

LA PROTECTION DE LA PERSONNE ET LE CODE DE LA SANTE PUBLIQUE

Centre de Formation du Barreau

2^{ème} partie

Intervention de Maître Marie-Hélène ISERN-REAL

Avocat au Barreau de PARIS
Spécialiste en droit des personnes
Membre du CNB

Une protection est prévue en droit civil. La loi du 5 mars 2007 a modifié la loi de 1968. Elle n'en a pas changé les grands principes.

Elle organise cependant la protection de la personne et interfère avec les lois des 4 juillet 2001 sur la stérilisation des malades mentaux, 22 janvier 2002 de rénovation de l'action sociale, 4 mars 2002 relative au droit des malades et la qualité du système de santé, 11 février 2005 sur le handicap et 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

Le doyen CARBONNIER, rédacteur de la loi de 1968 sur la protection des majeurs, constate dans son précis de droit civil (Edition 2000) : *« Depuis 50 ans, ce droit civil n'a pas cessé d'être concurrencé, envahi, par des réglementations et pratiques de droit social et sanitaire. On se demandera si celles-ci ne finiront pas par constituer le véritable droit commun des incapacités. »*

Il prédit ainsi la disparition du droit civil des incapacités, dans l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme. En réalité, on voit émerger un droit dit « social » exprimant, non pas un corps de règles de droit autonomes, mais des droits alloués aux personnes en vue d'une assistance qui s'inscrit dans un ensemble d'organisation juridique. La finalité est différente, si bien que la coordination entre les règles de droit traditionnelles issues du code civil et celles, plus récentes du droit de la protection sociale, sont parfois difficilement compatibles.

Il est d'autant plus nécessaire de connaître ces règles car elles servent désormais de référence en matière de responsabilité médicale, voire même en matière de responsabilité professionnelles en général.

Deux arrêts récents de la Cour de Cassation sont qualifiés « d'historiques ». En effet, la responsabilité médicale ne se fonde plus exclusivement sur la faute contractuelle de l'article 1147 du code civil mais sur l'article 16 du code civil, voire l'article 1382, mais surtout sur le code de la santé publique issu de la loi Kouchner du 4 mars 2002 et le code de déontologie médicale.

Ce changement de fondement juridique a une conséquence considérable sur l'indemnisation du préjudice. Ce n'est plus la vague et difficilement chiffrable « perte de chance » qui est retenue, mais l'atteinte à la dignité du patient, en des termes très généraux qui portent en l'occurrence sur le défaut d'information du patient sur les risques de l'intervention :

« L'obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; Le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation ».

Pour moi, cette forte appréciation porte aussi sur le consentement aux soins, le refus de soins, le non respect de préconisations médicales.

Donc la faute déontologique s'ajoute à la faute technique et en renforce la gravité.

Etude Pierre SARGOS, président honoraire à la Cour de cassation OMNIDROIT à paraître au recueil DALLOZ commentaires sur 1^{ère} civ. 28 janvier 2010 et 3 juin 2010.

Commentaire cité dans la revue MAÎTRE de l'ANAAFA N° 203 août-septembre 2010 par Jean-Pierre CORDELIER qui cite l'étude de Mme PORCHY –SIMON Semaine Juridique 12 juillet 2010 N° 788 P. 1453.

La motivation de ces arrêts est en effet tellement vigoureuse que Monsieur CORDELIER s'interroge sur leur application à l'obligation de conseil de l'avocat, notamment quand il est rédacteur d'acte. Il indique que la jurisprudence de la Cour de cassation applique les règles sur l'information des clients en fonction des règles propres à chaque profession.

Déclaration des droits de l'homme de 1789 ; Déclaration universelle des droits de l'homme de 1949, Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 : les individus se voient octroyer des droits contre les Etats, droits garantis par un recours à la Cour européenne des droits de l'homme de STRASBOURG.

Nous verrons donc rapidement les apports de ces textes, car ils devront être combinés avec la grande nouveauté de la loi du 5 mars 2007, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2009, sur la protection de la personne. La nouvelle jurisprudence fait aussi référence à la Charte de l'Union Européenne.

Mais la seconde grande nouveauté de cette loi porte sur l'affirmation de la volonté personnelle dans le droit de la protection : mandat de protection future, mandat à effet posthume, désignation anticipée d'un mandataire administrateur de la protection, désignation par les parents d'un représentant pour leur enfant handicapé, fiducie ouverte aux particuliers... Rappel aussi de la primauté de la famille dans l'exercice des mesures de protection.

I. DROITS DES PATIENTS A L'INFORMATION

1. Consentement aux soins et dialogue avec le praticien

La loi du 4 mars 2002 sur le droit des malades et la qualité du système de santé a incité, non seulement les médecins, mais aussi tous les travailleurs sociaux, à changer leurs habitudes car elle modifie sensiblement l'approche du sujet.

* L'article 35 du code de déontologie médicale énonce: *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.*

L'information doit être :

- loyale (sans omission et complète),
- claire (compréhensible, sans jargon médical),
- appropriée.

Que signifie ce terme "approprié" appliqué à une information donnée à une personne handicapée et/ou âgée, a fortiori pour une personne atteinte d'un trouble psychiatrique qui refuse toute idée de pathologie ?

On peut penser qu'il s'agit pour le médecin d'adapter l'information qu'il donne à la capacité de compréhension de son patient. Les médecins dans leur ensemble pratiquent assez bien cette information et l'on peut constater une réelle évolution des mentalités.

Le médecin doit apprécier si son patient veut connaître le diagnostic, la nature des soins, est capable de supporter l'incertitude et le doute sur l'efficacité du traitement.

Il doit mesurer si l'angoisse du malade sera augmentée ou au contraire diminuée par les explications qu'il va recevoir. Le seul critère est l'intérêt du patient, ainsi que le prévoit l'alinéa 2 de l'article 35 du code de déontologie médicale: *c'est au praticien d'apprécier **en conscience**.*

Des arrêts de la Cour de Cassation en date du 25 février 1997 et du Conseil d'État, déjà, du 29 juillet 1994, puis de nouveau de la Cour de Cassation dans un arrêt du 14 octobre 1997, en renversant la charge de la preuve et en demandant au praticien de justifier de ce qu'il a bien donné l'information, ont semé un vent de panique chez les praticiens.

2. Information et communication du dossier médical en droit commun:

A. Avant le décès

a- L'information :

Le nouvel article L1111-2 du code de la santé publique reprend cette jurisprudence : ***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*** (alors que la jurisprudence invitait à une information sur les risques, mêmes anormaux et exceptionnels) *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 (la curatelle est exclue par le code de la santé publique, mais la loi du 5 mars 2007 dans son chapitre sur la protection des personnes va compliquer la combinaison de l'application des textes) 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 L1111-5 (l'hypothèse où le mineur s'oppose expressément à la consultation du ou des responsables de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé).

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 bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par l'Agence Nationale d'Accréditation et d'Évaluation en 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 de ce que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article.
Cette preuve peut être apportée par tous moyens.

b- La communication du dossier :

La loi du 4 mars 2002 modifie le code de la santé publique et organise **la communication directe du dossier médical** au patient, quelle qu'en soit la nature, y compris en psychiatrie puisque la communication est limitée et contrôlée seulement dans le cas des hospitalisations sous la contrainte (d'office ou à la demande d'un tiers).

Il s'agit d'un bouleversement considérable de notre législation puisque la communication directe du dossier médical est devenue un droit personnel et direct de la personne.

L'article L1111-7 complète le texte sur l'information: *Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues par des professionnels et établissements de santé, qui sont **formalisées** et ont contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou d'une action de prévention, ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuille de surveillance, correspondances entre professionnels, 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...*

Les psychiatres ont obtenu cette limitation dans la mesure où il est nécessaire, parfois, de protéger les sources et ne pas aggraver les conflits dans les familles. Cette protection est tout aussi nécessaire en matière de dénonciation de mauvais traitements.

Elle peut accéder à ces informations directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne et en obtenir communication, dans des conditions définies par voie réglementaire au plus tard dans les 8 jours suivant sa demande et au plus tôt après qu'un délai de réflexion de 48 heures aura été observé. Ce délai est porté à 2 mois lorsque les informations médicales datent de plus de 5 ans ou lorsque la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie en application du 4ème alinéa.

La présence d'une tierce personne lors de la consultation de certaines informations peut être recommandée par le médecin les ayant établies ou en étant dépositaire, pour des motifs tenant aux risques que leur connaissance sans accompagnement ferait courir à la personne concernée. Le refus de cette dernière ne fait pas obstacle à la communication de ces informations.

Nous trouvons là l'utilité de la personne de confiance, nouveauté importante de la loi.

c- La personne de confiance :

L'exercice de ce droit est facilité par la présence d'une **personne de confiance** prévue à l'article L1111-6 nouveau 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.*

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci.

D'autant que l'article 459-1 alinéa 1 du code civil prévoit : *L'application de la présente sous section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique et du code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal.*

Cette combinaison des textes pose la question de la prédominance du code civil par rapport au code de la santé publique. En cas de conflit laquelle des prescriptions légales s'impose à l'autre ? Nous avons l'habitude de donner prééminence au code civil, plus général. En l'occurrence pourtant le code de la santé publique est le droit commun car il définit les droits de tous les patients. Il s'impose donc sur le droit des majeurs qui ne fait que déroger au droit commun, ainsi que le rappelle l'article 459-1 alinéa 1.

La désignation d'une personne de confiance est-elle entrée dans les mœurs hospitalières ? Rien n'est moins sûr, mais plus de personnes en bonne santé pratiqueront cette désignation, moins les questions d'interprétation se poseront.

Les personnes qui ne veulent pas être réanimées ou transfusées peuvent se voir conseiller de désigner d'ores et déjà une personne de confiance et en profiter pour désigner un curateur à la personne dans le cadre d'un mandat de protection future. Ainsi le juge, en cas de perte de capacité, sera informé des choix de la personne et pourra entériner sa décision si elle est toujours conforme à son intérêt au moment où il statue. Cette désignation s'impose au juge qui ne statue qu'en cas de difficulté. (Article 448 du code civil).

Cette désignation devient impérative depuis la loi du 22 avril 2005 relative **aux droits des malades et à la fin de vie**.

Article 1111-5 CSP : *Ces actes ne doivent pas être poursuivis par **obstination déraisonnable**. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article 1111-10.* (Soins antidouleur et palliatifs)

Les soins antidouleur et palliatifs peuvent être administrés, même s'ils ont pour effet d'abrèger la vie. Il y a lieu alors d'en aviser le malade, la personne de confiance, la famille ou à défaut un proche. **La procédure suivie est inscrite au dossier médical.**

Le médecin peut se faire assister par un autre avis médical, destiné à aider la personne dans ses choix. Le malade se voit donner le temps de réfléchir et doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, une procédure collégiale est instaurée. La personne de confiance est obligatoirement entendue, ou la famille, ou un proche ainsi que les directives anticipées aient été consultées. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite au dossier médical.

Même processus pour les malades **en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable**. (Article 1111-10 CSP)

Article 1111-11 prévoit les **directives anticipées** pour le cas où une personne serait hors d'état d'exprimer sa volonté, autrement dit, selon le vocable proposé mais non retenu, le testament de fin de vie. Ces directives seront révocables à tout moment et ne seront valables que trois ans.

Cette désignation ne devrait pas être faite par testament: au contraire, sur papier libre, remis chez son notaire, son avocat, son médecin traitant, dans l'établissement où l'on vit, et surtout il faut l'avoir sur soi, avec sa carte VITALE. La proposition doit être approuvée par la personne désignée comme personne de confiance qui en détiendra aussi un exemplaire.

Cette mesure va réduire considérablement la charge du médecin.

Il faut comprendre le terme "hospitalisation" au sens large comme l'admission dans un centre pour handicapé ou une maison de retraite, car il s'agit de tout établissement à caractère médico-social.

La personne de confiance n'a qu'un avis consultatif et d'accompagnement. Elle n'est en aucun cas décisionnaire, mais la loi du 22 avril 2005 sur l'accompagnement de la fin de vie lui donne un avis prépondérant sur celui de la famille ou les proches lorsqu'il s'agit d'exprimer la volonté de la personne si celle-ci est dans l'impossibilité de le faire.

La présence d'un tiers est officialisée cependant et c'est une bonne chose, compte tenu de l'état de vulnérabilité dans laquelle se trouve chacun d'entre nous lorsqu'il est atteint dans sa santé.

En raison de ces doutes, **il est recommandé de prévoir la désignation de la personne de confiance le plus tôt possible**, en période de procédure, par exemple, afin qu'elle soit désignée par le majeur lui-même. A défaut, en cas de placement sous tutelle, le tuteur deviendra le seul interlocuteur.

Il serait sage que lui-même ou le majeur sous tutelle saisisse alors le juge pour savoir si cette fonction ne pourrait être confiée à une autre personne de l'entourage, car l'on frémite, connaissant la charge de travail des MJPM, du nouveau rôle décisionnel que leur impose la loi.

L'on peut imaginer aussi de saisir le juge des tutelles en lui demandant de confirmer le mandat de fait donné à un membre de l'entourage, si ce dernier assurait le suivi médical de la personne, alors qu'il n'est pas nommé tuteur pour les biens.

Certes, les juges des tutelles, qui pouvaient ne pas s'estimer compétents pour prendre une décision médicale, le sont désormais, mais vont-ils s'en trouver soulagés ? Rien n'est moins sûr.

En particulier lorsqu'il y aura conflit entre le majeur et son tuteur ou entre le tuteur et la famille. Il faut rappeler qu'en cas de litige entre le patient et son tuteur, la volonté du patient est prépondérante et que la procédure pour les personnes sous tutelle est la même que pour les capables majeurs et les mineurs : le tuteur doit collaborer au soin, donner le consentement. Mais ce consentement est celui correspondant à la volonté du patient que le tuteur a l'obligation de faire respecter, sauf les cas prévus à l'article 459 al. 3.

Evidemment, il n'a pas à répondre qu'il n'est pas compétent pour être décisionnaire. C'est le médecin qui préconise et met en œuvre le traitement médical, et sera responsable du respect de la procédure du recueil du consentement et surtout de l'exécution des soins.

Il faut rappeler que le tuteur devra saisir le juge en cas d'acte grave, portant atteinte à l'intégrité de la personne, et ne sera compétent que pour les autorisations usuelles. Par exemple, il existe des procédures spécifiques pour le don d'organe prévues et la participation à un protocole de recherche, par la loi « bioéthique » du 6 août 2004.

La notion d'entourage est floue et l'on est bien obligé de se référer à la personne présente près du malade, alors qu'elle est parfois celle qui séquestre et maltraite.

Chacun d'entre nous sait, c'est particulièrement vrai en matière de droit de la famille, aussi bien concernant les décisions portant sur la résidence des enfants par exemple ou l'exercice d'une curatelle ou d'une tutelle, qu'il est très nettement préférable de tenir compte des aspirations des personnes concernées comme de l'ensemble de leur famille.

Plus la personne et l'entourage sont informés de leurs droits et sollicités pour les exercer et s'exprimer, plus ils participent à la décision, mieux elle est acceptée et son exécution facilitée.

Il s'agit de confirmer ce qui prévu à l'article 34 du code de déontologie médicale: *Le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté indispensable, veiller à leur compréhension par le patient et son entourage et s'efforcer d'en obtenir la bonne exécution.*

Les médecins ont l'habitude de solliciter l'entourage du patient pour faire respecter les prescriptions, et par conséquent, en même temps, participer à la prise de décision.

Voilà un texte qui va leur faciliter la tâche : en cas de tutelle, le tuteur reçoit les pleins pouvoirs décisionnaires pour les actes usuels, la personne de confiance est consultée et indique ce qu'elle sait de l'avis du majeur, mais à condition qu'elle existe...

En cas d'acte grave, portant atteinte à l'intégrité de la personne, le juge des tutelles devient compétent, y compris pour les majeurs sous curatelle (articles 458 et suivants). Ils ont tendance à récuser cette compétence.

Il faut rappeler aussi que le code de la santé publique prévoit (article 3211-9) la désignation par la Chambre du conseil d'un curateur à la personne en même temps que le placement sous sauvegarde pour les personnes en hospitalisation psychiatrique sans leur consentement.

Il est particulièrement dommage que la personne de confiance soit exclue pour les personnes sous tutelle qui ont d'autant plus besoin d'un regard extérieur sur le sort qui leur est réservé qu'elles sont placées en institution ou isolées à leur domicile sous la férule de la personne qui s'occupe d'eux et ce, alors que la loi concernant les mineurs a exigé un tuteur aux biens différent du tuteur à la personne de l'enfant.

La loi du 5 mars 2007 lève partiellement ces ambiguïtés... mais en augmentant la charge des juges.

B. Après le décès : la procédure ARAFAT

“Une copie du dossier médical de Yasser ARAFAT a été remis à sa veuve, Souha... Une autre copie doit également être confiée à son neveu afin d'être examinée par un comité ministériel palestinien; Le ministère de la défense exclut toujours l'empoisonnement” (LE MONDE DIMANCHE 21/LUNDI 22 NOVEMBRE 2004)

Depuis la loi du 4 mars 2002, l'article L1110-4 du Code de la santé publique permet aux ayants droit d'accéder directement au dossier médical, à condition que le défunt ne s'y soit pas opposé expressément de son vivant et pour trois motifs clairement énumérés:

- connaître la cause du décès,
- défendre la mémoire du défunt,
- ou faire valoir leurs droits.

La loi ne donne aucune définition de la notion d'ayant droit. En revanche, c'est la loi qui octroie des droits à certaines personnes par rapport à leur auteur.

La question est donc de savoir de quelle manière la notion doit être définie: doit-elle être rapprochée de la notion d'héritier ou de la notion de famille proche ?

Selon le dictionnaire juridique de G. CORNU l'ayant droit est le *“titulaire d'un droit”*, personne ayant par elle-même ou par son auteur vocation à exercer un droit. Une telle définition n'est pas très éclairante.

Dans la pratique, la notion d'ayant droit est souvent utilisée comme synonyme d'ayant cause; l'ayant cause étant *“la personne qui a acquis un droit ou une obligation d'une autre personne”* à savoir de son auteur. Cette définition est plus large que la notion d'ayant droit mais ne permet pas une meilleure réponse à la question posée en droit de la santé.

Le lexique des termes juridiques (12ème Edition Dalloz) n'est pas plus précis: est considérée comme ayant droit *“toute personne qui bénéficie des droits du défunt”*.

Il faut alors rechercher les domaines dans lesquels cette terminologie est évoquée.

Le droit social s'y réfère de façon très élargie, en fonction des prestations sollicitées. Le droit civil, lui, se préoccupe des ayants droit dans un sens plus étroit: ce sont les héritiers du défunt. Mais en droit successoral, ils s'éliminent les uns les autres, le cercle allant s'élargissant en fonction de la composition de la famille survivante, ce qui rend incompréhensible, du point de vue du droit successoral, l'inclusion d'un neveu comme ayant droit en présence d'une épouse et d'un enfant légitime, étant présumé qu'il n'existe aucune disposition testamentaire, car elle ne semble pas avoir été invoquée. Ce dispositif civil de nature successorale est bousculé par le cumul avec les bénéficiaires des contrats d'assurance vie, dont les droits relèvent d'un contrat.

Ont ainsi la qualité d'ayant droit sous certaines conditions:

- le conjoint survivant,
- les enfants légitimes, naturels ou adoptés,
- les ascendants.

En matière d'accès au dossier médical malheureusement, le législateur n'a pas été aussi précis qu'en matière de sécurité sociale.

La notion d'entourage dans le code de déontologie médicale est très floue: c'est la personne qui se trouve au domicile du malade lorsque le médecin vient le visiter et l'accompagne dans ses soins (article 34 du code de déontologie médicale: "*le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté indispensable, veiller à leur compréhension par le patient et son entourage et s'efforcer d'en obtenir la bonne exécution*"). Ainsi l'entourage du patient est mis à contribution mais exclusivement dans le but d'assurer la bonne exécution du traitement.

L'entourage du patient est aussi pris en compte par l'article 38: "*Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et des mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et reconforter son entourage.*"

Le médecin doit se contenter des apparences et prendre soin de l'entourage au moment du décès, sans se préoccuper de savoir quels sont les droits de ce dernier par rapport au malade.

Cette ambiguïté n'aide pas les médecins à respecter les règles que la loi leur impose en droit civil pour le respect de la personne et sa dignité.

Les droits des assurances et des successions ont produit au contraire sur ce point une abondante jurisprudence.

En effet, sur ces sujets, si les héritiers sont exclusivement les ayants droit du défunt, d'autres ayants droit sont susceptibles d'être parfois en conflit avec un assureur dans le cadre d'un contrat.

De nouveau, la définition de l'ayant droit dépendra des droits octroyés par la loi ou le contrat à une personne.

Ainsi, le concubin pourra être ayant droit en matière d'assurance-vie, mais ne l'est toujours pas en matière de succession... sauf si par testament, il est devenu légataire universel, éliminant un neveu qui perd, en raison du testament, la qualité d'ayant droit et ne pourra obtenir de ce fait communication du dossier médical... qui aurait pourtant apporté la preuve de l'insanité d'esprit du testateur faisant du concubin un ayant droit...

La jurisprudence abonde d'exemples de cette nature, certains défunts ayant visiblement pris un malin plaisir à semer la zizanie entre leurs ayants droit potentiels.

La Cour de cassation puis le Conseil d'Etat ont depuis longtemps considéré que les héritiers pouvaient avoir accès au dossier médical.

Dès lors, l'article L1110-4 alinéa 7 du CSP ne fait en réalité que reprendre la position de la jurisprudence sur ce point. La notion d'ayant droit serait alors synonyme de la notion d'héritier au sens successoral du terme.

C'est pourquoi un certain nombre de commentateurs emploient indistinctement le terme d'héritier et d'ayant droit. C'est le cas par exemple du Lamy Droit de la santé 2002 n°311-28 qui en lieu et place du terme "ayant droit" utilise le terme d'héritier par la formule "l'intérêt des héritiers du patient". De même, Claude EVIN dans son ouvrage "Les droits des usagers du système de santé" ou enfin, "Le nouveau droit des malades" collectif: JOURDAIN, LAUDE, PENNEAU, PORCHY-SIMON Litec Carré Droit.

Toutefois, la question est de savoir si la notion d'ayant droit ne vise que les héritiers et seulement les héritiers ou alors peut être étendue à la notion de bénéficiaire contractuel ou réglementaire d'un droit, comme en matière d'assurance ou de sécurité sociale.

S'agissant des établissements de droit public, la CADA est venue préciser dans deux avis du 19 décembre 2002 et du 3 juillet 2003 que les ayants droit "*sont entendus comme les successeurs légaux du défunt (héritiers, conjoints survivants, légataires universels ou à titre universel), au sens du Code civil*". Ces derniers peuvent donc obtenir communication du dossier médical. Mais la CADA ajoute des conditions:

- que la personne décédée n'ait pas exprimé formellement de son vivant son opposition à une telle communication et que son médecin traitant n'ait pas eu connaissance d'une telle volonté de sa part,
- que l'administration n'ait pas eu connaissance à ce sujet de l'existence d'un litige entre les ayants droit du parent décédé;
- que son médecin traitant n'estime pas cette communication impossible au vu des secrets concernant le patient et dont il a été le dépositaire.

Selon l'appréciation de la CADA, l'existence d'un lien de parenté et la qualité d'ayant droit ne vont pas forcément de pair.

Par exemple, la sœur n'est pas ipso facto l'ayant droit du frère décédé.

Ainsi, le fait d'avoir été déshérité prive le proche de la qualité d'ayant droit (Avis CADA n° 20024411) du 05/12/2002.

Cette interprétation restrictive va bien au-delà de la loi et de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, rédiger un testament au profit d'une œuvre de bienfaisance, par exemple, a pour effet de déshériter les neveux, qui peuvent avoir un intérêt légitime à démontrer l'insanité du défunt. C'est bien l'existence d'un conflit qui justifie de l'intérêt d'avoir connaissance du dossier.

Sans doute un tel avis est-il destiné à neutraliser les conflits entre héritiers ou légataires, mais n'est-ce pas donner au médecin ou à l'administration hospitalière un pouvoir exorbitant sur la vie des familles, qu'il seront bien en peine d'exercer, faute de déclaration expresse du malade dans la plupart des cas ?

Il serait préférable de laisser le soin de statuer sur les conflits au juge de la validité des contrats et des testaments, le dossier médical n'étant versé au dossier que pour l'éclairer à titre de preuve.

La CADA donne une interprétation de la notion d'ayant droit plus restrictive en matière de communication du dossier médical qu'en matière de communication de dossier administratif.

Par ailleurs, un notaire ou un exécuteur testamentaire n'accèdent pas, du fait de leur mission, à la qualité d'ayant droit. (Avis de la CADA n° 2004 1635 et 2003 3218).

En tout état de cause, selon la CADA, dès lors que la qualité d'ayant droit est établie, "*aucun ordre de priorité ne peut être déterminé entre les différents ayants droit quant à l'accès au dossier médical*". Mais alors, suffit-il d'être un ayant droit institué ou simplement éventuel ? Comment le médecin ou l'établissement pourront-ils apprécier une telle situation ?

L'arrêt de la Cour administrative de Douai du 21 mars 2003 reste dans cette lignée puisque pour débouter les requérantes de leur demande tendant à enjoindre à l'administration de permettre la communication du dossier, elle constate notamment l'absence de droit patrimonial transmis par voie de succession.

La loi du 4 mars 2002 est donc la bienvenue en mettant fin à cette interprétation restrictive, en élargissant la notion et faisant disparaître la notion de conflit entre le défunt et ses proches ayants droit. En effet, le médecin n'est pas juge de la légitimité des droits.

On assiste actuellement à des abus, par défaut d'interprétation correcte des droits. Par exemple, un médecin traitant demandait à ma cliente, fille de la défunte patiente, « un certificat d'hérédité », alors que l'enfant est héritier légal. A la suite de ma démarche, il s'est alors retranché derrière le secret médical et la volonté de sa patiente d'exclure sa fille de sa vie. L'argument était plus juste juridiquement mais fait du médecin traitant le collaborateur conscient du maltraitant qui a séquestré la personne âgée, interdisant tout contact avec les autres membres de la famille, pendant plus de sept ans. Toute autre a été l'attitude de la maison de retraite où elle a été soignée pour sa fin de vie, dans un état physique dégradé, proche du défaut de soins. Ma cliente a pu, pendant les 15 derniers jours de la vie de sa mère, malgré l'interdiction du frère, renouer avec elle, lui permettre de revoir ses petits enfants et arrière petits enfants. Le rôle des médecins traitants est délicat et ils sont soutenus par le conseil de l'Ordre national qui défend, avec excès certainement, le caractère général et absolu du secret médical. Cette démarche a pour conséquence de rendre le médecin traitant complice de la maltraitance, que ce soit en famille ou en institution.

Une approche plus réaliste devrait être adoptée. On sent que les conseils départementaux de l'Ordre des médecins ont des approches nuancées.

Pour la jurisprudence civile portant sur les établissements de santé de droit privé qui n'assurent pas de service public hospitalier, la qualité d'ayant droit vise les personnes titulaires d'un droit venant de la personne décédée c'est-à-dire :

- ascendant
- descendant
- conjoint
- personne ayant des droits à faire valoir comme le bénéficiaire d'un contrat d'assurance souscrit par la personne décédée.

Dans le cadre d'un contrat d'assurance, si le défunt s'est opposé de son vivant à la communication d'informations de santé le concernant, l'ayant droit peut obtenir un certificat médical au lieu du dossier. (Source www.anaes.fr).

Dans un arrêt du 22 mai 2002 (Bull. 2002 I n°144 p.111 et Revue Personne et Famille N° 10-octobre 2002-P.10-commentaire Th. FOSSIER) la chambre civile de la Cour de cassation précise que l'article 901 du Code civil vaut autorisation au sens de l'article 226-14 du Code pénal à l'égard du médecin de révéler les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession **non seulement à son patient mais également aux personnes avant un intérêt légitime à faire valoir cette protection.**

En l'espèce les enfants du défunt désiraient, dans le cadre d'une succession, avoir accès au dossier médical pour prouver l'insanité au moment de la rédaction du testament. La Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel désignant un expert pour consulter le dossier afin de déterminer ou non l'existence d'une insanité. Le médecin, soutenu par son Ordre départemental, s'opposait à la communication du dossier et s'est ainsi trouvé désavoué.

Cette jurisprudence est dans la ligne constante de la Cour de cassation.

Déjà le 12 avril 1957, l'Assemblée Plénière décidait que "*si l'obligation de respecter le secret professionnel a un caractère général et absolu et ne cesse que dans les cas déterminés par des dispositions législatives, ladite obligation n'a pas pour objet et ne peut avoir pour effet d'interdire au médecin de faire connaître à son client lui-même les constatations médicales qu'il est en mesure de faire sur sa personne.*" en lui délivrant des certificats en vue d'obtenir des avantages de la sécurité sociale.

Dès 1986 (1ère chambre civile 18 mars 1986) la Cour de cassation, si les certificats se révélaient insuffisants pour apporter la preuve des droits, renvoyait à l'expertise médicale la possibilité de faire examiner le contenu du dossier.

Il est constamment rappelé que l'expert médical, de par le code de procédure civile (article 244 dispositions communes à tous les techniciens) et le code de déontologie (article 108: "*Dans la rédaction de son rapport, le médecin ne doit révéler que les éléments de nature à apporter une réponse aux questions posées.*") reste tenu au secret médical et ne doit pas révéler ce qui n'est pas nécessaire pour répondre aux questions du juge. A tel point que l'on assiste à des expertises curieuses où l'expert entend les parties séparément, fait son enquête orale auprès des médecins signalés, puis réunit les parties et leur avocat pour leur exprimer le contenu des témoignages, dans le cadre d'un pré-rapport verbal sur lequel ensuite, il propose de faire des dires. Ainsi sans doute, est préservé tant le secret médical de la personne dont on examine la situation que le principe du contradictoire qui préside à toute expertise.

Ainsi, l'interprétation de la notion d'ayant droit par la jurisprudence civile est plus large que celle donnée par la CADA.

La loi cependant a élargi et précisé la jurisprudence. Notamment, la nouvelle version du code pénal dans ses articles 226-13 et 226-14 issus de la loi du 2 janvier 2004 qui élargit les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret par le médecin.

Ainsi l'on peut penser que la jurisprudence restera dans la même ligne d'une communication à toute personne désirant faire valoir un droit.

La doctrine, comme N. VIGNAL, considère que la notion d'ayant droit renvoie au conjoint, ascendants et descendants; les concubins et les signataires d'un PACS ne semblent pas devoir faire partie des personnes ayant un accès au dossier médical en cas de décès car ils ne sont pas considérés comme des ayants droit. (N. VIGNAL L'accès au dossier médical in la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades dans Petites affiches 19 juin 2002 p 20. et LAMY droit de la santé n° 321-11 avril 2004).

Selon Olivier DUPUY l'ayant droit "*constitue une catégorie juridique qui n'est pas réductible à certains sujets identifiables a priori. Ainsi le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie, quelque soit le lien qui l'unit à l'assuré aura la qualité d'ayant droit.*" (Olivier DUPUY "le Dossier médical" Les études Hospitalières 2ème édition 2002 p 50).

De toute évidence selon la jurisprudence et la doctrine, la qualité d'ayant droit doit être entendue de manière restrictive. Mais elle ne peut être réduite exclusivement à celle de proches ou de membre de la famille.

Finalement, il suffira au demandeur à la communication du dossier de justifier d'un lien juridique avec le défunt : dans le cadre légal de la succession ou d'un testament ou dans un cadre contractuel, comme en matière d'assurance ou enfin dans le cadre de la protection sociale, en vertu de droits sociaux. Même et surtout si ce lien juridique est l'objet d'un contentieux avec un tiers, la communication me paraît devoir être de droit.

D'ailleurs, le Code de la santé publique prévoit des droits différents pour les proches et les ayants droit. Si les ayants droit, en cas de décès du patient et sous certaines conditions disposent d'un droit d'accès au dossier médical, les proches ne sont, quant à eux, pas titulaires du droit d'accès au dossier.

Le CSP dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002 prévoit uniquement qu'"*en cas de diagnostic ou de pronostic grave le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part.*"

Ainsi, le législateur de 2002 fait expressément une distinction entre la notion de famille ou de proche tels que définis par le Code de déontologie médicale et la notion d'ayant droit.

Le proche ou l'entourage au sens du code de déontologie médicale accompagne le malade pendant sa vie, mais seul l'ayant droit peut lui être substitué après son décès. Le premier l'assiste, le second le représente. La distinction donnée par la loi du 4 mars 2002 sur l'intervention et l'accès au dossier des proches et des ayants droit est finalement assez claire.

Concrètement, l'article 7 du Décret d'application du 29 avril 2002, impose à l'ayant droit de "*préciser lors de sa demande, le motif pour lequel il a besoin d'avoir connaissance de ces informations médicales, le refus d'une demande opposée à cet ayant droit est motivé*".

Il doit fournir une pièce d'identité, le certificat de notoriété ou un acte de naissance, le contrat, selon les cas, et indiquer le motif de la communication. Une simple déclaration suffit, les services médicaux n'ayant aucun moyen de vérifier l'exactitude de la déclaration des motifs.

En conclusion, la notion d'ayant droit ne peut être confondue avec la notion de proche ou même de membre de la parenté. La qualité d'ayant droit doit être appréciée au cas par cas, en fonction des liens de parenté ou contractuels, de manière restrictive, comme incluant uniquement ceux qui tiennent un droit du défunt. Peu importe que ce droit soit de nature successorale ou provienne d'autres dispositions légales, réglementaires ou contractuelles, il suffit que ce droit existe.

Les conditions posées par l'article L1110-4 du Code de la santé publique, à savoir, être d'une part un ayant droit et d'autre part justifier de l'une des trois motivations, sont évidemment cumulatives.

3. En psychiatrie :

a - Communication du dossier pendant l'hospitalisation :

*A titre exceptionnel, la consultation des informations recueillies, dans le cadre d'une **hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office**, peut être subordonnée à la **présence d'un médecin** désigné par le demandeur **en cas de risques d'une gravité particulière**. En cas de refus du demandeur, la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie. Son avis s'impose au détenteur des informations comme au demandeur.*

Ce paragraphe a été déjà interprété à contresens : il ne concerne que les hospitalisations sous contrainte (hospitalisation d'office ou à la demande d'un tiers) et non toutes les hospitalisations psychiatriques et notamment les hospitalisations libres qui, elles, relèvent du droit commun.

Une hospitalisation sous la contrainte qui a été levée par le juge des libertés et de la détention relève du droit commun et permet la communication automatique du dossier, sauf pour ce qui relève de la demande du tiers qu'il s'agit de protéger.

b - Communication du dossier, parfois très longtemps après :

En vue de l'engagement d'un contentieux, la problématique de l'avocat est finalement assez simple :

- donner suite : c'est-à-dire faire constater que le droit n'a pas été respecté. Plus de 10 ans après, cela n'a pas de sens.

Je ne suis pas en tant qu'avocat, partisane d'engager ces clients fragiles dans un combat difficile et frustrant, qui ne leur apportera aucune satisfaction personnelle, compte tenu de leur pathologie.

Alors j'exige que l'on m'apporte le dossier médical. J'en fais une analyse concrète et non juridique. La plupart du temps, je n'y trouve pas matière à engager un contentieux au fond.

Ce n'est pas la position de notre confrère, Monsieur Raphaël MAYET, avocat au Barreau de VERSAILLES qui a construit de façon remarquable, la jurisprudence pour le respect du droit.

Il gagne, pour les dossiers des membres du Groupe Information Asile, à tous les coups, tellement les procédures sont illégales et les droit constamment bafoués :

- non respect des délais,
- de la notification de la décision elle-même,
- du rappel des droits,
- de l'assistance d'un avocat, les articles 6 (sur le procès équitable, car il s'agit de procédures) et 8 (sur la protection de la vie privée et de la dignité) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Pour le non spécialiste que je suis, ces procédures ne sont pas utiles pour la personne, en revanche, la vigilance de ce confrère, devrait à la longue conduire des professionnels à faire attention et respecter la loi et surtout la dignité de la personne.

c- Problème de la communication directe :

L'avocat reçoit-il un mandat pour réceptionner le dossier ?

La pratique s'y oppose. Pourtant il devrait être possible de se faire donner un mandat, d'envoyer la requête avec une demande expresse que le dossier soit transmis à l'avocat. J'ai obtenu une réponse positive pour pratiquer ainsi en psychiatrie.

Nous nous sommes mis d'accord avec le chef de service, sur le contenu de l'envoi, car il s'agissait d'une HDT, sollicitée par les enfants de ma cliente, le jour de Noël. Le dossier, dans le but de protection de la famille m'a été adressé pour communication « sous ma responsabilité ». La cliente, instable, n'a jamais repris contact avec moi, bien que je l'aie avisée de l'arrivée du dossier, ce qui m'a bien soulagée.

Cette pratique a été contestée et il est admis désormais que le dossier doit être adressé à la personne elle-même.

Cependant, il faut admettre, que même en matière de communication du dossier médical, l'avocat peut être mandataire. Il est tenu lui-même au secret professionnel et bien des clients préfèrent avoir un médiateur qui leur expliquera la teneur d'un contenu qui suscite chez eux une angoisse et une crainte certaines. Nous aussi, nous savons traduire en mots audibles par le client, le contenu d'un document, évoquer une situation avec délicatesse. Ceci fait partie de nos obligations déontologiques. Les médecins ont tendance à oublier qu'ils ne sont pas les détenteurs exclusifs d'une déontologie universelle et absolue.

C'est actuellement le paradoxe du système médical français et notamment des Ordres : une peur panique de l'intervention du droit dans le monde médical, tout à fait excessive, et en même temps une référence constante au droit et à la règle déontologique, à l'éthique. Cela donne concrètement des comportements tout à fait incompréhensibles, vestiges d'un autre temps.

Seule une collaboration franche et loyale entre professionnels, éclairant le cas du patient, permettra de prendre en compte en premier lieu l'intérêt de ce dernier, de le mettre au centre de la relation.

Cette présence de l'avocat pour réceptionner le dossier médical, sous mandat écrit, bien entendu, est confortée par le décret du 5 décembre 2008 sur la procédure de protection judiciaire qui donne à l'avocat du majeur protégé ou à protéger, et à lui seul, la possibilité d'avoir copie du dossier du juge des tutelles, pour son usage personnel exclusivement. (Articles 1219 et 1223 du CPC.)

d- L'avocat peut-il être médiateur ?

Peut-il s'immiscer dans la relation thérapeutique ?

Je le fais parfois.

Je passe un « contrat » avec la personne. Je veux bien veiller au respect de ses droits, à condition qu'elle suive régulièrement son traitement. J'essaie de prendre contact avec le psychiatre traitant.

Je lui expose mes projets, nous discutons pour savoir s'ils sont favorables à l'évolution thérapeutique, s'il les soutiendra et établira les certificats nécessaires ou bien, si cela lui paraît impossible.

En matière de procédure de levée de la mesure d'HO ou de HDT devant le JLD (juge de la détention et des libertés) il me paraît parfois impossible d'obtenir une sortie dans les délais que m'annonce le médecin.

Il est inutile dans ce cas d'entreprendre une procédure, car nous savons tous que la justice peut être maltraitante par les réponses qu'elle donne tout comme par les délais qu'elle impose.

Mais être « le bouclier » d'un grand paranoïaque qui ne va jamais aux audiences de mainlevée, n'accepte de se rendre que chez le médecin expert choisi par lui, refuse de rencontrer son curateur, même au cabinet de son conseil ou accompagné par lui, même pour la passation du dossier pour faire le point avant la mainlevée, va sans doute largement le pénaliser justement pour obtenir cette mainlevée.

Il suit son traitement. La mesure de protection aggrave son angoisse, le fait d'avoir à prendre en charge ses affaires aggravera son angoisse aussi...

Il a réussi à prendre un emploi. L'avocat milite pour qu'on lui redonne « sa chance », quitte à revenir en arrière après.

Que risque-t-on ? La curatelle ne fait pas le soin. Le client doit être mis lui aussi devant sa responsabilité avec lucidité et toutes les contraintes sociales liées à la liberté qu'il revendique.

La juste collaboration entre le thérapeute qui sera tenu informé de l'évolution de la procédure n'est apparemment pas considérée comme une immixtion intolérable de la part d'un avocat dans la relation thérapeutique à condition qu'elle soit faite avec doigté et diplomatie. De toute façon notre déontologie nous impose, au nom du devoir de conseil, de ne pas engager nos clients dans des procédures inutiles, vouées à l'échec. Nous devons aussi couvrir notre responsabilité.

Ceci doit faire admettre aux médecins qu'ils n'ont pas le monopole du secret professionnel et de la protection de l'individu, que notre déontologie est aussi rigoureuse que la leur et qu'elles ne sont pas en conflit, si chacun n'empiète pas sur le domaine de l'autre. Nous ne sommes pas des thérapeutes, ils ne sont pas des juristes.

II. DROIT DES PATIENTS A LA DECISION

1. Hospitalisation sous la contrainte :

Les avocats ont peu d'intervention à faire, notamment lorsque la décision doit être prise en urgence en cas de crise. Nous sommes plutôt amenés à intervenir a posteriori pour faire effectuer par les tribunaux un contrôle de l'hospitalisation.

La difficulté consiste à faire respecter le droit.

HO, HDT ressortent de procédures précisément définies qui ne sont pas respectées, et constituent une atteinte absolue aux droits de la personne.

Nous savons tous que, dans bien des cas, la pression de l'entourage ou des praticiens suscite une maltraitance institutionnelle tout à fait intolérable. Combien de personnes sont hospitalisées en HO à la demande d'un membre de la famille ou d'un professionnel parce qu'il est médecin ?

Cela n'a jamais d'ailleurs empêché la violence de certains patients de s'exprimer... Mais garder quelqu'un enfermé pendant trois ans, ou pendant sept ans en HO, cela n'a pas de sens et ne peut être que le reflet soit du laxisme, soit de l'incompétence. De toute façon, on apprend alors qu'on lui fait croire qu'il est sous la contrainte alors que la procédure n'est pas renouvelée et que semble-t-il il s'agit d'un « effet placebo ».

Quel sens thérapeutique peut avoir, pendant cinq ans, l'obligation de venir passer le week-end à l'hôpital psychiatrique où justement aucun soin ne sera prodigué ?

Heureusement, la situation évolue positivement vers un meilleur respect de la personne, car la contrainte n'est pas efficace.

On attend la réforme de la loi de 1990 sur les soins sous contrainte.

Cependant on note aussi dans certains cas, notamment pour les pervers sexuels et plus généralement pour les auteurs d'une infraction pénale, une évolution contraire.

Certains, parmi les psychiatres considèrent que le soin sous contrainte peut avoir des effets bénéfiques : il déclencherait une prise de conscience en permettant la mesure, par l'auteur d'une infraction pénale, du bénéfice soin par rapport à la sanction ou même à l'état de malade.

Le rapport de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme de mars 2007 exprime bien un paradoxe de notre société économiquement et techniquement développée. Le besoin de sécurité conduit à des dérives qui inquiètent les praticiens à juste titre. Le corps social devrait être interpellé politiquement pour indiquer clairement comment il entend traiter ses malades mentaux ... comme ses vieillards d'ailleurs aussi.

Les enfants de huit ans qui torturent un camarade, les adolescents qui se prennent pour des justiciers y compris en dehors des jeux vidéo, le père et la mère de famille qui violentent tous les soirs leurs enfants, chacun à sa manière, parce qu'ils les aiment... et tant d'autres. A quel moment doivent-ils être dépistés et traités ? Quelle est la limite ? Sous quel contrôle ? Uniquement celui du médecin traitant qui couvre les excès pour garder le contact, l'assistante sociale qui répond aux réquisitions de la police ou le psychiatre du CMP qui les voit de temps en temps sous la pression du juge des enfants ?

Le rapport de la CNCDH pointe surtout le risque du fichier : fichier des HO, fichier ADN pour chaque garde à vue, fichier des surendettés... Rétention de sûreté pour risque de dangerosité potentielle, inscription de la décision d'irresponsabilité sur le casier judiciaire...

L'avocat de son côté se heurte à l'ambiguïté de sa position. L'avocat en droit de la famille pointe la nécessité de protéger les victimes vulnérables, mais le pénaliste combat les atteintes aux libertés.

La grandeur de la Justice, comme celle de la Médecine se trouve dans cette tension permanente qui ne sera jamais résolue. La déontologie comme la loi, renvoient à la conscience du professionnel qui a en face de lui un humain, à qui il doit conserver sa part d'humanité.

2. Le droit commun :

A - Le consentement aux soins médicaux :

- L'obligation d'informer est destinée à justifier une prise de décision concertée avec le patient.

Savoir c'est pouvoir.

Article L1110-5 du code de la santé publique: *toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées.*

Les actes de prévention, d'investigation ou de soin ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté...

... Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée.

Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort.

L'article 36 du code de déontologie médicale prévoit : ***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.

L'article 42 définit les obligations concernant un mineur ou un majeur protégé.

Le code de déontologie médicale ne fait pas la différence entre le majeur sous tutelle et le majeur sous curatelle.

Il est cependant important de rappeler que le majeur sous curatelle dispose de la pleine disposition de ses droits puisqu'il ne doit recevoir qu'une assistance pour les actes de disposition.

Cependant, la nouvelle rédaction de la loi du 5 mars 2007 en organisant la protection de la personne, sans faire de distinction entre la curatelle et la tutelle, semble apporter une limitation considérable aux droits de la personne sous curatelle.

Article 1111-4 : *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il fournit, les décisions concernant sa santé.*

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables.

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.

*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 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches ait été consulté.*

Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.

Le consentement de la personne est prépondérant pour prodiguer les soins.

Conformément au code de déontologie médicale, la volonté du mineur ou du majeur sous tutelle est prépondérante en cas de refus de soins.

En cas de litige, il y a lieu de saisir le juge des tutelles.

Qu'est-ce qu'un acte grave en matière des droits de la personne ? Un décret devait apporter des précisions, si tant est que le secteur sanitaire et social, qui revendique sa totale autonomie et récuse l'intervention du judiciaire, milite par ailleurs et paradoxalement pour une réglementation. Or, celle-ci sera toujours obsolète et en retard par rapport aux nouvelles techniques médicales. Elle ne « collera » jamais aux situations concrètes, si tant est que la nature humaine est rebelle à toute inscription dans des catégories prédéfinies. De ce constat, le ministère des Affaires Sociales a renoncé à établir ce décret.

B - Le cas particulier de la loi du 4 juillet 2001 sur la stérilisation des malades mentaux :

A la demande des juges des tutelles, la loi inclut les personnes sous curatelle dans la procédure de protection prévue par l'article 2123-2 du code de la santé publique.

La jurisprudence a décidé qu'une circoncision de nature religieuse, lorsqu'elle n'est pas justifiée par l'urgence médicale, nécessite l'accord des deux parents.

Ce n'est pas l'appréciation de certains commentateurs de la loi, (LE NOUVEAU DROIT DES MALADES, par Patrice JOURDAIN, Anne LAUDE, Jean PENNEAU, Stéphanie PORCHY-SIMON Édition LITEC, CARRE DROIT) qui se réfèrent au droit général des incapacités, faisant la différence entre actes de disposition et de gestion ou, autrement dit, actes graves et acte usuels.

On peut plutôt s'en rapporter, pour une fois, à la sagesse du législateur qui a su très bien faire la différence entre tutelle et curatelle dans le code de déontologie médicale, dans la loi sur la stérilisation des malades mentaux. De même la jurisprudence et l'air du temps qui favorisent l'autonomie et la recherche du consentement personnel des mineurs, doivent voir leur esprit s'appliquer à la protection des majeurs.

C'est dans ces conditions que l'on peut exclure la nécessité de faire référence au curateur pour tout ce qui concerne les droits personnels, comme le consentement aux soins. La loi du 4 mars 2002 d'ailleurs n'évoque, à juste titre, que le cas des mineurs et des majeurs sous tutelle.

Ce texte a le mérite de poser des principes qui permettront d'inverser certaines pratiques comme par exemple des curateurs qui refusent de payer les honoraires d'avocat, ou imposent le choix d'un dentiste.

- A propos du consentement aux soins, le Conseil d'État a rendu le 12 octobre 2001 une décision importante concernant la transfusion d'un patient, Témoin de Jéhovah, qui l'avait formellement interdite. Cet exemple illustre la difficulté de la question sur le plan juridique et éthique.

Certes, il a considéré que l'hôpital n'avait pas commis de faute en organisant une transfusion, mais il a censuré l'arrêt de la Cour Administrative de PARIS, qui avait pourtant abouti à une conclusion similaire, au motif que **l'obligation de soigner était primordiale par rapport à la nécessité de respecter la volonté du patient.**

Le Conseil d'État considère, au contraire, qu'**il n'y a pas de hiérarchie entre l'obligation de soigner et celle de respecter la volonté du patient.**

Ainsi, aucune faute n'a été commise, non pas parce qu'il était nécessaire de faire prévaloir l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade, mais parce qu'il se trouvait dans une situation extrême et que le médecin avait la liberté, dans le but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte **indispensable à sa survie et proportionné à son état.**

Par conséquent, c'est parce que le soin était proportionné à son état, indispensable à sa survie, et **qu'il n'y avait pas d'autre choix thérapeutique** que l'attitude du médecin a été considérée comme non fautive.

Les commentaires sont unanimes pour préciser que la décision du Conseil d'État ne signifie pas que si les médecins s'étaient abstenus de pratiquer la transfusion sanguine sur leur patient ils auraient commis une faute.

Ces différentes motivations montrent à quel point la matière est délicate et les débats peuvent paraître tenir d'une casuistique insupportable.

En réalité, la jurisprudence rappelle que **c'est au médecin, en conscience**, comme le prévoit le code de déontologie médicale, **de justifier au cas par cas sa pratique thérapeutique.**

Le Conseil d'État rappelle qu'**aucune norme juridique n'est supérieure à l'autre.**

La loi du 4 mars 2002 ne change pas cette situation. Pour les mineurs et les majeurs sous tutelle, elle prévoit de passer outre au consentement des titulaires de la protection dans le cas où il y a un risque de *conséquences graves pour la santé.*

Pour le majeur capable, le consentement, s'il est éclairé, est absolument nécessaire et peut être révoqué à tout moment. Une fois encore, le législateur s'en rapporte à la conscience du médecin pour apprécier l'urgence et l'incapacité à obtenir le consentement.

Le débat actuel sur l'euthanasie a été partiellement réglé par la loi du 22 avril 2005.

Et à ce propos il est bon de rappeler le code de déontologie médicale: Article 37 *En toutes circonstances le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances de son malade, l'assister moralement et éviter toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique.*

La loi relative aux droits des malades en fin de vie, après audition des secteurs concernés : associations, milieux médicaux et religieux, reprend formellement cette interdiction de l'obstination déraisonnable qui se trouve donc dans le code de déontologie médicale depuis 1995.

III. LES DROITS DES PATIENTS

La personne majeure a tous ses droits, sauf ceux qui lui ont été retirés par une décision de justice en vertu de la loi au vu d'un certificat médical.

1. Les droits élémentaires

A – Les articles 5, 6 & 7 de la CEDH :

- Le droit à la liberté et à la sûreté ;
- Le droit au procès équitable : un juge impartial,
une défense effective (témoins et défenseur)
un délai raisonnable (16 mois pour le JLD en matière de levée d'HO c'est trop)

- Pas de peine sans loi : le respect de la procédure en matière de HO ou HDT.

B – L'article 8 de la CEDH :

- Le droit au respect de la vie privée et familiale ;
- Le droit au respect du domicile ;
- Le droit au respect des correspondances.

2. L'exercice effectif des droits :

A – Les chartes :

- Charte du patient hospitalisé ;
- Charte de la personne âgée,
- Charte du majeur protégé, D.2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales.

Le droit sanitaire et social apprécie beaucoup les chartes. Cela le sécurise, comme les conditions générales de vente sécurisent le vendeur : « Signez-là » et je serai garanti.

J'aurai respecté formellement la loi, la loi me protégera. Mais c'est un leurre.

Le professionnel doit respecter la personne, pas seulement la loi.

Les stérilisé(e)s du CAT de SENS ont pu être l'objet de cet acte illégal, car il a fallu des années aux éducateurs pour se rendre compte de leur perturbation lorsqu'ils (elles) rentraient de chez la gynécologue sur prescription du psychiatre, et faire le lien suite aux questions posées.

Quant on a demandé aux médecins pourquoi ils n'informaient pas les éducateurs ou le chef d'établissement des « projets thérapeutiques » ils ont invoqué le secret médical. Et le tour est joué.

Enfermés dans leur établissement ou dans leur famille comment les majeurs vulnérables, déjà enfermés dans leur handicap, pourront-ils savoir que la mesure de protection est caduque au bout de cinq ans, qu'ils ne sont plus sous HO et n'ont pas à venir passer le week-end à l'hôpital psychiatrique, que le mariage ne lève pas la curatelle et que sous curatelle simple on a la libre disposition de ses comptes bancaires, que sous curatelle aggravée on doit prescrire les dépenses et recevoir ses comptes, etc... ?

Seule la multiplicité des regards permet de défendre les droits de la personne, car le silence fait le lit de la maltraitance.

B – La loi :

Et pourtant la loi impose le recours au juge.

- Article 13 de la CEDH qui crée la Cour européenne des droits de l'homme pour sanctionner les Etats qui ne la respecteraient pas ;
- Article 9 du Code civil qui pour sanctionner les atteintes à la vie privée n'en donne aucune liste mais prévoit seulement le recours au Juge.
- LOI N° 2008-737 du 28 juillet 2008 autorisant la ratification de la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

C – L'accès au droit :

- **Le curateur à la personne**, indépendant du tuteur aux biens quand il est hospitalier ;
- **Les consultations ouvertes** dans les établissements. L'existence de maisons de justice et du droit ne suffit pas. Une antenne où la personne doit se déplacer ne suffit pas, pas plus que des consultations téléphoniques.
- **Les centres d'écoute bénévoles**, sur le modèle d'ALMA ou 3977 qui est désormais étendu au handicap et va porter aussi sur l'écoute des personnes atteintes de troubles psychiatriques.
- Le recours aux **professionnels du droit**. Les magistrats et avocats, comme les médecins ont souvent Bac plus 8 ou double cursus, une formation longue qui leur donne une formation de base très solide à laquelle s'ajoute rapidement l'expérience des situations.

Ils connaissent la complexité du contentieux, par exemple en matière de contentieux contre les hospitalisations sous contrainte, le droit est très dissuasif :

- JLD pour mainlevée en urgence,
- Tribunal administratif pour la nullité,
- Tribunaux civils pour faire chiffrer le préjudice.

La loi ne facilite pas la tâche des personnes vulnérables et de leurs avocats, c'est le moins que l'on puisse dire.

- **La collaboration est nécessaire.**

Le certificat médical nous est indispensable pour prouver le préjudice que la personne subit.

Il en est ainsi pour chacun d'entre nous qui doit apprécier sa responsabilité à la mesure de ses obligations professionnelles pour le majeur vulnérable qu'il prend en charge en mesurant toujours que le respect de l'humanité est le principal critère.