁷ Déjà en ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 14 oct. 1997, Bull. civ. I, n°278.

danger de l'acte médical qu'il demande »⁹⁸. Devant subir une opération de la cataracte, une patiente avait refusé l'anesthésie générale que lui proposait le médecin ophtalmologiste qui la suivait depuis de longues années. À la suite de l'intervention qui s'était déroulée sous anesthésie locorégionale, la patiente avait perdu l'usage de son œil. Pour engager sa responsabilité, les juges du fond avaient considéré que le médecin, qui avait informé sa patiente des risques d'une telle anesthésie, avait commis une faute consistant dans le fait de « n'avoir pas été en mesure de convaincre sa patiente des dangers présentés par un tel acte », décision cassée par la Cour de cassation.

Cette solution est conforme aux règles applicables en matière contractuelle : le débiteur de l'obligation d'information, ici le médecin, s'en acquitte en donnant au créancier, ici le patient, tous les éléments utiles à l'exercice d'un choix, mais son obligation ne consiste pas à faire en sorte que cette information soit utilisée correctement. Les commentateurs de l'arrêt n'ont pas manqué d'observer que la solution inverse passerait outre la liberté du patient⁹⁹.

8.4 Quel est le contenu de l'information, et plus précisément sur quels risques porte-t-elle ?

Les solutions retenues par les arrêts, tant de la Cour de cassation que du Conseil d'État, ont précisé que l'information du patient avait pour fonction de lui permettre de faire des choix éclairés ; et, si l'information porte prioritairement sur les risques et est abondamment discutée par les commentateurs, ce n'est nullement parce qu'elle devrait se limiter à ces derniers, mais parce que ces arrêts se sont prononcés sur des demandes d'indemnisation portant spécifiquement sur les types de risques à indiquer au patient.

Les types d'informations qui, s'ils n'étaient pas fournis, engageraient la responsabilité du médecin ou celle de l'hôpital sont les suivants : ils portent sur « les risques graves afférents aux investigations ou soins proposés » (selon la Cour de cassation) ou « les risques connus de décès ou d'invalidité » (selon le Conseil d'État) sachant que le médecin « n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réaliseraient que de manière exceptionnelle »¹⁰⁰, selon la Cour de cassation, ou bien que « la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation », selon le Conseil d'État¹⁰¹.

Ces formulations ont trait aux conditions de la responsabilité ; elles signifient que le médecin ou l'hôpital ne peuvent pas, pour échapper à leur responsabilité, s'abriter derrière le fait que le risque est rare. Précisons que l'exigence de gravité a trait à la hauteur du dommage tandis que le caractère exceptionnel porte sur la fréquence de réalisation du risque, sa probabilité.

⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 18 janv. 2000, pourvoi n°97-17716, Répertoire du Notariat Defrénois, n°11/00, p. 722-724, note D. Mazeaud ; JCP 2000, II, n°10473, note A. Dorsne r-Dolivet ; D. 2001, p. 3559, note M-L Mathieu-Izorche.

⁹⁹ Mais ils se sont également demandé si une autre question n'aurait pas dû être posée : celle du refus du médecin d'accepter de réaliser l'acte s'il estimait que, pratiqué ainsi, il était trop dangereux. Rappelons cependant que les arrêts rendus par la Cour de cassation doivent être interprétés à l'aune des questions juridiques soulevées. Ceci implique, ainsi que l'explique Jean-François Weber, président de chambre à la Cour de cassation, de « tenir compte de trois paramètres qui définiront les limites du champ d'intervention de la Cour : - les parties : ne peuvent se pourvoir que les parties à la décision critiquée et qui y ont intérêt (article 609 du code de procédure civile) ; - les griefs : ne seront examinés que les chefs du dispositif de la décision attaquée expressément critiqués par le pourvoi. Les chefs de dispositif non visés par les moyens ne seront pas atteints par une éventuelle cassation, sauf s'ils sont la suite logique et nécessaire d'un chef de dispositif cassé ; - les moyens : la Cour de cassation ne statuera, selon l'adage classique, que sur "*Le moyen, rien que le moyen, mais tout le moyen*", d'où la nécessité de prendre connaissance des moyens présentés pour mesurer la portée d'un arrêt de la Cour » : J-F Weber, *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile*, Bulletin d'information n°702, 15 mai 2009, Fiche méthodologique, www.courdecassation.fr

¹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, 2 arrêts, *Bull. civ. I*, n°287 et 291.

¹⁰¹ CE, 5 janv. 2000, 2 arrêts préc. Également, CE, 17 mai 2000, JCP, éd. Gén. 2001, II, n° 10462, note E. Savatier ; CE, 27 sept. 2002, *Mme N*, n°211370, RFDA, nov-déc. 2002, p. 1181 ; CE, Ass., 19 mai 2004, AJDA 2004, p. 1351, chron. C. Landais et F. Lenica.

Cette position adoptée en premier par la Cour de cassation a clairement été exposée par le conseiller Pierre Sargos¹⁰², rapporteur de plusieurs arrêts rendus en matière d'information. C'est parce que la fiabilité des statistiques sur les risques de telle ou telle opération ou investigation est incertaine et aussi parce qu'il est difficile de fixer un seuil de quantification, qu'il ne paraît pas souhaitable de laisser le médecin tirer argument des insuffisances des connaissances ; cela reviendrait, en lui permettant de qualifier le risque de rare, d'échapper à sa responsabilité et, *in fine*, de déterminer le contenu de ce qu'il entend dire au patient. Quant au commissaire du Gouvernement Didier Chauvaux, il faisait observer que « la quantification du risque est une opération très délicate. L'expert se borne souvent à affirmer, sans autre précision, que le risque est exceptionnel »¹⁰³.

8.5 Existe-t-il des circonstances dans lesquelles cette obligation n'est pas due ?

Des limitations sont admises à l'obligation d'informer le patient. Ainsi, pour la Cour de cassation, l'information au patient lui est due « hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé » et, pour le Conseil d'État « cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé ».

L'urgence dispense le médecin de son obligation d'information, car dans ce cas, c'est la nécessité des soins qui est privilégiée¹⁰⁴. Il s'agit de l'urgence vitale où les actes thérapeutiques engagent le pronostic vital, celle où il y a détresse vitale ou potentielle¹⁰⁵.

L'impossibilité d'informer le patient correspond aux situations dans lesquelles ce dernier n'est pas en mesure de recevoir l'information, par exemple s'il est inconscient. Tel est le cas, par exemple, du patient en état comateux ou qui se trouve sous anesthésie générale. Dans cette hypothèse, il a été admis¹⁰⁶ que la responsabilité du médecin ou de l'établissement public n'était pas engagée lorsqu'un geste chirurgical complémentaire, source potentielle du risque, est nécessité par la découverte *in situ* d'éléments qui le conduisent à modifier l'intervention initialement prévue et acceptée par le patient.

En revanche, le seul fait qu'une intervention soit médicalement nécessaire n'a pas été considéré comme pouvant, à lui seul, justifier une limitation de l'information. Pour la Cour de cassation, le médecin « n'est pas dispensé de cette information sur la gravité du risque par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire »¹⁰⁷ ; pour le Conseil d'État, se

¹⁰² Notamment, P. Sargos, *Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient, Commentaire de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 octobre 1997*, Médecine et droit, n° 27, 1997, p. 1-3. Également, P. Sargos, *Que peut-on dire ? Le point de vue du juriste*, RGDM, n° 5, 2001, p. 195-202.

¹⁰³ D. Chauvaux, préc. : Gaz. Pal., 28-29 juin 2000, p. 21-31.

¹⁰⁴ En ce sens, CAA Bordeaux, 26 oct 2004, n° 00BX0093 2, RGDM, n° 15, 2005, p. 306, note J. Saison.

¹⁰⁵ Le décret n° 2006-576 du 22 mai 2006 relatif à la médecine d'urgence et modifiant le Code de la santé publique distingue trois modalités de l'exercice de l'activité de soins de médecine d'urgence : « 1° La régulation des appels adressés au service d'aide médicale urgente », « la prise en charge des patients par la structure mobile d'urgence et de réanimation, appelée SMUR, ou la structure mobile d'urgence et de réanimation spécialisée dans la prise en charge et le transport sanitaire d'urgence des enfants, y compris les nouveau-nés et les nourrissons, appelée SMUR pédiatrique », « la prise en charge des patients accueillis dans la structure des urgences ou dans la structure des urgences pédiatriques » (article R. 6123-1 du Code de la santé publique).

¹⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002, Gaz. Pal. 23-25 fév. 2003, p. 31-32, note F. Chabas ; JCP, Cahiers de droit de l'entreprise, 2003, p. 37-38, note E. Terrier : « caractérise une telle impossibilité la cour d'appel qui relève que la nécessité de procéder à une résection endoscopique, source du risque non révélé, s'est imposée en cours d'intervention comme une nécessité anatomique » et que « le chirurgien ne pouvait informer son patient des risques inhérents à cet acte complémentaire sans l'exposer au risque d'une nouvelle intervention sous anesthésie ».

¹⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 18 juil. 2000, Petites Affiches, 3 nov. 2000, n° 220, p. 10- 13, note J-F Barbieri.

fonder « sur le caractère indispensable de l'opération réalisée et sur l'absence d'une autre thérapeutique qui aurait permis d'éviter la survenance des troubles » pour juger que le praticien était dispensé, dans ces circonstances, de l'informer des risques de l'opération préalablement à sa réalisation »¹⁰⁸ constitue une erreur de droit justifiant l'annulation de l'arrêt rendu.

Cela signifie donc que les seules limitations acceptées à l'information du patient sont de nature objective. Admettre que le médecin n'ait pas l'obligation d'informer le patient quand il estime que l'intervention est nécessaire reviendrait à considérer que les soins ou l'intervention s'imposent au patient. Ce dernier ne disposerait d'aucune marge d'appréciation dans un tel cas, ce qui ôterait tout rôle à l'information, puisqu'en définitive le choix serait exercé par le médecin.

8.6 Comment la preuve de l'information peut-elle être administrée ?

C'est parce que la preuve de l'absence ou de l'insuffisance de l'information donnée par le médecin, et donc d'un fait négatif, est toujours difficile et souvent impossible à rapporter, que la Cour de cassation¹⁰⁹ comme le Conseil d'État¹¹⁰ ont admis que la charge de la preuve de l'information du patient incombe soit au médecin, soit à l'hôpital public, et ont précisé que tous les moyens de preuve, y compris les présomptions¹¹¹, étaient recevables.

Mais c'est une chose que la règle désormais admise fasse peser la charge de la preuve sur le médecin ou l'hôpital, c'en est une autre que d'établir selon quelles modalités cette preuve peut être administrée. Ainsi un auteur¹¹² fait judicieusement remarquer que ce « nouveau principe » plaçant les médecins en position défensive risque de générer la mise en place de moyens de protection consistant à remettre à leurs patients des fiches d'information et de consentement. Et d'ajouter qu'« en dehors de l'écrit, peu de salut pour le médecin », écrit qui offre « sinon une sécurité absolue, en tous cas l'avantage de reverser sur le patient la charge de la preuve ».

Deux positions peuvent être identifiées au travers des articles : celle consistant à considérer que « seul un écrit permettra au médecin ou à l'hôpital de se prémunir pour le jour où ils devront rapporter la preuve de l'information donnée »¹¹³; celle, au contraire, qui estime « plus que redoutable de confiner l'information des patients dans la remise d'un document écrit,

¹⁰⁸ CE, 27 sept 2002, n°223429, RGDM, n°9, 2003, p. 242-243, note J. Saison.

¹⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, *Hédreul*, préc. : « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information **doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation** » et « le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et il **lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation** ».

¹¹⁰ CE, 5 janv 2000, *sieur Guilbot* (arrêt n°198530) et *consorts Telle* (arrêt n°181899), préc.

¹¹¹ L'arrêt Cass. civ.1^{re}, 17 fév. 1998 qui a admis que « la preuve de cette information peut être faite par tous moyens » notamment par des « présomptions, au sens de l'article 1353 du code civil » est systématiquement cité dans les analyses qui évoquent cette question. Cet article dispose que « les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol ». En ce sens également, Cass. civ.1^{re}, 4 janv. 2005, n°02-11.339, Resp. civ. et ass., m ars 2005, p. 23-24.

¹¹² Louis Dubouis dans son commentaire précité CE, 5 janv 2000, *sieur Guilbot* et *consorts Telle* RD sanit. soc. 36 (2), avr.-juin 2000, p. 365.

¹¹³ D. Dendonker, *L'information médicale face au dualisme juridictionnel*, Revue administrative, 2001, n°319, p. 68-80. Egalement, P. Collière, *Obligation d'information des usagers du service public hospitalier et indemnisation des préjudices subis en cas de manquement à cette obligation*, Petites Affiches, 25 oct. 2005, n°212, p. 4-6 : « ... l'écrit reste certainement le procédé le moins contestable pour prouver que l'information du patient a bien eu lieu ».

formalisé, voire anonyme qui établirait, par discipline, la typologie des risques encourus »¹¹⁴, car un tel document n'est pas adapté à la situation personnelle à chaque patient.

Une fois de plus, il n'est pas inutile d'attirer l'attention du groupe de travail sur la nécessité de ne pas perdre de vue que la règle relative à la charge de la preuve est une règle procédurale utilisée dans des affaires de responsabilité dans lesquelles le patient invoque l'absence d'information. Aussi devra-t-il s'interroger sur la pertinence de certaines pratiques qui n'envisagent les modalités d'information du patient que comme un moyen de constituer une preuve. Il s'agit généralement de documents remis au patient destinés à l'informer sur les risques prévisibles et qu'on lui demande de signer ; ce sont, en réalité, la plupart du temps des fiches d'autorisation d'opérer¹¹⁵.

Il y aura lieu de veiller à éviter une confusion fréquente entre l'information destinée au patient pour faire un choix (accepter ou refuser les propositions faites) et les hypothèses où la réalisation de ce choix impliquant une intervention pratiquée sur le corps de la personne ou un traitement administré par un professionnel de santé nécessite le recueil de son consentement.

8.7 Quelle est la nature du préjudice indemnisable et donc quelle est l'étendue du droit à réparation ?

Le rôle de l'information étant de permettre au patient de prendre une décision, son absence ne lui a pas permis de prendre parti en connaissance de cause. Son dommage réside dans le fait d'avoir été privé de la possibilité d'un choix éclairé ; s'il avait disposé de tous les éléments, peut-être n'aurait-il pas accepté de subir l'investigation ou l'intervention proposée, parce qu'elle comportait trop de risques.

Mais dans les différentes affaires qui ont donné lieu aux arrêts commentés, la demande du patient portait sur l'indemnisation, non pas tant du défaut d'information en tant que tel, que de « la perte de chance d'éviter les inconvénients pouvant en résulter et qui en sont effectivement résultés »¹¹⁶ ou de « la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé »¹¹⁷, c'est-à-dire du fait de n'avoir pu échapper au dommage dû à la réalisation du risque.

Le préjudice indemnisable est distinct du préjudice résultant du dommage engendré par l'acte médical¹¹⁸. Ainsi que l'a expliqué le commissaire du Gouvernement, Didier Chauvaux¹¹⁹, « il semble difficile de justifier une indemnisation intégrale alors que le défaut d'information, qui n'est pas la cause immédiate de l'accident, a seulement pu conduire le patient à s'y exposer en acceptant l'intervention. C'est seulement dans des cas exceptionnels qu'une décision négative de sa part pourrait être tenue pour certaine. Mais en règle générale, le refus du patient demeurera hypothétique .»

¹¹⁴ C. Daver, *De la relation de confiance à l'obligation d'information : quelques réflexions sur la genèse d'une obligation*, préc.

¹¹⁵ La confusion entre les deux est fort bien décrite par Jean Guigue : J. Guigue, *Par qui et comment le dire ? Le point de vue du juriste*, RGDM, n°5, 2001, p. 223-238.

¹¹⁶ Cass. civ.1^{re}, 20 juin 2000, arrêt n° 1157 : il s'agit du second arrêt *Hédreul* relatif cette fois à la question du préjudice lié au défaut d'information. On reviendra sur ce dernier *infra*.

¹¹⁷ CE, 5 janv. 2000, *consorts Telle*.

¹¹⁸ Il est cantonné « ... à la « part » de celui-ci que le patient aurait, statistiquement parlant, évité s'il avait été en mesure d'exercer un choix éclairé » : C. Guettier, *L'obligation d'information des patients par le médecin*, Resp. civ et ass., juil-août 2002, p. 4-9.

¹¹⁹ D. Chauvaux, préc., p. 27.

De nombreux commentateurs ont mis l'accent sur le caractère empirique de la méthode employée qui a pour conséquence de faire dépendre la réparation du degré d'incertitude caractérisant le choix du patient. Le juge judiciaire et le juge administratif font la balance entre les troubles découlant de l'intervention et ceux qui seraient résultés de l'absence de réalisation de cette opération¹²⁰. Ils prennent également en compte son caractère impératif : plus l'intervention sera jugée indispensable, plus la réparation sera limitée, voire inexistante¹²¹.

Si les auteurs consacrent une partie importante de leurs analyses aux modalités particulières de la réparation du défaut d'information, souvent pour les critiquer, il n'y a pas lieu cependant de s'y attarder outre mesure, car les questions que devra résoudre le groupe de travail ne portent ni sur la responsabilité du fait du défaut d'information, ni sur ses modalités d'indemnisation. Toutefois, l'influence des différentes solutions dont il vient d'être fait état ne devra pas être mésestimée, car le fait qu'elles soient constamment évoquées dans tous les articles aussi bien juridiques que médicaux relatifs à l'information du patient est l'indicateur de la manière d'aborder cette question : par rapport aux professionnels sur qui pèse cette obligation et non en fonction du patient qui en est le bénéficiaire.

Il s'agira de les prendre en considération, non pas pour guider la rédaction des bonnes pratiques, mais pour éviter de les rédiger à l'aune des seules interventions ou gestes invasifs. La loi du 4 mars 2002 a reconnu au bénéfice du patient le droit d'être informé. Or la reconnaissance de ce droit change centralement l'approche de l'information du patient car elle en fait désormais une prérogative positive. Sa finalité est de lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause.

9 Le droit du patient d'être informé reconnu par la loi du 4 mars 2002, condition préalable de toute prise de décision

Rappelons que seulement 20 % de la totalité des articles parus entre 2002 et 2009 sont consacrés à la loi du 4 mars 2002. D'une manière générale, leurs auteurs relèvent que cette loi reconnaît au malade le droit subjectif d'être informé, d'où le lien fréquemment établi entre l'information et la prise de décision : la loi permet « l'exercice d'un « vouloir » individuel

¹²⁰ Pour un exemple récent : CE, 29 oct. 2007, n°0726 40, JCP, éd. Administrations et collectivités territoriales, n° 15, 7 avr. 2008, p. 13, chron. M-L Moquet-Anger : « Considérant que **la faute** commise par les praticiens de l'hôpital **en s'abstenant d'informer M. A des risques de l'opération envisagée** n'a entraîné pour celui-ci que la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé, **la réparation du préjudice devant être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice subis** ; que **le tribunal administratif a**, par son jugement devenu définitif sur ce point, **évalué cette fraction au sixième** . »

¹²¹ En ce sens, par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2002, Gaz. Pal. 14-16 déc. 2002, p. 13-19 ; Droit et patrimoine, n° 118, sept. 2003, p. 111-112, note F. Chabas : « **La violation de l'obligation d'information** incombant au praticien **ne peut être sanctionnée qu'autant qu'il en résulte un préjudice dont l'existence est souverainement constatée par les juges du fond** ; c'est donc à bon droit que la Cour, qui a relevé qu'il **n'était pas démontré qu'informé du risque exceptionnel** tenant à l'acte chirurgical **dont la nécessité était admise** par l'expert **compte tenu du danger inhérent à la présence d'un nodule**, le **patient aurait refusé l'intervention**, en **déduit qu'il ne démontre pas que l'absence d'information lui ait causé un préjudice indemnisable** » ; CE, 27 sept. 2002, arrêt n° 223429, RGDM, n° 9, 2003, p. 242-238, note J. Saison : « **En n'informant pas sa patiente des risques connus de l'intervention** réalisée alors qu'aucune urgence ne rendait impossible cette information, **le centre hospitalier a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité**. Toutefois, **dans la mesure où la fracture** dont souffrait Mme X **nécessitait impérativement un traitement** et qu'il n'existait pas d'alternative thérapeutique moins risquée, **la faute n'a pas entraîné de perte de chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé. Aucune indemnité n'est donc due** . »

garanti comme un droit de la personne »¹²². Mais, ils considèrent fréquemment qu'en la matière, la portée de la loi devrait être modeste¹²³, cette dernière ne faisant que consacrer l'exigence antérieure de l'information du patient¹²⁴. Parce qu'en matière de contenu de l'information, elle se contenterait d'entériner en grande partie les différentes solutions issues de la jurisprudence fondées soit sur le droit des contrats, soit sur le Code de déontologie médicale, ils estiment que la loi n'apporte pas de véritable changement. Cependant, ils ne manquent pas de relever comme un effet positif l'application identique dans le secteur privé comme public de la santé du droit d'être informé ; c'est la définition, par la loi, des conditions¹²⁵ du droit d'être informé qui assure cette unification.

Mais les auteurs admettent parallèlement que la reconnaissance au malade d'un droit subjectif d'être informé est le moyen de garantir son autonomie. Ainsi lui permet-il de prendre une décision fondée sur une information la plus large possible dont le contenu n'est plus, comme par le passé, dépendant de l'appréciation que pourrait en faire le médecin. Désormais titulaire d'un droit d'être informé, c'est le patient seul qui peut décider de ne pas en bénéficier, notamment en demandant à être tenu dans l'ignorance du diagnostic ou d'un pronostic.

S'ils reconnaissent que désormais, l'information du patient ne résulte plus d'un devoir, mais est un droit subjectif, cette nouvelle situation est souvent présentée moins comme un changement des positions respectives des acteurs que sont la personne malade et le médecin que comme une simple transmutation d'un devoir d'information du médecin en droit du patient d'être informé¹²⁶. Ainsi, par exemple, les auteurs remarquent que « ce droit à l'information » étant « déjà présent antérieurement », « la nouveauté tient donc non pas sur le principe, mais sur la définition même du contenu de l'information »¹²⁷ ou bien que « l'obligation d'informer existait déjà pour le médecin dans le code de déontologie mais avec moins de détails »¹²⁸.

Aussi les auteurs repèrent-ils avant tout les éventuelles évolutions induites par la loi par rapport aux solutions antérieures. De leurs analyses, il ressort six grands points : en quoi le contenu légal de l'information est-il ou non différent de celui qui résultait de la jurisprudence ? Le contenu de l'information peut-il être limité à la demande du seul patient ou bien, comme par le passé, par le médecin ? À qui incombe cette information, de quelle manière, et y a-t-il des circonstances pouvant dispenser de la donner ? Comment l'exercice de ce droit s'effectue-t-il pour le mineur ou la personne majeure sous tutelle ? Quelles modalités de preuve sont retenues par la loi ? En quoi consiste l'information du patient après la réalisation des actes lorsque des risques nouveaux sont identifiés ?

¹²² N-J Mazen, *Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical*, RGDM, 2003, n°10, p. 56 et suiv.

¹²³ En ce sens, Michèle Harichaux qui considère qu'en matière d'information, « la portée de la loi semble devoir être modeste » car elle « ... confirme souvent des obligations préexistantes... » : M. Harichaux, *Les droits à l'information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002*, préc., p. 673.

¹²⁴ En ce sens, C. Charbonneau, F-J Pansier, *Présentation du titre II relatif à la démocratie sanitaire*, Gaz. Pal., 1^{er}-4 mai 2002, p. 4-11.

¹²⁵ Cf. notamment M-L Moquet-Anger, *Le droit des personnes hospitalisées*, RD sanit. soc. 38 (4), oct.-déc. 2002, p. 659- 672 : « Les droits des malades ne se distinguent plus selon le mode d'hospitalisation, publique ou privée » ; également M. Harichaux, *Les droits à l'information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002*, préc. p. 674 : « Le droit d'être informé sur son état de santé est reconnu à « toute personne », ce qui vise aussi bien le malade hospitalisé dans un établissement public ou privé... ».

¹²⁶ Cf. nos développements sur la confusion fréquente entre devoir et obligation : *supra* p. 25.

¹²⁷ C. Charbonneau, F-J Pansier, préc., p. 6.

¹²⁸ C. Evin, *Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi du 4 mars 2002*, RGDM, n°10, 2003, p. 9-24.

9.1 Le contenu de l'information fixé par la loi est-il ou non différent de celui qui résultait de la jurisprudence ?

D'une manière générale, les articles mettent en avant deux idées : depuis 1995, l'information du patient existait, mais au titre d'un devoir pesant sur le médecin¹²⁹ édicté par le Code de déontologie médicale et, par ailleurs, la jurisprudence tant civile qu'administrative avait posé « les principes selon lesquels l'information doit être claire, loyale, adaptée [...], que le médecin est tenu d'informer le patient des risques fréquents ou graves, y compris exceptionnels encourus par le traitement proposé »¹³⁰ ; la loi du 4 mars 2002 en a repris les grands principes, sachant que l'accent est mis plus spécifiquement sur l'information sur les risques. Une fois rappelés ces deux points, les auteurs identifient les différences existant entre le contenu de l'information tel qu'il résultait de la jurisprudence et tel qu'il est fixé par la loi.

Une première différence est relevée par les auteurs qui constatent que l'information, si elle porte sur l'état de santé de la personne, ne concerne plus seulement les soins, mais également les « actions de prévention »¹³¹, mais sans en développer outre mesure les conséquences pour cette seconde catégorie de situations¹³².

Ensuite les auteurs font observer que la loi met l'accent sur la dimension qualitative de l'information, puisqu'elle porte sur l'utilité, l'urgence éventuelle, les conséquences des traitements proposés, les alternatives possibles ainsi que sur les conséquences prévisibles en cas de refus ; est ainsi confirmée la finalité de l'information dans la prise de décision, laquelle permet d'apprécier son opportunité en comparant les avantages et les inconvénients des solutions proposées¹³³. L'information sur les conséquences prévisibles en cas de refus vient en appui de tous les autres renseignements, car elle permet de mesurer la portée de l'acte ou de son absence.

Mais c'est à l'information sur les risques que les auteurs s'attachent prioritairement, puisque c'est au sujet de la responsabilité liée à son absence que les questionnements sur le rôle de l'information du patient ont émergé. Ils relèvent que la rédaction du texte est pondérée, la loi étant moins exigeante que la jurisprudence antérieure, puisque l'information porte sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles » et non plus sur les risques exceptionnels. Cette limitation de « l'obligation faite aux professionnels » les conduit donc à penser que le législateur « a souhaité poser le principe d'une information complète, mais utile » sans avoir à « dresser au patient une liste interminable de la totalité des conséquences possibles »¹³⁴.

¹²⁹ Cf. par exemple, Evin, *Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi du 4 mars 2002*, préc. : « L'article 35 du code de déontologie médicale affirmait déjà cette obligation pour le médecin . »

¹³⁰ M-L Moquet-Anger, *Le droit des personnes hospitalisées*, préc., p. 663.

¹³¹ En ce sens par exemple, M-L Moquet-Anger, *Le droit des personnes hospitalisées*, préc., p. 663 ; M. Harichaux, *Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002*, préc., p. 675 ; N-J Mazen, *Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical*, préc.

¹³² On relèvera cependant une exception notoire qui concerne le dépistage du cancer du sein : S. A. Lelièvre, M-L Moquet-Anger, *Communication et responsabilités en matière d'information sur le dépistage du cancer du sein*, RD sanit. soc. 38 (3), mai-juin 2009, p. 480- 496. Précisons toutefois que, *stricto sensu*, **la prévention** vise à diminuer un certain nombre de risques **dans le but d'éviter l'apparition de la maladie** (par exemple, inciter à ne pas fumer permet d'éviter le cancer du poumon du fumeur), tandis que **le dépistage** en médecine, consiste à rechercher une ou plusieurs maladies ou anomalies dites « à risque » chez les individus d'une population donnée, **non pas pour tenter de les empêcher**, mais pour **les traiter au stade le plus précoce possible**.

¹³³ En ce sens, par exemple G. Rebecq, *L'information médicale du patient à la lumière de la loi du 4 mars 2002*, Journal de médecine légale, Droit médical Vol. 47, n°4, p. 83-93.

¹³⁴ C. Charbonneau, F-J Pansier, préc., p. 6. Dans le même sens, M-L Moquet-Anger, *Le droit des personnes hospitalisées*, préc., p. 663 : « le Législateur, sans reprendre expressément les règles jurisprudentielles, a préféré notamment retenir les risques fréquents ou graves normalement prévisibles . »

Alors qu'ils examinent le contenu du droit dont est titulaire le patient, plutôt que de se demander ce qu'il apporte au patient qui en est bénéficiaire, ils mesurent plus souvent en quoi cette rédaction modifie l'obligation des médecins, en en réduisant la portée¹³⁵.

Enfin, certains auteurs se sont penchés sur la formulation, qu'ils jugent maladroite, de « risques fréquents ou graves normalement prévisibles ». Faute d'une virgule après l'adjectif « graves », ils observent que l'on peut comprendre que le législateur vise deux catégories d'informations sur les risques, celles relatives à leur fréquence, et cela indépendamment de leur gravité, celles relatives à leur gravité dans l'hypothèse où ils sont prévisibles¹³⁶.

9.2 Le contenu de l'information peut-il être limité à la demande du seul patient ou bien, comme par le passé, par le médecin ?

La reconnaissance à la personne malade du droit de recevoir les informations du professionnel sur son état de santé a succédé au pouvoir du médecin de ne pas l'en informer en cas de diagnostic ou de pronostics graves. En cohérence avec ce droit dont elle est titulaire, la loi du 4 mars 2002 prévoit que sa demande d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée. Le professionnel de santé ne peut donc pas lui imposer de l'informer sur ces deux points.

Cette règle pose des questions délicates, car le diagnostic de la maladie comme son évolution probable conditionnent le contenu de l'information dont bénéficie la personne, puisqu'en découlent les types de soins envisageables. Ainsi, un commentateur fait-il remarquer avec pertinence que la loi n'exclut de l'information que ces deux éléments, mais pas celui relatif aux traitements ; on peut, dès lors, légitimement considérer qu'il paraît difficile qu'un professionnel de santé puisse « informer le patient sur les traitements qu'il propose et notamment leur utilité sans s'exposer au risque de dévoiler, même indirectement, le diagnostic ou le pronostic »¹³⁷ ; et d'ajouter que, dans ce cas, faute pour le patient d'être informé sur sa situation, cela implique qu'il « s'en remet totalement au médecin ». Mais, bien entendu, « le refus d'être informé ne signifie pas refus d'être soigné ».

La reconnaissance au patient du droit d'être informé est l'outil juridique qui lui permet de décider de la manière dont il estime que ses intérêts seront le mieux servis. Ce n'est plus, comme par le passé, le médecin qui les prend en charge et décide ce qui lui paraît bon pour le patient, notamment en ne lui indiquant pas ce dont il souffre. Aussi les auteurs considèrent-ils que seul le patient peut choisir d'être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic.

Cependant, on relève que les auteurs proposent deux catégories d'analyses : celle consistant à considérer que, désormais « maître du jeu »¹³⁸, le patient, en tant que titulaire du droit d'être informé, est le seul à pouvoir la demander ou la refuser, donc à en

¹³⁵ En ce sens, par exemple M-L Moquet-Anger, *Le droit des personnes hospitalisées*, préc., p. 663 : « Cette formule devrait rassurer le corps médical qui s'inquiétait de se voir imposer une obligation d'informer de risques mal connus, peu fréquents ou dont la réalisation très exceptionnelle n'est guère prévisible .»

¹³⁶ En ce sens, G. Rebecq, *L'information médicale du patient à la lumière de la loi du 4 mars 2002*, préc., p. 86 : « Une telle formulation, avec un critère alternatif, laisse supposer que les risques fréquents, même anodins, doivent être révélés, alors que la jurisprudence n'a toujours visé que les risques graves .» Également, Harichaux *Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002*, préc., p. 676, qui considère que « le médecin doit [...] informer sur les risques "graves" même s'ils ne sont pas fréquents dès lors qu'ils sont normalement prévisibles... ».

¹³⁷ M-L Moquet-Anger, *Le droit des personnes hospitalisées*, préc., p. 664.

¹³⁸ N-J Mazen, *Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical*, préc.

contrôler l'application, ce qui, « contrairement aux règles déontologiques, [...] exclut toute possibilité d'appréciation pour le professionnel de santé »¹³⁹ ; celle qui, tout en reconnaissant sans la moindre réticence que l'information peut être limitée par la volonté du patient, **admet parallèlement** que la loi, si elle ne fait aucune place à la « limitation thérapeutique » de l'information, **soit ne l'a pas remise en cause**¹⁴⁰, **soit l'accepte implicitement**¹⁴¹. Cette interprétation n'est pas fondée sur la disposition relative au refus du patient d'être informé, mais sur celle relative à la délivrance de l'information par tout professionnel de santé « dans le respect **des règles professionnelles** qui lui sont applicables », c'est-à-dire « ... par renvoi à la déontologie »¹⁴².

Sans étudier dans le détail cette dernière disposition dont l'analyse est conduite *infra*, proposons simplement deux remarques, l'une sur sa portée, l'autre sur la philosophie de la réforme introduite par la loi du 4 mars 2002 :

l'expression « **règles professionnelles** » a été sciemment choisie par le législateur afin d'éviter toute référence à la déontologie ;

le droit d'être informé conditionnant l'expression de la volonté de la personne malade, **il est le moyen lui permettant de prendre les décisions la concernant en connaissance de cause.**

À la reconnaissance par le Code de déontologie médicale du pouvoir pour le médecin de ne pas informer la personne malade a succédé **la reconnaissance par la loi du droit pour cette dernière de recevoir les informations du professionnel sachant.** Si le Code de déontologie médicale, source réglementaire, **pouvait comme par le passé constituer une référence juridique** autorisant le médecin à apprécier la capacité du malade à recevoir l'information et à décider éventuellement de ne pas la lui donner, cela aurait pour effet **de mettre en cause l'existence comme le contenu du droit du patient d'être informé légalement établi.** Une telle conséquence empêchant le patient de prendre une décision serait en contradiction totale avec la réforme introduite par la loi du 4 mars 2002.

On retiendra donc que **la première position est la seule à être cohérente avec le but poursuivi par la loi** de reconnaître au patient « le droit de savoir, pour pouvoir décider », pour reprendre la formule des rapporteurs du projet de loi devant l'Assemblée nationale. « La dispense d'information relève désormais de la seule volonté du patient, en fonction de ce qu'il souhaite entendre »¹⁴³ ; **seule la protection d'autrui constitue une limite à la volonté de ne pas être informé**, puisque cette dernière n'a pas à être prise en considération « lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission ».

9.3 À qui incombe l'information du patient, de quelle manière, et y a-t-il des circonstances pouvant dispenser de la donner ?

L'information, qui incombe à tout professionnel de santé, dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables, est délivrée au cours d'un entretien individuel ; seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

¹³⁹ G. Rebecq, *L'information médicale du patient à la lumière de la loi du 4 mars 2002*, p. 87.

¹⁴⁰ A. Laude, *Information et santé, Le droit à l'information du malade*, Sève, hiver 2005, p. 43-51.

¹⁴¹ En ce sens, par exemple, M. Harichaux, *Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002*, préc., p. 680 ; 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.* 14-16 déc. 2003, p. 3-10.

¹⁴² M. Harichaux, *Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002*, préc., p. 680 ; également, 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.* 14-16 déc. 2003, p. 4.

¹⁴³ G. Rebecq, *L'information médicale du patient à la lumière de la loi du 4 mars 2002*, p. 87.

Si tous les articles précisent que chaque professionnel de santé est tenu de délivrer l'information au patient, on constate une fois de plus que, pour la plupart des auteurs, **ce professionnel de santé est incarné par le médecin**. Et, lorsque le professionnel de santé est visé de manière générique, aucune analyse n'est menée ni sur les différentes catégories susceptibles d'intervenir auprès du patient, ni sur le contenu des compétences en question.

En revanche, le passage sur le « **respect des règles professionnelles** » fait l'objet de plusieurs commentaires, mais par référence au seul médecin, **celles-ci étant comprises comme celles du Code de déontologie médicale**. Et certains d'entre eux considèrent qu'elles laissent au médecin **le pouvoir de limiter en conscience l'étendue du droit du patient si cela lui paraît préférable pour ce dernier**.

Seul un auteur¹⁴⁴ a procédé à une analyse approfondie du sens à donner à l'expression « **règles professionnelles** » et, pour la conduire, a pris en considération la genèse de la loi. Sa construction est essentielle à connaître, car elle permet de comprendre en quoi les rédactions successives sont la traduction à la fois des tâtonnements des initiateurs du projet de loi et des critiques dont ces rédactions ont fait l'objet. Elle permet également de mieux comprendre **le manque de cohérence global de la construction finale du texte** relatif au droit du patient d'être informé.

À propos de l'information du patient, le projet de loi précisait qu'elle a pour objectif de « permettre [à toute personne] de disposer de toutes les données nécessaires à la compréhension de sa situation et à éclairer sa prise de décision... »¹⁴⁵. Il ajoutait que « dans le code de déontologie médicale, le principe [de l'information] est affirmé en tant que **devoir du médecin**. Mais **le droit à l'information** relève **d'un principe général qui se doit d'être consacré dans le code de la santé publique**. L'article prévoit donc tout d'abord un droit général pour toute personne à être informée par les professionnels de santé sur son état de santé et aussi sur les soins qui lui sont proposés, sur leurs conséquences et les risques éventuels qu'ils comportent, mais également les solutions alternatives et sur les conséquences éventuelles d'un refus de sa part .»

Le rapport de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale¹⁴⁶, quant à lui, présentait le dispositif sous le titre « Le droit de savoir », estimant que « l'un des droits essentiels du malade [...] est celui d'être informé sur ce qui le concerne au premier chef, c'est-à-dire sur son état de santé. **Au-delà de cette obligation faite au professionnel**, grâce au projet de loi, **l'information du malade** sera désormais **reconnue comme un droit** .»

Toutefois, bien que le projet de loi ait entendu reconnaître un droit au patient, **l'énoncé initial n'était pas rédigé sur le modèle d'un droit subjectif**, puisqu'il précisait que « toute personne **doit**, sauf en cas d'urgence ou d'impossibilité, **être informée** sur son état de santé »¹⁴⁷ et ajoutait plus loin que « cette information est **assurée** par tout **professionnel de santé** ». Rédigé ainsi, ce texte maintenait ce dernier comme acteur principal du processus, **le patient demeurant en position de sujet passif**. C'est un amendement déposé devant

¹⁴⁴ J. Moret-Bailly, *Affirmation d'un droit subjectif et abandon de la régulation déontologique en matière d'information médicale*, Gestions Hospitalières, oct. 2003, p. 641-645.

¹⁴⁵ Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Ass. nat., n° 3258, 5 sept. 2001, p. 20.

¹⁴⁶ C. Evin, B. Charles et J-J Denis, *Rapport au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Titre I, Démocratie sanitaire*, Ass. nat. n°3263, 19 sept. 2001, p. 8.

¹⁴⁷ C. Evin, B. Charles et J-J Denis, *Rapport au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Titre I, Démocratie sanitaire, préc.*, p. 81.

l'Assemblée nationale qui mettra en cohérence l'énoncé avec le choix politique : « Toute personne **a le droit** d'être informée sur son état de santé » ; le rapporteur du texte résumera ainsi la transformation : « Cet amendement vise à reconnaître aux patients un droit à l'information et **pas seulement à obliger les médecins à les informer** . » Le Gouvernement approuvera la modification et une fois adopté le 3 octobre 2001 par l'Assemblée nationale, cet énoncé ne sera plus modifié jusqu'au vote final de la loi.

On peut donc considérer que **cette évolution de la rédaction de l'énoncé** traduit **le changement de modèle opéré par la loi du 4 mars 2002** en ce qui concerne les relations des professionnels de santé et des patients : elle atteste de « l'abandon dans lequel le patient se contentait de consentir aux décisions médicales, et se traduisant, d'un point de vue juridique, par une régulation déontologique, c'est-à-dire renvoyant les décisions relatives à la santé des patients au choix des professionnels, sous le contrôle de leur conscience »¹⁴⁸.

Par ailleurs, sur les modalités d'information, la rédaction de l'énoncé dans le projet de loi était la suivante : « Cette information est assurée par tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui lui sont applicables . » La référence aux règles déontologiques sera supprimée sur proposition de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, parce que « le renvoi au code de déontologie peut conduire, dans certains cas, à restreindre le contenu des informations délivrées », notamment en cas de pronostic grave. Un amendement supprimant ce renvoi sera déposé par le rapporteur. Il sera proposé à l'Assemblée nationale, car « les règles que pose la loi ne sauraient être subordonnées à ce code »¹⁴⁹ . Le Gouvernement est favorable à l'amendement et le texte adopté en première lecture est le suivant : « 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 . »

Mais la référence aux règles déontologiques **sera réintroduite par voie d'amendement** sur la proposition de la commission des affaires sociales du Sénat ; il sera adopté, malgré l'opposition du Gouvernement, par le Sénat le 31 janvier 2002 dans la rédaction suivante : « Les **modalités d'application du présent article** sont fixées pour les professionnels de santé **par leur code de déontologie respectif** et, pour les établissements et réseaux de santé ou tout autre organisme concerné, par décret en Conseil d'État . »

Le projet de loi fut renvoyé en commission mixte paritaire et pour cet article, il fut décidé d'adopter « la rédaction de l'Assemblée nationale **qui ne fait pas référence à l'application par les codes de déontologie** des règles fixées par la loi »¹⁵⁰.

Il apparaît donc que la disparition de la référence au Code de déontologie n'est en rien le fruit du hasard, mais bien la **traduction d'un nouveau modèle** dans lequel **le droit du patient d'être informé** crée à **l'encontre de chaque professionnel une obligation** qui lui incombe. Elle est bornée pour chacun par son domaine de compétences et s'exerce selon les modalités traditionnelles propres à chaque profession. L'auteur ajoute que l'article 35 du Code de déontologie médicale est implicitement abrogé parce qu'il est contraire aux dispositions légales et voit dans le fait que des recommandations de bonne pratique sur la délivrance de l'information soient établies par la HAS¹⁵¹, la confirmation de l'abandon de la régulation déontologique.

¹⁴⁸ J. Moret-Bailly, *Affirmation d'un droit subjectif et abandon de la régulation déontologique en matière d'information médicale*, préc., p. 643.

¹⁴⁹ Assemblée nationale, compte rendu intégral, 2^e séance du 3 octobre 2001, JO débats, p. 5444.

¹⁵⁰ C. Evin, F. Giraud, *Rapport au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Ass. nat. n°3587, Sénat n°220, 8 fév. 2002, p.20.

¹⁵¹ L'Anaes au moment de l'adoption de la loi du 4 mars 2002.

L'information délivrée au patient n'est pas standardisée¹⁵², mais appropriée à sa situation, d'où la nécessité d'un entretien individuel mis en exergue par tous les auteurs. Certains considèrent que c'est un moyen d'adapter l'information aux souhaits du patient de « connaître ou d'être laissé dans l'ignorance des modalités pratiques de l'intervention »¹⁵³. De même estiment-ils que la remise de documents d'information types n'est pas à exclure, dès lors qu'elle ne se substitue pas à l'information personnalisée tenant compte des particularités du patient.

Enfin, les articles relèvent que *l'urgence* ou *l'impossibilité d'informer le patient*, qui seules justifient que l'obligation du professionnel n'est pas due, sont **de nature objective**. Elles ne laissent « ... pas de marge d'appréciation au médecin, contrairement au code de déontologie et cette différence est importante à souligner »¹⁵⁴; aussi « l'empêchement de donner l'information... » dans ces hypothèses « devra être prouvé »¹⁵⁵.

L'urgence doit être comprise de manière stricte et l'on ne peut assimiler à l'urgence le caractère indispensable d'un acte ou d'une intervention; quant à l'impossibilité, elle vise le cas du malade inconscient.

9.4 Comment l'exercice de ce droit s'effectue-t-il pour le mineur ou la personne majeure sous tutelle ?

Ce n'est que de manière cursive que le droit d'être informé du mineur et du majeur sous tutelle est abordé par les auteurs, seuls deux articles leur étant consacrés de manière approfondie. On abordera successivement ces deux situations, en ne perdant jamais de vue que le mineur comme le majeur sous tutelle sont les titulaires du droit d'être informé.

Ce sont les modalités de leur représentation et donc l'exercice de ce droit par un représentant qui sont source de difficultés, sachant que l'un et l'autre sont titulaires d'un droit supplémentaire. En effet, si leur représentant reçoit l'information, ils ont « le droit de recevoir eux-mêmes une information [...] de manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle ». On a donc affaire à deux catégories de droits : le droit d'être informé sur l'état de santé de l'un comme l'autre dont le contenu est complet et est exercé par leur représentant et le droit de recevoir en propre une information dont le contenu est adapté à leur situation, mais sans qu'il soit défini par la loi.

Et à cette difficulté s'en ajoute une autre, celle de **l'évocation de la prise de décision dans le texte relatif au droit d'être informé**. On le sait, et les initiateurs de la loi n'ont cessé de le répéter, la fonction de l'information est de permettre un choix en connaissance de cause. Aussi la loi a-t-elle distingué les énoncés relatifs au droit de la personne d'être informée de ceux relatifs à l'expression de la volonté de la personne, qui en est la suite logique. En revanche, tel n'est pas le parti adopté s'agissant du mineur et du majeur sous tutelle, pour lesquels l'information et la décision ont été intriquées dans le même énoncé. Il est vraisemblable que cette rédaction s'explique par le cumul du droit du titulaire, exercé pour ces deux catégories de personnes par leur représentant, et de leur droit de recevoir une information adaptée à leurs capacités de compréhension dans l'objectif de leur permettre de prendre part à la décision les concernant.

¹⁵² En ce sens N-J Mazon, *Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical*, préc.

¹⁵³ C. Charbonneau, F-J Pansier, préc., p. 8.

¹⁵⁴ C. Evin, *Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi du 4 mars 2002*, p. 15.

¹⁵⁵ C. Evin, *ibid.*; également M. Harichaux, *Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002*, préc., p. 679.

En ce qui concerne le mineur¹⁵⁶, la règle est *l'exercice du droit d'être informé* par « **les titulaires de l'autorité parentale** », si bien qu'il faut se reporter à la loi n° 2002-3 05 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale pour déterminer à la fois comment elle est désormais conçue et qui ils sont¹⁵⁷. Cette loi la fonde sur *l'intérêt de l'enfant* ; elle leur « appartient [...] pour le **protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité**, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »¹⁵⁸. Elle a en outre promu deux idées qui ont des conséquences en matière de soins du mineur : la coparentalité et les droits du mineur en tant qu'enfant.

L'exercice du droit d'être informé du mineur est donc soumis à plusieurs types de tensions éventuelles : entre les titulaires de l'autorité parentale et entre ces derniers et le mineur. Elle « appartient aux *père et mère* jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant... » qui « l'exercent en commun »¹⁵⁹ sachant que « *la séparation des parents est sans incidence* sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale »¹⁶⁰ et qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, *chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre*, quand il fait seul un *acte usuel* de l'autorité parentale *relativement à la personne* de l'enfant »¹⁶¹.

Le fondement de ces principes est le suivant : ne pouvant pas exprimer leur volonté en raison de leur immaturité, les mineurs ne peuvent pourvoir seuls à leurs intérêts ; ce **sont donc leurs parents** (ou le parent à l'égard duquel la filiation de l'enfant a été établie, lorsqu'elle ne l'est qu'à l'égard d'un seul de ses parents¹⁶², le tuteur, en cas de décès ou de déchéance de l'autorité parentale de ces derniers) qui **prennent les décisions en leur nom**. Toutefois, tenant compte de la Convention des Nations unies du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, qui prévoit que ce dernier a le droit d'exprimer son opinion, le Code civil prévoit que « les parents **associent l'enfant aux décisions qui le concernent**, selon **son âge** et son **degré de maturité** »¹⁶³.

La loi du 4 mars 2002 a transcrit ces règles dans le Code de la santé publique. Le principe est que les droits du mineur sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale (père et/ou mère ou tuteur) dans son intérêt. S'agissant des décisions relatives à sa santé, **ceux-ci reçoivent l'information** (sur l'état de santé du mineur, les investigations et les traitements envisagés, les bénéfices et risques attendus, etc.). Dans l'hypothèse où le mineur a ses deux parents, **une difficulté peut naître de ce que souvent seul l'un des deux l'amène en consultation**. Or la coparentalité postule le partage de l'autorité parentale entre les deux parents. Cependant, la présomption¹⁶⁴ selon laquelle chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre permet de présumer l'accord parental, ce qui est le plus souvent le cas. Cette présomption reconnaît à chaque parent la faculté d'agir individuellement. En outre, elle permet pour les tiers, ici le professionnel de santé qui recevrait un mineur accompagné d'un seul de ses parents, de n'avoir pas à se préoccuper de l'accord de l'autre parent.

Néanmoins, **cette présomption d'accord ne concerne que les actes usuels**. Et, dans la mesure où la délivrance de l'information conditionne la prise de décision, cela signifie que si

¹⁵⁶ Défini par l'article 388 du Code civil : « Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis . »

¹⁵⁷ F. Dekeuwer-Defossez, *L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner*, RGDM, n°12, 2004, p. 99-104.

¹⁵⁸ Article 371-1 al. 2 du Code civil.

¹⁵⁹ Article 372 al. 1 du Code civil.

¹⁶⁰ Article 373-2 al. 1 du Code civil.

¹⁶¹ Article 372-2 du Code civil.

¹⁶² Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un seul de ses parents, ce dernier exerce seul l'autorité parentale. Toutefois, si la filiation est établie à l'égard d'un parent plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation a déjà été établie à l'égard de l'autre parent, l'autorité parentale sera exercée par le premier parent qui aura reconnu l'enfant. Mais elle peut être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des parents devant le greffier en chef du tribunal ou sur décision du juge.

¹⁶³ Article 371-1 al. 3 du Code civil.

¹⁶⁴ Dont la fonction est de protéger les tiers.

l'état de santé du mineur nécessite des soins qui ne relèvent pas de la catégorie des actes usuels, les deux parents reçoivent l'information, puisque la prise de décision qui en découle sera commune.

Une difficulté est relevée en ce qui concerne l'application du droit du mineur de refuser d'être informé : certes, la loi postule que les principes applicables au droit d'être informé doivent être appliqués à ce droit ; cependant, « on peut douter de la réelle symétrie des hypothèses »¹⁶⁵, car « si le mineur peut assurément refuser de recevoir l'information, il n'est pas du tout certain que les parents aient cette faculté » dans la mesure où ce serait nuisible à l'enfant, alors que l'autorité parentale s'exerce dans son intérêt.

Mais l'exercice, par les titulaires de l'autorité parentale, du droit du mineur d'être informé, trouve une limite dans les dispositions de l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique. Explicitons d'abord ce renvoi, avant de rendre compte de quelques analyses sur ce point. Selon cet énoncé, les titulaires de l'autorité parentale « reçoivent l'information [...] sous réserve de l'article L. 1111-5 ». Cette réserve¹⁶⁶ concerne l'hypothèse où le mineur **consulte un médecin sans ses parents** parce qu'il souhaite que le secret sur sa santé soit gardé à leur égard. Elle est ***l'extension à tous types d'interventions s'imposant pour sauvegarder la santé d'un mineur*** de la règle autorisant la femme mineure qui demande une interruption volontaire de grossesse à garder le secret sur cette demande¹⁶⁷.

Cette disposition est une mesure de transaction entre la règle selon laquelle les titulaires de l'autorité parentale, parce qu'ils sont chargés de protéger le mineur dans sa santé, sont considérés comme les plus aptes à prendre les décisions le concernant et l'idée que, au fur et à mesure qu'il avance vers sa majorité¹⁶⁸, le mineur est susceptible de savoir quelle décision il considère comme pertinente pour lui. Mais dans les deux cas de figure, **c'est le mineur qui est titulaire du droit d'être informé** pour la prendre, et **non pas ses représentants, titulaires de l'autorité parentale**.

De ce point de vue, on relèvera avec intérêt que, dans cette seconde hypothèse, certains commentateurs présentent le droit du mineur d'être informé comme limitant celui de ses parents, confondant ainsi le titulaire du droit – le mineur – avec ceux qui l'exercent¹⁶⁹. Cette

¹⁶⁵ F. Dekeuwer-Defossez, *L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner*, préc., p. 101.

¹⁶⁶ Selon ce dernier « par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin **peut se dispenser d'obtenir le consentement** du ou des **titulaires de l'autorité parentale** sur **les décisions médicales à prendre** lorsque **le traitement** ou **l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure**, dans le cas où cette dernière **s'oppose expressément à la consultation** du ou des titulaires de l'autorité parentale **afin de garder le secret sur son état de santé**. Toutefois, le médecin doit **dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur** à cette **consultation**. Dans le cas où le mineur **maintient son opposition**, le médecin **peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention**. Dans ce cas, le **mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix**. » Précisons que l'article du Code civil visé par ce texte est celui en vigueur au moment de la rédaction de la loi relative aux droits des malades. Mais celle sur l'autorité parentale, également du 4 mars 2002, a modifié les vises ; il s'agit désormais de l'article 371-1 du Code civil.

¹⁶⁷ Article L. 2212-7 al. 2 du Code de la santé publique : « Si **la femme mineure** non émancipée **désire garder le secret**, le médecin **doit s'efforcer**, dans l'intérêt de celle-ci, **d'obtenir son consentement** pour que **le ou les titulaires de l'autorité parentale** ou, le cas échéant, le représentant légal **soient consultés** ou doit vérifier que cette démarche a été faite lors de l'entretien mentionné à l'article L. 2212-4. Si **la mineure ne veut pas effectuer cette démarche** ou si le consentement n'est pas obtenu, **l'interruption volontaire de grossesse** ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés **peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée**, présentée dans les conditions prévues au premier alinéa. Dans ce cas, **la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix**. »

¹⁶⁸ Dans sa présentation de cette disposition, le projet de loi vise « certaines situations rares mais qui peuvent entraîner des difficultés graves dans la prise en charge des **adolescents** » : projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, préc., p. 23.

¹⁶⁹ Par exemple, G. Rebecq, *L'information médicale du patient à la lumière de la loi du 4 mars 2002*, préc., p. 85 : « L'article L. 1111-5 du code de la santé publique apporte une réserve importante au **droit à l'information des parents** lorsque le mineur s'oppose expressément à ce que ceux-ci soient informés » ; également, F. Dekeuwer-Defossez, *L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner*, préc., p. 101 : « Sans anticiper sur les difficultés que pose cette faculté au stade des soins, on peut immédiatement relever les incohérences graves qu'elle suscite quant au **droit à l'information des parents**. »

confusion est sans doute due à un glissement de sens entre le droit d'être informé du mineur exercé par ses représentants et le fait que ces derniers, quand leur enfant entend garder le secret sur son état de santé, n'étant pas mis au courant de sa situation, n'en sont pas informés.

Enfin, le mineur est titulaire du droit de recevoir personnellement une information, mais d'une manière adaptée à son degré de maturité. Un auteur fait observer que la formule utilisée— qui se réfère au degré de maturité du mineur — n'est pas celle de l'article 388-1 du Code civil qui utilise celle de mineur « capable de discernement »¹⁷⁰. Toutefois, la disposition en question régit les cas dans lesquels le mineur peut être entendu par le juge dans des procédures le concernant et dont le résultat serait susceptible de nuire à ses intérêts, alors que s'agissant de soins éventuels, on a affaire à des décisions prises dans son intérêt ; ceci explique que l'énoncé du Code de la santé publique se soit référé à la règle du Code civil qui prévoit l'association par ses parents de l'enfant aux décisions qui le concernent, « selon son âge et son degré de maturité »¹⁷¹.

En ce qui concerne le majeur sous tutelle¹⁷², si la loi du 4 mars 2002 ne vise que lui, c'est parce que la personne sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits, de même que la personne sous curatelle a le pouvoir d'exercer elle-même ses droits. D'une part, seul un article¹⁷³ est consacré spécifiquement aux questions de l'usager de santé majeur incapable, d'autre part, il y aura lieu de vérifier l'incidence de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, sur l'interprétation à donner aux règles relatives à son information. Elle n'est entrée en vigueur qu'en janvier 2009, si bien qu'une interrogation ultérieure des bases de données juridiques sera nécessaire afin de vérifier si des articles sont ou non consacrés à cette question.

Quelques points peuvent d'ores et déjà être utilement rappelés. Tout d'abord, les mécanismes juridiques relatifs au mineur s'appliquent de la même façon au majeur sous tutelle : c'est lui qui est titulaire du droit d'être informé et c'est son tuteur qui exerce ce droit ; c'est donc ce dernier qui reçoit l'information. Comme le mineur, le majeur sous tutelle reçoit une information adaptée, dans son cas à ses facultés de discernement. À la différence du mineur, ce n'est pas la maturité qui s'acquiert progressivement, mais la capacité à émettre un jugement lucide qui fonde le droit à cette information adaptée.

Contrairement à une idée largement répandue, la tutelle des majeurs telle qu'elle avait été organisée par la loi 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs ne se limitait pas à la seule protection de ses biens, mais prévoyait également la prise en considération de la personne du majeur. En effet, si la tutelle du majeur a essentiellement pour fonction de permettre de prendre des décisions relatives à des actes juridiques, le Code civil renvoyait expressément aux règles de la tutelle des mineurs qui prévoyaient que le tuteur « prend soin de la personne » du représenté. Toutefois, cette règle est restée globalement méconnue. Elle était difficilement identifiable, car elle n'était pas énoncée en tant que telle, mais était déduite d'un renvoi par ailleurs non explicite aux règles de la tutelle des mineurs : « Sont aussi applicables dans la tutelle des majeurs les règles prescrites dans

¹⁷⁰ G. Rebecq, *L'information médicale du patient à la lumière de la loi du 4 mars 2002*, p. 85.

¹⁷¹ Article 371-1 al. 3 du Code civil.

¹⁷² D'une part, aux termes de l'article 415 al. 1 du Code civil, « les personnes majeures **reçoivent la protection de leur personne** et de leurs biens que **leur état ou leur situation** rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre » ; d'autre part, aux termes de l'article 425 al. 1 du Code civil, « toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts **en raison d'une altération**, médicalement constatée, soit **de ses facultés mentales**, soit **de ses facultés corporelles** de nature à **empêcher l'expression de sa volonté** peut bénéficier **d'une mesure de protection juridique...** » ; enfin, aux termes de l'article 440 du Code civil, « la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, **doit être représentée d'une manière continue** dans les **actes de la vie civile**, peut être placée en **tutelle** ».

¹⁷³ J. Hauser et J.-M. Plazy, *L'usager incapable*, *Gérontologie et société*, n° 115, décembre 2005, p. 101-115.

les sections 2, 3 et 4 du chapitre II, au titre dixième du présent livre, pour la tutelle des mineurs, à l'exception toutefois de celles qui concernent l'éducation de l'enfant...»¹⁷⁴.

Le système issu de la loi du 5 mars 2007 est désormais sans ambiguïté : lorsqu'une mesure de protection est prise par le juge, celle-ci, sauf s'il en est disposé autrement, « est destinée à la protection **tant de la personne** que des **intérêts patrimoniaux** de celle-ci »¹⁷⁵.

Enfin, précisons que le tuteur représente le majeur sous tutelle dans les actes de la vie civile, dont la conséquence juridique est l'engagement de ce dernier. En revanche, **les différentes questions qui ont trait à l'état de santé** d'une personne malade qui requiert des soins **ne** relèvent pas de la catégorie des actes juridiques, mais des prises de décision dans l'intérêt de sa personne, alors qu'elle n'est pas nécessairement en mesure ni de recevoir une information adéquate, ni de prendre une décision la concernant ; si bien que dans ces cas de figure, c'est souvent moins d'une représentation qu'il s'agit que d'une substitution en raison de la difficultés souvent fréquente de savoir ce souhaiterait la personne.

9.5 Quelles modalités de preuve sont retenues par la loi ?

D'une manière générale, les auteurs indiquent, sans plus de précision, que la loi du 4 mars 2002 reprend la solution retenue par la Cour de cassation en matière de charge de la preuve : c'est au professionnel ou à l'établissement de santé qu'il appartient d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à la personne et cela par tous moyens¹⁷⁶.

Toutefois, quelques-uns s'interrogent sur les modalités pratiques de la constitution de cette preuve. Ils font observer que la loi prévoit que la délivrance de l'information se fait dans le cadre d'un entretien individuel ; aussi considèrent-ils que la remise au patient de documents écrits, plus particulièrement par les médecins pratiquant des actes à risque (anesthésie, chirurgie, endoscopie)¹⁷⁷, assortie d'une injonction de les signer ne saurait en soi administrer la preuve de l'information spécifique qui a été donnée au patient eu égard à son état de santé. Ces documents qui fournissent des informations génériques concernent des actes nécessitant une intervention sur le corps de la personne et anticipent la future prise de décision du patient. Ils administrent moins la preuve du contenu de ce qui a lui été indiqué que de l'accord donné par le patient d'accepter la réalisation de l'intervention ou du traitement.

Ainsi, un auteur¹⁷⁸, après avoir rappelé que tous les modes de preuve sont recevables (indices, témoignages et même présomptions), donne un exemple intéressant d'un de ces écrits « de plus en plus utilisé par le corps médical, sous la forme de document-type signé par le patient » : il s'agit d'un document relatif à une intervention chirurgicale dans lequel le patient reconnaît avoir reçu de son chirurgien l'information souhaitée concernant l'évolution spontanée des troubles ou de la maladie dont il souffre au cas où il ne se ferait pas opérer et avoir été informé des risques auxquels il s'expose en se faisant opérer, de même que les bénéfices attendus ; il reconnaît aussi avoir été informé que toute intervention chirurgicale

¹⁷⁴ Article 495 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007 qui précisait que « sont aussi applicables dans la tutelle des majeurs les règles prescrites par les sections 2, 3 et 4 du chapitre II, au titre dixième du présent livre, pour la tutelle des mineurs, à l'exception toutefois de celles qui concernent l'éducation de l'enfant et, en outre, sous les conditions qui suivent ». Le titre dixième s'intitulait « de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation » ; le chapitre II était consacré à la « tutelle » et ses sections 2, 3 et 4 respectivement à « l'organisation de la tutelle », à son « fonctionnement » et aux « comptes de la tutelle ». Et parmi ces règles, l'article 450 du Code civil précisait que « le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils, ... ».

¹⁷⁵ Article 425 al. 2 du Code civil.

¹⁷⁶ En ce sens, par exemple, C. Charbonneau, F-J Pansier, *Présentation du titre II relatif à la démocratie sanitaire*, préc., p. 8 ; M-L Moquet-Anger, *Le droit des personnes hospitalisées*, préc., p. 664.

¹⁷⁷ En ce sens, A. Laude, *Information et santé, Le droit à l'information du malade*, préc., p. 48.

¹⁷⁸ G. Rebecq, *L'information médicale du patient à la lumière de la loi du 4 mars 2002*, préc., p. 87 et note 52.

comporte un certain pourcentage de complications et de risques, y compris vitaux, tenant non seulement à la maladie dont il est affecté, mais également à des variations individuelles, non toujours prévisibles. Il précise enfin avoir été prévenu que, si le chirurgien découvrait quelque chose d'imprévu, le patient l'autorisait à effectuer tout acte qu'il estimerait nécessaire ainsi qu'il acceptait les modifications de méthodes qui pourraient s'avérer nécessaires pendant l'intervention.

Cet exemple est particulièrement éclairant parce qu'il mélange les étapes : il s'agit moins de mettre à la disposition du patient l'ensemble des éléments d'information susceptibles de lui permettre de prendre une décision que d'anticiper le déroulement de l'intervention qui nécessite que le médecin ait recueilli le consentement du patient. En outre, les formules utilisées sont stéréotypées et ne précisent nullement le contenu de l'information qui a été effectivement donnée au patient. La diffusion de ce genre de document étant très répandue, il sera particulièrement important de rechercher des solutions qui permettent d'éviter ce type de confusions.

9.6 En quoi consiste l'information du patient après la réalisation des actes, lorsque des risques nouveaux sont identifiés ?

C'est parce que l'expression de la volonté d'une personne est dépendante des renseignements dont elle dispose, que la loi a adopté dans le champ des pratiques médicales des règles de principe qui font de l'information du partenaire la condition *sine qua non* de son acceptation ou de son refus : aucune personne ne saurait prendre une décision la concernant sans en connaître les tenants et aboutissants. Aussi, cette information précède-t-elle la décision puisqu'elle la conditionne. La loi, dans l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, fixe le contenu du droit subjectif reconnu à la personne – d'où la structure linguistique du texte qui s'adresse au titulaire du droit – en l'occurrence l'information que la personne est en droit d'attendre.

Mais dans ce même article, et à la suite de cet énoncé, le texte ajoute : « lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver .» Cet énoncé est sans cohérence avec le précédent, puisqu'il entend résoudre la question de nouveaux risques identifiés, mais qui au moment où sont intervenus les soins, les investigations, les actions de prévention étaient inconnus : par hypothèse, ils ne pouvaient pas faire l'objet d'une information quelconque.

À l'évidence, le droit de la personne d'être informée avant toute décision ne peut inclure une communication sur des risques inconnus. C'est du reste pour cette raison que cet énoncé est construit, par référence non plus à la personne, mais au professionnel de santé, puisque ce texte fixe un devoir pesant sur chacun d'entre eux : la personne concernée, dit le texte, « doit » être informée de ces nouveaux risques.

Il est surprenant que ce membre de phrase ait été ajouté dans la continuité de l'énoncé fixant le droit de toute personne d'être informée avant toute décision, alors qu'il est sans lien logique avec ce droit. Il est le fruit d'une rédaction initiale qui a été en grande partie écartée après le passage du projet de loi devant le Conseil d'État. Dans sa première version, l'énoncé relatif à l'information elle-même était décomposé en trois paragraphes successifs tous construits selon la même structure : « toute personne doit être informée... » sur les différents points que la loi actuelle vise ; « cette information due par tout professionnel... doit être intelligible... Elle doit être délivrée préalablement à l'expression du consentement aux soins et doit être renouvelée aussi souvent que nécessaire » ; « toute personne doit également être informée des conséquences des investigations, traitements ou actions de prévention qui ont été effectués et des risques qu'ils comportent, quelle que soit la date à

laquelle ces risques sont identifiés, sauf en cas d'impossibilité de retrouver la personne concernée ».

Deux caractéristiques de cette rédaction peuvent être mises en évidence : d'une part, l'information est conçue comme un devoir pesant sur le professionnel de santé ; d'autre part, elle exprime une conception en continu de l'information qui est délivrée avant la prise de décision, puis renouvelée si nécessaire et enfin qui porte sur les conséquences des actes pratiqués ainsi que sur les risques qu'ils comportent.

On l'a déjà dit, le projet de loi conserva la rédaction déontique propre au Code de déontologie médicale et ce n'est qu'au stade du rapport que la structure du texte fut modifiée et l'information reconnue comme un droit dont la personne est titulaire. Toutefois, la rédaction relative à l'information postérieure à la réalisation des actes fut maintenue sous la forme d'un devoir, si bien que cet énoncé n'est pas en cohérence avec celui relatif à l'information antérieure aux actes. Par ailleurs, cette information postérieure ne porte plus sur les conséquences des actes réalisés et ses risques potentiels, mais sur les risques nouveaux qui auraient été identifiés, ce qui n'est pas la même chose.

En effet, l'énoncé définitivement adopté ne porte pas sur les effets des actes de prévention, d'investigations ou de soins réalisés, voire les risques générés par les soins reçus, mais sur les situations où l'état des connaissances a évolué. Dans la version initiale l'information a *posteriori* concernait aussi bien les modifications apportées par les actes médicaux (par exemple, il a été amputé, il est soigné pour un cancer, toutes situations qui changent sa vie), que les risques générés par les soins reçus (cas des personnes irradiées à la suite de radiothérapies). Aux termes de la version en vigueur, l'information porte sur les risques nouveaux identifiés¹⁷⁹. Inconnus au moment du diagnostic, par hypothèse la personne ne pouvait pas en être informée ; de nouvelles connaissances étant susceptibles de modifier l'approche de la prévention, des soins ou sa pertinence, il est nécessaire que toute personne ayant fait l'objet d'actes dans ce cadre en soit informée. C'est en ces termes que, par exemple, s'est posé le traitement hormonal substitutif de la ménopause¹⁸⁰.

Bien que la présente analyse ne porte que sur les articles parus entre 2000 et 2009, il nous a paru cependant important de porter à la connaissance du groupe l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 2 septembre 2009¹⁸¹. Cet arrêt a estimé que, si les établissements de santé, publics ou privés, sont tenus de communiquer sur la demande de la personne qui a reçu les soins¹⁸², les informations contenues dans leur dossier médical, « ces dispositions ne dispensaient pas le service public hospitalier, en cas d'identification de risques nouveaux postérieurement à l'exécution d'une investigation, de l'obligation, désormais consacrée à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, d'en informer la personne concernée ». Cet arrêt est d'autant plus intéressant que cette règle n'existait pas au moment des faits et qu'il ne s'agit pas de l'identification de risques nouveaux. En effet, c'est l'absence de communication spontanée d'un compte rendu rédigé après que le patient eut quitté l'hôpital et qui préconisait de nouveaux examens qui constitue la faute de l'hôpital.

¹⁷⁹ C'est au risque de contamination du VIH par transfusion durant la période d'absence de dépistage des donneurs qu'a songé le législateur.

¹⁸⁰ En ce sens, A. Laude, Information et santé, *Le droit à l'information du malade*, préc., p. 45 : « ... le professionnel est désormais tenu d'avertir l'utilisateur des risques nouveaux découverts après la fin de la relation de soins et dont l'existence était jusque là inconnue. Si cette disposition a été appliquée, notamment dans le cas des THS, on a vu qu'elle soulevait certaines difficultés. Elle peut notamment avoir un caractère anxiogène pour le patient qui se verra informé très longtemps après, par exemple de la découverte de risques cancérigènes du traitement prescrit... »

¹⁸¹ CE 2 sept. 2009, Mme A., n°292783, RD sanit. soc., janv.-févr., 2010 p. 104-110, note F. Dieu.

¹⁸² A l'époque des faits, en 1999, l'accès se faisait par l'intermédiaire du praticien qu'elle désignait.

On peut donc constater que l'interprétation proposée par le Conseil d'État est beaucoup plus large que celle du texte lui-même sur lequel il s'appuie. En effet, ce n'est ***ni l'absence d'information sur les conséquences du diagnostic, ni l'absence d'information sur les risques nouveaux*** que vise l'arrêt du Conseil d'État, mais l'absence de communication du diagnostic, absence qui a entraîné des conséquences fâcheuses pour le patient.

Relevons en conclusion que la règle relative à l'obligation d'informer le patient postérieurement aux actes réalisés s'apparente à une obligation de déclaration à rapprocher de la règle qui prévoit qu'« en cas de risques pour la santé publique ou pour la santé d'une personne dus à une anomalie survenue lors d'investigations, de traitements ou d'actions de prévention, l'autorité administrative peut mettre en demeure les professionnels, organismes ou établissements qui ont effectué ces investigations, traitements ou actions de prévention de procéder à l'information des personnes concernées s'il apparaît que cette information n'a pas été délivrée conformément à l'article L. 1111-2 »¹⁸³.

Ce texte donne le pouvoir à l'autorité sanitaire d'adresser une mise en demeure aux acteurs de santé d'informer la personne pour qui des risques sont à craindre en raison d'une carence de leur part dans l'exécution aussi bien d'actes de prévention que d'investigation ou de soins ; le texte utilise le terme « d'anomalie » et non pas celui d'anormalité. Le choix de ce terme plutôt que du second n'est vraisemblablement pas le fait du hasard. En effet, ce terme qui vient du grec *anomalía* signifie irrégularité, aspérité ; s'il est souvent confondu avec le mot « anormalité », il n'a pas ce sens car, à la différence de ce dernier, il n'implique pas de référence à une valeur sous-entendant un écart à la norme¹⁸⁴.

On proposera donc d'interpréter ce texte dans le sens suivant : lorsque la réalisation d'un de ces actes présente un caractère aberrant sans qu'il soit pour autant possible de ce seul fait de le considérer comme incorrect ou anormal, mais laisse augurer un risque pour la santé de la personne, il paraît judicieux de l'en avertir. C'est pour cette raison que ce texte est intégré dans le dispositif d'alerte sanitaire. Toutefois, c'est le contenu de l'injonction qui est problématique : elle porte sur le devoir pour le professionnel d'informer la personne, dans la mesure où il ne l'aurait pas délivrée, « conformément à l'article L. 1111-2 ».

Le renvoi à l'article L. 1111-2 sans plus de précision rend l'interprétation malaisée. En effet, on voit mal comment le professionnel aurait pu délivrer *a priori* une information sur les conséquences d'un acte non réalisé ! Et, si cette référence vise la seconde partie de l'énoncé de l'article L. 1111-2 relative à l'information *a posteriori*, il y a incohérence entre ces deux énoncés : l'identification de risques nouveaux inconnus jusqu'alors n'est pas du même ordre que la mise en évidence des conséquences aberrantes de l'activité d'un professionnel de santé.

De l'analyse conjuguée des articles médicaux et juridiques se dégagent les grands types de questions auxquelles le groupe de travail sera confronté et pour lesquelles il aura à trouver des réponses, dont on rappelle qu'elles sont bornées par la loi du 4 mars 2002. Elles sont brossées à grands traits dans l'objectif de constituer une aide pour les échanges et les propositions du groupe pour leur rédaction.

¹⁸³ Article L. 1413-13 du Code de la santé publique.

¹⁸⁴ On doit à Canguilhem les explications les plus éclairantes sur la confusion fréquente entre « anomalie » et « anormalité », en raison dit-il d'une méprise sur l'étymologie du terme anomalie que l'on fait dériver non pas de *omalos* – uni, égal, lisse – mais de *nomos* – règle, loi – : G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, PUF, coll. Galien, 1966, p. 76-95.

10 Les grands types de questions que le groupe de travail aura à régler

Rappelons en premier lieu l'énoncé qui sera la base du travail du groupe ; il s'agit de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique :

« Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.

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.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.

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.

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. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.

Des recommandations de bonne pratique sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.

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 .»

La **trame des recommandations découlera de ce texte même** qui lui servira de point d'appui ; cette constatation permet, d'ores et déjà, de prévoir que le groupe de travail aura à traiter les points suivants :

rédiger ces recommandations en ne perdant jamais de vue qu'il s'agit d'un **droit subjectif** dont la personne malade est titulaire ;

fixer le **contenu de l'information délivrée** ;

déterminer **par qui elle est délivrée**, en tenant compte notamment de la multiplicité des acteurs, de leurs interventions successives en veillant à articuler les informations reçues par le patient ;

rappeler que la **délivrance de l'information est orale**, mais ne pas perdre de vue de faire des propositions visant à articuler le rôle de l'information orale spécifique et celui de documents écrits d'information générale ;

expliciter les **modalités de délivrance de l'information au mineur**, sachant qu'il faudra tenir compte de deux points : d'une part, combiner la règle de représentation du mineur par ses parents avec son droit de recevoir des informations dont les modalités tiennent compte de sa maturité et d'autre part, combiner l'exercice par les parents des droits du mineur en matière d'information avec les cas de figure où il s'est adressé à un médecin pour être soigné et lui a demandé de « garder le secret sur son état de santé » ;

expliciter les **modalités de délivrance de l'information au majeur sous tutelle**, sachant que, comme pour le mineur, c'est le représentant légal qui reçoit l'information et que ce majeur a également le droit de recevoir une information adaptée à ses facultés de discernement ; les propositions qui seront faites devront en outre tenir compte de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs (applicable depuis le 1^{er} janvier 2009 dans toutes ses dispositions) qui a introduit un principe général selon

lequel « **la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet** » ;

prendre en considération le **rôle de la personne de confiance**, notamment, parce qu'elle peut accompagner le patient et recevoir l'information en même temps que ce dernier, bien que l'article L. L1111-2 du Code de la santé publique ne s'y réfère pas ;

proposer des **modalités de preuve** dans l'objectif de faire en sorte, à la fois, **qu'elles n'aient pas pour effet paradoxal de se transformer en une contrainte pour le patient** et qu'elles **soient fiables pour les professionnels de santé** qui auraient à l'administrer dans l'hypothèse où un patient leur ferait le reproche de ne pas avoir été informé correctement et suffisamment ;

aborder la question de l'information a posteriori en cas de nouveaux risques identifiés prévue par l'article L. 1111-2 al. 1, en sachant que cette règle n'est pas en cohérence avec l'ensemble des autres alinéas relatifs à l'information préalable à toute décision, dans l'objectif de permettre au patient de **prendre une décision le concernant en en connaissant les tenants et aboutissants**.

10.1 Premier point : rappeler que la personne malade est titulaire du droit d'être informée

L'accent devra être mis sur le fait que la loi du 4 mars 2002 reconnaît un droit subjectif à la personne malade, qui constitue donc une prérogative pour elle ; c'est elle qui en est titulaire, ce qui a pour conséquence qu'elle peut ne pas souhaiter en bénéficier. Or, de ce dernier point de vue, la formulation est maladroit, puisque le texte dit que « la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée » : s'agissant d'un droit, l'énoncé aurait dû être construit en fonction de son titulaire et aurait dû prévoir par exemple, que « la¹⁸⁵ personne a le droit de ne pas être informée » (logique de construction d'un droit) et non pas en fonction de celui à qui il peut être opposé, pour qui l'exercice du droit crée une obligation corrélative.

Cela dit, le groupe de travail va être confronté au problème suivant : l'énoncé relatif à ce refus ne porte que sur le diagnostic ou sur le pronostic, mais ni sur la nature, les risques, les bénéfices des actes ou des interventions envisagées ; autrement dit, si un patient qui a besoin, par exemple, d'être opéré demande à ne pas connaître son diagnostic, peut-on considérer que le médecin a l'obligation de l'informer sur ces différents points ? Peut-on considérer que le refus de la personne de savoir ce qu'elle a est identique au refus de savoir ce qui va être réalisé ; et dans ce cas, il semble nécessaire de veiller à ce que le patient ne se voie pas remettre un document d'information portant sur tel type d'intervention en cas de tel type de diagnostic, car cela aurait pour conséquence de ne pas respecter son droit de ne pas être informé : un éventuel document d'information ne devrait porter que sur l'intervention proposée (mais par quels moyens y parvenir ?).

10.2 Deuxième point : fixer le contenu de l'information délivrée

En se référant à l'énoncé de la loi, la personne est en droit d'attendre en premier lieu d'être informée sur son état de santé (« toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé »). C'est ce que prévoyaient déjà les recommandations de bonne pratique de l'Anaes de 2000 : « L'information, [...], doit prendre en compte la situation propre de chaque personne. Elle porte tant sur des éléments généraux que sur des éléments spécifiques : [...] l'état du patient et son évolution prévisible, ce qui nécessite des explications sur la maladie ou l'état pathologique, et son évolution habituelle avec et sans traitement .»

¹⁸⁵ Et non pas « une » comme le prévoit l'énoncé actuel ; en effet, il devrait désigner la catégorie au titre de laquelle la personne est titulaire du droit et peut demander à y renoncer ; en revanche, se référer à « une » personne, c'est envisager l'application de ce droit au cas particulier où une telle demande est faite.

Cette information, dit la loi, porte « sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ».

Toutes ces informations sont les renseignements que la personne est en droit de recevoir afin qu'elle puisse exercer un choix en connaissance de cause et décide d'accepter ou non les soins et leur mise en œuvre. Et c'est parce que c'est elle qui prend la décision avec le professionnel de santé que le texte prévoit la nécessité de préciser les conséquences envisageables pour elle, au cas où elle les refuserait.

10.3 Troisième point : déterminer par qui l'information est délivrée

Elle l'est par « ***tout professionnel de santé*** dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables ». Cette règle de principe ne pose pas de problème en soi, car il est légitime qu'un patient reçoive de chaque professionnel de santé qui lui délivre des soins une information dans son champ de compétences. En revanche, son application concrète n'est pas toujours aisée lorsque la réalisation des soins nécessite plusieurs intervenants ; dans ces cas, c'est à son **harmonisation** qu'il faudra veiller.

En tous les cas, il sera essentiel **d'insister sur la nécessité pour chaque professionnel de santé de délivrer l'information qui lui revient** et veiller à rappeler que lorsque des soins sont réalisés à la demande de l'un d'entre eux (par exemple des examens), le second n'est pas l'exécutant du premier, le malade étant en droit de recevoir une information de chacun d'entre eux. Ce point est d'autant plus important au regard des conditions d'**utilité**, d'**urgence éventuelle** et du point de vue des **conséquences** des soins ; celui à qui ces examens sont demandés, compte tenu de ses compétences spécifiques, est mieux à même que celui qui les lui a demandés de donner une information fiable sur les soins qu'il pratique.

10.4 Quatrième point : la délivrance de l'information au cours d'un entretien individuel

Les recommandations de bonne pratique de l'Anaes de 2000 avaient déjà prévu que « l'information orale est primordiale car elle peut être adaptée au cas de chaque personne ». En effet, l'information dont bénéficie la personne n'est pas une information générique, mais une information spécifique qui prend en considération un ensemble d'éléments disparates. Elle tient compte de plusieurs paramètres, elle met en balance des avantages et des inconvénients, voire des risques ; elle est fondée sur un échange entre le patient et le médecin et constitue un élément essentiel de la prise de décision finale.

Mais, quand des documents imprimés fournissant des informations générales existent, ils ne sont pas à exclure ; ils peuvent être remis à la personne à condition toutefois qu'ils ne se substituent pas à l'information orale. Sans la remplacer, ils sont utiles, car ils peuvent la compléter. En outre, ils peuvent notamment permettre au patient, en s'y reportant, de reprendre à tête reposée l'information donnée, en discuter avec toute personne de son choix, notamment un autre médecin.

Il faudra veiller dans ces recommandations à rappeler très fermement qu'ils ne sauraient être utilisés par les professionnels de santé dans le but de se constituer la preuve que ces derniers ont correctement informé le patient.

10.5 Cinquième point : la délivrance de l'information au mineur

Deux questions centrales devront être réglées : l'exercice du droit d'être informé par les titulaires de l'autorité parentale qui n'exclut pas le droit pour le mineur de recevoir une information tenant compte de sa maturité et l'opposition expresse du mineur qui s'est adressé à un médecin pour être soigné à ce que ses parents soient mis au courant, alors que des soins sont nécessaires.

Première question : tout mineur est titulaire de droits, mais, en raison de son immaturité, ceux-ci sont exercés durant sa minorité par les titulaires de l'autorité parentale. Le principe général est que « l'autorité parentale » qui « est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » « appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »¹⁸⁶. Ils l'exercent en commun, quel que soit leur statut, qu'ils soient mariés ou non, séparés ou divorcés¹⁸⁷.

Dans le cas des parents non mariés, si les père et mère ont reconnu leur enfant dans l'année de sa naissance, ils exercent en commun l'autorité parentale. Ce principe s'applique également aux enfants nés avant le 7 mars 2002. Depuis la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, la filiation est désormais établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant. Ainsi, même si elle ne l'a pas reconnu, elle bénéficie de plein droit de l'exercice de l'autorité parentale.

Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un seul de ses parents, ce dernier exerce seul l'autorité parentale.

Il existe un cas particulier : si la filiation est établie à l'égard d'un parent plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation a déjà été établie à l'égard de l'autre parent, l'autorité parentale sera exercée par le premier parent qui aura reconnu l'enfant. Toutefois, elle peut être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des parents devant le greffier en chef du tribunal ou sur décision du juge.

Si l'un des parents décède ou est privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre parent exerce seul cette autorité.

Ou bien il faudra entrer dans le détail des situations qui dépendent du lien de filiation de l'enfant et/ou du fait qu'il vit ou non avec ses deux parents, ou bien il apparaîtra préférable d'énoncer un principe général, auquel cas les recommandations indiqueront, sans plus de précision, que l'information est reçue par les titulaires de l'autorité parentale, voire le tuteur, parce que ce sont eux qui prennent les décisions relatives à la santé de l'enfant.

Peut-être sera-t-il souhaitable de proposer quelques repères au sujet de l'exercice de l'autorité parentale : en effet, d'une part, si le principe est l'exercice commun, il existe à la fois des exceptions et des cas où l'enfant n'a qu'un parent ; d'autre part, dans la pratique, il n'est pas rare que l'enfant ne soit accompagné que d'un des ses parents (souvent sa mère), alors que l'information conditionne la prise de décision. Par ailleurs, il sera nécessaire de prendre en considération les situations des familles recomposées où le beau-parent joue un rôle non négligeable vis-à-vis de l'enfant de son conjoint.

Si le groupe de travail adoptait ce choix, on pourrait rappeler les grandes règles suivantes : les deux parents sont mariés ou vivent ensemble : la règle de principe est l'exercice en commun de l'autorité parentale ;

¹⁸⁶ Article 371-1 al. 1 et 2 du Code civil.

¹⁸⁷ Article 372 al. 1 du Code civil.

les parents sont séparés ou divorcés : la règle de principe est le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale¹⁸⁸ ; exceptionnellement, un seul des deux parents peut exercer l'autorité parentale¹⁸⁹ ;

un des deux parents est décédé ou est privé de l'autorité parentale¹⁹⁰ : en cas de décès d'un des parents, c'est le parent survivant qui exerce seul l'autorité parentale, et, même s'il vit avec un nouveau compagnon ; si les deux parents sont vivants, mais si l'un est privé de l'autorité parentale¹⁹¹, c'est l'autre parent qui l'exerce seul.

Par ailleurs, on pourrait envisager de proposer quelques repères dans l'hypothèse où le mineur n'est accompagné que d'un parent ; l'autorité parentale s'exerçant en commun postule que les deux parents reçoivent l'information relative à leur enfant et son état de santé et qu'ils prennent en commun les décisions nécessaires en son nom et dans son intérêt. Mais si un seul des parents consulte un médecin, il sera seul à se la voir communiquer, et dans bon nombre de cas, sera amené à prendre seul une décision, l'une étant la suite de l'autre.

Certes, la règle est qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant »¹⁹². Il s'agit d'une règle commode à la fois pour les parents et pour les tiers, puisqu'elle implique qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient toujours ensemble pour prendre une décision concernant le mineur. Le principe étant que, si l'acte est un acte usuel, c'est-à-dire courant et sans gravité (par exemple, constituent un acte usuel vaccinations, soins dentaires courants...), un seul parent peut prendre au nom des deux une décision concernant la personne de l'enfant, c'est le parent venu consulter le professionnel de santé qui recevra l'information et prendra la décision qui lui paraît pertinente. En revanche, s'il s'agit d'une décision grave, par exemple, une intervention chirurgicale, une chimiothérapie, l'accord des deux parents est nécessaire, ce qui implique que l'information leur ait été délivrée à tous les deux.

Et, bien que la situation du mineur soit, d'un point de vue juridique, définie comme étant celle de « ... l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis »¹⁹³, le droit ne traite pas identiquement le bébé de 6 mois et l'adolescent. Il fait une différence entre le mineur qui n'a pas du tout la faculté de comprendre les situations et le mineur qui a cette faculté. La loi n°2002-305 du 4 mars 2002 en a tenu compte et prévoit que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »¹⁹⁴. Bien que mineur, il recevra des informations adaptées à l'un comme à l'autre, la disposition sur ce point précisant qu'il reçoit une information « adaptée à [son] degré de maturité »¹⁹⁵; elle est une application des principes généraux instaurés en matière d'autorité parentale. Précisons que la référence au degré de maturité est un outil de qualification de la situation et non une définition ; c'est donc aux parents conjointement avec les professionnels de santé de s'accorder sur ce point, en ne perdant pas de vue que le mineur participe à la prise de décision le concernant.

Il sera nécessaire de réfléchir au point suivant : les recommandations ne portent que sur la délivrance de l'information et non sur la prise de décision, bien que les deux soient

¹⁸⁸ Article 373-2 du Code civil.

¹⁸⁹ Article 373-2-1 du Code civil : « Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier **l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents** . »

¹⁹⁰ Article 373-1 du Code civil : « Si **l'un des père et mère décède** ou se trouve **privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul** cette autorité . »

¹⁹¹ Article 373 du Code civil : « Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est **hors d'état de manifester sa volonté**, en raison de son **incapacité**, de son **absence** ou **de toute autre cause** . »

¹⁹² Article 372-2 du Code civil.

¹⁹³ Article 388 du Code civil sachant que « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance » (article 414 du Code civil).

¹⁹⁴ Article 371-1 al. 3 du Code civil.

¹⁹⁵ Article L. 1111-2 al. 5 du Code de la santé publique.

intimement liées¹⁹⁶ ; mais, s'agissant du mineur, le texte qui précise que le mineur a le droit de recevoir lui-même une information énonce également comme suite logique qu'il a le droit de participer à la prise de décision le concernant¹⁹⁷. Peut-être n'est-il pas inutile d'expliquer la portée de cet énoncé : certes, en fonction de l'âge du mineur, le médecin lui donnera ou non une information et cherchera à avoir son accord¹⁹⁸, mais quel que soit son âge, le principe est bien que ce sont les parents qui prennent la décision le concernant. On considère que les personnes qui exercent l'autorité parentale prendront une décision plus pertinente car ils ont le recul nécessaire.

Mais ce n'est pas nécessairement le cas ; et dans cette hypothèse, la loi privilégie le point de vue du médecin, car elle prévoit que lorsque « le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale [...] risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables »¹⁹⁹. Toutefois, cette solution, bien que prévue par la loi, peut faire apparaître la décision des médecins comme l'expression de leur pouvoir ; aussi, le recours au juge des enfants, toujours possible dans un cas de ce genre, paraît constituer une solution adéquate de résolution du conflit, car elle fait intervenir un tiers qui a le pouvoir de prendre une mesure dans l'intérêt de l'enfant²⁰⁰.

Deuxième question : la réserve posée au droit des titulaires de l'autorité parentale de recevoir l'information par les « **dispositions de l'article L. 1111-5** ». Il s'agit de l'hypothèse où **un mineur consulte seul un médecin et s'oppose à ce que ses parents soient mis au courant sur son état de santé**. Pour mesurer la portée de cette réserve, il faut combiner la règle de principe qui prévoit que le droit d'être informé est exercé par les titulaires de l'autorité parentale et cette seconde règle qui concerne son corollaire, celui de la prise de décision ; encore faut-il ajouter que **cet énoncé n'est pas construit en fonction du mineur** à qui serait reconnu un droit, mais **en fonction du médecin** (et non pas, de manière générique, du professionnel de santé) **qui le dispense**, non pas de donner l'information, **mais d'obtenir son accord**.

On peut comprendre pourquoi ce texte est rédigé ainsi : par hypothèse, le mineur s'étant adressé seul au médecin, celui-ci ne peut pas donner l'information aux titulaires de l'autorité parentale ; mais, comme il s'agit d'un mineur, en principe, ils sont les seuls à pouvoir recevoir l'information et à prendre une décision. Toutefois, faute de reconnaître un droit explicite au mineur, **c'est au médecin que l'on demande d'assumer ces possibles contradictions** ; sans entrer dans le détail de l'analyse, relevons simplement que dans le cas d'une **décision médicale qui s'impose pour sauvegarder la santé du mineur**, si ce dernier s'oppose à ce que ses parents soient informés et ce malgré les efforts du médecin pour le convaincre de les informer, alors ces derniers ne le seront pas et le médecin pourra décider d'entreprendre le traitement²⁰¹.

¹⁹⁶ Les énoncés juridiques concernant la prise de décision sont réunis sous les articles L.1111-4 et suivants du Code de la santé publique à la suite des dispositions relatives à l'information du patient ; l'ensemble de ces dispositions sont incluses sous un même chapitre « information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ».

¹⁹⁷ Droit réitéré à l'article L. 1111-2 al. 5 du Code de la santé publique.

¹⁹⁸ Article L.1111-4 al. 6 du Code de la santé publique : « Le consentement du mineur [...] doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision .»

¹⁹⁹ Article L.1111-4 al. 6 du Code de la santé publique : « 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 .»

²⁰⁰ Article 375 du Code civil : « **Si la santé**, la sécurité ou la moralité **d'un mineur** non émancipé **sont en danger**, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, **des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice** à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public.»

²⁰¹ Et le texte précise « dans ce cas, **le mineur se fait accompagner** d'une **personne majeure** de son choix ».

10.6 Sixième point : la délivrance de l'information au majeur sous tutelle

La délivrance de l'information au majeur sous tutelle se fait selon les mêmes règles de principe que celles qui sont applicables à la délivrance de l'information au mineur ; c'est donc le tuteur qui la reçoit, mais le majeur sous tutelle reçoit également une information tenant compte de ses facultés de discernement.

De même que le mineur en raison de son immaturité, le majeur que l'altération de ses facultés mentales empêche de pourvoir seul à ses intérêts a besoin d'être protégé. C'est son représentant légal, le tuteur, qui agit dans son intérêt. Toutefois, deux remarques méritent d'être faites : la loi du 4 mars 2002 n'a envisagé que la seule hypothèse du majeur sous tutelle et non pas de manière plus large les hypothèses où la personne ferait l'objet d'une mesure de protection, et encore moins celles où la personne est capable, mais qui, compte tenu des circonstances – elle a fait un malaise et/ou elle est inconsciente, voire, elle a des difficultés plus ou moins grandes de compréhension – n'est pas en mesure de recevoir l'information et encore moins d'exprimer sa volonté. En outre, les dispositions de la loi du 4 mars 2002 devront faire l'objet d'une analyse tenant compte de la réforme introduite par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs.

On ne l'évoquera qu'à grands traits afin de prendre la mesure de la réflexion qui devra être menée sur ce point. La loi nouvelle a réaffirmé avec force trois principes : le principe de nécessité, le principe de subsidiarité, le principe de proportionnalité.

Le principe de nécessité est exprimé par l'article 425 du Code civil qui dispose que « ne peuvent être placées sous une mesure de protection juridique que les personnes qui sont dans l'impossibilité de pourvoir seules à leurs intérêts en raison d'une altération de leurs facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de leur volonté ». Cette altération doit, en toute hypothèse, être constatée médicalement par un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République²⁰².

Le principe de subsidiarité²⁰³, également présent dans la loi de 1968, est maintes fois réaffirmé dans la loi nouvelle : il consiste à éviter la mise en place d'une mesure d'incapacité juridique toutes les fois où d'autres moyens de protection, moins attentatoires à la liberté individuelle, permettent d'assurer la prise en charge de la personne (et de son patrimoine) : par exemple, utilisation des règles du régime primaire impératif²⁰⁴, du mandat ou de la gestion d'affaires. Il est précisé que la curatelle ou la tutelle ne devront être mises en place qu'à la condition qu'aucun autre régime de protection moins privatif de capacité juridique ne puisse être utilisé (en particulier, la sauvegarde de justice)²⁰⁵.

²⁰² Article 431 du Code civil.

²⁰³ Article 428 du Code civil. Cet article prévoit que « la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé ».

²⁰⁴ L'expression « régime primaire » désigne les règles « relatives aux droits et devoirs respectifs des époux », c'est-à-dire un ensemble de règles « minimales » concernant le pouvoir des époux ainsi que leurs devoirs et obligations. Il s'applique quel que soit le régime matrimonial choisi et quelle que soit la date du mariage (avant ou après 1966). Ces règles ont été édictées dans le souci de préserver l'indépendance des époux et d'assurer un minimum de solidarité matérielle.

²⁰⁵ Article 440 du Code civil.

Enfin, **le principe de proportionnalité** est réaffirmé avec force. Il vise à calquer, autant que faire se peut, la mesure de protection sur l'incapacité naturelle de la personne à protéger. Et la loi impose une mesure de protection à durée déterminée : elle ne pourra excéder cinq années. Toutefois, lors du renouvellement, le juge aura la possibilité de décider d'une mesure plus longue lorsque l'altération des facultés personnelles sera insusceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science²⁰⁶.

Contrairement à sa devancière, la loi du 5 mars 2007 consacre diverses dispositions à la **protection de la personne** et à la possibilité d'anticiper l'incapacité. L'idée générale du nouveau dispositif est que **la personne protégée doit prendre seule les décisions relatives à sa personne** dans la mesure où son état le permet. En revanche, « lorsque **l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée** », le juge peut prévoir « **qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne [...], de l'assistance de la personne chargée de sa protection** »²⁰⁷.

Toutefois, l'article 459-1, alinéa 1^{er} du Code civil dispose que l'application de ces règles « ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal ». Doit-on estimer que toutes les dispositions du Code de la santé publique en matière de santé des personnes protégées sont régies par des règles spécifiques et donc notamment celles relatives à l'information du majeur sous tutelle ou au contraire, ne doit-on pas considérer qu'elles ne peuvent qu'être interprétées à l'aune des règles générales du Code civil ?

Une disposition nouvelle mérite de ce point de vue d'être évoquée ; c'est celle de l'article 457-1 du Code civil qui prévoit que « la personne protégée *reçoit de la personne chargée de sa protection*, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers » (ce qui est le cas des médecins que ne manquent pas d'évoquer les commentateurs de cette réforme) « sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, *toutes informations sur sa situation personnelle*, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part ». C'est dire combien l'information est considérée comme une exigence première ; c'est pourquoi elle est placée en tête de la sous-section relative au droit commun de la protection de la personne.

Cela pose donc **la question des sources de l'information**, car en matière médicale **comment peut-on imaginer que la personne chargée de la protection du majeur** puisse avoir des informations différentes de celles données par les soignants ? En tous les cas, il paraît indispensable au moins de tenter de se faire une opinion solide sur la portée de la réforme de 2007.

10.7 Septième point : faut-il ou non envisager de traiter le rôle de la personne de confiance ?

Le texte objet des recommandations n'y fait aucune allusion. Cependant, compte tenu à la fois de ce que l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique ne vise que la personne majeure sous tutelle, ce qui écarte nombre de situations délicates où l'information ne peut pas être délivrée à la personne concernée, faute d'être lucide, et des incompréhensions fréquentes sur les missions exactes de la personne de confiance, il semble nécessaire que le groupe de travail se prononce sur ce point.

²⁰⁶ Article 442 du Code civil.

²⁰⁷ Article 459 al. 2 du Code civil.

Rappelons que la personne de confiance²⁰⁸ a deux rôles :

un rôle de consultation, dans les cas où la personne malade « serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin ». L'idée implicite est que la personne de confiance connaît les souhaits du malade et qu'elle pourra ainsi les indiquer aux soignants afin que la volonté du patient soit respectée de la manière la plus fidèle possible. Mais, elle **ne représente pas la personne** qui l'a désignée quand celle-ci ne peut plus s'exprimer. La loi prévoit deux catégories de situations :

sauf cas d'urgence ou d'impossibilité, elle est consultée avant toute intervention ou investigation²⁰⁹,

en cas de décisions médicales d'investigation, d'intervention ou de traitement à prendre lorsque le patient est en « fin de vie » (phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable)²¹⁰ ;

un rôle d'accompagnement, la personne de confiance pouvant, à la demande du patient, l'accompagner dans toutes les démarches et notamment les entretiens médicaux pour l'aider dans ses décisions.

Ces deux rôles ont certes été conçus pour aider à la prise de décision, mais dans l'un comme l'autre cas, bien que les énoncés relatifs à l'information ne l'évoquent pas, elle la reçoit. Et quand elle accompagne la personne malade, il paraît important de rappeler que le médecin ne peut pas refuser de recevoir la personne de confiance, puisqu'il s'agit du choix du malade et qu'il ne peut donc pas invoquer le secret médical pour écarter celle-ci.

10.8 Huitième point : les modalités de preuve de l'information

L'information que reçoit la personne a pour but de lui permettre de prendre des décisions en connaissance de cause en concertation avec le médecin ou le professionnel de santé. Mais, parce que ce droit crée une obligation à la charge du professionnel, la tentation existe, pour ce dernier, de faire signer un document pour attester que la personne a bien reçu la dite information.

En pratique quotidienne, il est fréquent que certains professionnels fassent dépendre leur intervention de la signature d'un tel document en disant : « vous ne serez pas opéré, si vous ne signez pas » ; ils pensent que cette signature est le seul moyen efficace pour constituer la preuve qu'ils ont bien rempli leur obligation dans l'hypothèse où un patient leur reprocherait après coup de ne pas avoir été informé ou d'avoir été mal informé.

Sur ce point, la loi du 4 mars 2002 précise que la preuve de l'information peut être donnée « par tous moyens ». Cela ne signifie pas que les professionnels de santé peuvent choisir d'imposer le mode de preuve qui leur convient, mais que, en cas de litige, patient et médecin peuvent soumettre au juge divers éléments de preuve (y compris les présomptions). Il y aura donc lieu de veiller à rappeler que la personne malade n'a pas à se voir imposer de signer un quelconque document, cette modalité apparaissant comme un moyen détourné pour transformer un droit dont elle est titulaire en obligation pesant sur elle. Il sera important d'expliquer en outre que la plupart des documents, dont les formules stéréotypées se

²⁰⁸ Article L. 1111-6 du Code de la santé publique.

²⁰⁹ Article L. 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique.

²¹⁰ La loi distinguant deux cas : *les décisions de soins*, tels qu'investigations, interventions ou traitements (article L. 1111-12 du Code de la santé publique) pour lesquelles l'avis de la personne de confiance prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées ; et *les décisions de limitation ou d'arrêt d'un traitement* inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de la personne malade, en cas de phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable (article L. 1111-13 al. 1 du Code de la santé publique), pour lesquelles elle est consultée par le médecin. Dans ce cas, le sont également les membres de la famille ou, à défaut, les proches (le médecin doit également respecter la procédure collégiale définie par le Code de déontologie médicale et, le cas échéant, prendre en considération les directives anticipées de la personne).

ressemblent étrangement, ne sont pas protecteurs des professionnels de santé, car ils ne permettent pas de se faire une idée correcte du contenu de l'information donnée.

Il ne serait donc pas inutile de rappeler que les recommandations de bonne pratique de l'Anaes de 2000 précisent que « lorsque des documents écrits existent, il est souhaitable qu'ils soient remis au patient pour lui permettre de s'y reporter et/ou d'en discuter avec toute personne de son choix, notamment avec les médecins qui lui dispensent des soins. La fonction du document d'information est exclusivement de donner au patient des renseignements par écrit et ce document n'a pas vocation à recevoir la signature du patient. De ce fait, il ne doit être assorti d'aucune formule obligeant le patient à y apposer sa signature. »

Il est vraisemblable que la préconisation la plus judicieuse sera de **faire figurer les informations données au patient dans son dossier médical** ; outre qu'elle permet d'en conserver la trace, c'est un moyen « pour permettre à l'équipe soignante ou à un autre médecin d'en prendre connaissance dans le but de favoriser la continuité des soins » ainsi que le proposaient les recommandations de bonne pratique de l'Anaes de 2000.

10.9 Neuvième point : comment concilier la délivrance de l'information *a priori* pour permettre au patient de faire des choix éclairés et celle de l'information *a posteriori* en cas de nouveaux risques ?

On l'a déjà dit à maintes reprises, l'article L.1111-2 du Code de la santé publique prévoit que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, etc. » : cet énoncé fixe le contenu d'un droit subjectif reconnu à la personne (d'où une structure linguistique du texte qui s'adresse au titulaire du droit), en l'occurrence l'information que la personne est en droit d'attendre sur son état de santé, sur la, voire les thérapeutiques envisageables, sur la durée du traitement, ses chances de succès, sa pénibilité éventuelle, etc. Et cette information est transmise au patient avant toute décision, son contenu étant bien entendu fonction des connaissances du moment.

Mais à la suite de cet énoncé le texte ajoute, sans aucune coupure : « Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. » Cet énoncé est sans cohérence avec le précédent, puisqu'il entend résoudre la question de nouveaux risques identifiés, mais qui, au moment où sont intervenus les soins, les investigations, les actions de prévention, étaient inconnus : par hypothèse, ils ne pouvaient pas faire l'objet d'une information quelconque sur ces différents points.

À l'évidence, le droit de la personne d'être informée avant toute décision ne peut inclure une communication sur des risques inconnus. C'est du reste pour cette raison que cet énoncé est construit, par référence non plus à la personne, mais au professionnel de santé, puisque ce texte fixe un devoir pesant sur chacun d'entre eux : la personne concernée, dit le texte, « doit » être informée de ces nouveaux risques.

On ne peut que constater l'absurdité de cette rédaction qui ajoute ce membre de phrase dans la continuité de l'énoncé fixant le droit de toute personne d'être informée avant toute décision. Il aurait été plus judicieux de la dissocier de ce dernier, et de préciser les modalités de la diffusion de cette information nouvelle pesant sur chaque professionnel²¹¹. Ajoutons

²¹¹ En effet, aux termes de l'article L. 1111-2 al. 2 du Code de la santé publique « cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences... » ; cet alinéa renvoyant au précédent, il y a lieu

toutefois que cette hypothèse concerne les cas où l'état des connaissances **évolue**²¹² et non pas les cas où les actes de prévention, d'investigations ou de soins se sont révélés défectueux et ont causé un dommage à la personne²¹³.

de conclure que l'information à délivrer à la personne chaque fois qu'un nouveau risque est identifié pèse sur chaque professionnel de santé qui est intervenu dans le processus de soins comme de prévention.

²¹² C'est en ces termes que, par exemple, s'est posé le traitement hormonal substitutif de la ménopause.

²¹³ Cette hypothèse est prise en compte par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 à **deux titres, d'une part**, des dispositions relatives à la **sécurité, la veille et l'alerte sanitaire** : **article L. 1413-14** du Code de la santé publique : « Tout professionnel ou établissement de santé ayant constaté une infection nosocomiale ou tout autre événement indésirable grave lié à des soins réalisés lors d'investigations, de traitements ou d'actions de prévention **doit en faire la déclaration** à l'autorité administrative compétente. Ces dispositions s'entendent sans préjudice de la déclaration à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé des événements indésirables liés à un produit mentionné à l'article L. 5311-1 » et **d'autre part**, des règles relatives à la **réparation des conséquences des risques sanitaires** : **article L. 1142-4** du Code de la santé publique qui prévoit que « toute personne *victime ou s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins* ou ses ayants droit, si la personne est décédée, ou, le cas échéant, son représentant légal, **doit être informée** par le professionnel, l'établissement de santé, les services de santé ou l'organisme concerné sur les circonstances et les causes de ce dommage.

Cette information lui est délivrée au plus tard dans les quinze jours suivant la découverte du dommage ou sa demande expresse, lors d'un entretien au cours duquel la personne peut se faire assister par un médecin ou une autre personne de son choix . »

Annexe 1. Méthode de travail

Résumé de la méthode Recommandations pour la pratique clinique

Les recommandations de bonne pratique sont définies dans le champ de la santé comme « des propositions développées méthodiquement pour aider le praticien et le patient à rechercher les soins les plus appropriés dans des circonstances cliniques données ».

La méthode Recommandations pour la pratique clinique (RPC) est la méthode préférentielle à la Haute Autorité de Santé (HAS) pour élaborer des recommandations de bonne pratique. Il s'agit d'une méthode rigoureuse qui repose sur :

- la participation des professionnels et représentants des patients et usagers concernés par le thème de la RBP ;
- la transparence vis-à-vis de l'analyse critique de la littérature, de l'essentiel des débats et des décisions prises par les membres du groupe de travail, des avis formalisés des membres du groupe de lecture, de l'ensemble des participants aux différents groupes ;
- l'indépendance d'élaboration des recommandations, de par : le statut de la HAS, autorité publique indépendante à caractère scientifique, l'indépendance des groupes impliqués (groupe de travail, groupe de lecture), et l'indépendance financière ;
- la gestion des intérêts déclarés par les experts du groupe de travail.

► Choix du thème de travail

La HAS prend l'initiative de l'élaboration de la RBP (autosaisine) ou répond à la demande d'un autre organisme, tel que :

- un conseil national professionnel de spécialité, le Collège de la médecine générale, un collège de bonne pratique, une société savante ou toute autre organisation de professionnels de santé ;
- une institution, une agence sanitaire ou un organisme de santé publique ;
- un organisme d'assurance maladie ;
- une association représentant des usagers du système de santé.

Après inscription du thème de la recommandation au programme de la HAS, une phase de cadrage préalable à l'élaboration de toute RBP est mise en œuvre (voir guide note de cadrage). Elle a pour but, en concertation avec le demandeur, les professionnels et les usagers concernés, de choisir la méthode d'élaboration de la RBP (RPC) et d'en délimiter le thème. Cette phase de cadrage permet en particulier de préciser l'objectif des recommandations et les bénéfices attendus en termes de qualité et de sécurité des soins, les questions à traiter, les professionnels et les usagers concernés par la recommandation.

► Coordination du projet

Le déroulement d'une RBP, du cadrage à la diffusion des recommandations, est sous la responsabilité d'un chef de projet de la HAS chargé :

- de veiller au respect de la méthode et à la qualité de la synthèse des données de la littérature ;
- d'assurer la coordination et d'organiser la logistique du projet.

Le chef de projet veille en particulier à ce que :

- la composition des groupes soit conforme à celle définie dans la note de cadrage ;
- l'ensemble des membres désignés permette d'assurer la diversité et un équilibre entre les principales professions mettant en œuvre les interventions considérées, les différents courants d'opinion, les modes d'exercice, les lieux d'exercice.

Le chef de projet participe à l'ensemble des réunions.

Pour chaque thème retenu, la méthode de travail comprend les étapes suivantes.

► Groupe de travail

Un groupe de travail multidisciplinaire et multiprofessionnel est constitué par la HAS. Il comprend de façon optimale 15 à 20 membres :

- des professionnels de santé, ayant un mode d'exercice public ou privé, d'origine géographique ou d'écoles de pensée diverses ;
- des représentants d'associations de patients et d'usagers ;
- et, si besoin, d'autres professionnels concernés et des représentants d'agences publiques.

Un président est désigné par la HAS pour coordonner le travail du groupe en collaboration avec le chef de projet de la HAS. Un chargé de projet est également désigné par la HAS pour identifier, sélectionner, analyser la littérature et en rédiger une synthèse critique sous la forme d'un argumentaire scientifique ; il aide également à la rédaction des recommandations.

La rédaction de l'argumentaire scientifique repose sur l'analyse critique et la synthèse de la littérature et sur les avis complémentaires du groupe de travail.

La recherche documentaire est systématique, hiérarchisée et structurée. Le chef de projet, le président du groupe de travail et le ou les chargés de projet participent à l'élaboration de la stratégie de recherche documentaire, réalisée par un documentaliste. Elle est effectuée sur une période adaptée au thème et mise à jour jusqu'à la publication des RBP.

Une sélection bibliographique des références selon les critères de sélection définis est effectuée par le chargé de projet, le chef de projet et le président du groupe de travail en amont de la première réunion du groupe de pilotage.

Chaque article retenu est analysé selon les principes de la lecture critique de la littérature, en s'attachant d'abord à évaluer la méthode d'étude employée, puis les résultats.

L'analyse de la littérature précise le niveau de preuve des études.

► **Rédaction de la version initiale des recommandations**

Les membres du groupe de travail se réunissent deux fois, voire plus si nécessaire, pour élaborer, à partir de l'argumentaire scientifique et des propositions de recommandations rédigés par le ou les chargés de projet, la version initiale des recommandations qui sera soumise au groupe de lecture.

► **Groupe de lecture**

De même composition qualitative que le groupe de travail, il comprend 30 à 50 professionnels et représentants de patients et d'usagers du système de santé élargis aux représentants des spécialités médicales, professions ou de la société civile non présents dans le groupe de travail.. Il est consulté par voie électronique (utilisation de l'outil informatique GRaAL²¹⁴ disponible sur le site de la HAS) et donne un avis formalisé (cotations et commentaires) sur le fond et la forme de la version initiale des recommandations, en particulier sur leur applicabilité et leur lisibilité. Les membres du groupe de lecture peuvent donner aussi leur avis sur tout ou partie de l'argumentaire scientifique.

► **Version finale des recommandations**

Les cotations et commentaires du groupe de lecture sont ensuite analysés et discutés par le groupe de travail, qui modifie si besoin l'argumentaire et rédige la version finale des recommandations et leur(s) fiche(s) de synthèse, au cours d'une réunion de travail.

► **Validation par le Collège de la HAS**

La RBP est soumise à la commission recommandations de bonne pratique pour avis et au Collège de la HAS pour validation. Ce dernier autorise par sa validation leur diffusion. À la demande du Collège de la HAS, les documents peuvent être amendés. Les participants en sont alors informés.

► **Diffusion²¹⁵**

Au terme du processus, la HAS met en ligne sur son site (www.has-sante.fr) la ou les fiches de synthèse, les recommandations et l'argumentaire scientifique.

Pour en savoir plus sur l'élaboration des recommandations de bonne pratique selon la méthode Recommandations pour la pratique clinique, se référer au guide publié par la HAS en décembre 2010 : Élaboration de recommandations de bonne pratique - méthode

²¹⁴ GRaAL : gestion rationalisée des avis de lecture.

²¹⁵ Dans le cas particulier de cette recommandation de bonne pratique, la diffusion est dépendante de l'homologation par arrêté du ministre chargé de la santé prévue à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique.

« Recommandations pour la pratique clinique ». Ce guide est téléchargeable sur le site Internet de la HAS : www.has-sante.fr.

Gestion des conflits d'intérêts

Les participants aux différentes réunions ont communiqué leurs déclarations d'intérêts à la HAS. Elles ont été analysées selon la grille d'analyse du guide publié par la HAS en mars 2010 : « Guide des déclarations d'intérêts et de gestions des conflits d'intérêts » et prises en compte en vue d'éviter les conflits d'intérêts. Les déclarations des membres du groupe de travail ont été jugées compatibles avec leur participation à ce groupe par le comité de gestion des conflits d'intérêts.

Le guide et les déclarations d'intérêts des participants au projet sont consultables sur le site de la HAS : www.has-sante.fr.

Actualisation

L'actualisation de cette recommandation de bonne pratique sera envisagée en fonction des données publiées dans la littérature scientifique et juridique, de l'évolution législative, ou des modifications de pratique significatives survenues après sa publication.

Annexe 2. Information des patients - Recommandations destinées aux médecins - Anaes, avril 2000

Préambule

L'objectif des recommandations est de proposer au médecin une aide dans la manière de dispenser à chaque patient une information pertinente et de qualité, tout au long du processus de soins, en tenant compte des besoins propres de ce dernier et du respect dû à sa personne.

L'information donnée par le médecin au patient est destinée à l'éclairer sur son état de santé, à lui décrire la nature et le déroulement des soins et à lui fournir les éléments lui permettant de prendre des décisions en connaissance de cause, notamment d'accepter ou de refuser les actes à visée diagnostique et/ou thérapeutique qui lui sont proposés.

L'information est un élément central dans la relation de confiance entre le médecin et le patient, et contribue à la participation active de ce dernier aux soins.

Les présentes recommandations ont pour but de permettre au médecin de satisfaire à son obligation d'information, dans le respect des règles déontologiques et des dispositions légales relatives aux droits des patients.

Elles portent sur le contenu et les qualités de l'information à délivrer, sur ses modalités, sur la mise en cohérence de l'information, sur les qualités requises des documents écrits et sur les critères permettant d'évaluer la qualité de l'information donnée.

Elles ne traitent pas délibérément la question des modalités de preuve de l'information donnée au patient.

Eu égard à la complexité des règles existantes, elles n'abordent pas non plus les situations de droit (personnes incapables mineures et majeures) qui impliquent des modalités particulières de délivrance de l'information.

Enfin, elles n'abordent pas les situations de fait où il n'est pas possible de donner l'information à la personne soit parce que les circonstances ne le permettent pas, soit parce que cette dernière ne souhaite pas la recevoir.

Le contenu et les qualités de l'information

L'information concerne l'état de santé du patient et les soins, qu'il s'agisse d'actes isolés ou s'inscrivant dans la durée. Elle doit être actualisée au fil du temps.

L'information, outre bien évidemment les réponses aux questions posées par le patient, doit prendre en compte la situation propre de chaque personne. Elle porte tant sur des éléments généraux que sur des éléments spécifiques :

l'état du patient et son évolution prévisible, ce qui nécessite des explications sur la maladie ou l'état pathologique, et son évolution habituelle avec et sans traitement ;
la description et le déroulement des examens, des investigations, des soins, des thérapeutiques, des interventions envisagés et de leurs alternatives ;
leur objectif, leur utilité et les bénéfices escomptés ;

leurs conséquences et leurs inconvénients ;
leurs complications et leurs risques éventuels, y compris exceptionnels ;
les précautions générales et particulières recommandées aux patients.

Que l'information soit donnée oralement ou avec l'aide d'un document écrit, elle doit répondre aux mêmes critères de qualité :
être hiérarchisée et reposer sur des données validées ;
présenter les bénéfices attendus des soins envisagés avant leurs inconvénients et risques éventuels, et préciser les risques graves, y compris exceptionnels, c'est-à-dire ceux qui mettent en jeu le pronostic vital ou altèrent une fonction vitale ;
être compréhensible.

Au cours de cette démarche, le médecin s'assure que le patient a compris l'information qui lui a été donnée. Il indique la solution qu'il envisage en expliquant les raisons de sa proposition.

Les modalités de l'information

La primauté de l'information orale

Le dialogue qu'implique l'information nécessite qu'elle soit transmise oralement.

L'information orale est primordiale car elle peut être adaptée au cas de chaque personne. Il est nécessaire d'y consacrer du temps et de la disponibilité, et, si nécessaire, de la moduler en fonction de la situation du patient. Elle requiert un environnement adapté. Elle s'inscrit dans un climat relationnel alliant écoute et prise en compte des attentes du patient. Elle peut nécessiter d'être délivrée de manière progressive.

Lorsque la personne est étrangère, il est recommandé de recourir si besoin à un traducteur.

L'information écrite : un complément possible à l'information orale

Lorsque des documents écrits existent, il est souhaitable qu'ils soient remis au patient pour lui permettre de s'y reporter et/ou d'en discuter avec toute personne de son choix, notamment avec les médecins qui lui dispensent des soins.

La fonction du document d'information est exclusivement de donner au patient des renseignements par écrit et ce document n'a pas vocation à recevoir la signature du patient. De ce fait, il ne doit être assorti d'aucune formule obligeant le patient à y apposer sa signature.

La mise en cohérence des informations

Chaque médecin informe le patient de l'ensemble des éléments relevant de sa discipline, en situant ces derniers dans la démarche générale de soins. Il ne doit pas supposer que d'autres que lui ont déjà donné cette information.

Il est recommandé que le patient puisse bénéficier d'une synthèse des données médicales le concernant, et cela à plusieurs étapes de sa prise en charge, en particulier sur la conduite diagnostique initiale, puis sur les thérapeutiques possibles et celle qui est envisagée, enfin sur son pronostic à court, moyen et long terme. Il est recommandé que cette synthèse soit effectuée par un médecin unique.

Il est recommandé que le dossier médical porte la trace des informations données au patient pour permettre à l'équipe soignante ou à un autre médecin d'en prendre connaissance dans le but de favoriser la continuité des soins.

Les qualités requises des documents écrits

Pour assurer la qualité de l'information contenue dans les documents écrits diffusés au patient, il est recommandé que cette information :

- soit hiérarchisée, repose sur des données validées, et présente les bénéfices attendus des soins envisagés avant l'énoncé des inconvénients et des risques éventuels. Elle doit préciser les risques graves, y compris exceptionnels. Elle doit indiquer les moyens qui seront mis en œuvre pour faire face aux complications éventuelles, ainsi que les signes d'alerte détectables par le patient ;
- soit synthétique et claire, sachant que le document remis au patient ne devrait généralement pas excéder 4 pages ;
- soit compréhensible pour le plus grand nombre de patients, ce qui implique de soumettre pour avis les projets de documents à des patients, notamment par l'intermédiaire de leurs associations, voire de les faire participer à leur élaboration. Il s'agit de s'assurer que les informations sont comprises, sinon de les modifier en conséquence ;
- soit validée, par exemple par les sociétés savantes, selon des critères de qualité reconnus (par exemple, critères de qualité des recommandations professionnelles utilisés par l'Anaes).

Les documents écrits doivent porter l'indication que le patient est invité à formuler toute question qu'il souhaite poser.

Il est souhaitable dans une étape ultérieure de rédiger des fiches d'information dans les principales langues étrangères parlées en France.

L'utilisation de supports par vidéo ou multimédia peut compléter utilement l'information orale et écrite. L'élaboration de ces supports doit répondre aux mêmes exigences de qualité que celle des documents écrits.

L'évaluation de l'information donnée

L'information donnée aux patients doit être évaluée.

Évaluation de la satisfaction des patients.

La satisfaction des patients à l'égard de l'information orale et des documents écrits doit être appréciée. En particulier, il faut en tenir compte dans l'actualisation des documents existants et dans l'élaboration des nouveaux documents.

Évaluation des pratiques

Une évaluation régulière des pratiques mérite d'être mise en place. Elle est fondée :

- sur des enquêtes auprès des patients afin de savoir si l'information leur a été donnée et de quelle manière ;
- sur l'analyse rétrospective des dossiers médicaux afin de vérifier, entre autres, que l'information y figure.

Évaluation de la qualité des documents écrits

L'évaluation doit porter sur :

- la méthode d'élaboration (en particulier la méthode utilisée pour apprécier la compréhension par les non-médecins des documents rédigés) et le contenu scientifique des documents d'information ;

la possibilité d'identifier les rédacteurs de l'information (sociétés savantes, établissement, service, etc.) et la date à laquelle celle-ci a été établie.

Annexe 3. Professionnels de santé

Les professions de santé sont définies par le Code de la santé publique :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?&cidTexte=LEGITEXT000006072665>

Y sont exclusivement définis :

- les professions médicales :
 - profession de médecin,
 - profession de chirurgien-dentiste ou odontologiste : professionnels des dents et de la cavité buccale, avec une spécialité officielle : orthodontiste (orthopédie dento-faciale),
 - profession de sage-femme ;
- les professions de la pharmacie :
 - profession de pharmacien,
 - professions de préparateur en pharmacie et de préparateur en pharmacie hospitalière ;
- les auxiliaires médicaux, aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers :
 - profession d'infirmier ou d'infirmière,
 - professions de masseur-kinésithérapeute et de pédicure-podologue,
 - professions d'ergothérapeute et de psychomotricien,
 - professions d'orthophoniste et d'orthoptiste,
 - professions de manipulateur d'électroradiologie médicale et de technicien de laboratoire médical,
 - professions d'audioprothésiste, d'opticien-lunetier, de prothésiste et d'orthésiste pour l'appareillage des personnes handicapées,
 - profession de diététicien,
 - aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers.

Code de la santé publique

Quatrième partie : Professions de santé

- **Livre préliminaire : Dispositions communes**
 - Titre Ier : Coopération entre professionnels de santé
 - Chapitre unique (Articles L4011-1 à L4011-3)
 - Titre II : Gestion des fonds du développement professionnel continu des professionnels de santé
 - Chapitre unique (Article L4021-1)
 - Titre III : Représentation des professions de santé libérales
 - Chapitre unique (Articles L4031-1 à L4031-7)
 - Titre IV : Les sociétés interprofessionnelles de soins ambulatoires
 - Chapitre Ier : Constitution de la société (Articles L4041-1 à L4041-7)
 - Chapitre II : Fonctionnement de la société (Articles L4042-1 à L4042-3)
 - Chapitre III : Dispositions diverses (Articles L4043-1 à L4043-2)
- **Livre Ier : Professions médicales**
 - Titre Ier : Exercice des professions médicales
 - Chapitre Ier : Conditions générales d'exercice (Articles L4111-1 à L4111-8)
 - Chapitre II : Inscription au tableau de l'ordre et déclaration de prestation de services
 - Section 1 : Inscription au tableau de l'ordre (Articles L4112-1 à L4112-6)
 - Section 2 : Déclaration de prestation de services (Articles L4112-7 à L4112-8)
 - Chapitre III : Règles communes liées à l'exercice de la profession (Articles L4113-1 à L4113-14)
 - Titre II : Organisation des professions médicales
 - Chapitre Ier : Ordre national (Articles L4121-1 à L4121-2)
 - Chapitre II : Conseil national et chambre disciplinaire nationale (Articles L4122-1 à L4122-5)
 - Chapitre III : Conseils départementaux (Articles L4123-1 à L4123-17)
 - Chapitre IV : Chambres disciplinaires de première instance et conseils régionaux et interrégionaux (Articles L4124-1 à L4124-14)
 - Chapitre V : Dispositions communes aux différents conseils (Articles L4125-1 à L4125-5)
 - Chapitre VI : Procédure disciplinaire (Articles L4126-1 à L4126-6)
 - Chapitre VII : Déontologie (Article L4127-1)
 - Titre III : **Profession de médecin**
 - Chapitre préliminaire : Médecin généraliste de premier recours (Article L4130-1)
 - Chapitre Ier : Conditions d'exercice (Articles L4131-1 à L4131-7)
 - Chapitre II : Règles d'organisation (Articles L4132-1 à L4132-11)
 - Chapitre III : Développement professionnel continu (Articles L4133-1 à L4133-7)
 - Chapitre V : Accréditation de la qualité de la pratique professionnelle (Articles L4135-1 à L4135-2)
 - Titre IV : **Profession de chirurgien-dentiste**
 - Chapitre Ier : Conditions d'exercice (Articles L4141-1 à L4141-6)
 - Chapitre II : Règles d'organisation (Articles L4142-1 à L4142-6)
 - Chapitre III : Développement professionnel continu (Articles L4143-1 à L4143-4)
 - Titre V : **Profession de sage-femme**

- Chapitre Ier : Conditions d'exercice (Articles L4151-1 à L4151-10)
- Chapitre II : Règles d'organisation (Articles L4152-1 à L4152-9)
- Chapitre III : Développement professionnel continu (Articles L4153-1 à L4153-4)
- Titre VI : Dispositions pénales
 - Chapitre Ier : Exercice illégal (Articles L4161-1 à L4161-6)
 - Chapitre II : Usurpation du titre (Article L4162-1)
 - Chapitre III : Autres dispositions pénales (Articles L4163-1 à L4163-10)
- **Livre II : Professions de la pharmacie**
 - Titre Ier : Monopole des pharmaciens
 - Chapitre Ier : Dispositions générales (Articles L4211-1 à L4211-11)
 - Chapitre II : Dispositions pénales (Articles L4212-1 à L4212-8)
 - Titre II : Exercice de la **profession de pharmacien**
 - Chapitre Ier : Règles liées à l'exercice de la profession (Articles L4221-1 à L4221-20)
 - Chapitre II : Inscription au tableau de l'ordre et déclaration de prestation de services
 - Section 1 : Inscription au tableau de l'ordre (Articles L4222-1 à L4222-8)
 - Section 2 : Déclaration de prestation de services (Articles L4222-9 à L4222-10)
 - Chapitre III : Dispositions pénales (Articles L4223-1 à L4223-4)
 - Titre III : Organisation de la profession de pharmacien
 - Chapitre Ier : Missions et composition de l'ordre national et du conseil national (Articles L4231-1 à L4231-7)
 - Chapitre II : Organisation de l'ordre (Articles L4232-1 à L4232-16)
 - Chapitre III : Dispositions communes aux différents conseils (Articles L4233-1 à L4233-5)
 - Chapitre IV : Discipline (Articles L4234-1 à L4234-10)
 - Chapitre V : Déontologie (Article L4235-1)
 - Chapitre VI : Développement professionnel continu (Articles L4236-1 à L4236-4)
 - Titre IV : **Professions de préparateur en pharmacie et de préparateur en pharmacie hospitalière**
 - Chapitre Ier : Exercice des professions (Articles L4241-1 à L4241-18)
 - Chapitre II : Développement professionnel continu (Article L4242-1)
 - Chapitre III : Dispositions pénales (Articles L4243-1 à L4243-3)
 - Chapitre IV : Compétences respectives de l'État et de la région (Articles L4244-1 à L4244-2)
- **Livre III : Auxiliaires médicaux, aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers**
 - Titre Ier : **Profession d'infirmier ou d'infirmière**
 - Chapitre Ier : Règles liées à l'exercice de la profession (Articles L4311-1 à L4311-29)
 - Chapitre II : Organisation de la profession et règles professionnelles
 - Section 1 : Ordre national des infirmiers (Articles L4312-1 à L4312-2)
 - Section 2 : Conseils départementaux (Articles L4312-3 à L4312-4)
 - Section 3 : Conseils régionaux (Articles L4312-5 à L4312-6)
 - Section 4 : Conseil national (Articles L4312-7 à L4312-8)
 - Section 5 : Dispositions communes (Article L4312-9)
 - Chapitre IV : Dispositions pénales (Articles L4314-1 à L4314-6)
 - Titre II : **Professions de masseur-kinésithérapeute et de pédicure-podologue**
 - Chapitre Ier : Masseur-kinésithérapeute (Articles L4321-1 à L4321-22)
 - Chapitre II : Pédicure-podologue (Articles L4322-1 à L4322-16)
 - Chapitre III : Dispositions pénales (Articles L4323-1 à L4323-6)
 - Titre III : **Professions d'ergothérapeute et de psychomotricien**
 - Chapitre Ier : Ergothérapeute (Articles L4331-1 à L4331-7)

- Chapitre II : Psychomotricien (Articles L4332-1 à L4332-7)
- Chapitre III : Dispositions communes (Articles L4333-1 à L4333-1-2)
- Chapitre IV : Dispositions pénales (Articles L4334-1 à L4334-2)
- Titre IV : **Professions d'orthophoniste et d'orthoptiste**
 - Chapitre Ier : Orthophoniste (Articles L4341-1 à L4341-9)
 - Chapitre II : Orthoptiste (Articles L4342-1 à L4342-7)
 - Chapitre III : Dispositions communes (Articles L4343-1 à L4343-4)
 - Chapitre IV : Dispositions pénales (Articles L4344-1 à L4344-5)
- Titre V : **Professions de manipulateur d'électroradiologie médicale et de technicien de laboratoire médical**
 - Chapitre Ier : Règles liées à l'exercice de la profession de manipulateur d'électroradiologie médicale (Articles L4351-1 à L4351-13)
 - Chapitre II : Règles liées à l'exercice de la profession de technicien de laboratoire médical (Articles L4352-1 à L4352-9)
 - Chapitre III : Dispositions pénales (Articles L4353-1 à L4353-2)
- Titre VI : **Professions d'audioprothésiste, d'opticien-lunetier, de prothésiste et d'orthésiste pour l'appareillage des personnes handicapées**
 - Chapitre Ier : Audioprothésiste (Articles L4361-1 à L4361-11)
 - Chapitre II : Opticien-lunetier (Articles L4362-1 à L4362-12)
 - Chapitre III : Dispositions pénales (Articles L4363-1 à L4363-4)
 - Chapitre IV : Prothésistes et orthésistes pour l'appareillage des personnes handicapées (Articles L4364-1 à L4364-4)
- Titre VII : **Profession de diététicien**
 - Chapitre Ier : Règles liées à l'exercice de la profession (Articles L4371-1 à L4371-9)
 - Chapitre II : Dispositions pénales (Articles L4372-1 à L4372-2)
- Titre VIII : Dispositions communes et compétences respectives de l'État et de la région
 - Chapitre Ier : Dispositions diverses applicables aux auxiliaires médicaux (Articles L4381-1 à L4381-4)
 - Chapitre II : Développement professionnel continu (Article L4382-1)
 - Chapitre III : Compétences respectives de l'État et de la région (Articles L4383-1 à L4383-6)
- Titre IX : **Aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers**
 - Chapitre Ier : Aides-soignants (Articles L4391-1 à L4391-6)
 - Chapitre II : Auxiliaires de puériculture (Articles L4392-1 à L4392-6)
 - Chapitre III : Ambulanciers (Articles L4393-1 à L4393-7)
 - Chapitre IV : Dispositions pénales (Articles L4394-1 à L4394-3)

Annexe 4. Filiation et autorité parentale

Cette annexe a été rédigée à la demande expresse du groupe de travail afin de lui apporter un éclairage sur la filiation et l'autorité parentale.

1 Introduction

Dans la mesure où le droit d'être informé du mineur est exercé par les **titulaires de l'autorité parentale**²¹⁶, il est nécessaire de déterminer qui ils sont. Cette détermination étant elle-même dépendante du lien de filiation, ce texte présente d'abord les **règles en matière de filiation**, puis expose les **différentes situations** d'exercice **de l'autorité parentale**.

Précisons que la filiation détermine le **lien de parenté entre l'enfant et ses père et mère**, tandis que **l'autorité parentale** qui est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant **appartient aux parents** jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant **pour le protéger** en matière de sécurité, santé et moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement.

2 La filiation : le lien de parenté de l'enfant avec ses père et mère

Les règles de la filiation ont fait l'objet d'une **refonte d'ensemble** par la réforme du 4 juillet 2005 (ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005²¹⁷). Elle est le **fruit de l'évolution des pratiques sociales en la matière**, notamment **mariages en baisse** et **multiplication des unions libres**, la vie commune maritale étant considérée comme équivalente au mariage, d'où l'idée que le statut différencié des enfants n'est plus acceptable : l'enfant, qu'il soit né hors mariage ou dans le mariage, doit bénéficier des mêmes protections sociales et étatiques²¹⁸. Les enfants n'ont pas à souffrir des situations disparates imputables aux parents.

Il paraît nécessaire de préciser que la **filiation** qui est un **lien social** ne se confond pas avec la **procréation** qui est un **fait biologique**. S'il n'y a une naissance qu'autant qu'il y a eu une procréation, une fois cet enfant né, ce sont les règles sociales qui définissent l'appartenance de ce nouvel individu au groupe social²¹⁹. Pourtant, l'idée s'est progressivement imposée

²¹⁶ Sans perdre de vue l'existence du droit du mineur de recevoir une information spécifique en fonction de sa maturité.

²¹⁷ Et loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

²¹⁸ Ainsi que le fait observer Maurice Godelier, « le statut d'enfant bâtard a disparu de nos sociétés » : M. Godelier, Systèmes de parenté, formes de famille, Quelques problèmes contemporains qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique, Fondation pour l'Innovation politique, 14 décembre 2004.

²¹⁹ En ce sens, par exemple Françoise Héritier ; F. Héritier, *Masculin/Féminin. La pensée de la différence*, éd. Odile Jacob, 1996, p. 279 : « La règle qui fait du mari de la mère le père des enfants nés ou conçus dans le mariage consacre déjà la reconnaissance de la différence entre pater et genitor, entre filiation et engendrement, comme du reste l'adoption pour les deux parents . »

que la filiation serait « biologique », sous-entendant que son fondement serait la « vérité » biologique, parce que l'enfant est le fruit de la relation du couple : il est le « sien », celui qu'ils ont fait ensemble.

Cette représentation tient à ce qu'« en Occident aujourd'hui, la forme de famille la plus répandue est la famille nucléaire composée d'un homme, d'une femme et de leurs enfants. De ce fait en Occident, il y a un recouvrement entre liens biologiques et liens sociaux. De même qu'il y a un recouvrement entre filiation et descendance. Chacun est fils ou fille d'un homme et d'une femme et descend de ces ascendants »²²⁰.

Toutefois, dans la quasi-totalité des cas, la filiation s'établit de manière « paisible » sans qu'aucune vérification de nature biologique ne soit établie. De plus, comme on le constatera, la réforme de 2005 a conforté le rôle de la possession d'état.

Mais, parallèlement, on a progressivement assisté à une **fragilisation des liens du couple**. Les couples se séparent et c'est généralement quand les liens se fissurent entre un homme et une femme que la filiation est l'objet de contentieux. Et c'est dans le cas de **l'établissement contentieux de la filiation** ou de **la contestation de paternité** qu'une preuve biologique est sollicitée. Encore faut-il qu'une femme ou un homme, voire d'autres personnes de l'entourage (mais aussi le procureur de la République) entendent soit établir une filiation à l'encontre du parent prétendu qui s'y refuse, soit contester une filiation déjà établie. C'est parce que la démonstration de l'existence d'une relation de filiation ou bien sa remise en cause passe par l'invocation des relations sexuelles susceptibles d'avoir donné naissance à cet enfant que la preuve biologique est utilisée.

Si elle vient à l'appui de leurs assertions, il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de revendication ou de contestation de la filiation de l'enfant, **aucune vérification n'est faite du point de savoir si cet enfant est « réellement » l'enfant « biologique » du couple. Ce sont donc bien les relations des parents avec l'enfant qui déterminent sa filiation**, cette dernière, lorsqu'elle est mise en cause, étant due au choix des personnes, choix qui a une incidence directe sur la situation de l'enfant²²¹.

Eu égard à ces remarques, il n'est pas sans intérêt de constater que le Code civil établit une distinction entre « la filiation » et la « filiation adoptive », laquelle renvoie à deux situations : celle des parents à l'origine de la naissance de l'enfant et celle des parents qui adoptent un enfant né de relations sexuelles d'un autre couple.

C'est cette distinction qui guide l'analyse proposée.

²²⁰ M. Godelier, *La famille est au fondement des individus, pas des sociétés*, entretien avec Serge Canasse, La lettre des carnets de santé, févr. 2008, <http://www.carnetsdesante.fr>

²²¹ En sachant que le nombre des contentieux est dérisoire par rapport au nombre annuel des naissances. La présentation qui en est souvent faite – la filiation aurait été « biologisée » – est obviée par une confusion fréquente entre jurisprudence et contentieux.

2.1 De la filiation

2.1.1 Les principes généraux

► La loi ne distingue plus selon qu'un enfant est issu d'un couple marié ou d'un couple non marié

Qu'ils soient nés d'un couple marié ou non marié, **tous les enfants sont égaux** : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux .»²²²

Par voie de conséquence, la terminologie antérieure a vécu ; on n'utilise plus les termes d'enfant « *légitime* » et d'enfant « *naturel* ». Toutefois, l'expression d'enfant adopté a été maintenue²²³.

► Les preuves de la filiation

Dans une écrasante majorité de situations, l'établissement de la filiation ne prête ni à discussion, ni à contestation : « La filiation se prouve par l'**acte de naissance** de l'enfant, par l'**acte de reconnaissance** ou par l'**acte de notoriété** constatant la possession d'état .» Les deux situations les plus fréquentes sont le mariage et quand le couple n'est pas marié, la reconnaissance.

Mais la preuve de la filiation peut également s'effectuer à partir de **présomptions**, c'est-à-dire des indices qui rendent très probable le lien de parenté entre l'enfant et son père et/ou sa mère. Le Code civil prend en considération deux catégories de présomptions :

La date à laquelle l'enfant a été conçu : « La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions .»²²⁴

On considère que la conception de l'enfant a lieu dans cette période intermédiaire de 120 jours et qu'elle est censée être intervenue à un moment quelconque de cette période. On rappelle que **la fonction d'une présomption** est de **tenir une situation pour acquise tant que la preuve du contraire n'en est pas administrée**.

La possession d'état ou la réalité vécue : « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont :

- que cette personne a **été traitée** par celui ou ceux dont on la dit issue **comme leur enfant** et qu'elle-même **les a traités comme son ou ses parents** ;
- que **ceux-ci ont**, en cette qualité, **pourvu à son éducation**, à son entretien ou à son installation ;
- que cette personne est **reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille** ;

²²² Article 310 du code civil.

²²³ Article 345 al. 3 : « S'il a plus de treize ans, **l'adopté** doit consentir personnellement à son adoption plénière ». On peut émettre une double hypothèse : l'enfant adopté n'est pas issu du couple qui l'adopte et ce texte résulte de la loi n°96-604 du 5 juillet 1996 que l'ordonnance de 2005 n'a pas modifié.

²²⁴ Article 311 du Code civil.

qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;
qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue .»²²⁵

Indépendamment du lien juridique qui unit l'enfant à un ou à ses deux parents, il y a une réalité quotidienne : il est inscrit à l'école ; quand la femme ou l'homme vient le chercher à l'école, il s'élançait vers elle et lui dit « maman » ou vers lui et lui dit « papa » ; dans l'immeuble où il habite, il est considéré comme l'enfant des X ou bien de Madame Z et de Monsieur Y, car il vit sous leur toit, il est connu comme étant le leur car il porte leur nom. Il rencontre régulièrement les parents du couple (ou de la mère et du père) qu'il appelle « papy » ou « grand-pa » et « mamy » ou grand-ma », etc.

Pour être valablement reconnue, cette possession d'état **doit présenter plusieurs caractéristiques**²²⁶ : être paisible (l'enfant n'a pas été enlevé), elle doit être continue, elle est notoire (tout le monde le sait), non équivoque (par exemple, si c'est un ami de la famille qui s'occupe de l'enfant, ce dernier ne pourra pas avoir une possession d'état non équivoque, car dans ce cas, il y a un doute).

2.1.2 L'établissement de la filiation par l'effet de la loi : l'enfant né d'un couple marié

La filiation d'enfant de parents mariés est **l'effet de la loi**. Ceux-ci n'ont pas besoin de procéder à une reconnaissance et n'ont aucune démarche à effectuer pour établir la filiation de leur enfant.

► La filiation de l'enfant à l'égard de la mère

Pour la mère, **il suffit** que **son nom soit indiqué** dans l'acte de naissance²²⁷.

La mère, même mariée, peut choisir de ne pas être désignée dans l'acte de naissance et accoucher dans l'anonymat (sous X)²²⁸. Dans ce cas, la filiation ne peut être établie contre son gré : elle est protégée par une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.

Si elle souhaite reprendre son enfant, elle doit alors le reconnaître dans les 2 mois suivant l'accouchement.

► La filiation de l'enfant à l'égard du mari : la présomption de paternité

Le **mari** est le **père de l'enfant**²²⁹ : son nom est indiqué dans l'acte de naissance.

Si le mari décède pendant la grossesse, il sera le père dès lors que la naissance de l'enfant est intervenue moins de 300 jours après le décès de son père. En effet, l'enfant est présumé avoir été conçu dans un délai compris entre les 300 et 180 jours précédant l'accouchement.

► La possibilité d'écarter la filiation à l'égard du mari

²²⁵ Article 311-1 du Code civil.

²²⁶ Article 311-2 du Code civil : « La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque .»

²²⁷ Article 311-25 du Code civil : « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant .»

²²⁸ Article 311-26 du Code civil : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé .»

²²⁹ Article 312 du Code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari .»

Le **mari ne sera pas le père de l'enfant**²³⁰ si la mère **n'indique pas le nom de son mari** dans l'acte de naissance **et** que l'enfant **n'a pas la possession d'état à l'égard du mari**, c'est-à-dire qu'il n'en prend pas soin, il ne s'en occupe pas²³¹.

En cas de **divorce** ou de **séparation de corps**, la *présomption de paternité est écartée si l'enfant naît plus de 300 jours après le jugement de divorce, l'ordonnance de non-conciliation ou l'homologation de la convention*. Néanmoins, elle se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard de l'époux et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers²³².

La réforme de la filiation a entendu tenir compte de la réalité : soit l'enfant est né pendant le mariage et dès lors, c'est l'enfant du mari, soit il est né pendant le mariage, mais bien après la séparation des parents, et dans ce cas, l'enfant est considéré comme ne pouvant pas être l'enfant du mari. Mais, par exception à cette dernière règle, le mari sera considéré comme le père, s'il se comporte vis-à-vis de ce dernier comme étant son père (il prend soin de lui de manière continue), mais à condition que l'enfant n'ait pas une filiation établie vis-à-vis d'un autre homme.

2.1.3 L'établissement de la filiation d'un enfant né d'un couple non marié : reconnaissance et possession d'état

L'ordonnance de 2005 maintient le principe de la reconnaissance de l'enfant, mais plus par sa mère ; elle a en outre donné un régime juridique organisé à la possession d'état, mode d'établissement autonome de la filiation naturelle reconnu en 1982.

► La reconnaissance

Lorsque les parents ne sont pas mariés entre eux, la filiation s'établit différemment à l'égard du père et de la mère.

La **filiation maternelle est acquise** dès lors que le nom de la mère figure dans l'acte de naissance²³³, alors que la filiation paternelle suppose une démarche de sa part : elle s'opère par la **reconnaissance** de l'enfant²³⁴.

La reconnaissance par le père²³⁵ peut se faire **avant la naissance, lors de la déclaration de naissance** et **ultérieurement**.

²³⁰ Article 313 du Code civil : « La présomption de paternité est écartée lorsque **l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari** en qualité de père . »

²³¹ Il est toutefois possible de rétablir la paternité du mari, soit par une reconnaissance de paternité, soit par jugement, à l'issue d'une action en rétablissement des effets de la présomption de paternité.

²³² Article 314 du Code civil : « Si elle a été écartée en application de l'article 313, **la présomption de paternité se trouve rétablie de plein droit** si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers . »

²³³ Article 311-25 du Code civil : « La filiation est établie, **à l'égard de la mère**, par la **désignation de celle-ci dans l'acte de naissance** de l'enfant . »

²³⁴ Article 62 du Code civil : « L'acte de reconnaissance énonce les prénoms, nom, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile de l'auteur de la reconnaissance.

Il indique les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance, sous réserve des dispositions de l'article 326. L'acte de reconnaissance est inscrit à sa date sur les registres de l'état civil... »

²³⁵ Article 316 du Code civil : « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une **reconnaissance** de paternité ou de maternité, **faite avant** ou **après la naissance**.

La reconnaissance **n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur**.

► La possession d'état

La possession d'état **permet aussi d'établir la filiation à l'égard d'un enfant qui est issu d'un couple non marié**, l'objectif étant **de prendre en considération la réalité vécue**. Pour en rendre compte, il faut demander un **acte de notoriété**²³⁶. Il est établi par le juge qui se fonde sur les éléments de preuve apportés par le demandeur ainsi que sur le témoignage de trois personnes, parentes ou non.

L'acte de notoriété peut être délivré en cas de décès prématuré d'un parent²³⁷, dès lors que suffisamment d'éléments de fait sont réunis, tels que le fait pour le père d'avoir annoncé sa future paternité à sa famille et ses proches, assisté aux consultations médicales prénatales, participé aux achats nécessaires pour l'enfant, choisi le prénom, etc.

La filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Elle est réputée établie rétroactivement au jour de la naissance.

2.1.4 Les actions relatives à la filiation

► Dispositions communes à toutes les actions

Le **tribunal de grande instance est seul compétent** pour connaître des actions relatives à la filiation (ce qui implique l'assistance d'un avocat).

Le **délai de prescription de droit commun est de 10 ans**²³⁸ et la **filiation se prouve et se conteste par tous moyens de preuve**. L'expertise génétique est de droit dans ces actions²³⁹, sauf en cas de motif légitime de ne pas y procéder (preuve déjà rapportée par un autre moyen tel que aveu, expertise sanguine, etc.). Les intéressés doivent y consentir ; cependant, le juge peut tirer toutes les conséquences de droit du refus de se soumettre à une telle expertise. Les expertises ne peuvent être réalisées après décès, sauf si le défunt avait expressément donné son accord de son vivant.

► Les actions en établissement judiciaire de la filiation

Le **principe** est que la filiation de l'enfant **peut être établie par voie judiciaire**.

Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique. L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi .»

²³⁶ Article 317 du Code civil : « Chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge que lui soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 71 et 72, un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire. La filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant .»

²³⁷ La loi fixe un délai pour cette action : la délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de 5 ans à compter de la cessation de la possession d'état prétendue et notamment du décès du parent prétendu.

²³⁸ Article 321 du Code civil : « Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, **les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans** à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. À l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité . »

²³⁹ Il n'est pas inutile cependant de rappeler que la demande **ne porte jamais sur le recours en tant que tel aux empreintes génétiques**, mais **comme moyen de preuve venant à l'appui**, soit d'une demande d'établissement judiciaire d'une filiation, soit d'une action en contestation de la filiation, soit d'une action aux fins de subsides.

Le choix de l'action peut dépendre de la situation de l'enfant (par exemple s'il entretient ou non des relations avec le prétendu parent dont la filiation n'est pas établie, ou s'il connaît l'identité de ce parent) ainsi que de celle de ses parents.

Les actions susceptibles d'être intentées sont :

l'action en recherche de paternité²⁴⁰ ou de maternité²⁴¹ qui ne peut être engagée que par l'enfant, représenté durant sa minorité par l'autre parent, jusqu'à l'âge de 28 ans ;

l'action en rétablissement de la présomption de paternité, lorsque la présomption de paternité a été écartée²⁴². L'action peut être engagée par l'un des époux durant la minorité de l'enfant ou par ce dernier jusqu'à l'âge de 28 ans ;

l'action en constatation de la possession d'état²⁴³. Elle peut être exercée pendant 10 ans par tout intéressé qui doit rapporter la preuve de la possession d'état, c'est-à-dire de la réalité du lien vécu et affectif.

Toutefois, tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie empêche qu'une autre filiation la contredisant²⁴⁴ soit établie.

► Les actions en contestation de la filiation

Principe

La **paternité** peut être contestée en rapportant la preuve que **le mari²⁴⁵ ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père**. La **maternité** peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant²⁴⁶.

Toute filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public (parquet) :

si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ;

ou en cas de fraude à la loi (par exemple, fraude à l'adoption ou de grossesse pour le compte d'autrui).

Il faut préciser que l'enfant mineur **doit être représenté par un administrateur ad hoc**, dans la mesure où ses intérêts sont en contradiction avec ceux de ses représentants légaux.

²⁴⁰ Article 327 du Code civil : « **La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée**. L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant .»

²⁴¹ Article 325 du Code civil : « **À défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise**. L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché .» Cette action se heurte à l'article 326 du Code civil : «Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé .»

²⁴² Article 329 du Code civil : « **Lorsque la présomption de paternité a été écartée** en application des articles 313 ou 314, **chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis** en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité .»

²⁴³ Article 330 du Code civil : « **La possession d'état peut être constatée, à la demande de toute personne qui y a intérêt**, dans le délai de dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu .»

²⁴⁴ Article 320 du Code civil : « Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait .»

²⁴⁵ Article 332 al. 2 du Code civil.

²⁴⁶ Article 332 al. 1 du Code civil.

Existence ou non d'une possession d'état

Le **régime de l'action** dépend de ***l'existence ou non de la possession d'état***, c'est-à-dire selon que le parent a participé à l'éducation de l'enfant en cette qualité ou non.

Il y a une possession d'état

Lorsque la filiation est conforme au titre²⁴⁷, l'action en contestation de la filiation pendant et hors mariage est réservée à l'enfant, à l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par 5 ans à compter du jour où la possession d'état a cessé.

Mais, cette **action est impossible** lorsque **la possession d'état a duré au moins 5 ans** depuis la naissance ou la reconnaissance²⁴⁸ (si elle a été faite ultérieurement). Cela signifie que si le mari ou l'auteur de la reconnaissance a élevé l'enfant pendant 5 ans, sa paternité ne peut plus être remise en cause par quiconque, même s'il n'est pas le géniteur de l'enfant.

Il n'y a pas de possession d'état

En **l'absence de possession d'état conforme à l'acte de naissance ou à l'acte de reconnaissance**, l'action en contestation de la filiation **est ouverte à tout intéressé ayant un intérêt légitime**²⁴⁹ (père, mère, enfant, héritier, ministère public) pendant **10 ans** à compter de l'établissement de la filiation.

Le délai est suspendu au profit de l'enfant durant sa minorité. Celui-ci peut agir jusqu'à l'âge de 28 ans.

Action en contestation de la possession d'état

La filiation établie par la possession d'état **constatée par un acte de notoriété** peut être **contestée par toute personne qui y a intérêt** en rapportant la preuve contraire²⁵⁰.

En cas de succès de l'action, **le lien de filiation est annulé de manière rétroactive** et les actes de l'état civil concernés doivent être mis à jour lorsque la décision est devenue définitive.

Les **droits et obligations** qui pesaient sur le parent dont la filiation est annulée **disparaissent**. L'annulation de la filiation **entraîne** de plein droit **le changement de nom de l'enfant mineur**, et si l'enfant est majeur son consentement est nécessaire.

Mais, dans l'intérêt de l'enfant, le **juge peut organiser les modalités des relations avec la personne qui l'élevait en fait**²⁵¹.

► Les actions à fins de subsides (sans lien de filiation paternelle)

²⁴⁷ Article 333 al. 1 du Code civil : « Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté . »

²⁴⁸ Article 333 al. 2 du Code civil.

²⁴⁹ Article 334 du Code civil.

²⁵⁰ Article 335 du Code civil.

²⁵¹ Article 337 du Code civil.

Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie peut réclamer une aide financière, alimentaire (des subsides) à celui (le possible « père ») qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception²⁵².

Cette action est introduite devant le tribunal de grande instance du domicile du défendeur (du possible « père »), d'où le recours obligatoire à un avocat.

Il faut ***prouver l'existence de relations intimes à l'époque de la conception de l'enfant*** (lettres, témoignages...).

Le défendeur peut écarter la demande, introduite par la mère de l'enfant ou celui-ci, en prouvant par tous moyens qu'il ne peut être le père de l'enfant.

Cette action a pour but, non pas de rechercher un père, mais **l'obtention de subsides** de la part **de celui qui pourrait être le père**, afin qu'il **participe à l'éducation de l'enfant**.

Cette solution peut être intéressante pour tout le monde : si le père ne veut pas voir établi de lien de filiation et se charger de l'enfant, il peut tout à fait reconnaître qu'il doit en assurer l'entretien. La mère, quant à elle, pourra trouver son compte dans le fait de ne pas partager l'autorité parentale.

Il s'agira de démontrer qu'un homme est susceptible d'être le père, parce qu'il fréquentait la mère au moment de la conception. Il peut contester l'être, auquel cas le tribunal ordonnera un test ADN²⁵³ ; si ce dernier administre la preuve qu'il est bien le géniteur, il aura à verser une pension à l'enfant²⁵⁴.

2.2 De la filiation adoptive

En France, il existe deux formes d'adoption :

l'adoption plénière : la filiation d'origine de l'enfant est effacée et l'enfant devient l'enfant « légitime »²⁵⁵ de sa nouvelle famille ;

l'adoption simple : l'enfant conserve son lien de filiation avec sa famille d'origine, auquel s'ajoute un second lien avec sa seconde famille.

Cette filiation est établie à la suite d'une **démarche d'adoption** concernant **un enfant déjà né** et qui **n'est pas issu de la procréation de celle, de celui ou de ceux qui sont déclarés ses parents par l'effet d'un jugement**. Elle émane majoritairement de couples

²⁵² Article 342 du Code civil : « Tout enfant ***dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie*** peut réclamer des subsides à celui ***qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception***.

L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant ; celui-ci peut encore l'exercer dans les dix années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité.

L'action est ***recevable même si le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage*** réglés par les articles 161 à 164 du présent code .»

²⁵³ Article 342 du Code civil : « Le défendeur peut écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il ne peut être le père de l'enfant ».

²⁵⁴ Article 342-2 du Code civil : « Les subsides se règlent, en forme de pension, d'après les besoins de l'enfant, les ressources du débiteur, la situation familiale de celui-ci. La pension peut être due au-delà de la majorité de l'enfant, s'il est encore dans le besoin, à moins que cet état ne lui soit imputable à faute .»

²⁵⁵ J'ai conservé le terme, malgré sa disparition actée par l'ordonnance de 2005, parce que les règles relatives à l'adoption remontent à 1966, puis 1996 (avec quelques modifications en 2002 et 2005, mais à la marge) à une époque où le statut de l'enfant adopté a très clairement été calqué sur celui de l'enfant né de parents mariés.

qui ne peuvent pas avoir d'enfant. Toutefois, l'adoption simple a, dès l'origine, été ouverte à une personne seule, expression qu'il fallait comprendre comme désignant une personne célibataire. Mais dorénavant, l'évolution des pratiques sociales a pour conséquence que des personnes seules, en ce sens qu'elles ne sont pas mariées, vivent en couple, sachant que certaines d'entre elles sont homosexuelles ; et elles revendiquent l'accès à l'adoption simple comme plénière ainsi que la délégation d'autorité parentale. Des arrêts récents rendus par la Cour de cassation et par la Cour européenne des droits de l'Homme ont été rendus sur ces questions.

2.2.1 Quelles sont les personnes qui peuvent adopter un enfant ?

Il existe trois possibilités : par un couple marié, par le conjoint de l'enfant à adopter, par une personne seule.

► L'adoptant est un couple marié

Si la demande émane du couple²⁵⁶ (non séparé de corps), le mariage doit remonter à au moins 2 ans ou bien les deux conjoints sont âgés de plus de 28 ans.

Si la demande émane d'un des deux conjoints, le **consentement de l'autre conjoint est nécessaire** et il doit être âgé de plus de 28 ans²⁵⁷, sauf s'il s'agit de l'enfant du conjoint.

La différence d'âge entre l'enfant et le couple doit être **de 15 ans au moins**, sauf en cas d'adoption de l'enfant du conjoint.

La loi permet **l'adoption de l'enfant de son conjoint**²⁵⁸. Elle rend possible **l'adoption plénière** dans trois cas :

l'enfant a une filiation établie seulement à l'égard de ce conjoint ;
l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer l'autorité parentale ;
l'autre parent que le conjoint est décédé et les parents du défunt sont eux-mêmes **décédés ou se sont manifestement désintéressés de l'enfant**.

L'adoption simple²⁵⁹ est également envisageable : elle est permise même quand l'enfant a une filiation établie à l'égard de ses deux parents :

l'adoption est possible quel que soit l'âge de l'adopté²⁶⁰ (même majeur) ;
l'enfant garde tous les liens avec sa première famille et est également lié à sa deuxième famille.

Dans les deux cas, la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté **est de 10 ans**, ou moins, s'il y a de justes motifs.

► L'adoptant est une personne seule

²⁵⁶ Article 343 du Code civil : « L'adoption peut être demandée par **deux époux non séparés de corps**, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans. »

²⁵⁷ Article 344 du code civil al. 1 : « Les adoptants doivent avoir **quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter**. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d'âge exigée **n'est que de dix ans** ».

²⁵⁸ Article 345-1 du Code civil.

²⁵⁹ Article 360 du Code civil.

²⁶⁰ Article 360 al. 1 du Code civil : « l'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté ».

Le Code civil prévoit que ***l'adoption plénière*** comme ***l'adoption simple*** sont ouvertes à une personne seule ; dans le premier cas, « l'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans »²⁶¹, tandis que dans le second « l'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté ».

Ce point a été évoqué en introduction de la présentation de l'adoption ; on a affaire à des situations où la personne seule vit en couple : par exemple, l'adoption est demandée par la compagne pacsée de la mère naturelle de l'enfant qui n'a pas de filiation établie à l'égard du père. Cette demande a été écartée en raison des effets sur l'exercice de l'autorité parentale²⁶².

2.2.2 Quels sont les enfants qui peuvent être adoptés ?

Les catégories ***d'enfants adoptables sont les mêmes qu'il s'agisse de l'adoption plénière ou de l'adoption simple***. Toutefois, l'adoption simple d'un adulte est possible, le Code civil prévoyant qu'elle «... est permise quel que soit l'âge de l'adopté »²⁶³. Mais, dans la mesure où cette note porte sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur un mineur, l'analyse qui suit n'évoquera désormais que l'adoption des seuls enfants.

Il existe à la fois des conditions d'âge et des conditions ayant trait à la situation de l'enfant.

► Les conditions relatives à l'âge de l'enfant

S'agissant de l'adoption plénière, l'enfant adopté doit en principe avoir ***moins de 15 ans***²⁶⁴ ; mais dans deux cas, cette condition d'âge est écartée :

si l'enfant a plus de 15 ans et a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour l'adopter ;
si l'enfant avant 15 ans avait fait l'objet d'une adoption simple par les adoptants, l'adoption plénière pourra être demandée, si les conditions en sont remplies, pendant la minorité de l'enfant (de 15 à 18 ans) et dans les 2 ans suivant sa majorité (de 18 à 20 ans).

L'enfant, ***s'il a plus de 13 ans***, doit donner personnellement son accord²⁶⁵ à être adopté.

► Les conditions ayant trait à la situation de l'enfant

Les enfants pouvant être adoptés²⁶⁶ en adoption plénière sont :

les pupilles de l'État (ce sont des enfants dont l'aide sociale à l'enfance a la responsabilité totale et qui sont privés de famille²⁶⁷) ;
les enfants dont les pères et mères ou le conseil de famille ont consenti à l'adoption ;
les enfants déclarés abandonnés²⁶⁸ par jugement du tribunal²⁶⁹ ;

²⁶¹ Article 343-1 al. 1 du Code civil.

²⁶² C. cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, arrêts n^{os} 221 et 224.

²⁶³ Article 360 al. 1 du Code civil.

²⁶⁴ Article 345 al. 1 du Code civil.

²⁶⁵ Article 345 al. 3 du Code civil : « S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière .»

²⁶⁶ Article 347 du Code civil.

²⁶⁷ Soit on ne connaît pas les parents de l'enfant qui a été recueilli depuis plus de 3 mois, soit l'enfant est orphelin, sans ascendants et sans ressources, soit les parents de l'enfant se sont vu retirer leur autorité parentale.

les enfants étrangers à condition que leur représentant légal ait consenti à l'adoption.

2.2.3 Comment se déroule l'adoption plénière ?

La procédure d'adoption se décompose schématiquement en **trois phases** :

obtention d'un agrément auprès des services du conseil général ;
accueil d'un enfant ;
obtention du jugement d'adoption.

► L'obtention d'un agrément auprès des services du conseil général

L'agrément est le préalable à toute procédure judiciaire d'adoption plénière. Il implique une demande appuyée sur un dossier dans lequel figurent un certain nombre de documents²⁷⁰.

Une fois la demande officiellement enregistrée, le ou les demandeurs auront à rencontrer un médecin psychiatre. Des **investigations sociales et psychologiques sont menées** afin de permettre à l'administration d'apprécier les conditions d'accueil qu'ils sont susceptibles d'offrir à un enfant sur le plan éducatif, familial et psychologique.

Après que les professionnels concernés ont déposé leur rapport, **une commission d'agrément se réunit afin de formuler un avis** destiné à éclairer le président du conseil général qui prend la décision finale.

Un des reproches souvent fait aux avis comme aux décisions prises, c'est **leur conformisme**, privilégiant une certaine représentation classique de ce que devrait être un ou des parents pour un enfant. La question s'est notamment posée à propos des demandes d'adoption émanant de femmes homosexuelles. La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour discrimination dans l'arrêt de grande chambre, **E.B. c. France** du 1^{er} janvier 2008²⁷¹.

Les circonstances de l'affaire sont les suivantes : E.B. âgée de 45 ans est professeur en école maternelle, et vivait depuis 1990 avec une femme, R., psychologue de profession. En février 1998, elle déposa auprès des services sociaux du département du Jura une **demande d'agrément pour adopter un enfant**. Durant la procédure d'adoption, elle **fit part de son homosexualité et de sa relation stable avec R**. Un avis défavorable fut rendu en novembre 1998. Peu après, le président du conseil général du Jura prit une décision de refus de la demande d'agrément. Suite à un recours de la requérante, le président du conseil général confirma son refus en mars 1999. Ses deux décisions furent motivées par **le défaut de « repères identificateurs » dû à l'absence d'image ou de référent paternel** et par

²⁶⁸ Il s'agit d'enfants qui ont été remis par des familles en grande difficulté à l'aide sociale à l'enfance et que le juge a placés dans le cadre de l'assistance éducative. Certains parents finissent par se désintéresser totalement de leur enfant et n'ont plus de liens affectifs ; si ce désintérêt dure au moins pendant un an, l'enfant est dit abandonné par une décision du tribunal. Il peut alors être adopté.

²⁶⁹ Article 350 du Code civil.

²⁷⁰ Copie intégrale de l'acte de naissance, un bulletin n° 3 du casier judiciaire, un certificat médical datant de moins de 3 mois attestant que l'état de santé et celui des personnes résidant au domicile permet d'accueillir un enfant, tout document attestant des ressources.

²⁷¹ CEDH, E.B. c. France (n°43546/02), 1^{er} janv. 2008, www.echr.coe.int

l'ambiguïté de la situation de la compagne de la requérante par rapport à la procédure d'adoption.

Saisi par la requérante, le tribunal administratif de Besançon annula les deux décisions du président du conseil général le 24 février 2000. Le département du Jura interjeta appel de ce jugement. La cour administrative d'appel de Nancy annula le jugement du tribunal administratif le 21 décembre 2000 ; elle estima que le refus d'agrément n'était pas fondé sur le choix de vie de la requérante et n'avait donc pas entraîné de violation des articles 8 et 14 de la Convention.

La requérante forma un pourvoi en cassation, faisant notamment valoir que sa demande d'adoption avait été rejetée en raison de ses orientations sexuelles. Par un arrêt du 5 juin 2002, **le Conseil d'État rejeta le pourvoi d'E.B.**, au motif notamment que la cour administrative d'appel **n'avait pas fondé sa décision sur une position de principe concernant les orientations sexuelles de l'intéressée**, mais avait tenu compte des besoins et de **l'intérêt d'un enfant adopté**.

La Cour européenne des droits de l'Homme, pour condamner la France, s'est fondée sur deux arguments : 1° **la législation française accorde** expressément aux **personnes célibataires le droit de demander l'agrément en vue d'adopter** et elle établit une procédure à cette fin et 2° a estimé que la référence à l'homosexualité de la requérante était sinon explicite du moins implicite et **l'influence de son homosexualité sur l'appréciation de sa demande est non seulement avérée**, mais a **également revêtu un caractère décisif**.

Partant, **elle a considéré que la requérante a fait l'objet d'une différence de traitement**. Si cette dernière se rapporte uniquement à l'orientation sexuelle, elle constitue une discrimination au regard de la Convention. Or, puisque le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire, il ouvre ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle. De plus, le Code civil reste muet quant à la nécessité d'un référent de l'autre sexe et, par ailleurs, la requérante présentait, pour reprendre les termes de l'arrêt du Conseil d'État, « des qualités humaines et éducatives certaines ». La Cour en a conclu que la décision de refus d'agrément est incompatible avec la Convention et qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8 (droit à la vie privée).

► L'accueil de l'enfant

Le placement en vue de l'adoption se traduit par la **remise effective aux futurs adoptants d'un enfant** pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption, d'un pupille de l'État ou d'un enfant déclaré abandonné par décision judiciaire²⁷².

Dès que l'enfant est placé chez ses futurs adoptants, il n'est plus possible de le rendre à la famille d'origine²⁷³, si elle était connue. Il n'est plus possible non plus qu'il soit reconnu par d'autres parents comme leur enfant naturel. Mais si le tribunal refuse l'adoption, l'enfant se

²⁷² Article 350 du Code civil.

²⁷³ Article 352 du Code civil.

retrouve dans sa situation d'origine. Aussi, dans cette période qui s'étend de l'arrivée de l'enfant au domicile jusqu'au prononcé du jugement d'adoption français, l'enfant conserve-t-il son état civil.

► La décision d'adoption par le tribunal

L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance ; mais elle ne peut être déposée **qu'après que l'enfant a été accueilli au moins pendant 6 mois au domicile du ou des demandeurs**. Le recours à un avocat n'est pas obligatoire, excepté si l'enfant a plus de 15 ans. La requête doit être adressée au procureur de la République.

Le tribunal vérifie non seulement que les conditions légales pour adopter ont été respectées²⁷⁴, mais il exerce aussi un contrôle en opportunité pour déterminer si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant²⁷⁵.

Le tribunal **doit statuer dans un délai de 6 mois après sa saisine**²⁷⁶. Le jugement est susceptible des voies de recours habituelles (appel, pourvoi en cassation).

2.2.4 Les effets de l'adoption

► L'adoption plénière

L'adoption plénière²⁷⁷ **substitue un lien de filiation à un autre, en supprimant le premier lien de filiation**.

La première filiation est définitivement rompue. L'acte de naissance originaire ne peut plus être transmis à l'intéressé. L'enfant perd son premier patronyme.

Il devient un tiers par rapport à sa famille d'origine, dans laquelle il perd ses droits successoraux. Suite au prononcé de l'adoption, les extraits de naissance feront apparaître l'adoptant ou les adoptants comme parent(s) de l'enfant²⁷⁸. Il devient un membre à part entière de sa nouvelle famille et a les mêmes droits et les mêmes devoirs que ceux d'un enfant dont la filiation est établie selon les règles décrites *supra*.

Il prend le nom de la personne qui l'a adopté. À l'occasion de la requête en adoption, le ou les adoptants peuvent demander à changer le prénom de l'enfant.

► L'adoption simple

²⁷⁴ Il vérifie que l'enfant fait bien partie de la catégorie des enfants adoptables. Il examine si le ou les adoptants ont bien la différence d'âge requise avec l'adopté.

²⁷⁵ Pour effectuer ce contrôle, le tribunal dispose d'importants pouvoirs d'investigation qui vont lui permettre de procéder à des enquêtes et/ou des examens médicaux. Il vérifie que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant et qu'elle ne porte pas atteinte à l'équilibre de la vie familiale lorsqu'il y a déjà des enfants chez le ou les adoptants.

²⁷⁶ Article 353 du Code civil.

²⁷⁷ Articles 355 à 359 du Code civil.

²⁷⁸ Seule la copie intégrale de l'acte de naissance fera apparaître la transcription du jugement d'adoption.

L'adoption simple consiste non à substituer, mais à **ajouter un lien de filiation à un autre lien déjà existant**. Les deux liens vont coexister. L'adopté portera les deux patronymes et il aura des droits successoraux dans ses deux familles.

L'enfant adopté conserve des liens avec sa famille d'origine.

L'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. Le tribunal peut, toutefois, à la demande de l'adoptant, décider que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant.

Au plan de la succession, l'adopté hérite normalement de sa famille d'origine. Dans sa famille adoptive, il hérite également dans les mêmes conditions que l'enfant dont les parents sont mariés. Si l'adopté meurt sans laisser de descendants, ses biens seront répartis par moitié entre la famille d'origine et la famille adoptive.

Mais **c'est l'adoptant qui exerce l'autorité parentale à l'égard de l'adopté**²⁷⁹. Cette règle a des conséquences dans l'hypothèse où l'adoption simple est demandée par la compagne de la mère naturelle de l'enfant qui n'a pas de filiation établie à l'égard du père. Saisie dans deux affaires, la Cour de cassation²⁸⁰ a jugé que ***l'adoption simple fait perdre à la mère naturelle ses droits d'autorité parentale et estimé que la règle d'exception du partage de l'autorité parentale*** prévue par l'article 365 du Code civil en cas d'adoption par le conjoint du père ou de la mère **ne s'applique qu'aux personnes mariées** ; elle a également estimé que la délégation ***ou le partage de l'autorité parentale*** envisagé par une des cours d'appel comme permettant la reconstitution des droits de la mère naturelle ***était antinomique de l'adoption demandée*** qui a pour effet ***de conférer l'autorité parentale au seul adoptant***.

Une affaire similaire est **actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme**²⁸¹ : vivant en concubinage depuis 1989 avec Mme Valérie Gas, Mme Nathalie Dubois a donné naissance en France, le 21 septembre 2000, à une fille, A., conçue en Belgique par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. Elles ont conclu en 2002 un pacte civil de solidarité (pacs). En 2006, Mme Gas fit une requête en adoption simple de la fille de sa partenaire, avec le consentement exprès de celle-ci donné devant notaire.

Bien que les conditions légales de l'adoption aient été remplies, le tribunal (jugement du 4 juillet 2006) rejeta la demande aux motifs que l'adoption aurait eu des conséquences légales contraires à l'intention des requérantes et à l'intérêt de l'enfant, en ***transférant l'autorité parentale à l'adoptant et en privant ainsi la mère biologique de ses propres droits sur l'enfant***.

²⁷⁹ Article 365 du Code civil : « ***L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale***, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, ***à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté*** ; dans ce cas, ***l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint***, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité .»

²⁸⁰ Cass.civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, 2 arrêts, n^{os} 221 et 224.

²⁸¹ Requête Gas et Dubois c. France (n^o 25951/07), www.echr.coe.int, fiche thématique « les droits des homosexuels ».

Elles firent appel du jugement en réaffirmant leur volonté d'établir, grâce à l'adoption, un cadre juridique sécurisant pour l'enfant conforme à la réalité sociale vécue par lui. Elles soutinrent par ailleurs que **la perte de l'autorité parentale subie par la mère de l'enfant** pouvait être corrigée par **une délégation totale ou partielle de cette autorité**, et mirent en avant le fait que d'autres pays européens admettent l'adoption d'enfant établissant un lien entre personnes de même sexe. La cour d'appel confirma le rejet de leur demande (arrêt du 21 décembre 2006), en adoptant les mêmes motifs juridiques que ceux adoptés par le jugement contesté.

Les requérantes formèrent un pourvoi en cassation en février 2007, mais ne menèrent pas à son terme la procédure engagée devant la Cour de cassation, en raison des deux arrêts du 20 février 2007 rendus par cette juridiction, arrêts précités qui ont retenu le principe du refus de l'adoption simple sollicitée par un partenaire de même sexe en raison des conséquences légales de cette adoption sur l'autorité parentale.

Invoquant les articles 8 et 14 combinés de la Convention, elles ont saisi la Cour européenne des droits de l'Homme **en se plaignant du rejet de l'adoption sollicitée par la première requérante de l'enfant de sa compagne** fondé sur **la discrimination** suivante : la loi qui organise une exception au transfert de l'autorité parentale à l'adoptant, en la limitant à la seule adoption de l'enfant du conjoint, et ne l'appliquant pas aux personnes pacsées, **constitue une discrimination fondée sur leur homosexualité**, et ce d'autant plus que le mariage leur est fermé.

2.3 Conclusion relative à la filiation

La filiation détermine l'identité d'un individu dans une société, en définissant des liens de parenté ; elle désigne la place de l'enfant dans cette société. **Celle-ci a évolué** sous une **triple influence** magistralement mise en évidence par les travaux de Maurice Godelier²⁸² : la valorisation de l'enfant et de l'enfance, la « dé-pathologisation » de l'homosexualité, la revendication des minorités de bénéficier des mêmes droits que ceux dont sont titulaires les majorités.

« La valorisation moderne de l'enfance est en même temps celle des adultes qui les mettent au monde, la valorisation des parents et d'une certaine forme de parentalité. C'est cela qui structure le désir moderne d'enfant. Du point de vue culturel et social l'enfant a acquis une valeur nouvelle qui valorise aussi ses parents. C'est dans le contexte de ce mouvement que l'on comprend l'apparition de la « Déclaration Universelle des Droits de l'Enfant » ;
« en médecine l'homosexualité n'est plus une maladie. En psychologie elle n'est plus une perversion. [...] Peu à peu l'idée s'est donc diffusée dans l'opinion publique occidentale que l'homosexualité est une autre forme de sexualité, autre, mais normale. Et probablement cette opinion est aujourd'hui plus répandue chez les jeunes que dans d'autres générations » ;
« le troisième mouvement qui s'est développé évidemment dans les pays occidentaux à régime démocratique est le fait que dans une démocratie toutes les minorités se battent pour obtenir et exercer les mêmes droits que les majorités, ou pour acquérir des droits particuliers qui n'enlèvent aucun droit aux autres. »²⁸³

²⁸² M. Godelier, *Métamorphoses de la Parenté*, Fayard, 2004 ; cf. plus particulièrement sa conclusion, « Quel avenir pour quelles parentés ? p. 555-588.

²⁸³ M. Godelier, *Systèmes de parenté, formes de famille, Quelques problèmes contemporains qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique*, Fondation pour l'Innovation politique, préc.

Maurice Godelier observe un double mouvement : « En Occident, aujourd'hui, des deux axes qui composent les rapports de parenté, l'axe de la filiation et l'axe de l'alliance, l'un se fragilise de plus en plus, tandis que l'autre reste stable. Ce qui se fragilise, ce sont les rapports d'alliance : multiplication des divorces, unions sans mariage, mono-parentalité, etc. Par contre l'axe de la filiation reste stable du fait que les droits des enfants sont fortement affirmés et consolidés, quelle que soit l'évolution des rapports entre leurs parents »²⁸⁴.

Les règles issues de l'ordonnance de 2005 sont la **traduction de ces évolutions** : d'une part, **les liens entre l'enfant et ses parents** sont **fondés sur des relations sociales** (effet de la présomption de paternité quand le couple est marié, choix de l'homme de reconnaître l'enfant, rôle éminent de la possession d'état), mais **parallèlement la remise en cause de ces liens est possible** (sans perdre de vue que la possession d'état prolongée l'empêche) ; celle-ci est **entièrement dépendante de la situation dans laquelle le couple a mis l'enfant** : telle femme mariée contestera la paternité de son mari, car elle souhaite en divorcer pour se remarier avec son amant qu'elle sait être le géniteur²⁸⁵ de cet enfant ; tel homme qui avait reconnu l'enfant de sa compagne en sachant qu'il n'en était pas le géniteur entendra contester sa paternité, car désireux de ne plus vivre avec cette femme, il voudra également ne plus avoir à assumer l'enfant ; tel homme qui avait des relations sexuelles avec une femme qui ont abouti à la naissance d'un enfant refusera de le reconnaître, ne souhaitant pas voir conforté ainsi un lien avec cette femme.

Certes les actions sont quantitativement peu importantes au regard du nombre annuel des naissances, mais si elles sont engagées, **c'est parce que les liens entre les adultes sont loin d'être immuables** et que ceux qui s'engagent dans ces actions le font **parce qu'ils pensent que la situation de l'enfant est le reflet de leurs relations de couple**.

Ces développements consacrés à la filiation paraîtront peut-être trop longs. Cependant, ils ne semblent pas inutiles, car ils permettront d'une part d'avoir une représentation correcte de l'autorité parentale, dont il a été dit liminairement qu'elle était déterminée par la filiation, et d'autre part, de prendre conscience de **la complexité des situations auxquelles sont confrontés les acteurs de terrain** (qu'ils soient ou non professionnels de santé).

En effet, on constate aujourd'hui deux phénomènes, et je citerai à nouveau Maurice Godelier : « avec la **multiplication des familles recomposées**²⁸⁶, la parenté non biologique

²⁸⁴ M. Godelier, *La famille est au fondement des individus, pas des sociétés*, entretien avec Serge Canasse, préc.

²⁸⁵ J'utilise ce terme, car tant que la première filiation n'est pas judiciairement remise en cause, cet enfant a pour père le mari de cette femme (article 320 du Code civil, préc.).

²⁸⁶ En ce sens, le fort intéressant mail du Pr Yves Perel (28 septembre 2010) : « Un petit addendum que m'évoque la consultation de ce matin ; j'aurais dû y penser avant, tant cette situation est fréquente (40 % des enfants) et génère un grand nombre de conflits : **les familles recomposées**.

Paragraphe VI 2^e ligne « ... sachant que ce droit est exercé par leurs représentants légaux : pour le mineur, les titulaires de l'autorité parentale... ». De très nombreux compagnons des parents séparés/divorcés se font appeler papa ou maman et, demandent, avec le soutien du parent avec lequel ils vivent et parfois une extrême virulence (vous savez, c'est moi qui m'en occupe, son père vous demande de me parler comme si j'étais sa mère... »), des informations concernant la santé de l'enfant de leur conjoint ; cela entraîne de la part de l'autre partie de la famille une colère que vous imaginez.

Je pense qu'il faut préciser ce point : « Aucune information n'est exigible par les "beaux-parents" , compagnons et compagnes de parents séparés ; néanmoins, leur fonction de personne ressource pour le parent, comme celle de grands-parents, gardiennes, ami(e)s proches peut conduire à partager avec eux certaines informations, dans la mesure où les deux parents y consentent. »

s'étend. C'est-à-dire que l'on attend d'un homme qui épouse en deuxièmes nocces une femme qui a déjà des enfants qu'il se comporte comme un "père" vis-à-vis de "ses" enfants. Et réciproquement, quand une femme épouse un homme qui a déjà des enfants, on attend d'elle qu'elle se comporte vis-à-vis d'eux comme une "mère"²⁸⁷ et « ... la **multiplication des familles monoparentales**. Ici pas de mariage, mais des familles composées d'une femme et d'un enfant mis au monde par elle ou adopté. Ces familles monoparentales vont constituer souvent une unité d'éducation et d'élevage pour les enfants sans qu'un homme soit présent en permanence ou régulièrement dans la famille. »²⁸⁸

3. L'autorité parentale : le principe de l'exercice en commun par les père et mère

Le Code civil distingue l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant de l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant. Seule la première est analysée dans cette note, les questions relatives à la santé de l'enfant ayant trait à sa personne.

Les règles applicables résultent de la réforme apportée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Elle est issue d'une proposition de loi relative à l'autorité parentale²⁸⁹ qui présentait cette dernière comme « une fonction » ayant pour « finalité de protéger l'enfant et d'assurer son éducation », sachant que « pour répondre à cette finalité, l'autorité parentale doit reposer sur une coparentalité ». **Un droit commun de l'autorité parentale** sera établi « **centré sur le principe de son exercice conjoint quel que soit le statut des parents** ».

De même que les règles de filiation ne doivent plus opérer de distinction entre catégories de situations, de même les nouvelles règles de l'autorité parentale visent à « permettre de consacrer **le principe d'égalité de tout enfant** dans le rapport à ses parents **quelle que soit leur situation** ». « Parce que l'intérêt de l'enfant doit demeurer au cœur de l'autorité parentale, [...] cet objectif ne pourra être atteint que si chacun des parents se voit pleinement reconnaître la place qui doit être la sienne aux côtés de l'enfant. » Et **l'égalité** et la **coparentalité** sont les meilleurs gages du respect de l'intérêt de l'enfant.

On analysera successivement en quoi elle consiste, qui l'exerce, ce qu'il en est en cas de séparation des parents ou bien lorsqu'un seul l'exerce, quelles sont les conséquences de la délégation et du retrait de l'autorité parentale.

3.1 Qu'est-ce que l'autorité parentale ?

On ne résout bien entendu pas tout avec cette phrase car on ne demande pas de façon usuelle les cartes d'identité de ceux qui se présentent comme les parents et dont l'un des deux n'est que « beau-père ou belle-mère ».

²⁸⁷ M. Godelier, *La famille est au fondement des individus, pas des sociétés*, entretien avec Serge Canasse, préc.

²⁸⁸ M. Godelier, *Systèmes de parenté, formes de famille, Quelques problèmes contemporains qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique*, Fondation pour l'Innovation politique, préc.

²⁸⁹ Proposition de loi n° 3074, Ass. nat. 17 mai 2001 présentée par Jean-Marc Ayrault, Marc Dolez et Christine Lazerges et les membres du groupe socialiste.

Le **principe général** est que « l'autorité parentale » qui « est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » « **appartient aux père et mère** jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant **pour le protéger** dans sa sécurité, **sa santé** et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »²⁹⁰.

Et, point très important, dorénavant les parents « **associent l'enfant aux décisions qui le concernent**, selon son âge et son degré de maturité »²⁹¹. Cette règle trouve un écho dans les dispositions relatives au droit du mineur d'être informé sur sa santé. Il est titulaire de ce droit, mais son exercice est assuré par les titulaires de l'autorité parentale ; cependant, cela n'exclut pas le **droit pour le mineur de recevoir une information tenant compte de sa maturité**, ni l'opposition **expresse du mineur** qui s'est adressé à un médecin pour être soigné **à ce que ses parents soient mis au courant**, alors que des soins sont nécessaires.

3.2 L'exercice de l'autorité parentale

La loi a instauré des principes généraux et elle distingue la situation des parents qui vivent en commun de celle qui sont séparés, ainsi que la situation du parent seul.

3.2.1 Les principes généraux

Le **principe général** est que l'autorité parentale appartient aux père et mère et qu'il **l'exercent en commun, quel que soit leur statut**, qu'ils soient mariés ou non, séparés ou divorcés²⁹².

Si la loi adopte ce principe, la situation est en pratique un peu différente selon que les parents de l'enfant sont mariés ou non.

► Les parents sont mariés

La règle de principe est **l'exercice en commun** de l'autorité parentale **par les père et mère** de l'enfant.

► Les parents ne sont pas mariés

Si **les père et mère ont reconnu leur enfant** dans **l'année de sa naissance**, ils exercent en commun l'autorité parentale. Ce principe s'applique également aux enfants nés avant le 7 mars 2002.

Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un seul de ses parents, ce dernier exerce seul l'autorité parentale.

Cependant, il existe un cas particulier : **si la filiation est établie à l'égard d'un parent plus d'un an après la naissance de l'enfant** dont **la filiation a déjà été établie à l'égard de**

²⁹⁰ Article 371-1 al. 1 et 2 du Code civil.

²⁹¹ Article 371-1 al. 3 du Code civil.

²⁹² Article 372 al. 1 du Code civil.

l'autre parent, l'autorité parentale sera exercée par le **parent vis-à-vis duquel la filiation aura été établie en premier**²⁹³.

Cette règle est susceptible de s'appliquer à plusieurs situations. La première est la suivante : la femme a mis au monde un enfant ; en tant que mère, elle exerce l'autorité parentale, alors que son compagnon, ayant hésité à reconnaître l'enfant, n'en est pas le père. S'il reconnaît cet enfant par exemple 2 ans après sa naissance, cette reconnaissance ne modifiera pas l'exercice de l'autorité parentale par la seule mère.

On peut avoir affaire à une seconde situation : à l'inverse de la précédente, le père a reconnu l'enfant avant sa naissance ; c'est donc lui qui exercera l'autorité parentale.

On peut avoir affaire à une troisième situation : la femme a mis au monde un enfant ; en tant que mère, elle exerce l'autorité parentale, mais le géniteur refusant de reconnaître l'enfant, la filiation paternelle de ce dernier est judiciairement reconnue à la suite d'une action en recherche de paternité. L'exercice de l'autorité parentale par la seule mère ne sera également pas modifié.

Cependant, l'autorité parentale pourra être exercée en commun si les **parents** en prennent la décision, ce qui passe par **une déclaration conjointe** devant le greffier en chef du tribunal ou par **décision du juge aux affaires familiales**²⁹⁴.

3.2.2 L'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés

La loi prévoit que le fait pour les parents de se séparer ou de divorcer **n'a pas, en principe, de conséquence sur l'attribution de l'autorité parentale**²⁹⁵ ; elle **continue d'être exercée comme elle l'était avant la séparation**, c'est-à-dire :

en principe, ce sont toujours les deux parents qui exercent l'autorité parentale ;
si seul l'un des deux exerçait l'autorité parentale, c'est ce même parent qui continue de l'exercer.

Le choix que traduit cette règle est clair : dissocier la situation du couple de celle des enfants, c'est-à-dire **faire en sorte**, autant que faire se peut, **que la séparation du couple ne modifie pas les modalités de l'exercice de l'autorité parentale** vis-à-vis de leurs enfants. Ainsi que l'observe la Défenseure des droits des enfants, ces nouvelles règles s'expliquent par l'idée contemporaine que « si le lien conjugal se défait, le lien parental, lui,

²⁹³ Article 372-2 al. 2 du Code civil : « Toutefois, **lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant** dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, **celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale**. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant. »

²⁹⁴ Article 372-2 al. 3 du Code civil : « L'autorité parentale **pourra néanmoins être exercée en commun** en cas de **déclaration conjointe des père et mère** devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales ».

²⁹⁵ Article 373-2 al. 1 et 2 du Code civil : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. »

subsiste et doit être conforté car l'enfant se trouve au cœur de cette relation et ses deux parents demeurent coresponsables de son éducation et de son développement »²⁹⁶.

Mais, **exceptionnellement**, l'autorité parentale peut être confiée à **un seul** des deux parents²⁹⁷. Si la loi traduit l'idée qu'il paraît préférable pour l'enfant que les deux parents exercent ensemble l'autorité parentale, il peut être souhaitable dans certaines situations qu'un seul des parents l'exerce. La décision est prise par le juge ; elle est fondée sur l'intérêt de l'enfant.

Cependant, l'existence d'un conflit entre les parents (la séparation se passe mal) n'entraîne pas nécessairement que l'autorité parentale soit exercée par un seul parent. Il faut que ce conflit ait des conséquences négatives pour l'enfant.

De la même façon, le fait que les parents vivent éloignés l'un de l'autre n'entraîne pas systématiquement l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent.

Si l'autorité parentale est confiée à un seul des deux parents, celui-ci l'exerce sous réserve des droits du conjoint : ce parent doit être informé des choix importants sur la vie de son enfant et il conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant.

À défaut d'accord entre les parents, le juge accorde au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale un droit de visite et d'hébergement, qui ne peut lui être refusé que pour des motifs graves. Ce droit ne peut être refusé que dans l'intérêt de l'enfant.

En cas de séparation, **les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge**, rédiger une convention par laquelle ils fixent :

les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ;
et la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le juge peut décider d'homologuer la convention ou peut refuser de le faire s'il constate que le consentement des parents n'a pas été donné librement ou que l'intérêt de l'enfant n'y est pas suffisamment préservé.

En cas de divorce par consentement mutuel, les accords parentaux homologués sont obligatoires.

La convention homologuée peut être modifiée ou complétée à tout moment par le juge, à la demande d'un parent ou du ministère public (qui peut être lui-même saisi par un tiers, parent ou non).

Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale peut saisir le juge aux affaires familiales s'il estime que l'autre parent agit contre l'intérêt de l'enfant.

3.2.3 L'exercice de l'autorité parentale par un parent seul

Si l'un des deux parents est **décédé** ou est **privé de l'autorité parentale**²⁹⁸ : en cas de **décès** d'un des parents, c'est **le parent survivant** qui exerce seul l'autorité parentale, et ce

²⁹⁶ La Défenseure des enfants, Rapport thématique 2008 : « *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles* », p. 73, www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000715/index.shtml

²⁹⁷ Article 373-2-1 al. 1 du Code civil : « Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents ».

²⁹⁸ Article 373-1 du Code civil : « si **l'un des père et mère décède** ou se trouve **privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul** cette autorité .»

même s'il vit avec un nouveau compagnon²⁹⁹ ; si **les deux parents sont vivants**, mais si **l'un est privé** de l'autorité parentale³⁰⁰, c'est **l'autre parent qui l'exerce seul**.

Dans ce dernier cas, il peut s'agir de l'hypothèse où un des parents est atteint d'une maladie très grave qui ne lui permet plus de s'exprimer (cas d'un état végétatif, par exemple) ou bien de la situation où l'un des parents s'est vu retirer l'autorité parentale par décision du juge³⁰¹ (condamnation pénale ou mise en danger de l'enfant par son comportement³⁰²).

3.3 La délégation de l'autorité parentale

Lorsque les circonstances l'exigent, l'exercice de l'autorité parentale peut être délégué à un tiers. La délégation peut être volontaire ou forcée. Celle-ci ne peut être décidée que par un jugement, seules certaines personnes pouvant en faire la demande, de même que seules certaines personnes peuvent être délégataires.

3.3.1 La délégation peut être volontaire ou forcée

On a vu que les parents pouvaient perdre l'exercice de l'autorité parentale, notamment s'ils avaient commis une faute. La délégation n'est pas du même ordre, car, dans ce cas, ce sont les parents qui souhaitent que l'autorité parentale soit confiée à quelqu'un d'autre.

Toutefois, la délégation ne peut se faire que sous le contrôle du juge³⁰³, car l'autorité parentale est une mission qui incombe aux parents, dont ils ne peuvent se défaire en la décidant de leur propre chef, sauf à constituer un moyen détourné d'abandon de l'enfant.

3.3.2 Les personnes ayant qualité pour en faire la demande

► En cas de délégation volontaire

Les **père et mère**, ensemble ou séparément, **peuvent saisir le juge** aux affaires familiales. La délégation peut être prononcée même si le mineur n'est pas remis à un tiers. Les parents peuvent donc continuer à élever leurs enfants tout en bénéficiant de l'aide d'un tiers.

Elle est possible quel que soit l'âge du mineur.

► En cas de délégation forcée

Lorsqu'il y a désintérêt manifeste des parents,

²⁹⁹ Sauf s'il se remarie et que son conjoint adopte l'enfant, auquel cas il y aura exercice commun de l'autorité parentale, en application de l'article 365 du Code civil (cf. *supra*, les développements relatifs à l'adoption).

³⁰⁰ Article 373 du Code civil : « Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est **hors d'état de manifester sa volonté**, en raison de son **incapacité**, de son **absence** ou **de toute autre cause** . »

³⁰¹ Article 378 al. 1 du Code civil : « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une décision expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent . »

³⁰² Article 378-1 al. 1 et 2 du Code civil : « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une conduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.

Peuvent pareillement se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 . »

³⁰³ Article 376 du Code civil : « Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir pour effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous . »

ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale.

L'établissement ou le **service départemental de l'aide sociale à l'enfance** qui a recueilli l'enfant, un **tiers** ou un **membre de la famille** peuvent saisir le juge aux fins de se faire déléguer l'exercice de l'autorité parentale.

3.3.3 Les personnes qui peuvent être déléguaires

► En cas de délégation volontaire

Les parents choisissent le déléguaire qui peut être :
un membre de la famille ;
un proche digne de confiance ;
un établissement agréé pour le recueil des enfants ;
un service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Le juge contrôle les conditions de la délégation et le choix des tiers. Il peut refuser la délégation s'il l'estime contraire à l'intérêt de l'enfant.

Le juge prend sa décision en tenant compte :
de la pratique antérieurement suivie ;
des sentiments de l'enfant ;
de la capacité des parties à respecter les droits de l'autre ;
et des renseignements recueillis lors de l'enquête sociale.

Le juge peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les parents, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers déléguaire.

Le ou les parents, qui exerce l'autorité parentale, doit(vent) donner leur accord sur le partage.

► Fin de la délégation

Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de se voir restituer leurs droits s'ils justifient de circonstances nouvelles.

3.4 Conclusion relative à l'autorité parentale

À s'en tenir aux principes relatifs la concernant, on pourrait être enclin à avoir la représentation d'une famille composée d'un couple qui, ayant procréé, s'élargit à l'enfant ; **élevé conjointement par ses deux parents**, qui prennent les décisions le concernant de manière concertée. Toutefois, l'attribution de l'autorité parentale dépendant des liens de filiation, et donc par voie de conséquence des modalités de relations de l'homme et de la femme, plusieurs points méritent d'être vérifiés.

Certes, la loi n'établit plus de distinction entre les enfants selon que leurs parents sont ou non mariés ; de la même façon, elle prévoit que les modalités d'exercice de l'autorité parentale sont identiques que les couples soient ou non mariés, séparés ou non. Grande est la tentation de ce fait d'assimiler autorité parentale et cohabitation, y compris en cas de séparation du couple, lorsqu'il s'agit d'une famille recomposée³⁰⁴.

³⁰⁴ E. Vivas, *1,2 million d'enfants vivent dans une famille recomposée*, Insee Première, n° 1259, oct. 2009, www.insee.fr ; ce chiffre représente 9 % des enfants mineurs.

Cependant, il **existe des situations où un seul des parents exerce l'autorité parentale** : c'est tout d'abord l'hypothèse d'un enfant qui n'a pas été reconnu par son père³⁰⁵ ; c'est également l'hypothèse où un des deux parents est décédé ou privé de l'autorité parentale ; mais, c'est également celle des enfants dont les parents sont séparés ou divorcés³⁰⁶, mais où l'autorité parentale est exercée par celui à qui elle a été confiée par décision du juge.

4. Conclusion générale

Cette note a pour objectif de rendre compte à grands traits des règles relatives à la filiation et à l'autorité parentale. Dans la mesure où celles-ci offrent des options différenciées aux couples, il m'a semblé intéressant de rechercher les informations disponibles qui nous permettent d'avoir une représentation réaliste des pratiques sociales organisées par ces règles. Celles-ci concernent **13,5 millions** de jeunes de moins de 18 ans³⁰⁷.

Aussi, deux points sont développés dans cette conclusion générale :

les nouvelles configurations familiales ;
les enseignements que nous pouvons en tirer pour la rédaction des recommandations en ce qui concerne l'information du mineur.

4.1 Les nouvelles configurations familiales

Il est possible, à partir de l'ensemble des données dont on dispose actuellement³⁰⁸, de mettre en exergue plusieurs évolutions profondes³⁰⁹ constatées depuis maintenant 30 ans, évolutions qui ont abouti à un éparpillement des configurations familiales.

4.1.1 Diminution constante du nombre des mariages et développement de la vie maritale

Le mariage n'est plus aujourd'hui un **passage obligatoire pour vivre en couple et fonder une famille** : selon l'Ined, alors que 394 000 mariages avaient été célébrés en 1970, on n'en comptait plus que 273 500 en 2008. Ce déclin du mariage s'accompagne d'un développement de l'union libre : celle-ci est plus fréquente et dure beaucoup plus longtemps qu'auparavant. Le mariage n'est plus considéré comme un préalable indispensable pour accueillir un enfant. Aussi la conséquence la plus visible de ce développement de l'union libre et de son allongement est le fait que dorénavant **la moitié des naissances ont lieu hors mariage** (52,5 % de l'ensemble des naissances en 2008³¹⁰).

³⁰⁵ Mais elle semble rare : seuls 2 % à 3 % des enfants naissant à l'heure actuelle n'acquièrent pas de filiation paternelle (estimation faite sur la base des travaux de Munoz-Pérez et Prioux, 2005) : F. Prioux, M. Mazuy, *L'évolution démographique récente en France, Population-F*, 64, (3), 2009, p. 445-494. 4 % seulement des enfants ne sont pas reconnus dans l'année de leur naissance : La population de la France 2007, Population et Sociétés, Ined, n°443, mars 2008.

³⁰⁶ On compte 45 1 divorces pour 100 mariages.

³⁰⁷ O. Chardon, F. Daguët, *Enfants de couples, enfants des familles monoparentales, Des différences marquées pour les jeunes enfants*, p. 1.

³⁰⁸ Grâce notamment aux travaux conjugués de l'Institut national d'études démographiques (Ined) et de l'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee).

³⁰⁹ Deux rapports ont été plus particulièrement utilisés : La Défenseure des enfants, Rapport thématique 2008 : « *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles* », www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000715/index.shtml; J. Leonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport au Premier ministre, oct. 2009, www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics

³¹⁰ « La part de naissances issues de couples non mariés continue d'augmenter ; c'est en 2006 que le seuil de 50 % d'enfants nés hors mariage a été franchi, la proportion atteint 52,5 % en 2008 » : F. Prioux, M. Mazuy, *L'évolution démographique récente en France, Population-F*, 64, (3), 2009, p. 445-494.

► Fragilisation des unions

Quel que soit le mode de vie du couple (mariage, union libre, pacs), **on constate une fragilisation des unions**. Si la stabilité des couples non mariés paraît moindre que celle des couples mariés, le nombre des divorces a augmenté et s'est banalisé ; ainsi, il y a désormais 42 divorces pour 100 mariages, contre 12 pour 100 en 1970. L'indicateur de divortialité passe de 11 divorces pour 100 mariages à la fin des années 1960 à plus de 30 dès 1985 ; il s'établit à 38 % de 1995 à 2001, puis se monte à 42 % en 2003. Précisons que **près de six divorces prononcés sur dix concernent un ou plusieurs enfants mineurs**.

► Développement des familles « monoparentales » et recomposées

Selon l'Insee³¹¹, en 2005, **16 % des enfants de moins de 18 ans vivaient dans une famille monoparentale ou recomposée**³¹². On relèvera la progression ininterrompue depuis 40 ans de la proportion de mineurs vivant en famille monoparentale, qui n'était que de 6 % en 1968. Ajoutons que l'on ne dispose pas de données fiables sur les familles homoparentales : en extrapolant des éléments issus du recensement, l'Ined parvient à une fourchette de 24 .000 à 40 .000³¹³.

La banalisation des séparations conjugales accentue la fréquence des recompositions familiales. La configuration la plus courante – dans 63 % des cas – consiste en une vie avec sa mère et un beau-père, et 37 % seulement avec son père et une belle-mère. La vie dans une famille recomposée correspond à une période plus ou moins durable de nouvelle vie de couple du parent ; elle succède à une période de vie en famille monoparentale avant la formation d'une nouvelle union. Ainsi, « avec l'accroissement du nombre de recompositions familiales, notamment de celles qui rassemblent des enfants de l'union actuelle et de l'union passée, les deux tiers des enfants concernés ont une expérience de vie avec une nouvelle fratrie. Sans oublier les cas dans lesquels l'enfant a aussi une expérience de recomposition familiale lorsqu'il réside chez son autre parent qui lui-même recrée un couple. »³¹⁴.

► Absence de remise en cause, par le divorce ou la séparation des parents, de l'exercice conjugué de l'autorité parentale, mais absence de contrôle du juge sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale des parents séparés

Selon le rapport Leonetti, « en 2003, sur 100 couples divorcés, 98 continueront à exercer conjointement l'autorité parentale³¹⁵. Constatant **l'exercice conjoint de l'autorité parentale**

³¹¹ O. Chardon, F. Daguet, *Enfants de couples, enfants des familles monoparentales, Des différences marquées pour les jeunes enfants*, Insee Première, n°1216, janv. 2009, www.insee.fr

³¹² Cette note relève qu'« en 2006, 590 000 beaux-parents vivent avec les enfants mineurs de leur conjoint : 140 000 belles-mères et 450 000 beaux-pères. 7,2 % des hommes qui vivent avec au moins un enfant mineur sont beaux-pères, alors que 1,9 % des femmes sont belles-mères. Il y a davantage de beaux-pères : après une séparation, ce sont les mères qui ont le plus souvent la garde des enfants. Lorsque les femmes se remettent en couple, le nouveau conjoint vit alors avec les enfants de sa compagne et devient beau-père.»

³¹³ *La difficile mesure de l'homoparentalité*, Fiche d'actualité n°8, juin 2009, www.ined.fr

³¹⁴ La Défenseure des enfants, Rapport thématique 2008 : « *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles* », préc., p. 22.

³¹⁵ Source : ministère de la Justice – DAGE – SDSSE – Enquête sur l'exercice de l'autorité parentale en 2003.

dans 98 % des divorces, le juge en attribue l'exercice exclusif à l'un des parents dans 2 % des divorces. En 2006, la répartition de l'exercice de l'autorité parentale est restée exactement la même. »³¹⁶

Toutefois, **s'agissant des unions libres**, qui, par hypothèse, ne sont pas des unions légales, « il semble que de nombreux parents non mariés règlent eux-mêmes les modalités de leur séparation y compris leur mode d'exercice de l'autorité parentale sans que la question de la préservation de l'intérêt de l'enfant ne soit soumise à un juge aux affaires familiales. Seul un désaccord amènera l'un ou l'autre parent à le saisir. »³¹⁷

Aux dires de ces rapports, **les parents non mariés – séparés ou non – paraissent insuffisamment renseignés sur leurs droits et leurs obligations**. La Défenseure des enfants en veut pour preuve les questions posées dans les forums de discussion de sites Internet, notamment familiaux, ou les informations élémentaires apportées par les sites Internet de quelques municipalités³¹⁸.

4.2 Les enseignements susceptibles d'être tirés de ces données pour la rédaction des recommandations en matière d'information du patient mineur

Quand on croise les règles relatives à la filiation et à l'autorité parentale avec les enquêtes et rapports rendant compte des pratiques sociales familiales, on aboutit au résultat suivant : **un peu plus de la moitié des enfants sont issus de parents non mariés**, ce qui signifie que **l'établissement de la filiation se répartit à parts presque égales** par la **reconnaissance** et par **l'effet de la loi**. Si, pour la première catégorie des enfants, celui qui a reconnu le premier l'enfant est celui qui exerce l'autorité parentale, **cette situation est en réalité rare**, puisque **4 %** seulement des enfants ne sont pas reconnus dans l'année de leur naissance³¹⁹.

Aussi peut-on estimer que **la règle de principe édictée par l'article 371-1 al. 2 du Code civil** selon laquelle l'autorité parentale appartient aux père et mère qui **l'exercent en commun s'applique à la quasi-totalité des enfants mineurs**, qu'ils soient issus de parents non mariés ou de parents mariés.

Mais cette assertion nécessite de prendre en considération **la banalisation des séparations des couples**, corrélée à la fréquence de nouvelles unions. **Ces situations ne devraient pas avoir de conséquences sur l'exercice de l'autorité parentale**, puisque la règle est celle du maintien de son **exercice en commun** : « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale », « chacun des père et mère » devant « maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent »³²⁰.

³¹⁶ J. Leonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport au Premier ministre, oct. 2009, préc., p. 18.

³¹⁷ La Défenseure des enfants, Rapport thématique 2008 : « *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles* », préc., p. 38.

³¹⁸ La Défenseure des enfants, Rapport thématique 2008 : « *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles* », préc., p. 38.

³¹⁹ Cf. *supra*, p. 33, note 90.

³²⁰ Article 373-2 al. 1 et 2 du Code civil.

S'agissant des couples divorcés, ***l'exercice conjoint de l'autorité parentale est la règle dans 98 % des divorces*** ; en revanche, ***on ignore quelles sont, en la matière, les pratiques des couples non mariés qui se sont séparés***, parce qu'à la différence du mariage, l'union libre n'est pas légalement organisée³²¹.

Cela dit, que les parents aient divorcé ou se soient séparés, ***la difficulté concrète la plus importante est la suivante*** : c'est ***l'écart existant entre la coparentalité exigée des parents qui restent tous les deux responsables de l'enfant***, quels que soient les aléas de leur vie de couple, et ***le fait qu'après la séparation du couple, l'enfant réside avec un seul de ses parents***.

La Défenseure des enfants l'observe avec justesse : « l'exercice en commun de l'autorité parentale implique que **les parents doivent se maintenir dans une « cogestion » de la vie de l'enfant et que chacun d'eux en est responsable à part égale, même si l'un d'eux ne réside pas avec les enfants**. Les décisions sont ainsi censées être prises ensemble », mais « **pourtant, l'exercice de l'autorité parentale entre parents séparés peut susciter des difficultés** »³²².

Et d'ajouter : « si les familles savent aujourd'hui que les père et mère ont des pouvoirs égaux dans la vie quotidienne d'une famille non séparée, elles intègrent difficilement que, même si le couple est séparé, la coparentalité demeure. **Une confusion se fait trop souvent entre l'exercice de l'autorité parentale et la cohabitation avec l'enfant**. Beaucoup de parents pensent que cohabiter avec l'enfant signifie exercer l'autorité parentale et comprennent mal ce que veut dire l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans cette situation. **Très souvent, les parents ne savent pas que les décisions relatives à l'enfant doivent être communes lorsqu'elles concernent des actes graves** (qui engagent l'avenir de l'enfant, relatifs à sa santé, sa scolarité, sa religion, ses voyages à l'étranger, ses activités extra-scolaires). La réalisation par un parent d'un acte grave, sans concertation avec l'autre parent, fait naître ou attise un conflit. Par ailleurs, ils négligent souvent d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent, en fonction de son âge et de son degré de maturité. »

À ces observations, il faut ajouter que si l'ex-conjoint ou l'ex-compagnon entame une nouvelle relation, ***la personne avec qui il vit dorénavant pourra apparaître comme le parent de l'enfant*** ; cette situation n'est pas nécessairement due à une volonté de nier l'autre parent, mais tient à la réalité de la vie concrète et, cela, d'autant plus que les résidences des parents de l'enfant sont éloignées l'une de l'autre.

Forts de ces enseignements, nous pourrions envisager de **proposer quelques repères, en distinguant** l'hypothèse où **le mineur est accompagné de ses deux parents** de celle où **il n'est accompagné que d'un parent** ; l'autorité parentale s'exerçant en commun postule que les deux parents reçoivent l'information relative à leur enfant et son état de santé (si un

³²¹ Il n'y a pas de décision de justice pour étayer les accords des parents.

³²² La Défenseure des enfants, Rapport thématique 2008 : « *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles* », préc., p. 74 et suiv. : « Par exemple, un parent ne respecte pas le rôle qui revient à l'autre parent dans l'éducation de l'enfant et ce dernier peut se trouver dans une situation dans laquelle il est plus ou moins fortement dépossédé de ses droits et de ses devoirs, et empêché d'assurer la continuité de son éducation, donc de sa présence, auprès de l'enfant . »

seul des parents consulte un médecin, il sera seul à se la voir communiquer) et qu'ils prennent en commun les décisions nécessaires en son nom et dans son intérêt.

Toutefois, **l'accent doit être mis sur un aspect propre à l'information du mineur**. Si le droit de ce dernier en la matière est identique à celui de la personne majeure, **son exercice par les titulaires de l'autorité parentale** corrélé à **son droit de recevoir une information propre** tenant compte de son degré de maturité a eu une incidence sur la rédaction des dispositions de l'énoncé relatif à l'information du mineur.

Dans le premier rapport remis au groupe de travail, je l'avais alerté sur cette difficulté³²³ ; j'observais alors que « les recommandations **ne portent que sur la délivrance de l'information et non sur la prise de décision**, bien que les deux soient intimement liées³²⁴ ; mais, s'agissant du mineur, le texte qui précise que le mineur a le droit de recevoir lui-même une information **énonce également comme suite logique qu'il a le droit de participer à la prise de décision le concernant** »³²⁵.

On peut légitimement s'interroger sur le point de savoir pourquoi la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, qui dissocie clairement l'information de l'expression de la volonté de la personne, et donc de la prise de décision, **lie les deux pour ce qui concerne le mineur**³²⁶. Cette rédaction est vraisemblablement due à l'interférence du droit civil sur les règles applicables dans le champ de la santé. En effet, on rappelle que le Code civil prévoit que « les parents **associent l'enfant aux décisions qui le concernent**, selon son âge et son degré de maturité »³²⁷. On peut donc émettre l'hypothèse que, pour se conformer à cette règle, les rédacteurs du projet de loi ont reconnu un droit d'information propre au mineur, de façon qu'il puisse participer à la prise de décision le concernant.

Pour éviter les incohérences, il me semble possible de retenir la solution suivante : dire que, s'agissant du mineur, l'information est donnée aux titulaires de l'autorité parentale et que l'information « **adaptée à [son] degré de maturité** »³²⁸ qu'il **reçoit** a pour objectif de l'associer aux décisions le concernant. Ceci nous évitera de perdre la cohérence d'ensemble des recommandations ; on ne comprendrait pas en effet qu'il y ait des passages sur la prise de décision uniquement pour les mineurs³²⁹.

³²³ D. Thouvenin, *Délivrance de l'information au patient, Recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de Santé*, juin 2009, p. 38.

³²⁴ Les énoncés juridiques concernant la prise de décision sont réunis sous les articles L. 1111-4 et suivants du Code de la santé publique à la suite des dispositions relatives à l'information du patient ; l'ensemble de ces dispositions sont incluses sous un même chapitre « information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ».

³²⁵ Article 371-1 al. 3 du Code civil : « Les parents **associent l'enfant aux décisions qui le concernent**, selon son âge et son degré de maturité. »

³²⁶ Il en est de même pour le majeur sous tutelle.

³²⁷ Article 371-1 al. 3 du Code civil.

³²⁸ Article L. 1111-2 al. 5 du Code de la santé publique. J'avais en outre précisé que « la référence au degré de maturité est **un outil de qualification de la situation et non une définition** ; c'est donc aux professionnels de santé conjointement avec les parents de s'accorder sur ce point ».

³²⁹ Ainsi que pour le majeur sous tutelle.

Annexe 5. L'information de la personne majeure dont les facultés de discernement sont altérées ou qui est hors d'état de la recevoir elle-même

Cette annexe a été rédigée à la demande expresse du groupe de travail afin de lui apporter un éclairage sur la représentation du majeur protégé.

1. Introduction

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 reconnaît à chaque personne le droit d'être informée, car l'information sur son état de santé est indispensable à l'expression de la volonté qui en dépend entièrement. L'information est la garantie d'une prise de décision en connaissance de cause.

Si la loi du 4 mars 2002 établit un **lien clair entre les deux**, dans un chapitre intitulé « Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté », elle les distingue et les énonce dans deux articles : d'une part, l'article L. 1111-2 al. 1 du Code de la santé publique précise que « toute personne *a le droit d'être informée* sur son état de santé », tandis que l'article L. 1111-4 al. 1 prévoit que « toute personne *prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* ».

Ces deux règles concernent la personne majeure capable. La loi du 4 mars 2002 a prévu que, lorsque la personne malade est dans l'incapacité d'exercer ce droit, c'est son **représentant juridique** qui **l'exerce pour elle** et qui reçoit l'information. Ceci explique qu'elle ait mis sur le même plan ***l'incapacité du mineur*** et ***l'incapacité du majeur sous tutelle***. Mais, on le constatera, cette règle apparemment simple est d'une application souvent peu aisée. Ajoutons, pour ce qui concerne le majeur sous tutelle, que **la qualification d'incapable ne paraît plus pertinente** depuis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, qui, s'agissant de la protection de sa personne, **a fait de la sauvegarde de son autonomie un principe directeur**.

Aux termes de la loi en vigueur (loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs) au moment de l'adoption de la loi de 2002, **seule la personne sous tutelle était représentée, au sens juridique du terme**³³⁰, car le majeur sous sauvegarde de justice n'est pas frappé d'une incapacité, tandis que le majeur sous curatelle n'est pas l'objet

³³⁰ La représentation se définit comme le procédé juridique par lequel une personne agit au nom et pour le compte (le représentant) d'une autre personne (le représenté). L'acte passé par le représentant engage le représenté. La représentation peut être légale (par exemple, les titulaires de l'autorité parentale), conventionnelle (mandat : par exemple, le mandataire de protection future) ou judiciaire (par exemple, quand la décision du juge prévoit que le tuteur est le représentant du majeur).

d'une représentation, mais d'une assistance³³¹. En revanche, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs³³², en affirmant que **le principe d'autonomie de la personne** s'applique à tout majeur protégé **quelle que soit la mesure de protection** (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, mandat de protection future) **dont il bénéficie**³³³, a considérablement modifié la situation du majeur sous tutelle. En effet, **il prend seul**, lorsque son état le permet, **les décisions relatives à sa personne**. Et, lorsque tel n'est pas le cas, le juge peut prévoir des modalités de protection allant **de l'assistance à la représentation**³³⁴. Désormais le prononcé d'une mesure de tutelle n'implique pas *ipso facto* que le tuteur représente la personne protégée ; **il faut que le juge le prévoie expressément**.³³⁵ Par voie de conséquence, selon la décision prise, le majeur sous tutelle peut ne faire l'objet d'aucune mesure de protection concernant sa personne, peut faire l'objet d'une assistance concernant les actes et les décisions relatifs à sa personne, enfin d'une représentation.

La loi du 4 mars 2002 traite, d'un point de vue juridique, le mineur et le majeur sous tutelle de la même manière. Il existe cependant une différence notable entre la situation du mineur et celle du majeur : le premier, dont les facultés de discernement vont croître au fur et à mesure de sa maturation, est **représenté de manière continue tout au long de sa minorité** par les titulaires de l'autorité parentale³³⁶ ; le second, en revanche, parce qu'il a acquis autonomie et lucidité, **n'est protégé** par une mesure de tutelle que **s'il souffre non seulement d'une altération de ses facultés personnelles l'empêchant d'exprimer une volonté lucide, mais** qu'il a en outre, aux termes de la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 en vigueur au moment de l'adoption de la loi du 4 mars 2002, « besoin d'être **représenté** d'une **manière continue** dans les actes de la vie civile »³³⁷ et selon la loi du 5 mars 2007 lorsqu'il est « établi que **ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante** »³³⁸.

³³¹ Article 508 du Code civil dans sa version applicable sous l'empire de la loi de 1968 : « Lorsqu'un majeur, pour l'une des causes prévues à l'article 490, sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être **conseillé** ou **contrôlé** dans les actes de la vie civile, il peut être placé sous un régime de curatelle. » Et dorénavant, article 440 du Code civil : « La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être **assistée** ou **contrôlée** d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. »

³³² Loi applicable depuis le 1^{er} janvier 2009.

³³³ Cf. en ce sens la circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, *BO min. Justice* 2009, 28 février, p. 24.

³³⁴ Article 459 al. 2 du Code civil : « Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de **l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas**, il peut, le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le tuteur à **représenter** l'intéressé. »

³³⁵ En ce sens, *Curatelle, tutelle, accompagnements*, sous la direction de T. Fossier, Litec, 2009, n° 632, p. 275 : « Il est maintenant parfaitement possible de décider, par exemple, une protection par représentation en matière patrimoniale, dans le cadre d'une tutelle, mais sans aucune protection particulière en ce qui concerne le droit commun des actes relatifs à la personne, ou encore une protection limitée à une simple assistance en la matière, sur le modèle de la curatelle en matière de protection patrimoniale. Autrement dit, le législateur permet au juge de "découpler" et de moduler de manière différenciée la protection des biens et celle de la personne. »

³³⁶ Cf. sur ce point, les développements de la note, « Filiation et autorité parentale », en annexe du rapport.

³³⁷ Article 492 du Code civil dans sa version applicable sous l'empire de la loi de 1968.

³³⁸ Article 440 al. 4 du Code civil.

La loi du 4 mars 2002 n'a pris en considération que **le seul cas de la personne majeure sous tutelle**. Bien qu'il existe des situations dans lesquelles la personne majeure a des difficultés plus ou moins grandes à recevoir et à comprendre la portée des informations qui lui sont données, au regard de cette loi, ou bien la personne majeure est sous tutelle, et c'est le tuteur qui reçoit l'information³³⁹, ou bien la personne majeure n'est pas sous tutelle, et c'est elle qui la reçoit.

En outre, la loi du 4 mars 2002 a reconnu à toute personne majeure le **droit de désigner une personne de confiance** « ... qui sera consultée au cas où elle serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin »³⁴⁰. L'idée qui sous-tend ce droit est que la personne désignée, à qui le malade fait confiance, connaît ses souhaits, ses choix, et pourra ainsi en faire part aux professionnels de santé. La personne de confiance **est consultée** et **donne son avis** sur ce qu'aurait souhaité le majeur s'il avait été en mesure de recevoir lui-même l'information et d'exprimer ses choix ; en revanche elle **ne représente pas le malade**.

Enfin, la loi du 5 mars 2007 a introduit une nouvelle mesure de représentation de nature conventionnelle, **le mandat de protection future** qui permet à toute personne majeure de prévoir comment elle entend organiser sa protection, y compris de sa personne.

Afin d'éviter, dans toute la mesure du possible les confusions souvent rencontrées en pratique, trois points sont successivement abordés dans cette note :

la distinction mal établie entre les deux règles successives, information, puis prise de décision pour le majeur sous tutelle ;

l'incidence de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs sur l'information de la personne sous tutelle ;

la nouvelle modalité de représentation par la voie du mandat de protection future, à distinguer du rôle de la personne de confiance, en sachant que la loi du 5 mars 2007 a prévu que le mandataire puisse se voir attribuer le rôle imparti par le Code de la santé publique à la personne de confiance.

2. La distinction mal établie entre la règle relative à l'information du majeur sous tutelle et celle relative à la prise de décision consécutive le concernant

La loi du 4 mars 2002, **si elle opère un lien étroit** entre l'information et la prise de décision, la seconde dépendant de la première, **a séparé ces deux séquences** qui sont **régies par deux catégories de règles** : celles relatives au **droit d'être informé** (article L. 1111-2 du Code de la santé publique) et celles relatives à **la prise de décision** (article L. 1111-4 du Code de la santé publique).

Et, s'agissant de la personne malade protégée, dont les droits sont exercés, aux termes de la loi du 4 mars 2002, par son tuteur, on aurait pu légitimement s'attendre à ce que **le droit d'être**

³³⁹ En ne perdant pas de vue que la loi du 4 mars 2002 prévoit que le majeur sous tutelle reçoit lui-même une information spécifique quand il est en mesure de la recevoir.

³⁴⁰ Article L. 1111-6 al. 1 du Code de la santé publique.

informé puis la décision fassent l'objet de **deux dispositions successives** qui auraient été le **pendant de celles applicables à la personne malade capable**.

Or, tel n'est pas le cas : si la règle relative au droit d'être informé (article L. 1111-2 al. 5 du code de la santé publique) prévoit que **le tuteur reçoit l'information**, puisque le droit d'être informé est exercé par ce dernier, elle ajoute que le majeur sous tutelle a « ... le droit **de recevoir** » lui-même « **une information et de participer à la prise de décision le concernant**, d'une manière **adaptée [...] à ses facultés de discernement...** »³⁴¹. Outre le droit du malade majeur sous tutelle d'être informé, exercé par le tuteur, **un droit propre** lui est également reconnu, celui de **recevoir lui-même une information adaptée**. La loi conjugue ainsi deux droits, l'un exercé par le tuteur, l'autre par le majeur sous tutelle.

Puis, **tenant compte de ces deux catégories d'informations**, on pourrait **escompter que les conditions de la décision le concernant soient fixées dans l'article qui la régit** ; ce n'est nullement le cas, puisque **c'est dans l'article relatif au droit du malade d'être informé que le lien est établi entre l'information reçue** par le majeur sous tutelle lui-même et **le rôle qui lui est reconnu dans la décision**. Le texte, en effet, prévoit qu'il « **participe** » à la prise de décision le concernant, c'est-à-dire qu'il **y prend part**, mais qu'**il ne la prend pas**. L'implicite de cet énoncé est donc qu'une autre personne que lui prend la décision ; et, eu égard aux règles de représentation juridique en vigueur en 2002, on peut considérer qu'il s'agit du tuteur.

Aussi, puisque l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique prévoit que **le droit** du majeur sous tutelle **d'être informé est exercé par le tuteur**, on s'attendrait à ce qu'une **règle**, rédigée sur le même modèle, **soit incluse** dans un alinéa de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique ; il aurait **régi la prise de décision concernant le majeur sous tutelle** et aurait précisé que « **le tuteur prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant la santé du majeur sous tutelle** ».

Force est de constater que l'article L. 1111-4 **ne prévoit aucune disposition énonçant les conditions de la prise de décision concernant la santé du majeur sous tutelle** par son représentant légal. En revanche, il énonce que « **le consentement [...] 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 le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé [...] du majeur sous tutelle**, le médecin délivre les soins indispensables »³⁴².

³⁴¹ L'article L. 1111-2 al. 5 du Code de la santé publique porte sur l'exercice des droits aussi bien des mineurs que des majeurs sous tutelle. De ce fait, sa rédaction concerne ces deux catégories de personnes. La présente analyse ne portant que sur la situation du majeur protégé, la présentation de l'énoncé de ce texte vise seulement le tuteur.

³⁴² Article L. 1111-4 al. 7 du Code de la santé publique.

Avant de décrire les caractéristiques de cet alinéa, **on observera la curieuse rédaction de cet article accolant deux règles**, l'une destinée au majeur sous tutelle, l'autre au tuteur, mais dont le trait commun est l'expression de la crainte sous-jacente d'un défaut de soins pour le majeur sous tutelle.

Deux traits saillants nous paraissent pouvoir être mis en exergue :

alors que la loi du 4 mars 2002 est sous-tendue par la reconnaissance de droits subjectifs à la personne malade, cet énoncé n'en reconnaît pas un à son titulaire ; aussi, ne s'adresse-t-il pas au majeur sous tutelle, mais aux professionnels de santé, voire au seul médecin, pour lesquels il fixe une obligation, celle de toujours rechercher son consentement, s'il est en mesure de l'exprimer. On relèvera d'une part, que *seul l'accord du majeur sous tutelle est envisagé*, et non son refus, alors que la prise de décision suppose cette option ; d'autre part, tel que rédigé, *cet énoncé ne précise pas à quoi le majeur sous tutelle consent*. Outre cette caractéristique, remarquons que le texte, visant la recherche de l'acceptation du majeur sous tutelle, signifie qu'une décision a déjà été prise. Il est en cohérence avec la règle qui prévoit que le majeur sous tutelle ne fait que participer à la décision, mais ne la prend pas ; *pour autant, cet énoncé ne précise nullement qui la prend* ;

cependant, on peut induire de la seconde règle que c'est le tuteur qui la prend ; en effet, le pouvoir accordé au médecin de délivrer des soins dans l'hypothèse où sa proposition d'un traitement essuierait un refus susceptible d'entraîner des conséquences graves pour le malade implique la reconnaissance implicite de la prise de décision par le tuteur. Toutefois, le médecin peut mettre en cause le choix de ce dernier, puisqu'il est autorisé à ne pas s'incliner devant, ce qui revient à considérer qu'il est celui qui est le mieux à même de déterminer quel est l'intérêt du majeur sous tutelle.

Le fait que le médecin soit mis en position d'avoir le dernier mot permet de tirer **deux conclusions** : **la prise de décision** concernant le majeur sous tutelle **ne résulte pas d'une codécision**, car si tel était le cas, elle ferait l'objet d'une négociation entre le tuteur et le médecin ; par ailleurs, ce texte exprime **la crainte que le refus des soins proposés ne puisse qu'être préjudiciable à la personne malade**, si bien que **c'est le médecin qui, in fine, prend la décision** lorsqu'il estime que ce refus « risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur sous tutelle », formule suffisamment vague pour laisser une grande latitude dans l'interprétation.

Cette disposition est, pour le majeur sous tutelle, **voisine de celle**³⁴³ **applicable à la personne majeure en capacité d'exprimer des choix lucides** : **si le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne** après l'avoir informée des conséquences de ses choix, **la préconisation lui est faite d'user de son pouvoir de persuasion** auprès du malade **pour éviter qu'une interruption ou un refus de soins de sa part mette sa santé en danger**. Celle-ci est la traduction des conceptions des médecins qui redoutent de voir s'exprimer les choix les plus extrêmes pouvant aller jusqu'à la mort de la personne, par défaut de soins. Mais on notera cependant une différence entre ces deux situations ; en effet, la règle applicable au majeur capable laisse entendre que le médecin, faute d'avoir su le persuader d'accepter les soins proposés, doit respecter ce refus, tandis que le médecin « délivre les soins indispensables » au majeur sous tutelle.

³⁴³ Article L. 1111-4 al. 2 du Code de la santé publique.

Deux observations peuvent être faites en ce qui concerne l'exercice du droit du majeur sous tutelle d'être informé : la **coexistence** de **son droit d'être informé exercé par le tuteur** et de **son droit propre de recevoir une information** adaptée à sa faculté de compréhension **qu'il exerce lui-même** a pour conséquence de reconnaître un **rôle** dans la prise de décision, **à la fois au tuteur et à la personne protégée**. Toutefois, cette conjugaison n'est pas prévue par la règle relative à la prise de décision, mais dans celle énonçant le droit d'être informé. Enfin il est essentiel de ne pas perdre de vue **qu'aucune disposition ne précise clairement que le tuteur prend, avec le médecin, au nom du majeur sous tutelle, la décision concernant la santé de ce dernier**.

Au-delà des insuffisances de rédaction des textes relatifs à l'information et à la prise de décision, on émettra l'hypothèse que les incertitudes rédactionnelles sont également révélatrices de l'évolution des conceptions au sujet de la tutelle des majeurs, déjà à l'œuvre en 2002. Elle a conduit à accorder la place la plus grande possible à l'autonomie du majeur protégé et à l'expression de sa volonté, fût-il sous tutelle. Il s'agit là d'une évolution centrale des représentations sociales en la matière, dont la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 est l'expression.

3 La prééminence de l'autonomie du majeur protégé reconnue par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007

Les difficultés d'interprétation des règles régissant le droit d'être informé du majeur sous tutelle ainsi que leurs conséquences en termes de prise de décision le concernant ne sont pas seulement dues à leur rédaction imprécise. Celles-ci sont aussi **le reflet du changement d'appréciation sur le sens même de la protection du majeur** dont l'altération des facultés mentales ou corporelles est **de nature à empêcher l'expression de la volonté**³⁴⁴, **et encore plus s'il s'agit d'une tutelle**, qui est la mesure la plus limitatrice de l'exercice des droits du majeur protégé.

Si la nécessité de protéger la personne majeure n'ayant plus l'aptitude d'exprimer une volonté lucide a guidé les deux réformes successives, celle de 1968, puis celle de 2007, **les termes utilisés par l'une puis par l'autre loi sont révélateurs de la transformation progressive des conceptions la sous-tendant** : d'un « **incapable majeur** » objet d'une **mesure de protection**³⁴⁵, on est passé à un « **majeur** » objet d'une « **protection juridique** »³⁴⁶. La mutation qui s'est opérée en 40 ans porte sur le fait qu'une mesure de protection n'est plus nécessairement considérée comme un bénéfice pour la personne.

³⁴⁴ Article 425 du Code civil : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles **de nature à empêcher l'expression de sa volonté** peut bénéficier d'une mesure de protection juridique. »

³⁴⁵ Ce qu'indique l'intitulé de la loi n°68-5 du 3 janvier 1968 : elle est la loi « portant réforme du **droit des incapables majeurs** ».

L'incapacité a sensiblement évolué sous l'influence des conceptions contemporaines ; elle a, petit à petit, pris un tour péjoratif et, encore plus la tutelle, car « si louable que soit l'objectif de protection, la tutelle d'un majeur est une diminution de sa personnalité »³⁴⁷. Elle fut progressivement considérée comme abusive dans notre pays, ce qui justifia l'adoption de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007.

C'est ainsi qu'est présentée la réforme dès les premières lignes des motifs du projet de loi qui la porte : « les mesures de protection juridique [...] sont **toujours restrictives de droits** pour les personnes qui y sont soumises » sachant qu'une personne « ... ne doit être placée sous un régime de protection juridique que **lorsque la résolution des difficultés qu'elle éprouve dans la vie civile** du fait de l'altération de ses facultés **nécessite qu'une atteinte soit portée à l'exercice de ses droits** et lorsque aucun autre mécanisme juridique plus léger et moins restrictif de liberté ne peut être mis en œuvre »³⁴⁸.

De plus, si la tutelle paraissait adaptée à la représentation de la personne du point de vue des actes qu'elle est susceptible d'accomplir, et donc avant tout de la protection de son patrimoine, elle ne semblait pas l'être au regard des décisions relatives à sa personne. Certes, la loi envisageait la possibilité de diviser la tutelle du majeur « entre un tuteur à la personne et un tuteur aux biens »³⁴⁹ ; de même, elle prévoyait bien que le tuteur prenne soin de la personne du majeur, mais par renvoi aux règles applicables à celle du mineur pour sa personne³⁵⁰, si bien que faute d'être une règle propre, l'identification de son existence était rendue malaisée³⁵¹.

Enfin, une vingtaine d'années avant l'adoption de la loi du 5 mars 2007, des critiques se sont exprimées au sujet de l'ampleur de l'incapacité du majeur sous tutelle : cette fois, il ne s'est plus agi de déplorer l'inadaptation de la tutelle aux questions de type personnel, mais de considérer la tutelle comme excessive, car nul « ne peut avoir de meilleurs critères que l'intéressé lui-même, s'il est en état de juger »³⁵² ou bien encore parce que « la personne qui doit parler pour l'incapable, c'est d'abord le majeur protégé lui-même, s'il le peut »³⁵³.

³⁴⁶ L'intitulé de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 est également révélateur : elle est la loi « portant réforme de la protection juridique des majeurs ».

³⁴⁷ J. Carbonnier, Droit civil, 1/ Les personnes, PUF, coll. Thémis, 16^eéd. 1996, p. 331.

³⁴⁸ Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, Ass. nat., n°3462, 5 déc. 2006, p. 2.

³⁴⁹ Article 417 du Code civil, dans sa version applicable sous l'empire de la loi de 1968.

³⁵⁰ Article 450 du Code civil, dans sa version applicable sous l'empire de la loi de 1968 : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. »

³⁵¹ Article 495 du Code civil, dans sa version applicable sous l'empire de la loi de 1968 : « Sont aussi applicables dans la tutelle des majeurs les règles prescrites par les sections 2, 3 et 4 du chapitre II, au titre dixième du présent livre, pour la tutelle du mineur, à l'exception toutefois de celles qui concernent l'éducation de l'enfant... », en l'occurrence, les articles 393 à 475 du Code civil et, pour ce qui concerne la personne du majeur sous tutelle, l'article 450 précité (*supra*, note 21). La prise de conscience que la tutelle concernait aussi la personne du majeur s'est faite grâce à un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1989 : « les régimes civils d'incapacité ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable » : Cass. civ. 1^{re}, 18 avril 1989, JCP 1990, II 21467, note T. Fossier.

³⁵² J. Hauser, *Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable*, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz 1985, p. 234.

³⁵³ Ph. Malaurie, *La Cour de cassation au XX^e siècle*, Rapport 1999, La documentation française, p. 18.

L'idée d'une volonté propre³⁵⁴ du majeur sous tutelle concernant sa personne a progressivement fait son chemin. C'est cette conception inspirée de la recommandation du Conseil de l'Europe n° R (99) 4 du 23 février 1999³⁵⁵, mettant l'accent sur le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui a été défendue par le rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs³⁵⁶, plus connu sous le nom de son rapporteur Jean Favart.

Dans la droite ligne de ces propositions, **une des innovations majeures de la réforme a été l'affirmation de la protection de la personne**, plaçant celle-ci « ... avant même la sauvegarde de ses biens, au cœur de toute évolution du dispositif de protection des majeurs »³⁵⁷. Aussi la réforme a-t-elle fait en sorte que la prise en compte de la personne se traduise par **le respect de la liberté individuelle du majeur protégé³⁵⁸** (une mesure de protection n'ayant à être prise que lorsqu'elle est strictement nécessaire et s'il ne peut être pourvu d'une autre manière à ses besoins³⁵⁹), par **l'individualisation de la mesure en fonction de son degré d'incapacité**, une mesure de tutelle ne devant par ailleurs désormais être prononcée que « ... s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante »³⁶⁰ et par **le respect de sa volonté**, en favorisant, « dans la mesure du possible, l'autonomie »³⁶¹ de la personne.

« La volonté de prendre en compte de manière effective la protection de la personne » a été saluée comme « une des innovations majeures de la réforme, qui a fait l'objet d'un très fort consensus tout au long de sa préparation et des débats parlementaires »³⁶². Cette protection constitue désormais « un régime général ou de droit commun, de la protection personnelle »³⁶³, qui, pour cette raison, s'applique à **toutes les mesures de protection juridique³⁶⁴**.

³⁵⁴ En ce sens, J-P Gridel, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur sous tutelle*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2000, Études sur le thème de la protection de la personne, www.courdecassation.fr

³⁵⁵ Recommandation du comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, Conseil de l'Europe, recommandation n° R (99) 4 du 23 février 1999, <https://wcd.coe.int>

³⁵⁶ Rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs : rapport définitif remis au ministre de l'Emploi et de la Solidarité, au ministre de la Justice et au ministre de l'Économie, des Finances et de l'industrie, mai 2000, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004001167/index.shtml>

³⁵⁷ Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, préc. p. 7.

³⁵⁸ Article 425 al. 2 du Code civil : « Cette protection est instaurée et assurée **dans le respect des libertés individuelles**, des **droits fondamentaux** et de la dignité de la personne. »

³⁵⁹ Article 428 al. 1 du Code civil : « La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et **lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun** de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé. La mesure est **proportionnée** et **individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé.** »

³⁶⁰ Article 440 al. 4 du Code civil.

³⁶¹ Article 415 al. 3 du Code civil.

³⁶² T. Fossier, T. Verheyde, *Réforme des tutelles*, AJ Fam., 2007, p. 160.

³⁶³ En ce sens, *Curatelle, tutelle, accompagnements*, sous la direction de T. Fossier, préc., n°627, p. 272.

³⁶⁴ Les articles qui régissent ce droit commun sont inclus dans une sous-section 4 « Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne ». Ils s'appliquent également le cas échéant, au mandataire spécial désigné dans le cas d'une sauvegarde de justice si une mission de protection de la personne lui est confiée et au mandataire en cas de mandat de protection future, lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne.

Deux points concernant l'information relative à la santé du majeur malade sous tutelle retiendront plus particulièrement l'attention :

d'une part, l'articulation de la disposition du Code de la santé publique reconnaissant au majeur protégé le droit de recevoir du professionnel l'information concernant sa santé avec celle du Code civil qui prévoit qu'il reçoit de la personne assurant sa protection toutes informations utiles ;

d'autre part, la portée de la disposition du Code civil qui précise que l'application des règles organisant la protection du majeur « ... ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues *par le code de la santé publique* [...] *prévoyant l'intervention d'un représentant légal* »³⁶⁵.

Ces deux points sont analysés à la lumière du régime général de protection personnelle du majeur protégé instauré par la loi du 5 mars 2007.

- **L'information, considérée comme une exigence essentielle par la loi du 5 mars 2007**, est placée en tête de la sous-section relative aux « effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne », le Code civil prévoyant que « **la personne protégée** reçoit de la **personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle**, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et **les conséquences d'un refus de sa part** »³⁶⁶.

La question qui se pose, au regard de l'information du patient sous tutelle sur son état de santé, est la suivante : cette disposition de droit commun constitue-t-elle **une exigence s'ajoutant à son droit d'être informé**³⁶⁷ selon les modalités prévues à l'article L. 1111-2 al. 5 du Code de la santé publique ou bien **n'est-elle pas l'expression d'une autre conception** que **celle qui est au fondement de ce texte**, qui, rédigé avant l'adoption de la loi du 5 mars 2007, apparaîtrait désormais comme dépassé.

En effet, l'article L. 1111-2 al. 5 du Code de la santé publique est l'application du modèle de l'incapacité dont la conséquence est **l'exercice des droits par le représentant de l'incapable** ; aussi, en cohérence avec ce modèle, le texte prévoit-il que « les **droits** [...] des majeurs sous tutelle **sont exercés** [...] **par le tuteur** » et que le tuteur reçoit du professionnel de santé **l'information** sur l'état de santé du majeur sous tutelle ainsi que sur les différentes investigations, traitements, etc. qui lui sont proposés. Certes, ce texte ajoute que ce dernier a le droit de recevoir lui-même une **information adaptée** à ses facultés de discernement, mais **elle est seconde** par rapport à celle, principale, reçue par le tuteur.

Ajoutons que **la mission de protection de la personne** n'entre **dans le champ de compétence du tuteur** ou du curateur **que si le juge des tutelles l'a décidé**.

³⁶⁵ Article 459-1 al. 1 du Code civil.

³⁶⁶ Article 457-1 al. 3 du Code civil.

³⁶⁷ C'est-à-dire, on le rappelle, son droit d'être informé sur son état de santé exercé, selon la loi du 4 mars 2002, par le tuteur, et son droit propre de recevoir une information adaptée à ses facultés de discernement.

En revanche, **dans le modèle issu de la loi du 5 mars 2007, c'est la personne protégée qui reçoit cette information.** Quand elle est sous tutelle, elle la reçoit du tuteur qui, pour aider la personne à prendre la décision, lui fournit toutes les informations nécessaires sous une forme adaptée à sa capacité de compréhension (il est en quelque sorte le traducteur de l'information qu'il reçoit) ; elle reçoit également **les informations** émanant des tiers, la formule « sans préjudice des informations que **les tiers sont tenus de lui dispenser** en vertu de la loi » impliquant que **ceux-ci la lui délivrent directement.** Il existe donc une contradiction entre la règle de l'article L. 1111-2 al. 5 et celle de l'article 457-1 al. 3 du Code civil qui prévoit que c'est la personne protégée qui reçoit elle-même cette information des tiers, c'est-à-dire, dans le cas présent, les professionnels de santé.

Et si, aux termes de la loi du 5 mars 2007, la personne protégée reçoit elle-même l'information, c'est parce qu'elle a posé le principe selon lequel elle « **prend seule les décisions relatives à sa personne** ». En revanche, la loi du 4 mars 2002 a, quant à elle, prévu que le majeur sous tutelle **ne faisait que participer à la prise de décision.** Il est donc important de relever que **cette règle adoptée par la loi du 4 mars 2002 est contredite par celle de la loi du 5 mars 2007.**

Toutefois, cette règle de principe s'applique « **dans la mesure où son état le permet** »³⁶⁸. **Ce n'est qu'à titre exceptionnel,** « lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée », que le juge « ... peut prévoir qu'elle bénéficiera, **pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection.** Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le tuteur à **représenter** l'intéressé »³⁶⁹. **L'assistance, ou si celle-ci est insuffisante, la représentation** ont été conçues comme des **exceptions** et doivent faire l'objet d'une **décision spéciale du juge des tutelles.** Aussi est-il important d'insister sur le point suivant : « Si la décision d'ouverture, de modification ou de renouvellement de la mesure de protection est muette sur ce point, c'est le principe d'autonomie qui devra s'appliquer... »³⁷⁰

On peut donc constater que les règles du Code de la santé publique relatives à l'information du patient, majeur sous tutelle, rédigées antérieurement à la loi du 5 mars 2007 sont dépassées par celles qu'elle a introduites, sachant qu'elle a apporté des modifications centrales aux règles de principe régissant la protection juridique des majeurs. Mais, dans la mesure où le Code de la santé publique se réfère à des concepts de droit commun régis par le Code civil, **on devrait pouvoir conclure que ses dispositions s'analysent à la lumière de ces derniers.** La

³⁶⁸ Article 459 al. 1 du Code civil : « Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée **prend seule les décisions relatives à sa personne** dans **la mesure où son état le permet.** » L'article 458 du Code civil prévoit que « ... l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel **ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.** Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. »

³⁶⁹ Article 459 al. 2 du Code civil.

³⁷⁰ *Curatelle, tutelle, accompagnements*, sous la direction de T. Fossier, préc., n°632, p. 274.

conséquence en serait la suivante : sauf dans les cas où la décision du juge aura prévu que le tuteur représente le majeur sous tutelle, c'est la personne protégée elle-même qui devrait recevoir l'information sur son état de santé.

Cependant, il est nécessaire de vérifier si cette assertion est pertinente en raison d'une règle de la loi du 5 mars 2007 qui semble contredire cette affirmation, ce qui nous conduit à évoquer ce second point.

- **La loi du 5 mars 2007** a admis que **l'application des règles relatives à la protection de la personne du majeur sous curatelle ou tutelle** ne peut « ... avoir pour effet **de déroger** aux **dispositions particulières** prévues **par le code de la santé publique** [...] prévoyant **l'intervention** d'un **représentant légal** »³⁷¹. Interrogeons-nous sur la portée de cette disposition. En effet, cette restriction de l'article 459-1 al. 1 du Code civil doit, pour être comprise, être rapportée aux principes généraux qui précèdent et qui sont énoncés par les articles 458 et 459 du Code civil. Ces derniers concernent respectivement les **actes** et les **décisions** que peut prendre le majeur sous tutelle ; **pour les premiers**, la règle est que « ... l'accomplissement des **actes** dont la nature **implique un consentement strictement personnel** ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée »³⁷² ; **pour les secondes**, la loi prévoit que « hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée **prend seule les décisions relatives à sa personne** dans la mesure où son état le permet ».

Ces règles de principe du Code civil s'appliquent aux actes et aux décisions³⁷³, tandis que l'article L. 1111-2 al. 1 du Code de la santé publique **est relatif au droit d'être informée de la personne malade**, et donc porte sur l'**étape qui les précède**. Si son rôle est essentiel, puisqu'elle conditionne les choix envisageables, **elle ne se confond pas avec la décision qui en est la conséquence**. Or, et nous n'avons cessé de mettre l'accent sur ce point, l'article L. 1111-2 al. 1 du Code de la santé publique **mêle**, pour ce qui concerne le majeur sous tutelle, **information et prise de décision**, à laquelle, précise cet article, **il participe**. Et, si cet article indique qu'il y participe, en revanche l'article L. 1111-4 al. 1 du Code de la santé publique relatif à la prise de décision du malade avec le professionnel de santé, quant à lui, est **muet sur le point de savoir qui la prend**, si bien qu'il **ne prévoit pas que le tuteur** de la personne majeure protégée **prenne des décisions concernant la santé de cette dernière**.

Deux propositions d'interprétation peuvent être faites, l'une au sujet de l'information de la personne sous tutelle, l'autre sur la prise de décision la concernant. **Sur le premier point**, un argument peut être tiré de ce que l'article 459-1 du Code civil se réfère à l'intervention « d'un

³⁷¹ Article 459-1 al. 1 du Code civil.

³⁷² Article 458 al. 1 du Code civil ; l'alinéa 2 précise que : « Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant . »

³⁷³ Ayant ou non trait à sa santé.

représentant légal ». Or, ce point a déjà été évoqué *supra*³⁷⁴, au regard de la loi du 5 mars 2007, le tuteur **n'a cette qualité** (aussi bien pour la protection de ses biens que de sa personne) **que si le juge l'a expressément prévu dans sa décision**. Autrement dit, lorsque tel n'est pas le cas, c'est le malade, fût-il protégé, qui devrait recevoir lui-même l'information. **Sur le second point**, la loi du 4 mars 2002 étant **muette sur le pouvoir du tuteur de prendre les décisions concernant la santé du majeur sous tutelle**, l'interprétation devrait conduire à **privilégier le principe d'autonomie de la personne protégée** consacré par la loi du 5 mars 2007.

Ces propositions d'interprétation sont confortées par le fait que les textes du Code de la santé publique qui prévoient l'intervention du tuteur de la personne majeure protégée ne peuvent **s'interpréter qu'à la lumière des règles du Code civil**, car **ce sont elles qui définissent les modalités de sa protection**. Les règles du Code de la santé publique ne peuvent **ni définir les modalités de la protection du majeur**, ni **se substituer à celles du code civil**. Or, la loi du 5 mars 2007 a très sensiblement réduit les pouvoirs du tuteur puisqu'il ne représente la personne que si la décision du juge l'a prévu. C'est pour cette raison qu'aujourd'hui, **les dispositions du Code de la santé publique relatives à l'information apparaissent moins** comme des **exceptions aux principes généraux du code civil** régissant la protection de la personne sous tutelle que comme **des dispositions en décalage** par rapport à **la nouvelle philosophie sous-tendant la protection juridique du majeur**.

La loi du 5 mars 2007 visant à favoriser, dans la mesure du possible, le maintien de l'autonomie de la personne majeure protégée, il est légitime de considérer que les dispositions de la loi du 4 mars 2002 nécessitent d'être interprétées à l'aune de ces nouveaux principes, sans attendre qu'elle fasse l'objet de modifications futures. Toutefois, il existe **un certain nombre de situations** où **la personne n'est plus en mesure ni de recevoir l'information, ni de prendre une décision**, ce qui justifie que, dans ces hypothèses, le tuteur la représente.

Ajoutons que l'article 459 al. 3 du Code civil³⁷⁵ régit **les cas particuliers** des décisions « ayant pour effet de **porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle** de la personne protégée... ». Il prévoit que, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut prendre une telle décision, **sans l'autorisation du juge**. Rappelons que, puisqu'il s'agit d'une décision que doit « prendre » le tuteur, on se trouve dans une situation où il a été judiciairement autorisé à la représenter³⁷⁶. On est amené à en conclure logiquement qu'en l'absence de la nomination d'un tuteur ou lorsque celui-ci assiste la personne sous tutelle, c'est soit la personne seule, soit la personne assistée du tuteur qui prend la décision, sans que le juge ait à être saisi.

Notre société n'admet plus comme auparavant que le tuteur puisse s'exprimer à la place de la personne protégée. Et dans une société vieillissante, qui craint que les personnes les plus

³⁷⁴ *Supra*, p. 13.

³⁷⁵ Article 459 al. 3 du Code civil : « Toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée. »

³⁷⁶ En ce sens, *Curatelle, tutelle, accompagnements*, sous la direction de T. Fossier, préc., n°633, p. 275.

âgées soient frappées de maladies atteignant leurs facultés cognitives, l'idée a fait progressivement son chemin de **donner la possibilité** à chaque personne, **quand elle est en pleine possession de ses moyens**, de désigner à l'avance, **dans l'éventualité de son inaptitude**, un ou plusieurs mandataires chargés de la représenter : c'est le mandat de protection future instauré par la loi du 5 mars 2007.

4. Le mandataire de protection future et la personne de confiance : porter la parole du patient qui n'est plus en mesure de s'exprimer

Le **mandataire** désigné par le mandat de protection future **représente** le **mandant** qui l'a choisi pour organiser la protection de ses biens ou de sa personne, tandis que **la personne de confiance** est, quant à elle, **consultée** quand la personne qui l'a désignée est hors d'état d'exprimer sa volonté. Toutefois, il s'agit dans les deux cas de faire en sorte que la volonté exprimée en toute lucidité par la personne concernée soit « portée » par le mandataire ou la personne de confiance, lorsque cette personne n'est plus en mesure de s'exprimer elle-même.

Bien que postérieur à la loi du 4 mars 2002, le mandat de protection future est abordé en premier, car il est une technique de représentation, et s'inscrit dans le cadre des règles objet de cette étude qui concernent la situation du majeur bénéficiant d'une mesure de protection. Ajoutons que la loi du 5 mars 2007 opère un lien entre le mandat de protection future et la personne de confiance, puisqu'elle prévoit que le mandataire pourra se voir attribuer le rôle de la personne de confiance³⁷⁷.

³⁷⁷ Article 479 al. 2 du Code civil.

4.1 Le mandat de protection future : une modalité de représentation du majeur

Le mandat de protection future est une nouvelle modalité de protection inspirée notamment de la pratique allemande³⁷⁸. Il a été instauré en Allemagne depuis déjà 20 ans par loi du 12 septembre 1990 consacrée à la protection juridique des personnes majeures. Cette loi a retenu un régime unique de protection des majeurs, celui de l'assistance³⁷⁹. Elle a été « définie dans le sillage des droits fondamentaux consacrés par la Constitution », en veillant à «... l'assurer dans le respect maximum de l'autonomie personnelle et avec le minimum de contrainte institutionnelle »³⁸⁰.

Un auteur³⁸¹ explique que « depuis la loi du 12 septembre 1990 portant réforme de la tutelle et de la curatelle des personnes majeures » le mandat de protection future « apparaît comme l'alternative à une disposition d'assistance⁴. [...] En effet, la désignation d'un assistant pourra être évitée³⁸² lorsqu'un mandataire sera susceptible de gérer les affaires de l'intéressé, et de prendre pour lui notamment les mesures médicales nécessaires ». Il précise que « ce mandat s'est vu longtemps qualifié de "mandat pour soins de vieillesse", une appellation quelque peu rejetée aujourd'hui dans la mesure où bien des jeunes, conscients des risques d'accidents, peuvent éprouver le besoin de prévoir un tel document ».

Le succès du mandat de protection future en Allemagne – puisqu'il semble que plus de 7 millions de personnes y aient souscrit – tient sans doute au fait qu'il est considéré comme un **moyen adéquat d'organiser à l'avance sa propre protection** ; et, s'il l'est, c'est parce qu'il permet à toute personne de confier à un mandataire le soin de la représenter si elle devient incapable de s'exprimer, pas seulement en raison du déclin des capacités de compréhension dues à son âge, mais également en raison de l'état de sa santé. Ce succès est corrélé au droit reconnu par la loi fondamentale d'assurer au citoyen allemand son **autonomie de décision par tous les moyens possibles**.

Le législateur français, quant à lui, a estimé cette option intéressante parce qu'elle est un moyen de répondre « à l'inquiétude des personnes soucieuses de prévoir l'organisation de leur

³⁷⁸ Dans son rapport, Emile Blessig fait également état des expériences conduites avec succès au Québec : E. Blessig, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Ass. nat. n°3557, 10 janvier 2007, p. 69.

³⁷⁹ Jacques Combret et Jérôme Casey la définissent ainsi : « une loi du 12 décembre 1990 a instauré l'assistance, mesure singulièrement différente de la tutelle et de la curatelle et qui se caractérise essentiellement par deux éléments : - la mesure d'assistance n'a aucun effet sur la capacité de la personne protégée, sauf à ce que le tribunal l'assortisse d'une décision de réserve pour le consentement de certains actes. L'intervention de l'assistant sera une condition de validité de l'acte ; - le juge ne prononcera pas une mesure d'assistance si la protection de la personne vulnérable est assurée dans un cadre privé ou en présence d'un mandat pour soins de vieillesse » : J. Combret, J. Casey, *Le mandat de protection future* (1^{re} partie), *RJPF*, 2007-7/8, p. 8-13.

³⁸⁰ R. Legeais, *Notice d'introduction à la Section 3 du Livre 4, Code civil allemand*, traduction commentée du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), (coordination R. Legeais, M Pédamon), Juriscope, Dalloz, 2010, p. 540.

³⁸¹ F. Furkel, *Le rôle majeur des proches au service d'une réelle autonomie du patient en fin de vie*, in *Le rôle des proches du patient en fin de vie*, panorama international, (direction B. Feuillet –Liger), Bruylant, à paraître.

³⁸² Possibilité prévue aux termes du § 1896, al. 2 BGB.

protection **pour le jour où elles seraient dépendantes** »³⁸³. Mais ses choix ont, semble-t-il, été moins guidés par le respect en soi de l'autonomie des personnes que par l'opportunité d'une technique qui permet « à une personne, soucieuse de son avenir, d'organiser sa propre protection juridique pour le jour où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés personnelles », sachant qu'« en cas de survenance d'une incapacité, la mise en œuvre de ce mandat se fera sans intervention du juge des tutelles »³⁸⁴. Ce sont les manques criants des moyens de la justice française pour faire face au suivi des personnes sous tutelle³⁸⁵ qui ont incité le législateur français à introduire ce nouveau système de représentation volontaire dans l'espoir que son usage se répande, contribuant ainsi à désengorger les tribunaux et cela dans un contexte de vieillissement de la population française³⁸⁶.

Il n'en demeure pas moins que le mandat de protection future est **en adéquation avec l'évolution des conceptions en matière d'autonomie de la personne** : un mandataire choisi par la personne, parce qu'elle a confiance en lui, sera son « **porte-parole** ». Désormais, on considère qu'il est préférable que la personne puisse avoir la garantie que ses souhaits, ses préconisations, ses préférences seront respectés le jour où son état l'empêchera de les exprimer.

La loi du 5 mars 2007 prévoit que « toute personne majeure [...] ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle **peut charger une ou plusieurs personnes**³⁸⁷, par un même mandat, **de la représenter** » lorsqu'en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté³⁸⁸, « **elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts** »³⁸⁹.

Le mandat de protection future est donc une **modalité de représentation conventionnelle**³⁹⁰ offerte à toute personne, qui, en se projetant dans l'avenir, lui **permet d'anticiper l'organisation de sa protection, selon les modalités qui lui conviennent**, pour le jour où elle

³⁸³ E. Blessig, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, préc., p. 68.

³⁸⁴ Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, préc., p. 7 et 19.

³⁸⁵ Selon *Les chiffres clés de la justice 2009*, ministère de la Justice et des Libertés, sous-direction de la statistique et des études, www.justice.gouv.fr, pour l'année 2008, on relevait au 1^{er} janvier **698 347** majeurs protégés suivis par les juges des tutelles ; le nombre de demandes d'ouverture d'un régime de protection des majeurs était pour la même année de **101 989**. Ces chiffres sont à **mettre en regard du nombre de postes de juge des tutelles en France : 80** équivalents temps plein (estimation du ministère reprise par Emile Blessig dans son *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, préc., p. 30).

³⁸⁶ Présentant le mandat de protection future au colloque de l'UDAF 95, *Réforme de la protection juridique des majeurs*, 28 mai 2009, Me René Guiard disait que « c'est la possibilité, pour chacun d'entre nous, en pleine possession de ses moyens, de décider de sa fin de vie. C'est dire : si je deviens dépendant, si je n'ai plus ma tête, voilà comment je veux vivre, voilà comment je veux que l'on me fasse vivre » : Actes du colloque, janv. 2010, www.udaf95.fr

³⁸⁷ Le mandant choisit pour le représenter la personne qu'il souhaite. Le Code civil ne détermine pas des catégories juridiques parmi lesquelles le choix pourrait s'exercer. En revanche, le Code civil fixe très précisément les obligations du mandataire.

³⁸⁸ C'est-à-dire pour l'une des causes prévues à l'article 425 du Code civil qui énonce que dans un tel cas, la personne « peut bénéficier d'une mesure de protection juridique ».

³⁸⁹ Article 477 al. 1 du Code civil.

ne sera plus en mesure de faire des choix et d'exprimer une volonté lucide. Ce mandat lui permet d'organiser aussi bien la protection des ses biens que de sa personne. Les questions de l'information de la personne malade relevant de cette dernière, elle est seule abordée dans ces développements.

Il est important de préciser qu'**un tel choix n'implique pas que la personne puisse en fixer les contours selon son bon vouloir**. En effet, le mandat, lorsqu'il s'étend à la protection de la personne³⁹¹, est établi conformément aux articles 457-1 à 459-2 du Code civil. La protection de la personne ayant un **caractère d'ordre public**³⁹², **les règles relatives à la protection judiciaire de la personne s'appliquent au mandat de protection future** ; ainsi, le mandataire, qui est certes librement choisi par le mandant³⁹³, a-t-il l'obligation d'informer la personne protégée, celle de demander au juge des tutelles l'autorisation de faire un acte gravement attentatoire à l'intégrité corporelle ; enfin, la personne **prendra elle-même les décisions personnelles la concernant si son état le permet**, et ce n'est qu'en cas d'impossibilité pour le mandant de prendre une décision que **le mandataire représentera la personne protégée**.

Ainsi peut-on constater que, lorsque la personne aura désigné un mandataire de protection future, **c'est elle qui prendra, de la même façon** que si elle était sous tutelle, **les décisions personnelles la concernant**. Certes le mandataire représente la personne, mais le mandant, à l'instar du majeur sous tutelle, conserve une volonté propre quand il s'agit de décisions ayant trait à sa personne dans les mêmes conditions que lorsqu'il bénéficie d'une mesure de protection judiciaire.

Confirmation du rôle réduit du mandataire de protection future en la matière est donnée par la rédaction de la disposition qui envisage la possibilité que le mandataire puisse jouer le rôle de la personne de confiance. En effet, le mandat peut conventionnellement prévoir que « ... le mandataire exercera **les missions** que le Code de la santé publique [...] **confie** [...] **à la personne de confiance** »³⁹⁴. Dans un tel cas, si le mandataire est bien le représentant de la

³⁹⁰ Le mandat de protection future est soit notarié (articles 488 à 491 du Code civil), soit sous seing privé (articles 492 à 494 du Code civil).

³⁹¹ Article 479 al. 1 du Code civil : « Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. »

³⁹² E. Blessig, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, préc., p. 192 : « Non seulement le mandat, qu'il soit notarié ou sous seing privé, ne pourra rien prévoir qui dérogerait à ces règles, mais, en outre, les pouvoirs et les obligations du mandataire seront encadrés strictement par celles-ci. Le mandataire sera donc soumis à l'obligation d'information à l'égard de la personne protégée, à l'obligation d'action en cas de danger et à la nécessité, sauf urgence, de recueillir du juge l'autorisation de faire un acte gravement attentatoire à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée. Il s'agit en effet de confirmer le caractère d'ordre public de la protection de la personne : on peut choisir que le mandat ne s'appliquera pas à la personne du mandant, mais on ne peut prévoir une protection qui différerait de celle définie par la loi. »

³⁹³ Le mandataire peut être une personne physique ou une personne morale : article 480 al. 1 du Code civil : « Le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles. »

³⁹⁴ Article 479 al. 2 du Code civil.

personne protégée, ses pouvoirs en matière de décisions de santé **sont limités à ceux de la personne de confiance**, ce qui nous amène à l'analyse de ces derniers.

4.2 Le rôle de la personne de confiance : être consultée pour donner son avis

La loi du 4 mars 2002 a reconnu à « toute personne majeure » le droit de « désigner une personne de confiance... »³⁹⁵. Celle-ci « peut être un parent, un proche ou le médecin traitant »³⁹⁶. Elle « ... sera **consultée** au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa **volonté** et de **recevoir l'information nécessaire à cette fin** »³⁹⁷. Cette même disposition prévoit également que « si le malade le souhaite, la personne de confiance **l'accompagne dans ses démarches** et **assiste aux entretiens médicaux** afin de **l'aider dans ses décisions** ». Précisons que la présente analyse ne porte que sur les hypothèses de droit commun régies par la loi du 4 mars 2002 concernant la personne malade soignée dans son intérêt. En effet, depuis l'adoption de la loi du 4 mars 2002, plusieurs autres textes ont reconnu un rôle spécifique pour chacune des pratiques médicales régies par ces derniers³⁹⁸.

³⁹⁵ « Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. »

³⁹⁶ Le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé prévoyait que « lors de toute hospitalisation dans un établissement public ou privé, *il est proposé au malade de désigner une personne de confiance* qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin » : projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Ass. nat. n° 3258, 5 sept. 2001, p. 83. Il ne précisait pas quelle catégorie de personne pouvait être choisie. Dans le cadre des débats de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, le député Jean-Jacques Dubernard proposa un amendement « précisant que la personne de confiance pouvait être *le médecin traitant ou le médecin généraliste* ». Cet amendement fut repoussé, cette précision paraissant inutile : « la personne de confiance étant librement choisie par le malade, celui-ci peut effectivement désigner son médecin traitant » : C. Evin, B. Charles et J-J Denis, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, titre Ier : Démocratie sanitaire*, Ass. nat. n° 3263, 19 sept. 2001, p. 63. C'est par un amendement du gouvernement adopté lors des débats en première lecture à l'Assemblée nationale que fut précisé que la personne de confiance peut être un parent, un proche ou le médecin traitant.

³⁹⁷ Article L. 1111-6 al. 1 du Code de la santé publique.

³⁹⁸ **Recherches biomédicales** (loi n°2004-806 du 9 août 2004) : article L. 1122-1-2 du Code de la santé publique : « En cas de recherches biomédicales **à mettre en œuvre dans des situations d'urgence** qui ne **permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne** qui y sera soumise, **le protocole** présenté à l'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 **peut prévoir que le consentement de cette personne n'est pas recherché** et que **seul est sollicité** celui des membres de sa famille ou **celui de la personne de confiance** [...] dans les conditions prévues à l'article L. 1122-1-1, s'ils sont présents ... » Dans ce cas, la personne de confiance n'est pas sollicitée pour donner un avis, mais pour donner son consentement à la place de la personne objet de la recherche.

Examen des caractéristiques génétiques (loi n° 2004-800 du 6 août 2004 et loi n°2011-814 du 7 juillet 2011) : le premier texte est un énoncé du Code civil qui prévoit que « le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment » ; le second est l'article L. 1131-1 du Code de la santé publique qui, dans son alinéa 2, précise que « ... **lorsqu'il est impossible de recueillir le consentement de cette personne** ou, **le cas échéant, de consulter la personne de confiance** mentionnée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches, l'examen ou l'identification peuvent être entrepris à des fins médicales, dans l'intérêt de la personne ». Dans cette hypothèse, c'est l'avis de la personne de confiance qui est recherché. **Fin de vie** (loi n°2005-370 du 22 avril 2005) : article L. 1110-5 al. 5 du Code de la santé publique : « Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort. Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger sa vie, **il doit en informer le malade**, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, **la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6**, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical. » Dans ce cas, **il s'agit d'une obligation pesant sur le médecin d'informer la personne de confiance** ; mais, si elle reçoit l'information à la place du malade, ce texte ne lui reconnaît aucun rôle dans la prise de décision. En revanche, **l'avis** de cette dernière est prévu par l'article L. 1111-12 du Code de la santé publique : « **Lorsqu'une personne**, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable [...] hors d'état d'exprimer sa volonté, **a désigné une personne de confiance** [...], **l'avis de cette dernière**, sauf urgence ou impossibilité, **prévaut sur tout autre avis non médical**, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin. »

Cette règle distingue donc deux situations : celle où la personne est en mesure de s'exprimer et celle où elle ne l'est pas ; mais, curieusement, elle vise d'abord cette dernière situation et non pas en premier la situation commune, ce qui est pour le moins curieux.

- **La personne malade est en mesure de s'exprimer**

Dans ce cas, la loi prévoit que la personne de confiance « **accompagne** » le patient « **dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions** ». Dans ce cas de figure, le rôle imparté à la personne de confiance est un rôle d'accompagnement, qui se comprend à la fois comme **une aide consistant à se joindre au patient** et aller avec lui aux rendez-vous qu'il peut avoir et comme **une action de soutien**, par l'aide qu'il lui apporte pour prendre sa décision³⁹⁹.

Précisons que le médecin ne peut pas refuser de recevoir la personne de confiance, puisqu'il s'agit du choix du malade, et il ne peut donc pas invoquer le secret médical pour écarter celle-ci.

- **La personne malade n'est pas en mesure de s'exprimer**

Pour comprendre le rôle imparté à la personne de confiance dans cette hypothèse, il est nécessaire d'analyser l'énoncé juridique qui le décrit. Ce texte prévoit 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** »⁴⁰⁰.

Cet énoncé **ne fait pas partie des dispositions relatives à l'information**, mais de celles relatives à **l'expression de la volonté** de la personne malade, au sujet **non pas de décisions concernant sa santé** qu'elle est susceptible de prendre, **mais de la réalisation d'actes impliquant une atteinte à son intégrité physique**. Il ne précise nullement comment de telles décisions sont prises lorsque le patient n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté ; il fixe les conditions de réalisation, **par un professionnel de santé, d'interventions ou d'investigations sur le corps du patient**.

³⁹⁹ Ainsi que le fait observer un guide destiné aux patients, le rôle de la personne de confiance « peut être très important dans les décisions difficiles à prendre pour soi-même, par exemple avant une intervention chirurgicale : être deux à entendre les explications qui sont données par le chirurgien permet de vérifier ce que l'on a entendu et d'en reparler ensuite ensemble » : *Usagers du système de santé : Connaissez et faites valoir vos droits, Guide destiné aux usagers et à leur entourage*, Le Ciss, 2010, p. 31.

⁴⁰⁰ Il s'agissait dans le projet de loi de l'article L. 1111-3 al. 3 du Code de la santé publique et l'actuel article L. 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique. Si l'ensemble des énoncés de ce texte est quelque peu différent à la suite des amendements dont il fut l'objet, en revanche la rédaction de cet alinéa n'a pas subi de modification durant le processus législatif.

Ce texte n'énonçant pas **un droit subjectif** du patient, qui, si tel était le cas, serait référé à **son titulaire**, ici le patient, mais fixant **les conditions à respecter par le professionnel de santé pour intervenir sur le corps d'un malade**, il est référé à **ce dernier**.

Pour le malade hors d'état d'exprimer sa volonté, il l'est l'application de la règle de principe qui le précède. Celle-ci rappelle qu'« aucun acte médical ni aucun traitement **ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne** et ce consentement peut être retiré à tout moment »⁴⁰¹, ce qui signifie que, faute d'un tel accord, le professionnel de santé ne peut entreprendre aucune intervention ou lui faire prendre un traitement⁴⁰².

Cette règle n'ayant pas trait à la prise d'une décision par le patient a pour conséquence que, dans l'hypothèse où il ne peut pas s'exprimer, le rôle de la personne de confiance **n'est pas de relayer la volonté de ce dernier dans le but de participer à la prise de décision le concernant**, mais **d'être consultée par le professionnel de santé** afin de permettre à ce dernier, avant d'intervenir ou de réaliser des investigations, de **prendre connaissance des souhaits** éventuellement exprimés pour une telle hypothèse. La personne de confiance **ne reçoit pas l'information à la place du patient**, ni **ne se prononce sur la décision à prendre**. Sa mission est, **en les rapportant**, de permettre que la réalisation de ces actes se fasse **en respectant au plus près les volontés que le patient aurait pu manifester quand il était en état de les exprimer**.

Pourtant, exposant les raisons de la création de la personne de confiance, le projet de loi précise qu'il « ouvre la possibilité » au patient d'en désigner une « au préalable, **habilitée à être informée** et consultée dans une telle situation... »⁴⁰³. Mais **ce n'est nullement ce que prévoit la loi** : elle ne dit pas que la personne de confiance reçoit l'information quand le patient n'est pas en situation de la recevoir, mais qu'elle est **consultée** lorsque la personne malade est « **hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin** ». Cette disposition, si elle vise bien l'information, **porte sur celle que le patient n'est pas en**

⁴⁰¹ Article L. 1111-4 al. 3 du Code de la santé publique. Cet article est l'application de la règle de principe édictée par l'article 16-3 du code civil : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. **Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas** où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique **à laquelle il n'est pas à même de consentir.** »

⁴⁰² Cette disposition est une application de la règle de principe édictée par l'article 16-3 du Code civil selon laquelle « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. **Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.** »

⁴⁰³ Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Ass. nat. n° 3258, 5 sept. 2001, p. 23.

mesure de recevoir, et non pas sur celle que recevrait la personne de confiance à la place de ce dernier.

Certes, il est difficile de concevoir que la personne de confiance puisse être consultée **sans que** le ou les professionnels de santé **lui aient donné des informations**. Mais une chose est l'information sur l'état de santé de ce dernier et les types de traitement envisageables⁴⁰⁴ en vue de prendre une décision, une autre sont les informations données par le professionnel de santé sur la situation du patient. Celles-ci ont pour objectif d'aider la personne de confiance à bien la cerner, de façon qu'elle puisse être consultée en ayant les éléments lui permettant de donner son avis, non pas rappelons-le sur la prise de décision elle-même, mais sur le consentement supposé du patient à la réalisation d'actes qui impliquent une atteinte à son intégrité physique.

En conclusion, force est de constater que la situation de la personne majeure sous tutelle au regard de l'information relative à son état de santé est incertaine. Cette incertitude est due à deux écueils dont il a été rendu compte tout au long de la présente analyse : d'une part, à une rédaction imprécise⁴⁰⁵ des règles relatives à l'information du patient sous tutelle et à la prise de décision consécutive ; d'autre part, à une modification de leur portée, résultant de l'introduction par la loi du 5 mars 2007 d'une nouvelle conception de la protection de la personne du majeur sous tutelle qui prône le maintien de son autonomie.

Sur le premier point, rappelons que l'énoncé du Code de la santé publique relatif à l'information du majeur sous tutelle non seulement fait coexister **le droit d'être informé exercé par le tuteur et son droit propre d'une information adaptée qu'il exerce lui-même**, mais évoque également **sa participation à la prise de décision**.

Sur le deuxième point, deux options sont envisageables selon l'interprétation que l'on fait de l'article 459-1 al. 1 du Code civil qui prévoit que l'application des règles de protection de la personne du majeur sous tutelle ne peut « ... **avoir pour effet de déroger** aux dispositions particulières **prévues** par le code de la santé publique [...] **prévoyant** l'intervention **d'un** représentant légal ».

La première interprétation se fonde sur l'idée qu'il existerait **une spécificité propre aux situations relatives à la santé** et aux décisions qu'elle nécessite ; cette dernière **entraînerait**

⁴⁰⁴ Article L. 1111-2 al. 1 du Code de la santé publique : « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, sur les traitements [...] qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. »

⁴⁰⁵ On ne peut que suivre l'opinion de deux auteurs réputés quand ils affirment que « de nombreuses lois récentes intervenues dans le domaine de la santé contiennent en effet des dispositions spécifiques concernant le cas particulier des majeurs protégés. Malheureusement, ces dispositions ne sont pas toujours très bien rédigées ni, surtout, cohérentes entre elles » : T. Fossier, T. Verheyde, *Réforme des tutelles*, préc.

l'application des règles qui lui seraient propres et qui **dérogeraient aux règles de droit commun**. Cette première option ne nous paraît pas pouvoir être retenue pour la raison suivante : la reconnaissance de droits à la personne malade est le modèle juridique qui a été retenu par la loi du 4 mars 2002 pour lui permettre de déterminer ce qu'elle estime être son intérêt et prendre les décisions qui lui conviennent. **Ce modèle est celui du droit commun** exprimé par le Code civil ; il est fondé sur l'idée que celui qui est directement concerné est le mieux à même de savoir ce qui est bon pour lui. Aussi, on ne comprendrait pas que des textes du Code de la santé publique intégrant ce modèle dans leurs énoncés ne soient pas interprétés par référence à ce dernier.

La seconde interprétation s'appuie sur une double constatation. La première, qui vient d'être rappelée, est celle du choix du législateur de 2002 d'appliquer le droit commun à la situation de malade et aux décisions qu'elle nécessite. La seconde est propre à la protection de la personne du majeur protégé : ses modalités ne peuvent pas être interprétées de manière autonome selon des conceptions spécifiques au Code de la santé publique, car les règles qu'il instaure ne peuvent se substituer à celles du Code civil. En effet, ce sont ces dernières qui définissent les modalités de la protection du majeur. C'est donc à la lumière des règles du Code civil que les règles relatives à l'information de la personne protégée malade nécessitent d'être interprétées.

À titre d'ultime conclusion, il paraît nécessaire de mettre l'accent sur deux points :

en favorisant « dans la mesure du possible l'autonomie » de la personne du majeur protégé, la loi du 5 mars 2007 a opté pour des **mesures adaptées à la situation propre à chaque personne ayant besoin d'être protégée**. Il sera donc nécessaire dorénavant de **vérifier au cas par cas les modalités de sa protection**, afin de savoir dans quelles conditions exactes son droit d'être informé sur sa santé est exercé. On rappelle en effet que **le seul fait qu'elle ait un tuteur n'implique plus désormais que celui-ci la représente** ;

on peut augurer que, progressivement, les personnes susceptibles de bénéficier d'un régime de protection juridique anticiperont cette éventualité et manifesteront ainsi préalablement leurs préférences en choisissant la voie de la protection conventionnelle.

Mais qu'elles bénéficient d'une protection judiciaire ou conventionnelle, le parti pris par le Code civil est clair : dorénavant, **le tuteur ou le mandataire n'interviennent plus en lieu et place du majeur protégé**.

Participants

Les déclarations d'intérêts des experts ayant participé à l'une ou plusieurs réunions de travail sont consultables sur le site de la HAS (www.has-sante.fr).

Groupe de travail

Pr Dominique Thouvenin, titulaire de la chaire « Droit de la santé et Éthique », EHESP – Chargée de projet et présidente du groupe de travail

Dr Patrice Dosquet, HAS, Saint-Denis

M. Cédric Paindavoine, HAS, Saint-Denis

Dr Elie Azria, gynécologue-obstétricien, Paris

Dr Isabelle de Beco, médecin généraliste, Paris

M. Nicolas Brun, représentant d'usagers, union nationale des associations familiales, Paris

Mme Anne-Elisabeth Credeville, magistrat, Cour de cassation, Paris

M. Jean-Paul David, masseur-kinésithérapeute, Sassenage

Mme Anne Depaigne-Loth, HAS, Saint-Denis

Mme Rolande Grente, sage-femme, Paris

Dr Irène Kahn-Bensaude, pédiatre, Paris

Dr Bruno Landi, pôle santé, défenseur des droits, Paris

Mme Dominique Leboeuf, infirmière, Vaucresson

Mme Karine Lefeuvre-Darnajou, juriste, Rennes

Pr André Lienhart, anesthésiste-réanimateur, Paris

M. Nicolas Martin, journaliste, Paris

Pr Yves Perel, onco-pédiatre, Bordeaux

Mme Catherine de Salins, Conseil d'État, Paris

M. Thomas Sannié, représentant d'usagers, association française des hémophiles, Paris

Mme Martine Séné-Bourgeois, représentante d'usagers, association « Le Lien », Paris

Groupe de lecture

Dr Pascale Arnould, médecin généraliste, Louan Villegruis Fontaine

Pr Sadek Beloucif, anesthésiste-réanimateur, Bobigny

Dr Philippe Bizouarn, anesthésiste-réanimateur, Nantes

Dr Camille Colliard-Moisan, gériatre, Nantes,

Mme Dominique Davous, espace éthique AP-HP, milieu associatif (leucémie et deuil), Paris

Dr Michel Delcey, représentant d'usagers, association des paralysés de France, Paris

Dr Éric Drahi, médecin généraliste, Saint-Jean-de-Braye,

M. Stéphane Gobel, représentant d'usagers, collectif interassociatif sur la santé, Paris

Dr Patrick Guerin, médecin généraliste, Nantes

Mlle Mathilde Guest, juriste, Paris

Dr Caroline Guibet-Lafaye, chercheur CNRS, Paris

Pr Bruno Housset, pneumologue, Créteil

Mme Marianick Lambert, représentante d'usagers, collectif interassociatif sur la santé, Paris

Dr Rémi Laporte, pédiatre infectiologue, Marseille

Dr Samuel Lepastier, psychiatre qualifié, Paris

Dr Christian Michel, médecin généraliste, Strasbourg

Mme Annie Morin, représentante d'usagers, collectif interassociatif sur la santé, Lunel

Dr Patrick Nachin, chirurgien, Besançon

Pr Rolland Parc, chirurgien généraliste et digestif, Paris

Pr Fabrice Pierre, gynécologue-obstétricien, Poitiers

Me Benjamin Pitcho, avocat, Paris

Dr Francis Puech, gynécologue-obstétricien, Lille

M. Michel Raymond, masseur-kinésithérapeute, Lyon

Dr Danièle Roche-Rabreau, psychiatre, Saint-Maurice

Dr Sylvie Rosenberg-Reiner, pédiatre et anesthésiste-réanimateur, Antony

Dr Jean-Luc Schaff, neurologue, Flavigny-sur-Moselle

M. Philippe Seyres, masseur-kinésithérapeute, Bordeaux

Mme Catherine Vergely, représentante d'usagers,
association « Isis », Villejuif
Pr François Violla, professeur de droit, Montpellier

Fiche descriptive

TITRE	Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé
Méthode de travail	Recommandations pour la pratique clinique (RPC)
Objectif(s)	Aider les professionnels de santé à satisfaire à leur obligation d'information. Leur proposer des principes pour dispenser une information pertinente, de qualité et personnalisée.
Patients ou usagers concernés	Toute personne (conformément à la loi du 4 mars 2002 qui reconnaît un droit général pour toute personne d'être informée sur son état de santé).
Professionnels concernés	Tous professionnels de santé définis par le Code de la santé publique professions médicales (médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes) ; professions de la pharmacie (pharmaciens, préparateurs en pharmacie et préparateurs en pharmacie hospitalière) ; auxiliaires médicaux, aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers (infirmiers ou infirmières, masseurs-kinésithérapeutes et pédicures-podologues, ergothérapeutes et psychomotriciens, orthophonistes et orthoptistes, manipulateurs d'électroradiologie médicale et techniciens de laboratoire médical, audioprothésistes, opticiens-lunetiers, prothésistes et orthésistes pour l'appareillage des personnes handicapées, diététiciens, aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers).
Demandeur	Autosaisine
Promoteur	Haute Autorité de Santé (HAS), service des bonnes pratiques professionnelles
Financement	Fonds publics
Pilotage du projet	Coordination : Dr Patrice Dosquet, adjoint au directeur de l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins de la HAS ; M. Cédric Paindavoine, chef de projet, service des bonnes pratiques professionnelles de la HAS (chef de service : Dr Michel Laurence) Secrétariat : Mlle Jessica Layouni Recherche documentaire : Mme Emmanuelle Blondet, avec l'aide de Mme Maud Lefèvre (chef du service documentation et information des publics : Mme Frédérique Pagès)
Recherche documentaire	De janvier 2000 à décembre 2010
Auteur de l'argumentaire	Pr Dominique Thouvenin, titulaire de la chaire « Droit de la santé et Éthique », EHESP – Chargée de projet et présidente du groupe de travail
Participants	Groupe de travail (présidente : Pr Dominique Thouvenin, titulaire de la chaire « Droit de la santé et Éthique », EHESP) et groupe de lecture : cf. liste des participants.
Conflits d'intérêts	Les membres du groupe de travail ont communiqué leurs déclarations publiques d'intérêts à la HAS, consultables sur www.has-sante.fr . Elles ont été analysées selon la grille d'analyse du <i>Guide des déclarations d'intérêts et de gestion des conflits d'intérêts</i> . Les intérêts déclarés par les membres du groupe de travail ont été considérés comme étant compatibles avec leur participation à ce travail.
Validation	Avis de la commission recommandations de bonne pratique Validation par le Collège de la HAS en mai 2012
Actualisation	L'actualisation de la recommandation sera envisagée en fonction des données publiées dans la littérature scientifique et juridique, de l'évolution législative, ou des modifications de pratique significatives survenues depuis sa publication.
Autres formats	Recommandations de la recommandation de bonne pratique téléchargeables sur www.has-sante.fr