

La responsabilité et l'éthique

Jean MICHAUD*

Les deux termes qui figurent dans ce titre ne sont apparemment guère compatibles. Une notion juridique se trouve face à une autre qui est de nature, disons provisoirement, philosophique ou morale.

La responsabilité pèse sur celui qui, n'ayant pas rempli une obligation, cause un dommage. L'éthique engage à une réflexion dont la sanction ne saurait se situer ailleurs que dans la conscience de celui qui la mène. Le thème général de votre séance peut m'aider à sortir de difficulté en utilisant les mots "science" et "patient" qui entourent l'éthique. Il m'appartient, me semble-t-il, de rechercher pour ce qui vous concerne en votre qualité de praticiens, comment s'articulent la responsabilité dans les domaines juridique et sanitaire sous l'éclairage de l'éthique. Mais ce dernier mot, dont présentement on abuse, exige quelque élucidation.

Il est fort ancien. Mais son sens a été renouvelé. On en trouve l'acception à partir des travaux du Comité consultatif national d'éthique. En considération des fulgurants progrès scientifiques et surtout biologiques des trente dernières années, une réflexion s'impose. Les avancées sont certes prometteuses mais elles soulèvent nombre d'interrogations et elles appellent des choix dans les applications. Là doit se situer la pensée éthique qui procède de l'élargissement considérable du domaine scientifique et qui précède dans une bonne mesure une traduction juridique.

Cette dernière considération permet le rapprochement des deux vocables qui m'avaient paru dans un premier temps quelque peu étrangers l'un à l'autre. L'éclairage éthique n'est pas désormais sans dévoiler des aspects de la responsabilité en matière de santé dont il détermine certaines évolutions.

Il m'appartient donc déjà de cerner le terme de responsabilité. C'est une notion qui figure dans le langage commun et en cela on en saisit aisément la signification générale. C'est aussi, et surtout pour notre propos de ce jour, une notion juridique. Comme telle il importe d'en définir le contenu et les limites. C'est ensuite seulement qu'il conviendra de rechercher ce qu'elle est lorsqu'on l'applique au domaine sanitaire.

* Membre du Comité consultatif national d'éthique.

La responsabilité

Elle est recherchée et invoquée lorsque se produit le déséquilibre que provoque un dommage. Un mal est causé qui appelle réparation. Qui a causé ce mal ? Qui en est l'auteur ? Lorsque réponse à cette question est fournie, que la personne responsable paraît identifiée, il reste à établir un lien entre les deux éléments : un dommage dû à une personne responsable mais dans la mesure où l'action de celle-ci a été à l'origine de celui-là ; c'est le lien de causalité. C'est seulement quand ces trois éléments sont réunis que peut être envisagé le rétablissement de l'équilibre rompu par l'acte dommageable.

Comme toute personne, le praticien de la santé peut être considéré comme responsable de ses comportements dans l'ensemble de son activité. Mais qu'en est-il de son exercice professionnel ? Il va de soi que le problème comporte une coloration spéciale puisque le praticien se livre à une action qui, de la part d'un simple particulier, serait en soi le plus souvent source de responsabilité. Il touche au corps qui cependant est inviolable (art. 16-1 du Code civil). Mais son acte trouve sa justification dans sa finalité : la nécessité médicale. C'est l'article 16-3 introduit dans le Code civil par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994. Texte bien nécessaire qui légitime l'action médicale avec une netteté qui n'apparaissait pas dans les dispositions antérieures. Ainsi les praticiens peuvent causer dommage sans que leur comportement leur soit reproché (l'exemple le plus net étant le geste chirurgical, invasif), mais dans la mesure où le traitement du patient en dépend.

Sur le terrain du droit la notion de cette responsabilité peut revêtir deux aspects différents, comme il en est d'ailleurs en dehors même de la médecine. On se situe soit sur le domaine civil, soit sur le domaine pénal, étant précisé que c'est surtout pour le premier d'entre eux que l'évolution sur laquelle nous devons nous pencher est la plus caractéristique.

Lorsque la voie pénale a été choisie, les conséquences dépassent en fait les résultats souhaités et qui consistent d'abord en l'indemnisation du patient. On connaît les interprétations abusives que l'opinion tire d'une condamnation, fut-elle dépourvue de tout caractère infamant, par exemple pour blessures involontaires. On sait aussi qu'une ordonnance de non-lieu qui écarte cependant tout soupçon d'infraction, laisse quand même des traces. C'est pourquoi il est souhaitable que chaque fois que cela est possible les patients mécontents s'orientent vers les voies civile ou disciplinaire.

L'homme de l'art vise donc un objectif : guérir par des procédés techniques attentatoires au corps, qui lui sont permis. Mais ça n'est pas parce qu'il souhaite cet objectif qu'il réussira à l'atteindre. Pourquoi ? Parce qu'il ne peut être ici question de science. On ne saurait parler que d'art. Les meilleurs moyens étant utilisés, ainsi que la plus grande expérience avec la plus grande dextérité, le résultat souhaité peut encore se dérober. C'est que la matière à laquelle s'attache l'entreprise est l'homme. Matière complexe, encore mal connue en ses réactions, siège d'innombrables fac-

teurs de nature à déjouer les plus fines des prévisions. On se souvient de la belle déclaration d'Ambroise Paré : "*Je le pensai. Dieu le guérit*", ou faudrait-il ajouter : "*peut-être seul Dieu le guérira-t-il*". La science est en droit de se montrer, au moins provisoirement, péremptoire. La médecine jamais !

La relativité du pouvoir médical a été traduite par la jurisprudence dans la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultats. C'est l'arrêt Mercier rendu par la Cour de cassation le 20 mai 1936, dont la leçon subsiste encore en grande partie de nos jours (cette décision vaut évidemment aussi pour le chirurgien dentiste). Il faut la citer : "*attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement sinon bien évidemment, de guérir le malade... du moins de lui donner des soins non pas quelconques mais consciencieux et attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science.*"

Cet arrêt capital est, en dehors de la définition de la portée de l'obligation, à retenir sur deux points de première importance. En premier lieu, le lien qui unit praticien et patient est de nature contractuelle. Il en résulte à l'évidence que lorsqu'il y a poursuite pénale avec les conséquences civiles qui en découlent, le terrain de la responsabilité est différent.

En second lieu la qualité des soins prodigués est définie : "*consciencieux, attentifs, conformes aux données acquises de la science*". Il y a peu à dire sur les deux premiers qualificatifs qui ressortissent à l'évidence. Quant aux données acquises de la science, elles deviennent dans certaines décisions, les données "actuelles". Ce n'est pas exactement la même chose. "Acquises" c'est-à-dire qui sont tellement assurées qu'il n'est pas question de les remettre en cause avant longtemps. "Actuelles" c'est-à-dire qui peut-être viennent de devenir actuelles, qui seront peut-être éphémères mais qui en tout cas existent.

Plus que la première épithète, la seconde implique que le praticien ne doit pas priver son client du dernier état des connaissances. C'est une incitation à la formation continue (article 11 du Code de déontologie).

Ces éléments jurisprudentiels sont de nature, dans une perspective classique, à bien encadrer l'activité considérée tant en ce qui concerne les qualités dont doivent être assortis les soins dispensés que la limite des résultats à en attendre. Il reste à voir comment l'autre partie au contrat : le patient, doit être associé. Il lui faut savoir ce qui lui arrive : quel est son état, que va-t-on faire sur lui et pour lui, qu'en peut-il espérer ? C'est la trilogie : diagnostic, traitement, pronostic. Selon les deux premiers points, il doit consentir, selon le troisième, il doit savoir.

Le consentement

Voilà un mot qui nous fait entrer dans la problématique éthique. Il a fait l'objet de multiples débats au Comité national. Le sujet est inépuisable. Il prend toute sa

dimension dans votre domaine. Il donne ou restitue au patient sa pleine qualité de sujet.

Là aussi la jurisprudence a dégagé des critères. L'information doit être simple, loyale et intelligible. Ne rien cacher et se faire comprendre. Face à ces deux impératifs, on saisit bien qu'être loyal ce n'est pas nécessairement asséner d'emblée une vérité parfois difficile à supporter lorsqu'elle est cruelle (article 35 du Code de déontologie) et qu'être intelligible c'est faire comprendre sans entrer dans un langage technique ésotérique pour beaucoup. Tant la jurisprudence que le Code de déontologie dans son article 35 ajoutent le vocable "approprié".

L'information qui précède le consentement n'est pas étrangère à la responsabilité. Rappelons en effet qu'il s'agit d'un contrat et qu'il en résulte que chacun doit savoir ce qu'il peut en attendre et ce à quoi il s'engage. Dès lors que le patient subit des conséquences dommageables d'un traitement ou même un traitement parmi d'autres possibles, et dont il n'aurait pas voulu, se pose le problème de la responsabilité. Nous verrons combien sur ce plan une évolution caractéristique s'est manifestée. La responsabilité a bien un fondement contractuel. Mais son assise est plus large car son contenu est enrichi par la réflexion éthique qui ne comporte pas nécessairement de conséquences juridiques immédiates. L'exigence du consentement confère au patient une prérogative essentielle. Elle apparaît d'ailleurs avec une certaine solennité dans un texte qui a reçu référence constitutionnelle : la loi n° 94-653 sur le respect du corps humain intégrée pour nombre de ces dispositions dans le Code civil. Je cite : *"la loi assure la primauté de la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement. Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne."*

Il y a évolution dans les modalités de mise en cause de la responsabilité. Avant d'en envisager le "comment", il faut en rechercher le "pourquoi".

Un premier élément de réponse se situe dans la transformation même de l'activité. Il faut revenir à la distinction entre art et science. L'un vit de prévision, l'autre de certitudes. L'un indique, l'autre affirme. Or il se trouve que les progrès de la seconde partie de ce siècle ont conduit à un perfectionnement des techniques et à l'enrichissement considérable des apports de la biologie et de l'imagerie. C'est ainsi que la connaissance du corps s'améliore par sa vision directe. Ainsi, avant d'opérer, le chirurgien sait sans doute beaucoup mieux que naguère, sinon complètement, ce qu'il va trouver après avoir pratiqué l'ouverture.

Il y a un autre facteur d'évolution non pas objectif comme le précédent mais subjectif. Il tient à la transformation des mentalités. Le mot "transformation" n'est pas trop fort, surtout dans le domaine qui nous intéresse ici. Elle peut se résumer ainsi qu'il suit. Les patients sont mieux informés et plus exigeants. Patients mieux informés : les moyens médiatiques mis à la disposition du public font maintenant une place importante à la santé. Sans même parler des journaux spécialisés, il n'est que de lire la presse générale. Les renseignements délivrés ne doivent pas faire

primer le goût du sensationnel sur le souci de la vérité pour que ne naissent pas dans l'opinion des espoirs fallacieux et des peurs irraisonnées. Le Comité consultatif national d'éthique a, à ce sujet, émis un avis sur les problèmes posés par la transmission de l'information scientifique.

Quoi qu'il en soit, le malade, en sachant davantage, se croit fondé à être mieux informé et surtout, croyant en savoir davantage, a tendance à demander des comptes plus qu'auparavant si le résultat qu'il souhaitait n'a pas été obtenu. On connaît ce mouvement général de critique et de contestation dans nombre de domaines. Il n'est pas question ici de juger. On constate seulement que c'est un élément non négligeable dans la poussée des contentieux.

Qui ne voit qu'ainsi le passage partiel mais certain de l'art à la science modifie en quelque mesure la responsabilité, cette responsabilité dont en pratique le champ tend à s'étendre en fonction du patient qui de passif devient actif. À cela s'ajoutent les contraintes nouvelles du praticien qui, en fonction d'activités dont la spécificité s'accroît, se voit exposé, s'il ne s'y conforme pas, à des conséquences administratives ou même pénales.

Ainsi il est possible de repérer trois voies sur lesquelles s'engagent la jurisprudence et les textes, selon une vision non pas entièrement renouvelée mais du moins infléchie de la responsabilité.

La nature de l'obligation : nous avons vu ce qu'il en était dans une conception classique de la médecine. Le praticien peut seulement mettre en œuvre tout ce qui est possible pour parvenir à ce qui est souhaité, c'est-à-dire la guérison. À ce sujet l'analyse s'est progressivement affinée. C'est l'action thérapeutique proprement dite qui est ici concernée : le geste médical ou chirurgical, les modalités du traitement prescrit après l'élaboration du diagnostic. Reste en dehors de ce champ le matériel fourni, dont la qualité sans faille peut légitimement être exigée, par exemple l'appareil de prothèse.

De la même façon et assez généralement, les examens de laboratoire qui se multiplient ne supportent pas le défaut ou l'approximation.

Ainsi la nature de l'obligation demeure dans son principe. Le caractère essentiel de l'obligation du praticien a été à nouveau affirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1997 : "*le chirurgien alors même qu'il procède à la pose d'un appareil sur la personne du patient n'est tenu qu'à une obligation de moyens.*" Cependant des signes apparaissent dans le sens d'une évolution vers son renforcement sous l'influence de quelques facteurs que j'ai énumérés.

Si le patient a tendance à revendiquer un résultat et si, à défaut, il se résout à engager une action en responsabilité, faut-il encore que l'engagement contractuel de l'un et de l'autre soit bien défini. Il peut l'être par le consentement, notion moins simple qu'il n'y paraît d'abord.

On s'est longtemps contenté d'assortir ce mot des qualificatifs "libre" et "éclairé". Dans la mesure où ils sont pleinement respectés, ils suffisent. Mais la liberté de certains patients n'est pas évidente et leur information devient difficile, s'agissant d'une problématique complexe qui est le fruit du progrès. La conséquence conduit à ajouter le qualificatif d'exprès, ce qui le plus souvent signifie "écrit", ou d'imposer certaines formalités destinées à solenniser le consentement et à éclairer l'intéressé, sans ambiguïté possible, sur le contenu et l'ampleur de son engagement. On citera les prélèvements d'organes, l'interruption de grossesse, les essais. Mais en dehors même de ces cas particuliers, la rédaction d'un texte explicatif s'avère nécessaire à partir d'un certain degré de gravité de l'action. Dans ce cas, non seulement le patient doit savoir, mais encore preuve doit être apportée qu'il a su.

La jurisprudence a marqué sur ce point une évolution importante. Jusqu'à un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1997, il était jugé qu'il revenait au patient de prouver qu'il n'avait pas été informé. Désormais et sous réserve d'une confirmation de cet état du droit, c'est au médecin à fournir cette preuve. Deux remarques s'imposent à propos de cette jurisprudence. Il était difficile pour le patient de produire une preuve négative qu'on appelait autrefois la *probatio diabolica* et à cet égard la décision considérée n'est qu'une application du régime général de la preuve. En revanche, le praticien peut avoir désormais la tentation de recueillir plus souvent qu'il ne serait nécessaire le document qu'il pourra produire en cas de procès et de l'assortir d'un luxe de précisions sur les conséquences éventuelles, fussent-elles exceptionnelles, au détriment de la bonne santé morale du patient lecteur.

Voilà une évolution à laquelle il faut prendre garde et dont il serait, si l'on veut conserver l'esprit de la thérapeutique française, opportun de freiner les conséquences excessives.

J'ai bien noté à diverses reprises combien les travaux de santé avaient gagné (et c'est bien un gain) en complexité. Ceci entraîne des contraintes supplémentaires qui sont, bien entendu, source de responsabilité pour ceux qui refuseraient ou négligeraient de s'y plier.

La transgression de ces dispositions peut entraîner la responsabilité civile ou pénale de ceux qui en sont les auteurs.

On en peut déduire que la rançon du progrès est, pour les acteurs de la santé, une restriction de leur liberté d'exercice sanctionnée par la menace de leur mise en cause, soit par leurs patients qui auraient subi un dommage, soit par les autorités administratives et judiciaires en raison de la méconnaissance de dispositions légales ou réglementaires.

La responsabilité a subi l'influence d'un mouvement général. Au souci de réparer les dommages subis par les victimes en recherchant l'auteur de ces dommages a succédé le souci primordial, pur et simple, de réparer ces dommages.

Ainsi l'objectif de réparation est atteint ou entrevu selon diverses modalités : outre la perte de chance, obligation de résultat parfois imposée, diversification des responsabilités, mise en cause de l'établissement public. Une dernière étape reste à franchir, qui écarte les deux premiers éléments de la responsabilité classique : faute, lien de causalité pour ne plus retenir que le troisième, le dommage. Toute intervention thérapeutique comporte des inconnues et peut entraîner des maux imprévisibles. C'est ce qu'on appelle l'aléa, dommage qu'on ne peut relier à aucune origine déterminée.

Il est certes juste que le dommage qui résulte de circonstances inconnues ne reste pas définitivement à la charge de celui qui le subit. Mais comment, sans quelque injustice, en faire retomber la charge au moins financière, sur d'autres. Les solutions proposées sont celles de l'assurance ou du fond d'indemnisation qui recourt à la notion de solidarité. Devant l'évolution de la jurisprudence qui trace des voies, l'évolution des mentalités qui constitue un levier puissant, on attend l'intervention du législateur qui, confronté à divers projets, se fait attendre.

Il me reste pour en terminer deux questions à poser et dont la réponse peut se déduire de ce qui précède. Les choses ont-elles beaucoup changé en, disons, cinquante ans ? Dans l'affirmative, convient-il d'approuver la façon dont elles se sont dessinées, les orientations qui ont été prises ?

La base était le rapport de deux personnes : le praticien et le malade. Rapport de confiance et d'espoir. Ceci subsiste et doit subsister parce qu'il y a et il y aura longtemps encore des affections dont la thérapeutique relève d'une seule personne, sans appareils particuliers, sans traitements complexes. Et puis il y a les nouvelles techniques, les nouveaux produits face aux maladies décelées. Comment ne pas s'en réjouir en dépit des inconvénients : inquiétude du patient devant ce qu'il ne comprend pas, accroissement de l'anonymat, déresponsabilisation par suite de la multiplication des pôles d'action. Comment ne pas s'en réjouir puisqu'il y va de l'amélioration de la santé ?

Mais faut-il encore, pour fortifier une vue optimiste de la situation actuelle et de ses éventuels développements, que le patient conserve toujours un interlocuteur qui le comprenne et qu'il comprenne, et que soient précisément élaborées les modalités de réparation systématique des dommages subis par ceux qui étaient venus demander guérison. C'est à quoi doit tendre l'évolution de notre système de responsabilité pour réduire un paradoxe qui, grâce à la haute qualité de notre médecine, demeure l'exception.

J'en reviens au titre. On peut penser, au bout du compte, que l'éthique et la responsabilité sont devenues pour partie complémentaires.

La responsabilité du médecin, du chirurgien dentiste, du pharmacien ne saurait être considérée seulement du strict point de vue du droit formel. Il s'y ajoute une marque qui influence le législateur lui-même et qui pourrait s'appeler l'exigence éthique.

Cette exigence colore maintenant votre exercice professionnel au-delà même des lois et des codes. Bien soigner selon les techniques éprouvées est l'objectif essentiel. Il en est un autre qui se rattache au domaine de l'éthique et qui relève non plus du traitement ou du produit mais de la parole. Le patient a tout autant besoin des mots qui vont lui faire accepter le soin douloureux que va lui dispenser par exemple le chirurgien dentiste que de ces soins eux-mêmes. Le client du pharmacien va attendre de celui-ci qu'il lui explique l'utilité et l'usage du produit qui va être délivré. Il va même parfois en attendre le conseil initial sans toujours comprendre qu'il risque de faire dériver son interlocuteur vers le diagnostic. Mais mesure pourra être observée par celui-ci qui saura rassurer sans trop excéder son domaine. Là encore la parole à un rôle irremplaçable.

Ainsi l'exigence éthique appelle des contraintes supplémentaires devant cette réalité désormais incontournable : le progrès scientifique qui est voué à l'amélioration de la condition humaine et qui parcourt sur cette voie d'admirables étapes. Cependant restons vigilants pour que la conquête de nouveaux savoirs n'entraîne pas l'exercice abusif de nouveaux pouvoirs.