BnF Gallica

Université de Nancy. Faculté de droit. La Responsabilité civile des médecins , thèse pour le doctorat présentée... par [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF Gallica

Abel, Bernard. Université de Nancy. Faculté de droit. La Responsabilité civile des médecins , thèse pour le doctorat présentée... par Bernard Abel,.... 1936.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
- La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter
utilisationcommerciale@bnf.fr.

UNIVERSITÉ DE NANCY - FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES MÉDECINS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mardi 28 avril 1936, à 14 h. 30

PAR

Bernard ABEL

Avocat à la Cour d'Appel de Nancy

MEMBRES DU JURY :

Président. . . MM. SIMONNET, professeur.

Assesseurs . . . DURAND, agrégé.

VINCENT, chargé de cours.

NANCY

IMPRIMERIE GEORGES THOMAS

Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage

1936

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

La responsabilité civile des médecins

8° F
38911

UNIVERSITÉ DE NANCY - FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES MÉDECINS

LYON 210042 Th

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mardi 28 avril 1936, à 14 h. 30

PAR

Bernard ABEL

Avocat à la Cour d'Appel de Nancy

MEMBRES DU JURY :

Président. . .	MM.	SIMONNET, professeur.
Assesseurs . . .		DURAND, agrégé.
		VINCENT, chargé de cours.

NANCY
IMPRIMERIE GEORGES THOMAS
Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage
1936

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R.F.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen: M. SENN (✻, ⚜, ✪ I).

Assesseur du Doyen: M. BROCARD (✻, ✪ I).

Doyens honoraires: MM. F. GÉNY (C ✻, ✪ I), MICHON (✻, ✪ I).

Professeurs honoraires:

MM. MAY (✻, ✪ I).
ROLLAND (✪ I).
MOREL (✻, ✪ I).
GÉNY (C ✻, ✪ I).
RENARD (✪ I).

Maître de conférences honoraire: M. MÉLIN (✪ I), docteur en droit.

MM. GÉNY (C ✻, ✪ I), professeur de Droit privé.
MICHON (✻, ✪ I), professeur de Droit romain.
BROCARD (✻, ✪ I), professeur d'Economie politique.
SENN (✻, ⚜, ✪ I), professeur de Droit romain.
HENRY (✻, ✪ I), professeur de Droit criminel.
KRŒLL (✪ I), professeur d'Histoire du Droit.
LALOUEL (✪ I), professeur de Droit international public.
LESCOT (✪ I), professeur de Droit commercial.
SIMONNET (✪ I), professeur de Droit civil.
VOIRIN (⚜, ✪ I), professeur de Droit civil.
TROTABAS (⚜, ✪ A), professeur de Droit administratif et de Législation financière.
F. de MENTHON (✪ A), professeur d'Economie politique.
DURAND, agrégé de Droit privé.
MARCHAL, agrégé d'Economie politique.
TEITGEN, agrégé de Droit public.
GROS, docteur en droit, chargé de cours de Droit public.
VINCENT, docteur en droit, chargé de cours de Droit privé.
ROSAMBERT, docteur en droit, chargé d'enseignement de Droit civil de capacité.
BERTRAND (✪ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

INTRODUCTION

Un phénomène qui peut avoir une importance capitale pour l'évolution de la médecine est apparu à une date que l'on fixe approximativement à 1880 (1): il s'agit de l'accroissement inquiétant du nombre des procès en responsabilité intentés contre des médecins. Autrefois on pouvait considérer qu'entre le malade et celui qui le soignait, il existait une sorte de pacte tacite: pressé par l'inquiétude, la souffrance, le sentiment du péril, on s'adressait à un médecin diplômé, à un spécialiste dont les titres, l'expérience, la réputation étaient autant de garanties, et l'on acceptait les conséquences de son choix au même titre que les aléas de l'acte médical; et si l'homme de l'art imprudent, ignorant ou maladroit, en un mot, indigne, avait accumulé les erreurs et les fautes, le patient sa victime, aidé en cela par l'opinion publique se contentait de le mettre hors d'état de nuire en le signalant à la défiance de ses patients éventuels (2); aujourd'hui, il n'hésite plus à le traîner en justice. En effet, alors que les tribunaux n'avaient à apprécier la conduite de médecins que dans des circonstances exceptionnelles, et lorsqu'il y avait eu faute tout à fait caractérisée de leur part, c'est à chaque instant que maintenant ils en

(1) BROUARDEL. *La responsabilité médicale*. Baillière, 1898, p. 8.

(2) DUHAMEL. Les excès de l'étatisme et les responsabilités de la médecine. *Revue des Deux Mondes* du 15 mai 1934.

sont saisis et que la presse porte à notre connaissance des condamnations graves infligées à certains d'entre eux.

A quelles causes l'attribuer? Faut-il penser que le niveau de l'instruction et de l'adresse du médecin a baissé dans une pareille mesure? Certainement non; il y a actuellement des médecins aussi savants et aussi habiles que ceux du temps passé, de meilleurs même, en raison d'une part de la difficulté sans cesse croissante de leurs études, et d'autre part des progrès de la médecine et de la physique qui ont mis à leur disposition des moyens de diagnostic et de traitement que ne connaissaient pas leurs prédécesseurs. En réalité, ce phénomène s'explique par plusieurs séries de causes, décelées depuis longtemps déjà et qu'il faut rappeler.

Il y a d'abord des causes qui tiennent à l'évolution de la médecine: elle avait autrefois beaucoup plus qu'aujourd'hui le caractère d'un art: les guérisons obtenues par le médecin étaient autant le fait d'un tour de main et de procédés empiriques à lui propres, comparables aux secrets d'un peintre pour la fabrication et le mélange de ses couleurs, que de ce qu'il avait appris; et comment pouvait-on rendre un artiste responsable du fait qu'il n'était pas arrivé au résultat qu'eut atteint le génie d'un autre? Mais la médecine a été transformée par les nombreuses découvertes du siècle dernier, et est devenue une véritable science, qui s'appuie sur des bases solides et qui nécessite un grand savoir et un long apprentissage; par suite il est devenu possible d'attaquer le praticien qui a fait

preuve d'une ignorance coupable des choses qu'il devait connaître, et comme ces choses se sont beaucoup développées, les risques d'erreur se sont trouvés augmentés. De plus la technique médicale a adopté une quantité d'appareils compliqués, dangereux, si on les emploie mal à propos ou à la légère, nécessitant chez ceux qui les manipulent une plus grande attention et une plus grande prudence. Or, nul doute que le domaine de la responsabilité s'étende davantage avec l'usage de chacun de ces nouveaux appareils (3). C'est ainsi que l'examen par les rayons de Roentgen qui comporte des risques a engendré pour le médecin des obligations supplémentaires, le constituant en faute s'il ne s'y soumet pas et par conséquent engageant sa responsabilité; avant d'exposer le sujet à leur action, il devra s'assurer par exemple que sa peau supportera l'épreuve; pendant la séance de pose, il lui faudra vérifier que ses appareils fonctionnent normalement et n'émettent pas de radiations nocives susceptibles de provoquer des brûlures; s'il ne prend pas ces précautions et que le malade en éprouve un dommage, il pourra être actionné par ce dernier.

D'autre part l'exercice de la profession médicale a subi une sorte de crise morale. Autrefois, les médecins formaient une élite; conscients de leurs prérogatives ils s'efforçaient de maintenir les traditions d'honneur, de dévouement, d'abnégation de leur corporation. Le médecin était l'ami, le confident, le conseiller, il prodiguait ses soins à tous les membres de

(3) Fénié. *De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique.* Thèse de droit Toulouse, 1929-1930, p. 4.

la même famille, il s'intéressait à eux, les suivait dans tous les actes de la vie, c'était lui qui mettait au monde les enfants, puis les petits-enfants, c'était lui qui recueillait le dernier soupir des parents. Or, maintenant il n'en est plus ainsi. Attirés par la noblesse de la profession et l'estime qui s'attachait à elle, de nombreux étudiants sont venus encombrer les Facultés et Ecoles de Médecine, et bientôt après, le corps médical a vu ses membres s'augmenter dans de très fortes proportions. Dans le même temps le nombre des malades diminuait légèrement par suite des progrès de l'hygiène, de l'intervention de l'Etat pour en faire respecter les préceptes et de l'action désintéressée de nombreuses initiatives privées; par suite aussi de la pratique de la vaccination et des nouveaux traitements. Certains médecins se sont alors trouvés dans une situation matérielle fort difficile et les questions d'argent sont passées au premier plan de leurs préoccupations; pour assurer leur existence, ils ont demandé des honoraires exorbitants, hors de proportion avec les soins donnés, et ils se sont livrés à une chasse aux clients effrénée, cherchant à les attirer par des procédés de publicité jusque là réservés au commerce, comme la réclame dans les journaux, l'emploi de rabatteurs dans les hôtels de villes d'eaux; ils ont même été jusqu'à dénigrer leurs confrères dans le but de leur enlever des malades; mais tout cela ne suffisant pas, ils ont eu recours à des expédients encore moins honorables: encouragés par des pharmaciens désireux de placer le plus possible de leurs spécialités, ils ont conclu des ententes avec eux par lesquelles ils

s'engageaient à prescrire de nombreux médicaments moyennant un tant pour cent sur leur prix; ils ont pratiqué la dichotomie, fait pour un spécialiste ou pour un chirurgien de partager les honoraires demandés au client avec le médecin qui le lui a adressé, c'est-à-dire de lui donner une véritable commission.

La grande majorité du corps médical a protesté contre cette commercialisation de la profession, a condamné ces agissements (4) et a tenté d'organiser la lutte contre ceux qui les pratiquaient. Mais l'opinion publique, toujours prompte à généraliser, a eu tendance à envelopper la corporation entière dans un même discrédit. Elle a descendu la profession médicale du piédestal de noblesse, de désintéressement, d'abnégation sur lequel elle se trouvait placée pour ne plus la considérer, privée du prestige d'intégrité et d'honorabilité dont elle jouissait, que comme une profession comme une autre. Il faut du reste remarquer que cette déconsidération n'a pas été particulière à la médecine, car d'autres branches de l'activité, celle du notaire et de l'avocat par exemple, à la suite de transformations analogues à celles que nous avons men-

(4) Un « Règlement de déontologie médicale », publié par la Confédération des Syndicats médicaux français et adressé à tous leurs membres, contient une sorte de codification des devoirs du médecin envers ses malades et envers ses confrères. Il interdit tout procédé incorrect dans la recherche de la clientèle: « publicité nominative, affichage, distribution de prospectus, enseignes commerciales » (art. 3); il condamne « toute remise ou gratification à des médecins, pharmaciens, hôteliers, pisteurs, l'acceptation d'une commission pour soins, examens, prescription d'appareils, envoi dans une ville d'eau ou maison de santé » (art. 5). La sanction consiste dans l'exclusion du syndicat. (Edition de la Confédération des Syndicats médicaux français, 95, rue du Cherche-Midi, Paris.)

tionnées, ont aussi baissé dans l'estime que le public leur vouait.

Un changement s'est aussi produit dans l'état d'esprit des malades; quelques médecins ayant abusé de la pleine confiance qu'ils leur témoignaient pour se livrer à des pratiques trop intéressées, cette belle confiance a fondu pour faire place quelquefois à une certaine méfiance.

Le malade ne voit que sa souffrance, son désir de guérir l'obsède et l'empêche de se rendre compte des difficultés en face desquelles se trouve le praticien: il trouve toujours que son état ne s'améliore pas assez rapidement: poussé donc par une impatience bien compréhensible, et n'ayant plus pour celui qui le soigne une foi aveugle, craignant qu'il ne prolonge sa maladie par ignorance ou par calcul pour augmenter ainsi le nombre de ses visites et le montant de ses honoraires, il s'est mis à critiquer ses prescriptions et ses soins, il a même osé faire appel à son insu à un confrère pour contrôler l'exactitude de son diagnostic et le bien fondé du traitement par lui ordonné.

Par ailleurs, « si ce malade est toujours prêt à voir en son médecin, s'il guérit, le *Deus ex machina* qui a triomphé du mal, il n'est pas moins prêt à le considérer en cas d'échec comme l'indigne serviteur de cette science médicale dont il entend tous les jours célébrer les progrès incessants » (5) qui permettent de réaliser ces cures inespérées, miraculeuses même dont les journaux l'ont mis au courant. Or, il n'apprécie pas

(5) Dr Ch. Brisart. Le malade, le médecin, l'expert, le magistrat. *Siècle médical,* 15 septembre 1934.

le traitement qu'on lui fait subir d'après sa valeur intrésèque, qu'il est du reste incapable de juger, mais d'après son effet ou ce qu'il croit être son effet, et si cela ne répond pas à ce qu'il escomptait, il s'imagine que le médecin a commis une faute ou une erreur et il n'a pas de scrupule à s'adresser à un autre: ce faisant, il agit du reste contre ses intérêts, sauf évidemment si le médecin est réellement coupable, car la continuité dans les soins et la connaissance du tempérament et des réactions du malade par celui qui le soigne, ont une importance capitale. Souvent même, non content de quitter le médecin dont il n'est pas satisfait, il va jusqu'à l'actionner en responsabilité, cherchant à la fois une réparation du préjudice dont il se considère victime et une compensation à son désappointement. On peut aussi voir là, la manifestation de cet état d'esprit que l'on rencontre trop fréquemment dans un certain milieu, et qui consiste à essayer de tirer parti d'un malheur ou d'un accident et d'en recueillir un profit pécuniaire, état d'esprit encouragé par des groupements et des initiatives privées telles que les cabinets d'affaires spécialisés dans les recours, qui vivent du fort pourcentage qu'ils se font donner en cas de succès, sur l'indemnité obtenue (6).

Telles sont les causes principales de l'augmentation notable des actions en responsabilité intentées contre les médecins; et dans ce mot nous englobons à la fois le médecin à proprement parler, c'est-à-dire le praticien qui agit sur le malade par des procédés externes

(6) Dr Rey. Chronique sur la responsabilité médicale. *Index médical*, février 1934.

et par des réactions provoquées par des médicaments savamment dosés, et le chirurgien qui lui, va chercher dans le corps même du patient la source du mal pour l'en extraire, ou bien supprime une difformité, guérit une maladie par de véritables traumatismes, par des atteintes à l'intégrité physique du patient. Mais il faut remarquer qu'en pratique, les questions de responsabilité se posent moins souvent pour des médecins que pour des chirurgiens: c'est que l'erreur médicale est toujours difficile à découvrir et n'apparaît parfois qu'au bout d'un certain temps, tandis que l'erreur chirurgicale se manifeste presque immédiatement, et est relativement facile à prouver; de plus, le médecin embarrassé peut toujours appeler à son aide un confrère en consultation, alors que le chirurgien pressé par l'urgence, dans bien des cas est forcé de prendre lui-même l'initiative d'une intervention.

Cette responsabilité judiciaire, si souvent mise en œuvre de nos jours, constitue évidemment pour le malade une protection sérieuse contre la négligence et l'imprudence du médecin, que la crainte de sanctions rendra plus attentif, mais ce n'est certainement pas la plus efficace; il est peu de personnes qui se livreraient au bistouri du chirurgien si elles ne se sentaient protégées que par la justice; car « en deça des marches du Palais existe une zone franche où s'exerceraient les fantaisies les plus redoutables, s'il n'y avait pour en faire la police un très vigilant gardien, la conscience du chirurgien » (7).

(7) J. Fiolle. Responsabilité judiciaire et responsabilité morale en chirurgie. *Presse Médicale* du 30 mai 1934.

La responsabilité judiciaire n'est, en effet, qu'un côté du problème de la responsabilité pris dans son ensemble, car il existe aussi une responsabilité morale. Cette dualité vient de ce que le droit ne se confond pas avec la morale, mais qu'il n'en sanctionne que quelques principes seulement; par suite, tout acte de l'homme est susceptible de deux appréciations quant à sa légitimité, l'une par rapport au droit, l'autre par rapport à la morale, cette dernière étant beaucoup plus sévère. L'auteur encourt une responsabilité judiciaire quand l'acte dommageable est contraire aux règles établies: il est alors soumis au juge qui après avoir déterminé la faute ordonne réparation du préjudice causé; ou bien, il n'encourt qu'une responsabilité morale, vis-à-vis de lui-même, lorsque les principes du droit ne permettent pas de peser, ni de sanctionner l'acte dommageable, mais qu'il a l'intime conviction qu'il n'a pas fait ce qu'il devait faire, qu'il n'a pas fait ce en quoi son devoir consistait; il en résulte le remords qui fait à l'honnête homme une véritable obligation de réparer dans la limite de ses moyens le mal dont il est l'auteur.

Cette responsabilité morale, parce qu'elle est appréciée par la conscience de chacun, est pour autrui l'éiément de protection le plus puissant, car l'homme scrupuleux, avant tout acte délicat, demande conseil à sa conscience, elle lui dicte la conduite à tenir et il va rarement à l'encontre de ses directives; tandis que la crainte d'une condamnation résultant de la responsabilité judiciaire éventuellement encourue n'a d'effet que sur ceux chez lesquels le sentiment du bien et du

mal fait défaut, or, il est tout de même permis de penser qu'ils ne sont qu'une minorité. Bref ces deux responsabilités se complètent : l'une empêche l'homme de commettre un acte mauvais, l'autre, de commettre un acte interdit.

Mais en médecine, il arrive fréquemment que ces deux responsabilités au lieu de toujours s'unir pour la sauvegarde des intérêts du malade s'opposent entièrement et que la crainte d'une condamnation aille parfois à l'encontre du devoir du médecin. Il nous faut recourir à un exemple pour le démontrer. Au cours d'une opération longue et compliquée, un chirurgien sent que le pouls du malade faiblit, que par conséquent son cœur supporte mal l'anesthésique, et qu'il faut qu'il se hâte ; il a pris toutes les précautions recommandées, il a agi suivant des règles qu'une longue pratique a consacrées, la mort du malade ne saurait, si elle se produisait, lui être imputée. Une alternative se pose pour lui : ou bien il écoutera le conseil de prudence que lui donne le désir d'une vie tranquille et sans ennuis, et il continuera l'opération avec toute la minutie qu'elle comporte, en s'assurant notamment avec le plus grand soin qu'il ne laisse aucun instrument dans le corps du malade ; mais cela demande du temps et il est probable que le patient succombera à une défaillance cardiaque : ou bien, cédant au conseil de charité qui émane de sa conscience, et n'ayant en vue que la nécessité de conserver à tout prix la vie de cet homme qui lui a abandonné son corps, faisant un acte de foi en sa science et sa valeur morale, le chirurgien, pour soustraire le patient quelques instants

plus tôt à l'effet du chloroforme, refermera la plaie rapidement, quitte à laisser un bout de compresse, un tampon de coton qui sans présenter de réels dangers, pourra l'exposer, lui, l'opérateur, à des poursuites, peut-être à une condamnation, en tous cas à des ennuis. Il est certainement regrettable qu'en pareilles circonstances, lorsque le chirurgien a besoin de tout son sang-froid, de toute sa lucidité, un choix s'impose à lui entre commettre un acte qui du point de vue moral est un véritable forfait, et s'exposer à des sanctions de la part des tribunaux. Sans aucun doute, le médecin consciencieux, dans toutes les hypothèses de ce genre n'obéira qu'à sa conscience, sans écouter les suggestions que peuvent lui inspirer son intérêt personnel et ses légitimes ambitions de réussite dans sa carrière. Mais cette grandeur d'âme ne va-t-elle pas être parfois au-dessus des forces de quelques-uns? Et comment s'étonner qu'un praticien timoré se soit réfugié devant la mort dans une prudente mais fâcheuse inaction?

Et pourtant une responsabilité judiciaire est absolument indispensable en médecine, car le corps médical, comme toutes les autres corporations renferme des brebis galeuses, qui se tiennent à l'extrême limite du délit, et qui sans la crainte salutaire de condamnations se livreraient à tous les excès (8).

Au seuil de cette étude, nous chercherons d'abord sur quoi est basée la responsabilité civile du médecin, ce qui nous obligera à indiquer la théorie du corps médical niant la nécessité de le soumettre à un con-

(8) J. Fiolle, *op. cit.*

trôle judiciaire et à la réfuter. Puis nous nous demanderons quelle est la nature de cette responsabilité, si elle est contractuelle ou délictuelle, et nous constaterons qu'il existe là une opposition entre la doctrine et la jurisprudence. Alors, ayant réglé les problèmes théoriques que comporte notre sujet, dans une seconde partie, partie plus pratique, dépouillant la très copieuse jurisprudence de la responsabilité, nous établirons une classification des fautes du médecin engageant sa responsabilité; nous devrons distinguer entre les fautes purement médicales et celles que le médecin commet à l'occasion de l'exercice de sa profession, et dans chaque rubrique nous donnerons les solutions des tribunaux.

Enfin, après avoir recherché dans quelles hypothèses le médecin peut être rendu responsable du fait d'autrui et du fait des choses, nous arriverons à notre troisième et dernière partie consacrée aux moyens de défense qu'il peut invoquer pour se protéger contre cette responsabilité et pour en écarter les conséquences.

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPE ET NATURE
DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ DES MÉDECINS

Il n'existe dans notre droit aucun texte visant d'une manière spéciale la responsabilité civile des médecins, ni dans le code, ni dans aucune loi postérieure. Il y avait bien un cas de responsabi'ité médicale très particulier envisagé par la loi du 19 Ventôse An XI, qui réglait l'exercice de la médecine, mais cette loi a été abrogée par celle du 30 Novembre 1892 qui laisse entièrement de côté notre question. Par conséquent, la jurisprudence a dû créer, innover, et la théorie de la responsabilité médicale est toute entière son œuvre.

La question de la responsabi'ité se pose dans notre cas d'une façon tout à fait particulière. L'acte médical est un acte essentiellement original qui ne saurait être comparé à aucun autre, car il comporte à la fois « une application, et une expérimentation où le hasard garde sa part » (1). Il comporte après un examen méthodique et complet, cherchant à faire rentrer le cas du malade dans le cadre des processus morbides dont les causes et l'évolution habituelle sont connues,

(1) Georges DUHAMEL, *op. cit.*

l'application du traitement auquel on a eu précédemment recours dans les cas analogues, mais jamais le résultat recherché ne pourra être garanti avec certitude; même dans les hypothèses les plus simples, il y a toujours une certaine dose d'imprévu et c'est en cela que consiste l'expérimentation: le traitement le plus anodin peut se heurter à une intolérance complète, l'intervention la plus bénigne et la plus ordinaire à une disposition anatomique anormale ou à un état pathologique insoupçonnable, et risquent de déterminer le dénouement fatal. Car ici le terrain d'expérience est fragile, en cas d'insuccès le médecin n'a pas cette ressource de pouvoir remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient pour tout recommencer en s'inspirant de la leçon donnée par la première tentative; la nature lui a imposé des bornes étroites et non situées entre lesquelles il lui faut chercher sa voie. La moindre erreur, la plus petite faute, ont des conséquences incalculables puisqu'elles touchent à la santé, parfois même à la vie. Mais comment dans chaque espèce arriver à déterminer si la responsabilité d'un décès, de l'aggravation dans l'état du malade ou seulement de sa non guérison incombe à l'homme de l'art, ou au contraire si elle doit être supportée uniquement par la nature qui a limité ou entravé son action? Par ailleurs en cas de faute du médecin, comment calculer les conséquences de cette faute puisqu'il n'est pas possible de savoir ce qui se serait passé s'il ne l'avait commise, et si le tempérament du malade ayant réagi de façon imprévisible, le même résultat n'aurait pas été atteint? Ce sont là des questions fort

délicates, difficiles à résoudre et qui ont été la cause des nombreuses discussions qui ont eu lieu sur le principe de la responsabilité médicale.

Dès le début du XIX^e^ siècle, le problème fut posé devant les tribunaux de savoir s'il fallait soumettre les médecins à l'application du droit commun en matière de responsabilité, des articles 1382 et 1383 du Code civil, et à cette occasion fut soutenue la théorie de l'irresponsabilité absolue du médecin, qui cherchait à lui accorder un régime de faveur.

Le médecin, disait-on, dans l'exercice de sa profession pratiquée de bonne foi et dans les limites de son savoir, n'est soumis à aucune responsabilité en ce qui concerne ses prescriptions et ses soins; cependant, on pourrait en invoquer une contre lui, si se livrant aux passions, aux vices, aux imprudences de l'homme, il occasionnait par un fait répréhensible un préjudice réel au malade qui s'est confié à lui : c'est ainsi que, citant le cas du médecin qui en état d'ivresse ordonne une prescription qui tue ou fait subir à une personne une opération inutile qui la prive d'un de ses membres et celui où voyant un malade dans un état alarmant, il se retire en refusant de lui donner le remède nécessaire, l'avocat défenseur du corps médical dans un procès célèbre concluait en disant qu'alors la responsabilité ne pouvait faire l'ombre d'un doute (2). C'était aussi l'avis de l'Académie de Médecine: elle avait été invitée en 1834 à donner son approbation à un projet de loi sur l'exercice de la médecine, projet qui renfermait cet article: « les médecins et chirur-

(2) Cass. req. 18 juin 1835. S. 1835-1-401. Affaire Thouret Noroy.

giens ne sont pas responsables des erreurs qu'ils pourraient commettre de bonne foi dans l'exercice consciencieux de leur art... les articles 1382 et 1383 ne leur sont point applicables dans ces cas » (3). Lors de la discussion, tous les membres étaient tombés d'accord qu'au cas de négligence, inadvertance, erreur matérielle et grossière de ce que tout le monde sait, les médecins perdraient leur bénéfice d'irresponsabilité.

Tout cela se résumait donc ainsi : il fallait distinguer dans la personne du médecin, l'homme de l'art et l'homme privé, qui seul pouvait encourir une responsabilité ; par conséquent, le médecin en tant que tel ne pouvait jamais être civilement condamné. Cette théorie était étayée par toute une longue augmentation.

Le premier argument, le corps médical le tirait de la loi du 19 Ventôse, An XI. Cette loi distinguait, en ce qui concerne l'exercice de la médecine, entre les docteurs qui avaient fait des études et étaient munis d'un diplôme et les officiers de santé qu'elle plaçait sur un plan inférieur, qui à la suite d'un stage d'une certaine durée s'étaient vu autorisés par un jury spécial à donner leurs soins dans une région déterminée ; et son article 29 décidait : « ... les officiers de santé ne peuvent pratiquer les grandes opérations chirurgicales que sous la surveillance et l'inspection d'un docteur, dans les lieux ou celui-ci sera établi. Dans le cas d'accidents graves arrivés à la suite d'une opé-

(3) Rapportée par Guerrier et Rotureau : *Manuel pratique de jurisprudence médicale*. Paris, 1890, p. 99 et suivantes.

ration exécutée hors de la surveillance et de l'inspection prescrites ci-dessus, il y aura recours à indemnité contre l'officier de santé qui s'en sera rendu coupable ». Les médecins disaient ceci : la loi de Ventôse, An XI est une loi d'exception que les textes généraux du code n'ont pas pu abroger ; or, si elle prévoit seulement la responsabilité des officiers de santé, et si elle passe sous silence celle des docteurs, c'est que les rédacteurs avaient estimé que ceux-ci ne pouvaient être poursuivis. C'est là un raisonnement simpliste : le fait que cette loi ne parle pas des médecins ne saurait signifier qu'elle les exempte de toute responsabilité ; il est impossible qu'elle ait voulu limiter à un seul cas et seulement en ce qui concerne les officiers de santé, les hypothèses où les médecins pourraient être tenus de dommages-intérêts ; son principal objet a été de réglementer l'exercice de la médecine, et c'est à propos de cette réglementation qu'elle a établi ce cas de responsabilité. Il est certain qu'elle renvoie pour la question aux principes généraux. Du reste cette loi de Ventôse An XI a été abrogée par celle du 30 novembre 1892.

Cet argument n'ayant pas résisté à la critique, les médecins ont soutenu que par suite de leurs études, des examens qu'ils avaient subi, du diplôme qu'ils avaient acquis, ils possédaient une capacité légale d'exercer la médecine, qui entraînait une irresponsabilité complète. Ils invoquaient à l'appui de cela l'autorité de Montesquieu, qui dans un chapitre de l'Esprit des lois, intitulé « Qu'il ne faut pas séparer les lois des circonstances dans lesquelles elles ont été

faites », disait ceci : « Les lois romaines voulaient que les médecins puissent être punis pour leur négligence ou leur impéritie. Dans ce cas, elles condamnaient à la déportation un médecin d'une condition un peu élevée et à la mort celui qui était d'une condition plus basse. Par nos lois il en est autrement. Les lois de Rome n'avaient pas été faites dans les mêmes circonstances que les nôtres : à Rome s'ingérait de la médecine qui voulait; mais parmi nous les médecins sont obligés de faire des études et de prendre certains grades, ils sont donc censés connaître leur art » (4).

Montesquieu confond sans aucun doute les deux notions très différentes de capacité et de responsabilité. D'autre part, comme l'a fait remarquer le Procureur général DUPIN dans unes des premières affaires concernant les médecins qui fut soumise à la Cour de Cassation (5), le notaire, l'avoué, l'agent de change, l'huissier, l'avocat, ont tous fait des études, ils ont eu à subir des examens en vue de l'obtention d'un diplôme, mais cela les autorise seulement à accomplir valablement les actes de leur profession ou de leur charge, et s'ils se rendent coupable d'une manière quelconque, tout le monde admet qu'ils puissent être poursuivis et condamnés à une juste réparation du préjudice qu'ils ont pu causer. Dès lors, pourquoi ne pas soumettre le médecin à un traitement identique ? D'autant plus que par sa profession il risque plus que nul autre de causer un dommage à autrui, et que ce

(4) MONTESQUIEU. *Esprit des Lois,* l. XXIX, chap. 14.
(5) Cass. req., 18 juin 1835, précité.

dommage est parmi les plus graves puisqu'il porte sur la vie et sur la santé.

Le corps médical a alors invoqué d'autres arguments. Aucun art n'est plus conjectural que la médecine, a-t-il dit : devant une même maladie les plus grands médecins ont chacun leur système et différent d'opinions et de vues avec leurs confrères sur la nature, les causes, les préservatifs et les remèdes; et devant un décès ou une infirmité inexplicables, si l'on permet aux tribunaux de rechercher si le médecin est responsable, ils auront à choisir, malgré leur incompétence, le système de guérison qui leur paraîtra le meilleur, et pour peu que ce choix se répète pour chaque maladie, il se formerait une science médicale officielle entraînant la responsabilité de ceux qui s'en écarteraient, même si l'opinion à la base de l'acte qu'on leur reproche avait une valeur scientifique. Ce serait dès lors empêcher tout progrès et arrêter l'essor de la médecine, la science médicale, réduite aux seules connaissances certaines, ne pouvant plus tenter aucune expérience sans faire courir de graves dangers aux expérimentateurs resterait stationnaire, et l'on priverait ainsi l'humanité entière des bienfaits de nouvelles découvertes.

Or, nul ne songe à contester l'incompétence des tribunaux dans de telles circonstances, même éclairés par l'avis d'experts, ni à soutenir que l'établissement d'une science médicale officielle ne comporterait pas de graves inconvénients et ne priverait pas le praticien d'une liberté d'action indispensable. Mais il faut remarquer que, entre apprécier le bien fondé des

opinions scientifiques d'un médecin et sanctionner les fautes d'imprudence, de négligence ou d'ignorance qu'il peut commettre, il y a une marge importante. Si la responsabilité est nécessaire, on ne doit certes pas lui donner une trop grande ampleur, ce qui serait absurde et funeste. On peut concevoir les tribunaux laissant le médecin entièrement libre de son système, et ne le rendant responsable que s'il s'écarte d'une manière trop manifeste et sans raison des principes scientifiquement établis et reconnus par tous; ne seraient ainsi soumis à leur examen que les règles très générales de la médecine.

Quant à l'idée que le médecin pouvant craindre d'encourir certaines sanctions, hésitera à accepter la responsabilité d'un acte risqué, le seul qui puisse sauver le malade, nous nous sommes déjà expliqués sur ce qu'il convient d'en penser; elle ne saurait influer sur les hommes de devoir qui ont une haute idée de leur ministère et ne se laissent arrêter, ni par des considérations d'ordre personnel, ni par la peur des critiques qui ne sauraient manquer en cas d'insuccès. Cet argument n'aurait de valeur que si chaque initiative du praticien se heurtait à la responsabilité, si puissante que soit alors sa conscience morale elle finirait par faiblir, par se relâcher, par permettre à la longue de prudentes mais coupables abstentions. Or, jamais on n'a songé et l'on ne songera à faire peser sur le corps médical un pareil « dissolvant de la profession », un pareil « régime de terreur » (6).

(6) Lacassagne. *Précis de Médecine légale.* Paris, 1906, p. 74.

Les médecins invoquaient aussi les précédents historiques qui d'après eux étaient en faveur de leur irresponsabilité; c'était leur plus sérieux argument, il mérite d'être étudié plus longuement.

Examinant d'abord l'ancienne doctrine, ils citaient Brillon, qui dans son Dictionnaire des arrêts disait: « Il n'y a qu'un seul cas où l'on ait une action contre eux, c'est lorsqu'il y a eu dol, auquel cas c'est un véritable délit. Mais il en est autrement lorsqu'on ne peut leur imputer qu'un quasi-délit, à la différence du droit romain qui voulait que l'impéritie fut regardée comme une faute (7). Le corps médical en voyait la consécration dans de nombreux arrêts.

Certes la tradition historique, quand elle est incontestable a une indiscutable valeur; mais avant d'en faire état, il faut justement s'assurer qu'elle est prouvée et que les faits que l'on cite ne constituent pas des exceptions. C'est ce que n'ont pas voulu faire les partisans de l'irresponsabilité des médecins. Par un rapide aperçu de ce qu'était la responsabilité médicale dans l'antiquité et par des recherches plus complètes dans la doctrine et la jurisprudence de l'ancien droit, il est facile de retourner contre eux leur dernier argument, en démontrant qu'au lieu de consacrer l'irresponsabilité des médecins, de très nombreux arrêts les avaient condamnés à des indemnités en faveur du malade ou de ses héritiers.

La responsabilité médicale a existé à toutes les époques et dans tous les pays, et dès la plus haute

(7) Brillon. *Dictionnaire des arrêts.* Mots : chirurgien et médecin.

antiquité des sanctions sont venues frapper les médecins qui avaient causé la mort ou l'infirmité d'un malade.

Diodore de Sicile rapporte même qu'en Egypte, existait un livre renfermant les règles de la science médicale, et que l'homme de l'art devait ponctuellement s'y conformer : s'il s'en écartait, il était puni de mort, quelles qu'aient été pour le malade les conséquences de sa conduite; mais par contre, s'il les avait appliquées, même au cas de mort du malade, il était déchargé de toute responsabilité (8). C'était là une réglementation trop sévère qui rigoureusement appliquée ,ne pouvait subsister longtemps.

En Grèce, Platon considérait que ne pouvait être inquiété, que le médecin qui n'avait pas agi de bonne foi. Cependant, Plutarque rapporte le cas d'un médecin crucifié, parce qu'ayant été au théâtre, il avait abandonné son malade : ce dernier, en son absence avait fait un écart de régime qui avait causé sa mort (9).

Le droit romain connaissait lui aussi la responsabilité médicale; les jurisconsuls déclaraient qu'était en faute le médecin qui avait fait preuve d'impéritie dans un traitement, en se trompant dans l'usage des médicaments (10), qui ayant entrepris de soigner un

(8) Diodore de Sicile (Bibliothèque historique, livre I, chapitre 82). Rapporté dans le *Dictionnaire Encyclopédique des Sciences médicales* de Dechambre, article sur la Responsabilité médicale. 3e série, tome 3, page 647.

(9) Plutarque. *Vie d'Alexandre* (chap. 94).

(19) Imperitia quoque culpae admuneratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit (Institutes de Justinien. *De lege Aquilia,* livre IV, titre III, § 7).

malade, l'avait ensuite abandonné sans raison (11), ou qui avait montré de la négligence, et cela, que le patient soit mort ou qu'il ait guéri (12). Cependant on tenait compte pour l'appréciation de cette responsabilité des risques inhérents à la nature humaine et du caractère incertain de l'acte médical.

L'action donnée contre le médecin était primitivement l'action de la loi Aquilia, si le malade était un esclave; cette loi permettant d'obtenir réparation du dommage causé à la propriété, l'action qui en était tirée était exercée par le maître; si le malade était un homme libre, il pouvait intenter une action *ex locato,* basée sur le contrat de louage de services qui liait à lui l'homme de l'art, mais seulement si ce dernier était de basse condition, car on n'admettait pas qu'un homme de condition élevée puisse se louer. Dans la suite on utilisa ces deux actions indifféremment sans tenir compte ni de la situation juridique de la victime, ni de celle du médecin (13). Cependant elles devaient rarement être exercées, si l'on en croit PLINE LE JEUNE, qui déclare que « les médecins sont les seuls qui peuvent impunément commettre un meurtre » (14)

Pendant l'époque barbare, un texte nous rapporte

(11) Praeterea si medicus qui servum tuum securit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpae reus est (même référence).

(12) Hic puto ad exemplum Aquiliae dandam actionem... in medicum qui negligenter curavit, sive homo periit, sive debilitatus est (ULPIEN, *Digeste,* livre IX, titre II, ad legem Aquiliam, § 8).

(13) « Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem ». *Digeste,* livre IX, titre II ad legem Aquiliam. Ulpien, § 7.

14) Rapporté par BROUARDEL, *op. cit.,* p. 3.

que chez les Visigoths, on livrait le médecin fautif à la famille du malade qu'il avait fait périr par sa maladresse, et celle-ci pouvait en faire ce qu'elle voulait (15).

Au Moyen-Age, la notion de responsabilité a été extrêmement développée, puisque même le juge était obligé de descendre dans la lice pour défendre ses arrêts, et nul doute que devant des résultats inattendus de leur intervention, certains médecins se sont vu imputer la mort de leurs clients.

La doctrine de l'ancien droit n'a pas été favorable au médecin. DOMAT soutenait que l'homme de l'art doit réparer le dommage qu'il a causé par sa faute (16); DAREAU déclare que « le médecin, le chirurgien, l'apothicaire, la sage-femme, sont tenus des fautes qui caractérisent l'ignorance; ils sont coupables de s'être ingérés dans l'exercice d'un art au-dessus de leur capacités... En pareille question, ajoute-il, le point important est de savoir si le chirurgien, ou le médecin, ou la sage-femme ont agi d'après les règles de l'art » (17).

Quant à la jurisprudence, elle nous a laissé des arrêts condamnant des médecins, d'autres les absolvant malgré qu'on ait relevé une faute à leur charge, mais on ne peut pas voir là deux courants opposés bien distincts : une décision des Assises de Jérusalem du XIII^e^ siècle oblige à verser une indemnité celui qui « a taillé de travers » la jambe du patient (18); un

(15) Rapporté par DECHAMBRE, op. cit., p. 649.
(16) DOMAT. *Droit public*, I, 17, 2, § 10, Paris 1777.
(17) DAREAU. *Traité des injures*, 1785, p. 172.
(18) Assises de Jérusalem. t. II, p. 164.

arrêt du Parlement de Paris de 1427 admoneste seulement le médecin qui ayant donné un breuvage trop fort avait fait mourir le malade (19); en 1596, le Parlement de Bordeaux condamne à une indemnité un praticien qui en faisant une saignée avait piqué l'artère brachiale (20); le Parlement de Paris en 1696 juge que « les médecins ne sont pas garants et responsables de leurs remèdes tant qu'il n'y a que de l'ignorance et de l'impéritie de leur part *quia ægrotus sibi imputare debet cur talem medicum elegerit* » (21). Le Parlement de Bordeaux condamne en 1760 le chirurgien, qui à la suite d'une fracture mal soignée, a été obligé de recourir à l'amputation (22).

De ce long exposé sur les rapports du médecin et du juge à travers les âges on ne peut tirer argument pour l'institution en faveur des médecins d'un régime de non responsabilité, bien au contraire, car si certaines décisions ont fait preuve d'indulgence ou se sont déclarées incompétentes en cette matière, d'autres n'ont pas hésité à sanctionner la violation des règles de l'art de guérir.

Lorsqu'au début du XIX^e^ siècle les tribunaux furent saisis de procès mettant en jeu la responsabilité d'un médecin, ils se trouvèrent donc dans une situation délicate : le code ne les guidait en aucune manière, ne contenant que des principes généraux pouvant s'appliquer à notre cas, mais pas la moindre indication permettant de résoudre le problème; en doctrine, deux

(19) Cité par BROUARDEL, *op. cit.*, p. 5.
(20) BRILLON. *Dictionnaire des Arrêts*, op. cit.
(21) *Idem.*
(22) Rapporté par BROUARDEL, *op. cit.*, p. 5.

mouvements s'opposaient : l'un pour une irresponsabilité absolue du médecin, l'autre, s'appuyant sur les précédents historiques, en faveur d'une responsabilité. La jurisprudence s'est rapidement affirmée, repoussant la thèse des médecins, trop intéressée et trop partiale.

Elle a en effet déclaré que les principes de 1382 et 1383 du Code civil ne souffraient pas d'exception, qu'ils s'appliquaient aussi bien aux actes se rattachant à l'exercice des diverses professions, qu'à ceux de la vie privée, et que d'autre part on ne concevait pas « que l'art du médecin si honorable et si utile, mais qui tient de si près à la vie des hommes jouisse seul du privilège inouï d'une irresponsabilité absolue et que là où la négligence et la maladresse offrent le plus de dangers, l'impunité serait par avance et dans tous les cas invariablement assurée ».

Il est intéressant d'étudier cette jurisprudence à ses débuts ainsi que son évolution jusqu'à nos jours.

La première affaire de responsabilité médicale qui eut un certain retentissement fut jugée en 1825 (23). Un certain docteur Hélie avait été appelé pour pratiquer un accouchement; la présentation étant vicieuse, au lieu de tenter la version, il amputa délibérément les deux bras de l'enfant; l'opération s'étant ensuite poursuivie normalement, l'enfant survécut; le père intenta un procès au docteur Hélie, lui reprochant cette mutilation. Le Tribunal de Domfront saisi de l'affaire demanda son avis à l'Académie de Médecine; celle-ci nomma une commission chargée de rédiger un

(23) Rapporté par Dechambre, *op. cit.*, p. 663.

rapport dont elle approuva peu après les conclusions présentées par le docteur DOUBLE. Nous ne pourrions mieux faire que de citer le passage le plus important de ce rapport. « Nul doute, dit-il, que les médecins ne demeurent légalement responsables des dommages qu'ils causent à autrui par la coupable application des moyens de l'art faite sciemment, avec préméditation et dans de perfides desseins ou de criminelles intentions. Mais la responsabilité des médecins dans l'exercice consciencieux de leur profession ne saurait être justiciable de la loi. Les erreurs involontaires, les fautes hors de prévoyance, les résultats fâcheux, hors de calcul, ne doivent relever que de l'opinion publique. Si l'on veut qu'il en soit autrement, c'en est fait de la médecine, c'est un mandat illimité qu'il faut auprès des malades. En fait de médecine pratique, de même qu'en matière de justice distributive, les médecins non plus que les juges ne sauraient devenir légalement passibles des erreurs qu'ils peuvent commettre de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions. Là, comme ici, la responsabilité est toute morale, toute de conscience » (24).

Cependant le Tribunal de Domfront ne rendit pas un jugement conforme à l'avis de l'Académie de Médecine, il condamna le docteur HÉLIE, relevant contre lui une faute grave, consistant dans le fait d'avoir pratiqué l'amputation des deux bras de l'enfant avant d'avoir fait tout ce qu'il était possible de faire pour éviter cette solution désespérée.

Quelques années plus tard, une deuxième affaire

(24) Rapporté par GUERRIER et ROTUREAU, *op. cit.*, p. 99 et suiv.

se présenta qui parcourut tout le cycle judiciaire, et permit ainsi à la Cour de Cassation de se prononcer sur la question (25).

Un docteur THOURET-NOROY avait fait une saignée à un sieur GUIGNE, qu'il avait quitté après avoir, suivant l'usage, placé un bandage pour arrêter l'hémorragie. Quelques jours après, une tumeur était apparue au niveau du coude, contre laquelle le médecin avait prescrit des pommades; celles-ci n'ayant apporté aucune amélioration et le malade souffrant beaucoup, le docteur THOURET-NOROY avait été rappelé à son chevet dix-huit jours après la saignée et malgré les objurgations de la famille avait refusé de s'y rendre. Le confrère qui le remplaca, diagnostiqua un anévrisme de l'artère brachiale et ne put enrayer la gangrène qui rendit l'amputation du bras nécessaire.

Le sieur GUIGNE demanda une indemnité au médecin. Le Tribunal d'Evreux ayant estimé « qu'il y avait de la part de THOURET-NOROY, maladresse, oubli des règles de l'art, négligence grave, faute grossière dans la saignée et le traitement ultérieur », le condamna.

La Cour de Rouen ayant confirmé, l'affaire fut portée devant la Cour de Cassation. L'avocat du médecin développa la thèse de l'irresponsabilité, mais le Procureur Général DUPIN dressa un savant réquisitoire en sens contraire, qui par la sagesse et la modération de ses arguments emporta la conviction de la Cour. Ses termes sont encore aujourd'hui à la base de la jurisprudence. Pour déterminer l'étendue de la

(25) Cass. req., 18 juin 1835 précité.

responsabilité médicale, il nous suffira donc de l'analyser et de dégager les principes qu'il contient.

Le magistrat, développant la formule d'ULPIEN *medico imputari eventus mortalitatis non debet,* déclare d'abord que « si le simple défaut de science ou de succès ne suffisent pas pour motiver une action contre les médecins, il peut se rencontrer des circonstances où le dol, la mauvaise foi, une pensée criminelle, une négligence inexcusable et d'autres faits du même genre, entièrement séparés de la question médicale constituent de leur part un manquement aux devoirs de leur état, tel qu'on ne pourrait proclamer en pareil cas l'irresponsabilité de l'homme de l'art sans mettre en péril le reste de la société ».

Voilà donc un premier point : on ne peut reprocher au médecin la non guérison du malade ou le simple fait qu'il n'a pas retiré du traitement l'avantage qu'il en attendait : sa responsabilité, comme celle de toute autre personne ne se conçoit pas sans faute; mais quel genre de faute ? Non seulement faute de négligence ou d'imprudence, mais aussi faute d'ignorance des choses que l'on doit connaître, car plus loin DUPIN dit en invoquant DOMAT : « Lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une profession, on est aussi responsable de l'ignorance de ce que l'on doit savoir ». Mais cette faute, comment va-t-on la déterminer ? Dans aucun cas les tribunaux n'auront à apprécier « si tel traitement a été ordonné à propos ou mal à propos, si telle opération était ou non indispensable, s'il y a eu imprudence ou non à la hasarder, adresse ou inhabileté à l'exécuter. Ce sont là des questions scientifiques à

débattre entre docteurs et qui ne peuvent constituer des cas de responsabilité civile ni tomber sous leur examen. Mais du moment où les faits reprochés aux médecins sortent de la classe de ceux qui par leur nature sont exclusivement réservés aux doutes et aux discussions de la science, du moment qu'ils se compliquent de négligence, légéreté, ignorance des choses que l'on devrait nécessairement savoir, la responsabilité de droit commun est encourue » (26). Donc, second point, les tribunaux n'ont pas à s'immiscer dans l'examen des théories scientifiques; ils ne peuvent sanctionner en dehors des fautes de droit commun, que celles qui manifestent un oubli ou une ignorance des règles fondamentales de la médecine, hors de discussion, définitivement établies et dont le bien fondé est reconnu par tous.

Ces principes très rationnels, et qui font bien la part du caractère conjectural, incertain de la science médicale, ont été admis par la Cour de Cassation, qui condamna le docteur THOURET-NOROY : « Attendu que l'arrêt attaqué s'est fondé sur la négligence du médecin, sur la faute grave et notamment sur l'abandon vo'ontaire où il avait laissé le malade... Attendu que ces faits matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des médecins à qui ils sont imputables et qu'ils sont soumis d'après les dispositions de 1382 et 1383 à l'appréciation des juges... rejette le pourvoi ».

Sans anticiper sur les développements qui vont suivre, nous pouvons dire dès maintenant que, en géné-

(26) Réquisitoire du Procureur général DUPIN, sous l'arrêt précité.

ral, depuis 1835 la jurisprudence n'a pas cessé de se conformer à ces principes pleins de bons sens et d'impartialité; les arrêts postérieurs n'ont fait que les aménager, mais ne leur ont pas apporté de modification profonde.

CHAPITRE II

NATURE DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE

La responsabilité civile, c'est l'obligation pour une personne dont l'acte a fait subir à une autre un dommage qu'aucune règle de droit ne permettait de lui imposer, de réparer ce dommage. Ses éléments essentiels sont donc, une faute et un préjudice résultant de cette faute, sa sanction consiste dans une juste réparation.

Qu'est-ce que la faute ? Il est bien difficile d'en donner une définition précise, car elle varie suivant les cas envisagés; du point de vue moral, c'est une conduite contraire à celle qui aurait dû être tenue; mais considérée du point de vue du droit (1), c'est un manquement à une obligation préexistante, fait par une personne douée d'une intelligence et d'une volonté suffisantes pour comprendre la portée de ses actes et en accepter les risques. Par définition toute faute suppose l'existence préalable d'obligations puisqu'elle en est la violation. Aussi pour permettre une exacte appréciation de la faute, ces obligations devront avoir

(1) Planiol, Ripert et Esmein. *Traité pratique de droit civil français,* Paris, 1930, t. 6. « Les obligations », p. 638 et suivantes.

été nettement déterminées, non seulement quant à leur nature, mais aussi quant à leur étendue. Parfois cette détermination sera contenue dans un contrat: une partie s'est engagée envers une autre à un certain nombre de prestations; si au mépris des clauses contenues dans cette convention, le débiteur se refuse à fournir ce qu'il avait promis, il commettra une faute. D'autres fois, ces obligations seront renfermées dans une loi édictant des devoirs spéciaux à la charge d'une certaine catégorie de personnes .Enfin, l'homme est tenu de toute une série de devoirs généraux innommés que notre Code civil sanctionne dans ses articles 1382 et 1383, tel que par exemple celui qui consiste à ne pas nuire à autrui, à s'abstenir de porter atteinte de quelque manière que ce soit à sa personne, à ses biens, à ses droits. Sans entrer dans le détail des discussions qui se sont élevées à propos de la faute, nous pouvons dire que la majorité de la doctrine soutient qu'il en existe de deux sortes : la faute est qualifiée de contractuelle lorsqu'il s'agit de l'inexécution volontaire d'une obligation dérivant d'un contrat; elle est appelée délictuelle, quand elle consiste dans le fait de causer injustement à une personne à qui l'on est tout à fait étranger, un dommage matériel, volontaire, ou involontaire, c'est-à-dire résultant d'une imprudence ou d'une négligence.

De nombreux intérêts s'attachent à la distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle; ils se rapportent d'abord à la nature de l'obligation violée. La faute délictuelle est un manquement à des obligations librement fixées et consenties par les parties;

pour déterminer son existence on comparera la conduite du délinquant à celle tenue en pareilles circonstances par ce personnage abstrait, représentant un homme d'intelligence moyenne, que l'on appelle traditionnellement le bon père de famille (article 1137 et 1147). La faute délictuelle porte atteinte au contraire à une obligation absolue, imposée par la nature, indépendante de toute volonté humaine, véritable fondement de la vie en société, qui interdit tout acte nuisible à autrui, toute violence ou fraude, toute imprudence, toute négligence; par conséquent même très légère, elle sera retenue et sanctionnée (articles 1382 et 1383).

Un second intérêt de la distinction se rattache à la charge de la preuve : en matière contractuelle, le créancier devra justifier de son droit et le débiteur devra prouver qu'il a exécuté ses engagements ou qu'il bénéficie d'une excuse; en matière délictuelle, ce sera à la personne qui se dira victime, de prouver le préjudice qu'elle a subi, sinon elle ne pourra prétendre à aucune réparation.

Cette réparation, elle aussi, varie suivant la qualification donnée à la faute; lorsqu'il y a eu contrat inexécuté par le débiteur, ce dernier sera tenu d'indemniser le créancier, seulement des dommages prévus ou qu'on aurait pu prévoir lors du contrat (article 1150); s'il y a eu délit, la personne qui aura subi une atteinte devra être intégralement indemnisée de tout le dommage dont elle aura été victime.

Enfin, la prescription de la faute délictuelle est de 30 ans (art. 2262), celle de la faute contractuelle est

diminuée par certains textes et varie avec chaque contrat.

Telles sont les différences essentielles entre les deux fautes, contractuelle et délictuelle. Les ayant caractérisées l'une par rapport à l'autre, il faut maintenant rechercher à propos de la responsabilité médicale dans quelle catégorie classer la faute du médecin. Nous constaterons qu'il existe sur cette question deux théories profondément divergentes : l'une soutient que la responsabilité médicale est contractuelle, c'est celle de la majorité de la doctrine, et des médecins (2); l'autre au contraire la considère comme délictuelle, elle a comme partisans quelques auteurs (3) et la jurisprudence; il faut cependant signaler que dans ces dernières années quelques arrêts et jugements ont manifesté une tendance très nette à se rallier à la théorie doctrinale.

Pour nous, nous sommes persuadés qu'il faut placer la responsabilité médicale sur le terrain purement

(2) Colin et Capitant. *Cours de droit civil français*, 7e édition, t. II, p. 630 et 785.

Mazfaud. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile cantractuelle et délictuelle*, Paris 1931, n° 508.

Hugueney. *Annales de médecine légale*, 1928, p. 126.

Bru. *La responsabilité civile des médecins*. Thèse de droit, Lyon, 1911.

Camerman. *La responsabilité civile des médecins*. Thèse de droit, Paris, 1932, p. 34 et suivantes.

Mazen. *Essai sur la responsabilité civile des médecins*. Thèse de droit, Grenoble, 1934, p. 32 et suivantes.

Durand. *Des conventions d'irresponsabilité*. Thèse de droit, Paris, 1931, n° 33, p. 103 et n° 56, p. 157.

(3) Pommerol. *La responsabilité médicale devant les tribunaux*. Lille, 1931, p. 17.

Peytel. *La responsabilité médicale*. Baillière, 1933.

Nègre. *La responsabilité civile dans la pratique de la médecine*. Thèse de droit, Aix, 1935, p. 47 et suivantes.

contractuel .Nous allons d'abord examiner dans les développements qui vont suivre la théorie jurisprudentielle et énumérerons les arguments qui s'opposent à ce qu'elle soit adoptée; puis nous démontrerons que la responsabilité médicale est contractuelle, en indiquant les raisons qui ont emporté notre conviction.

Section I

Théorie jurisprudentielle de la responsabilité médicale délictuelle

Nous venons de différencier la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle. Cette dernière naît en l'absence de tout contrat de l'inobservation de la règle générale formulée par les articles 1382 et 1383 du Code civil, qui impose à l'homme qui a nuit à autrui, la réparation du dommage quel qu'il soit, qu'il lui a causé.

La jurisprudence, lorsqu'elle a admis et fait reconnaître le principe de la responsabilité du médecin, a placé cette responsabilité sur le terrain purement délictuel : elle a considéré la responsabilité de l'homme de l'art engagée de manière délictuelle dans tous les cas où, une action ayant été intentée contre lui, la preuve était rapportée d'une faute à sa charge et d'un dommage au détriment du malade. L'arrêt de la Cour de Cassation rendu dans l'affaire Thouret-Noroy que nous avons longuement étudiée, se prononce en effet en ces termes sur la négligence et la faute grave du médecin : « Attendu que ces faits matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité

civile de la part des individus à qui ils sont imputables et qu'ils sont soumis d'après les dispositions de 1382 et 1383 à l'appréciation des juges... » (4).

La Cour de Cassation ne s'est pas demandé si dans notre domaine les rapports du médecin avec le malade pouvaient être interprêtés comme régis par un contrat tacite, elle a analysé la conduite du médecin comme celle d'un homme quelconque, libre de tout lien de droit,et en se fondant sur les articles du Code qui consacrent la responsabilité délictuelle; il faut d'ailleurs remarquer que le corps médical et ceux qui soutenaient alors son irresponsabilité se plaçaient aussi sur la même base.

Depuis l'arrêt de 1835, la jurisprudence s'est montrée remarquablement constante, les innombrables décisions tranchant des questions de responsabilité médicale se sont toutes inspirées de cet arrêt, s'appuyant, lorsqu'elles condamnaient un praticien, sur les articles 1382 et 1383. Il n'est pas possible de les rapporter toutes ici, qu'il nous suffise seulement de ne citer parmi les considérants des différentes cours et tribunaux que ceux qui caractérisent le mieux cette théorie et interdisent qu'aucun doute subsiste au sujet de la nature que la jurisprudence reconnaît à la responsabilité médicale.

En 1862 la Cour de Cassation répète : « Attendu que 1382 et 1383 contiennent une règle générale, celle de l'imputabilité des fautes et de la nécessité de réparer le dommage que l'on a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son impru-

(4) S. 1835-1-401.

dence ; que toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession est soumise à cette règle qui ne comporte d'exceptions que celles qui sont nominativement formulées par la loi, qu'aucune exception de cette nature n'existe en faveur des médecins » (5). Plus récemment, le Tribunal civil de Valenciennes déclare : « Attendu que la responsabilité médicale a été reconnue et consacrée par la doctrine et la jurisprudence qu'il serait superflu de reproduire ici ; que le principe de cette responsabilité découle des articles 1382 et 1383 suivant lesquels tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige l'auteur de ce fait à réparation » (6). Et tout dernièrement la Cour de Montpellier : « Attendu que le principe général de l'article 1382 du Code civil est applicable aux médecins dans l'exercice de leur profession (7).

Il n'est pas de termes plus formels et plus catégoriques dans lesquels on puisse s'exprimer pour reconnaître à la responsabilité médicale le caractère délictuel, et ces attendus n'ont pas besoin de commentaires.

Mais ainsi que nous l'avons fait ressortir dans des développements antérieurs, qui dit responsabilité encourue en vertu de 1382, suppose que toute faute, quelle qu'elle soit, de la plus minime à la plus grave, sera sanctionnée, car il est dit dans le Code : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un

(5) Cass., 21 juil. 1862. S. 1862-1-108.
(6) Trib. civ. de Valenciennes, 20 déc. 1930. S. 1931-2-221.
(7) Cour de Montpellier, 7 juin 1934. D.H. 1934.

dommage... » Or, ici, la jurisprudence semble s'être très nettement écartée de l'application stricte des termes de la loi : elle s'est d'abord refusée à condamner le praticien lorsque la faute qu'il avait commise n'avait pas atteint un certain degré de gravité, et ce n'était que lorsqu'on pouvait la qualifier de faute lourde qu'elle la considérait comme génératrice d'une obligation d'indemniser : tous les arrêts s'expriment en effet à peu près en ces termes : « Considérant qu'en présence de cette situation, la question qui se pose est celle de savoir s'il existe à la charge du médecin une faute lourde » (8). Par cette exigence la jurisprudence était en opposition flagrante avec le Code, mais aussi avec son propre système puisqu'elle a dit et répété à maintes reprises qu'il ne devait exister aucune exception en faveur du médecin.

Devant cette contradiction, elle a tenté de se justifier en déclarant « qu'il fallait faire une distinction suivant que les fautes commises par les médecins consistent dans une violation des règles les plus certaines de la science médicale ou suivant que ces fautes sont étrangères à ces règles et proviennent par suite d'un fait personnel à l'homme ; que pour ces dernières il est incontestable que les règles générales des articles 1382 et 1383 s'appliquent dans toute leur étendue ; que pour les premières au contraire, il faut admettre que la faute lourde pourra seulement être retenue, c'est-à-dire celle qui révèle que le médecin a montré

(8) Cour de Paris, 26 juin 1919. S. 1919-2-73 — Cass., 25 juillet 1862. S. 62-1-108. — Douai, 21 juillet 1924. G.P. 1924-2-545 — Paris, 20 nov. 1924. G.P. 1925-1-166.

dans l'exercice de son art une maladresse évidente et grossière, une ignorance complète des choses que tout médecin doit savoir et une méconnaissance absolue des doctrines et pratiques médicales les plus élémentaires (9).

Cette distinction ne fait que restreindre à un cas la nécessité de l'existence d'une faute lourde pour pouvoir condamner le médecin, mais elle ne la supprime pas. Certains arrêts ont dit alors que la faute médicale ne pouvait être qu'une faute lourde « par ce fait que la *culpa levis*, et, *a fortiori* la *culpa levissima* du médecin échappent à la vue » (10). Mais dans ce cas, comment parler d'une faute lourde si l'on ne peut dire en quoi consiste la faute légère, celle-ci ne pouvant être décelée ?

La Cour de Cassation (11) a réagi contre cette théorie anti-juridique, condamnant ici la distinction entre la faute lourde et la faute légère et rappelant les juges à une plus stricte observation du Code, qui permet de trouver le fondement de la responsabilité dans une faute quelconque, sans distinguer son degré de gravité.

Depuis, la conduite tenue par les cours et tribunaux est la suivante : comme auparavant, au cas de faute concernant l'exercice de la profession médicale, mais sans rapport avec l'application de la science proprement dite, le médecin est toujours tenu pour respon-

(9) Cour de Paris, 15 oct. 1927, rapporté dans *Paris Médical,* 10 et 24 octobre 1927.

(10) Tribunal d'Evreux, 16 nov. 1922. *G.P.* 1922-2-411.

(11) Cass., 29 nov. 1920. *G.P.* 1921-1-68.

sable; en matière purement technique. on parle de la faute médicale ou de la faute professionnelle sans en préciser le degré, et elle existe quand il y a violation incontestable des règles élémentaires de l'art médical; mais aussitôt que l'acte accompli par le médecin entraîne une discussion technique, qu'il apparaît comme n'étant pas condamné par l'universalité du corps médical, et qu'il repose sur une théorie scientifique, le juge estime qu'il n'a plus la compétence nécessaire pour l'analyser et il renonce à rechercher s'il constitue une faute.

En fait, si l'on ne parle plus maintenant de faute lourde à la charge du médecin, mais de faute médicale, il n'y a que les termes qui soient changés : le médecin ne reste toujours responsable que de ses ignorances, négligences, imprudences graves. Il faut du reste constater qu'il est impossible qu'il en soit autrement, étant donné d'une part le manque de certitude, le doute qui règnent toujours en la matière et qui veulent qu'un acte médical déterminé, conseillé par certains, soit au contraire condamné par d'autres; étant donné par ailleurs la grande difficulté qu'il y a à prouver la faute légère, car dans bien des cas. en présence d'un résultat non satisfaisant de l'entremise du médecin on ne peut discerner s'il y a faute, imprudence, négligence légères du praticien, ou au contraire si c'est le tempérament du malade qui s'est comporté d'une façon inhabituelle.

Mais ce fait qu'il n'y a faute médicale, donc responsabilité de l'homme de l'art qu'au cas d'erreur des choses les plus élémentaires, que tout praticien doit

connaître, ou de négligence et d'imprudence inexcusables qu'une attention moyenne permet d'éviter, fait immédiatement penser à la responsabilité contractuelle dans laquelle il n'y a de faute, donc d'obligation de réparer, qu'autant que la conduite de la personne liée par le contrat, comparée à celle du bon père de famille, fait apparaître que ce dernier aurait agi différemment.

Depuis assez longtemps, certains arrêts avaient employé le terme de contrat entre malade et médecin (12); ce n'était pas dans des circonstances où la responsabilité de ce dernier se trouvait engagée, mais par exemple lorsqu'il recourait à la justice pour faire condamner un client récalcitrant à lui payer ses honoraires, ou bien à propos de ses relations avec une entreprise ou un hôpital. Le mouvement semble s'être amplifié dans ces dernières années, et le contrat médical tend de plus en plus à être admis par les tribunaux; cependant très rares sont les arrêts qui l'admettent en ce qui concerne la responsabilité du médecin, mais si on le reconnaît dans certains cas, il n'y a pas de raison de ne pas l'appliquer dans notre hypothèse.

La théorie jurisprudentielle de la responsabilité médicale délictuelle a trouvé quelques partisans en doctrine.

Ce sont d'abord, au début du XIX^e^ siècle, les deux célèbres civilistes AUBRY et RAU. D'après eux, les relations entre médecin et malade ne pourraient jamais être qualifiées de contrat, car « les actes dépen-

(12) Cass. req., 21 août 1839. *S.* 1839-1-663 — Agen, 4 mars 1889. *D.* 1890-2-281, note Glasson.

dant d'une profession littéraire, scientifique ou artistique ne sauraient en eux-mêmes et directement former l'objet d'un contrat, en ce sens que celui qui les a promis n'est pas civilement contraignable en l'exécution de la promesse » (13) AUBRY et RAU, s'inspiraient en cela d'une très vieille idée qui remonte au droit romain et que reprirent de nombreux juristes de notre Ancien Droit, comme POTHIER ; c'est la fameuse théorie de la hiérarchie des professions, qui reconnait à celles qui sont traditionnellement appelées libérales, c'est-à-dire par excellence à celle de l'avocat et du médecin, une supériorité certaine sur les métiers manuels. Cependant, quoiqu'il n'y ait pas contrat, rompant en cela avec le droit romain qui faisait des services de l'homme de l'art des actes gratuits, AUBRY et RAU reconnaissent qu'une rémunération est due au médecin, ainsi ajoutent-ils « Les actes dépendant d'une profession libérale constituent à raison de l'avantage qu'ils sont destinés à procurer une cause suffisante pour valider la promesse de rémunération faite par celui au profit duquel ils doivent être accomplis » (14).

L'engagement pris par le médecin de traiter un malade n'étant pas un contrat, ils en déduisaient qu'il n'engendrait aucune action contractuelle, et ils disaient : « Les dispositions de 1382 et 1383 doivent être appliquées, sauf les modifications résultant de dispositions spéciales, aux fautes dont les médecins, chirurgiens, pharmaciens, officiers de santé et sages-

(13 et 14) AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, 5e édition tome IV, p. 533.

femmes se rendent coupables dans la pratique de leur art » (15).

Il y a longtemps que la théorie d'Aubry et de Rau a cessé d'avoir cours. La base sur laquelle elle reposait, une hiérarchie entre les professions, n'est plus dans les idées de notre temps, tout travail, de quelque nature qu'il soit, a sa noblesse, et du reste il n'en est pas qui soit purement manuel et ne mette en jeu l'intelligence; la seule supériorité que l'on reconnait aux professions libérales tient aux longues et difficiles études, au niveau supérieur d'instruction qu'elles exigent.

Un autre juriste du siècle dernier, Demolombe (16), considère aussi la responsabilité médicale comme délictuelle, sans d'ailleurs donner aucune raison susceptible de justifier cette opinion.

Plus récemment, quelques auteurs ont adopté le système de la jurisprudence : ils se refusent à admettre qu'il puisse exister un contrat entre le médecin et le malade (17).

La thèse de la responsabilité médicale délictuelle ne donne pas satisfaction et nous allons entreprendre dans la deuxième partie de ce chapitre de démontrer le caractère contractuel des rapports entre l'homme de l'art et celui qu'il soigne. Les auteurs partisans de la théorie jurisprudentielle ont fait valoir contre ce point de vue du contrat médical de nombreux arguments qui ne résistent pas à la critique. Par ailleurs, si la grande

(15) *Idem*, tome VI, p. 372.
(16) Demolombe. *Cours de code Napoléon*, t. 31, n° 539, p. 649.
(17) Pommerol, *op. cit.* — Peytel *op. cit.* — Nègre, *op. cit.*

majorité des cours et tribunaux s'est prononcée pour l'application des articles 1382 et 1383, dans certains cas, et surtout depuis ces dernières années, quelques jugements et arrêts soutiennent la thèse adverse, et reconnaissent le caractère contractuel des relations entre le malade et son médecin.

Section II

La responsabilité médicale est contractuelle

La question de savoir si la responsabilité que peut encourir le médecin est contractuelle, se ramène, ainsi que nous l'avons déjà dit, à rechercher si dans ses rapports avec le malade on trouve les éléments d'un contrat, et dans ce cas, si le dommage qu'il peut lui faire subir a sa source dans l'inexécution de ce contrat.

L'homme de l'art peut être amené à donner ses soins dans des conditions très diverses, aussi faut-il que nous distinguions les différentes circonstances dans lesquelles il entre en relation avec le malade : tantôt il est directement sollicité par ce dernier, qui est une personne de sa clientèle privée; tantôt il intervient en qualité de médecin d'une organisation désintéressée telle qu'un hôpital, d'un groupement, ou d'une entreprise industrielle ou commerciale; tantôt enfin, il prodigue ses soins spontanément sans que personne le lui ait demandé.

§ 1. — Le malade sollicite les soins du médecin

C'est le cas le plus habituel : une personne est indisposée, elle va trouver un praticien de son choix à son cabinet de consultation, ou, n'en ayant pas la force, lui demande de venir la voir à son domicile; l'homme de l'art se rend à son appel, l'examine et lui prescrit un traitement. Peut-on dire qu'il se forme là un contrat ?

Sans doute il n'est que tout à fait exceptionnellement passé d'écrit dans les relations du malade et du médecin; on serait tenté de traduire cela en langage courant en disant qu'il n'y a pas de contrat. Mais l'on sait fort bien que l'écrit n'est pas indispensable, que de simples engagements verbaux et même tacites, se formant dès que des rapports de droit entraînant des prestations réciproques se créent entre deux parties, n'en produisent pas moins les effets d'une véritable convention. Il pourrait en être ainsi dans notre cas. L'absence d'écrit manifesterait simplement la répugnance des médecins à adopter les usages des professions commerciales qu'ils considèrent comme inférieures à la leur, et s'expliquerait par le fait que la rédaction d'un contrat est inconciliable avec la dignité de la profession médicale; aurait-on en effet, beaucoup d'estime pour le praticien, qui, voyant entrer un malade dans son cabinet de consultation, lui tendrait une formule de contrat qu'il devrait signer avant de pouvoir se faire examiner, et par laquelle il s'engagerait à verser des honoraires correspondants aux soins

reçus ? De pareils procédés seront peut-être un jour en usage dans le corps médical, mais actuellement le médecin qui les emploierait serait fort mal vu, et de ses confrères, et de ses malades. Par ailleurs la rédaction d'un contrat est aussi inconciliable avec la nécessité dans laquelle se trouve parfois le praticien d'agir rapidement, et avec la déficience physique ou morale du client.

Nous avons déjà exposé l'opinion d'Aubry et de Rau, qui se refusaient à admettre un contrat pour des raisons de nos jours inacceptables; en fait, ce qu'ils disaient des rapports entre médecin et malade en faisait apparaître un véritable, puisqu'ils reconnaissaient qu'existait d'un côté un avantage procuré par le médecin, de l'autre une promesse de rémunération; il leur répugnait simplement de faire usage ici du mot et de la notion de contrat, réservés leur semblait-il aux activités d'un ordre inférieur. En effet les trois éléments principaux du contrat, qui sont le consentement, l'objet et la cause, sont réunis dans les relations du médecin avec son client.

Le consentement se manifeste chez le praticien par le fait qu'il met à sa porte une plaque indiquant ses titres, sa spécialité, les heures pendant lesquelles il reçoit, et qu'il se tient à la dispositions de ceux qui le demandent; cette offre de soigner les personnes qui se présenteront, le malade l'accepte en se rendant chez lui pendant sa consultation ou en le priant de passer à son domicile.

L'objet, pour le malade, consistera dans des honoraires qu'il versera à son médecin; pour le médecin

cet objet est plus délicat à dégager. On ne peut raisonnablement le considérer comme consistant dans une promesse faite par l'homme de l'art de guérir celui avec lequel il traite; la médecine, même dans l'état d'avancement où elle se trouve actuellement, reste toujours une science essentiellement conjecturale et incertaine, et le praticien mis en présence d'un malade ne peut jamais prétendre qu'il arrivera à lui restituer la santé ou seulement à améliorer son état, il n'est même pas sûr de pouvoir l'empêcher de mourir; car dans une maladie même très bénigne, il n'est pas de traitement qui réussisse automatiquement chez toutes les personnes auxquelles il est appliqué; le résultat est le coefficient de nombreux facteurs : en premier lieu, il y a évidemment les soins, mais à côté, et ayant une influence inverse, se trouvent plusieurs éléments inconnus ou mal connus, le tempérament, la constitution physique, la prédisposition à certaines formes morbides, le degré d'usure de l'organisme; ainsi tout traitement conserve un caractère vague, aléatoire, le résultat ne répond pas toujours aux probabilités, et déroute souvent les plus expérimentés.

Ne pouvant promettre une chose certaine amenée par son intervention, le médecin ne peut s'engager vis-à-vis du malade qu'à lui procurer le secours de son activité, de son expérience et de sa science, dans le but de le guérir, de le soulager, ou d'éviter un dénouement fatal. En un mot, si nous employons la terminologie de M. Demogue, le médecin ne peut contracter envers le ma'ade qu'une obligation de moyen, et non une obligation de résultat.

L'objet du contrat médical sera donc pour le médecin une fourniture de soins (18). Mais avant de procurer des soins à quelqu'un qui souffre, et pour pouvoir le faire avec chance de succès, et sans le mettre en danger, il faut connaître le mal dont il est atteint; le praticien devra donc établir d'abord un diagnostic précis, en s'entourant de tous les renseignements susceptibles de l'éclairer, et en recourant s'il y a lieu aux moyens de contrôle habituels. Ce n'est qu'une fois que le diagnostic est posé qu'il donnera des soins destinés à combattre l'affection décelée; ces soins ne devront pas être fantaisistes, mais ils devront répondre aux données certaines de la science médicale, être prudents et exempts de la moindre négligence, qui pourrait avoir de funestes conséquences.

Bref, d'après le contrat médical, le malade est en droit d'attendre du praticien auquel il s'est adressé une suite d'actes médicaux, conformes aux règles de la médecine, fournis avec l'habileté et la conscience d'un bon médecin.

C'est peut-être en raison de ce caractère professionnel de l'obligation à la charge du médecin que la jurisprudence et ses partisans en doctrine ont considéré la responsabilité médicale comme délictuelle, trouvant plus simple de dire que les devoirs du médecin vis-à-vis de son client découlaient de l'observation des règles médicales plutôt que d'un contrat. Ce raisonnement est du reste sans valeur, car quelque soit le contrat que l'on envisage, il y a toujours sinon expressément indiqué, tout au moins sous-entendu, que le

(18) DURAND, *op. cit*, n° 56, p. 157 et 158.

débiteur devra se conformer pour l'exécution de son obligation aux règles qui régissent sa profession.

Ainsi dans la convention qui intervient par exemple pour la construction d'une maison entre un architecte et le propriétaire du terrain, il ne sera pas mentionné que l'architecte devra prévoir des fondations suffisamment solides pour supporter le bâtiment, et pourtant s'il ne se conforme pas à ce principe et que d'édifice s'écroule, il sera responsable non pas délictuellement, mais contractuellement.

Quelques auteurs, s'appuyant sur une fausse analyse de l'objet du contrat médical ont prétendu qu'il ne pouvait exister. Ils ont dit : « L'idée de contrat paraît insoutenable en ce qui concerne les rapports du médecin avec son client. Ici quel serait en effet l'objet d'un contrat ? La vie humaine. Or, celle-ci n'est point une marchandise. Le client est un ignorant, même lorsqu'il se croit savant en la matière et il ne peut par un contrat dont il ignore la valeur abdiquer son existence entre les mains d'un autre homme, même lorsque cet autre homme est un médecin. Ce serait conférer au médecin un pouvoir redoutable que de disposer à son gré de la vie humaine » (19). Ce raisonnement pêche par la base; comme nous venons de le dire, l'objet du contrat médical, s'il tient à la vie, n'est pas une promesse de la conserver. Si cela était, le médecin devrait toujours répondre du décès de ses clients, ce qui est une chose déraisonnable, et personne n'a jamais pensé sérieusement lui faire encourir une pareille responsabilité; et du reste la jurisprudence,

(19) Nègre, *op. cit,* p. 4 et 5.

dans de multiples circonstances a répété le principe qu'il ne faut pas apprécier la conduite du praticien d'après ses conséquences : « On ne saurait retenir comme un principe de responsabilité le fait que le malade n'aurait pas retiré de l'opération l'avantage qu'il en attendait, et même si le succès n'a pas répondu aux espérances, ce fait ne saurait suffire à engager la responsabilité du chirurgien », dit la Cour de Paris (20); et la Cour de Riom déclare : « L'homme de l'art ne saurait être responsable du résultat dans lequel entrent des éléments complexes, tels que l'âge, l'hérédité, les habitudes, la nature même et la gravité du traumatisme » (21).

Par ailleurs la fourniture de soins, en quoi consiste l'obligation à la charge du médecin, répond aux exigences de l'article 1128, qui déclare « qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». L'interprétation libérale que l'on fait parfois de cet article permet de dire que les actes du médecin sont dans le commerce, si l'on peut employer cette expression, la preuve en est les multiples barèmes et tarifs de soins.

Enfin quand on dit que le malade abdique ses droits sur son existence entre les mains du médecin, on commet une erreur, le malade conserve tout de même un certain droit de décision, comment justifierait-on alors cette nécessité que nous aurons l'occasion d'étudier longuement dans notre seconde partie, d'un consentement que le praticien doit demander au patient avant

(20) Cour de Paris, 20 nov. 1924. *G.P.* 1925-1-166.
(21) Cour de Riom, 5 février 1929. *G.P.* 1929-1-649.

de tenter sur lui un acte professionnel spécialement dangereux ? Le pouvoir du médecin que l'on qualifie de redoutable se trouve donc au contraire limité puisqu'il ne peut agir comme bon lui semble.

Le troisième élément essentiel à tout contrat, est la cause. La cause pour laquelle le médecin contracte envers le malade une obligation de fourniture de soins, consiste en premier lieu dans sa volonté de se rendre au chevet de ceux qui souffrent pour leur apporter le secours de la science, et ensuite dans le désir de recevoir de son client, de la famille de ce dernier, ou de ses héritiers, une rémunération qui lui permette de vivre.

Chez le malade, la cause sera le désir de guérir, ou tout au moins de voir son état s'améliorer, ses souffrances prendre fin.

On a encore voulu soutenir l'inexistence du contrat en matière médicale en s'appuyant sur le fait qu'habituellement au moment de conclure un contrat, les parties peuvent prévoir toutes les obligations auxquelles elles se soumettent, « or dans le contrat qui s'établit entre médecin et client, tout est bien souvent impossible à prévoir » (22). Cet argument résulte d'une confusion: ce qu'il est impossible de prévoir au moment où le médecin s'engage vis-à-vis du malade, c'est le détail des opérations, des actes médicaux qu'il lui sera nécessaire d'effectuer pour se rendre maître du mal; mais les obligations auxquelles il doit se soumettre sont immuables, elles ne varient pas suivant les circonstances: il s'oblige à appliquer les règles de la

(22) Nègre, *op. cit.*, p. 51.

science qu'il sert, il contracte une obligation professionnelle, générale, qui consiste à combattre la maladie par tous les moyens en usage.

Nous sommes donc bien en présence d'un contrat que nous pouvons même qualifier de synallagmatique; et dès lors, quand nous parlerons des relations entre médecin et malade nous aurons le droit d'employer le terme de contrat médical.

Mais maintenant que nous avons démontré l'existence d'un contrat, la question qui se pose est celle de sa nature; est-il d'une forme déjà connue, ou au contraire d'une forme nouvelle? La doctrine se divise sur ce point, il nous faut donc entrer dans l'examen des différents systèmes.

A) *Théorie du mandat*

Cette théorie tire son origine du droit romain qui différenciait les tâches élevées comme celles du médecin ou de l'avocat, des tâches manuelles ordinairement réservées aux esclaves, et considérait que le contrat qui s'appliquait aux premières ne pouvait être qu'un mandat, celui qui s'appliquait aux secondes un louage. Cela résultait de l'idée qu'un homme de condition élevée ne pouvait se louer, et que d'autre part, par suite de l'institution de la clientèle, les actes faisant l'objet des professions libérales étaient gratuits.

L'Ancien Droit reprit cette théorie du mandat; mais comme les mêmes raisons n'existaient plus de considérer comme gratuits les actes du médecin et de l'avocat la question se posa de concilier la rémunération de l'homme de l'art avec le caractère essentiel du

mandat qui consistait dans sa gratuité. POTHIER usait de ce stratagème : il disait que celui qui avait reçu des soins médicaux devait faire une libéralité à son médecin, un cadeau qui pourrait consister par exemple dans un livre rare, ou de valeur de sa bibliothèque (23) qu'il serait moralement tenu de lui offrir en remerciement de ses soins et pour diminuer sa dette de reconnaissance, la diminuer seulement, car on estimait que cette dette était de celles qui ne peuvent jamais s'éteindre en totalité, et que même s'il avait payé des honoraires à son médecin, le malade restait encore son obligé.

Le Code civil, en admettant que le mandat pouvait être salarié (24), facilitait la tâche des partisans de cette théorie qui n'eurent plus besoin de recourir à une fiction pour justifier les honoraires des médecins et déclarèrent alors : le louage est réservé aux « arts mécaniques », c'est-à-dire aux métiers manuels, tandis que le mandat salarié est réservé aux professions libérales, car il convient seul à la dignité de l'homme de l'art dont il respecte la liberté d'action (25).

Cette théorie du contrat médical mandat a soulevé de très nombreuses objections, on a fait remarquer que les caractères essentiels du mandat ne correspondaient pas bien avec ceux du contrat que nous avons décelé en notre matière (26).

(23) POTHIER. *Traité du mandat,* chap. I, section II, art. 3. Paris 1821, p. 96.

(24) Code civil, article 1986.

(25) TROPLONG. *De l'échange et du louage,* t. III, § 804 et suivants.

(26) COLIN et CAPITAN. *Cours de droit civil français,* t. II, p. 630.

Le mandat consiste dans le fait pour le mandant de demander au mandataire de faire un ou plusieurs actes à sa place, de l'obliger envers les tiers et d'obliger les tiers envers lui; le mandataire agit au nom du mandant et dans les limites des pouvoirs que lui a confiés ce dernier. On ne voit pas du tout comment, sans arriver à quelque chose d'absurde, on pourrait adapter cela aux rapports du médecin avec son client : le médecin ne représente pas le malade, il n'accomplit pas l'acte médical à la place du malade lui-même; il agit en son nom propre, il a une entière liberté d'action qui n'est restreinte que par son honnêteté, sa prudence et les limites de la science; d'autre part le mandat ne peut faire l'objet que d'actes juridiques, alors que tous les actes que fait le médecin sont exclusivement matériels. Etant donné ces remarques, il est impossible de considérer le contrat médical comme un mandat. Du reste la jurisprudence a aussi écarté cette thèse: les décisions qui parlent de contrat dans les rapports du malade avec celui qui le soigne sont assez rares, puisque la jurisprudence est d'opinion contraire, mais il existe justement un jugement du tribunal de Casablanca, qui envisageant la responsabilité médicale sur le terrain contractuel, déclare: « les obligations et les rapports entre le malade et son médecin ne doivent pas être appréciées d'après les règles du contrat de mandat » (27).

(27) Casablanca, 13 février 1928. Cité par MM. Donnedieu de Vabres, Duvoir et Desoille dans leur rapport sur la responsabilité médicale, au XVI[e] Congrès de médecine légale. *Annales de médecine légale* de mai 1931.

B) *Théorie du louage*

Nous avons déjà eu l'occasion de nous apercevoir à propos de la théorie précédente que certains de ses partisans avaient été frappés par la ressemblance qui existait entre le contrat médical et le louage, mais ils n'avaient pas voulu admettre qu'il s'agissait d'un pareil contrat pour des raisons surannées qui ne peuvent plus avoir cours à l'époque où nous vivons.

Certains juristes modernes ont donc soutenu qu'il s'agissait ici d'un véritable louage, et entre les différentes variétés de ce contrat ils ont précisé qu'ils visaient dans notre cas le louage de services; ils ont dit: le médecin se met au service de ses malades pour tout ce qui touche à son activité, sa science, et son expérience, en retour il reçoit des honoraires (28).

Comme pour la théorie du contrat médical mandat, nous allons rechercher si les relations contractuelles entre le malade et son médecin se rapportent aux caractères spéciaux au louage de services. Il est un critérium que la jurisprudence applique dans tous les cas où il s'agit de déterminer si l'on est en présence de ce contrat: c'est le fait de recevoir des directives impératives, c'est la subordination; elle la considère comme la base essentielle du contrat (29).

Or, en quoi le médecin serait-il subordonné à son client? Il n'est pas obligé d'obéir immédiatement à son appel, car il doit se partager entre ses malades et il est naturel qu'il fasse passer avant les autres ceux qui

(28) Laurent. *Principes de droit civil français,* t. 27, n° 334.

(29) Dalloz. *Répertoire de législation, doctrine et jurisprudence: Louage de services.*

sont en très grave danger. C'est là un principe de bon sens que la jurisprudence a du reste dégagé : « Attendu qu'on ne peut exiger d'un médecin qu'il puisse être immédiatement au chevet de tous les malades qui le réclament ; qu'il n'est pas attaché exclusivement à une personne, celle qui demande ses soins, et qu'il faut tenir compte de son éloignement de cette personne et des autres malades, que, dans ce cas, il doit abandonner... » (30).

Par ailleurs, en ce qui concerne l'acte professionnel qu'il fait au profit du malade, il ne saurait subir aucune subordination ; au contraire, il doit jouir d'une liberté totale dans l'application de son art, c'est là une nécessité absolue pour l'exercice consciencieux de la profession médicale ; si le praticien n'avait pas le libre choix entre les traitements à sa disposition, il pourrait faire endosser à celui dont il recevrait des ordres une partie de sa responsabilité, et cela l'inciterait à ne plus peser avec autant de conscience le pour et le contre de chacun de ses actes, à se montrer moins attentif dans ses soins au malade. Et du reste, qui lui donnerait des directives ? Le malade en est incapable, d'abord parce qu'il ignore tout ou connaît mal les choses de la médecine, ensuite parce qu'il est reconnu que la maladie paralyse les facultés et la volonté de l'individu, ou tout au moins les rend moins lucides, enfin parce qu'on ne peut se rendre compte soi-même de la gravité de l'affection dont on est atteint. Si ces directives ne peuvent venir du malade, elles ne peuvent pas non plus émaner de sa famille, qui le plus souvent n'a au-

(30) Cour de Pau, 30 juin 1913. D. 1915-2-94.

cune compétence pour discuter de questions scientifiques avec le praticien.

On ne peut donc raisonnablement admettre que le médecin soit lié à ses malades par un lien de dépendance quelconque; le malade ne donne pas d'ordre au praticien, il ne fait que solliciter de lui la mise en œuvre des moyens qui lui semblent susceptibles d'avoir sur sa santé un effet favorable. Par ailleurs, nul doute que le corps médical s'insurgerait si l'on acceptait cette théorie du louage de services, car ce serait en quelque sorte faire de lui le salarié du malade.

La Cour de Cassation, devant laquelle on avait soutenu en 1839, que quand le médecin s'engage directement et immédiatement envers le malade, les règles du louage de services sont applicables, a repoussé cette opinion (31); mais on ne peut guère faire état de cette décision, car il n'est pas possible de dire si c'est l'idée d'un louage de services quelle n'a pas voulu admettre ou celle d'un contrat quelconque.

Remarquons en passant que la jurisprudence suisse est fixée en sens contraire; un arrêt du Tribunal Fédéral de 1892 décide: « Les rapports entre un malade et le médecin appelé par lui doivent être appréciés conformément à l'article 348 du code des obligations, d'après les règles relatives au louage de services » (32).

La grande majorité des auteurs modernes (33)

(31) Cass. req., 21 août 1839. *S.* 1839-1-663.

(32) Trib. Fédéral Suisse, 10 juin 1892. *S.* 1892-4-38.

(33) Colin et Capitant. *Cours de droit civil français*, 7e édition, t. II, p. 630 et 785. — Perreau. *Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins*, Paris, 1908. — J. Mazen, op. cit, p. 36.

voit plutôt dans notre cas un louage d'ouvrage ou louage d'industrie. Dans ce contrat, disent-ils, le « locator operis » n'est rattaché au maître de l'ouvrage par aucun lien de subordination, il conserve sa pleine indépendance dans l'accomplissement de son travail auquel il n'est pas astreint de consacrer un temps déterminé et qu'il fait quand il veut, car ce qui importe au maître de l'ouvrage, c'est le résultat de son activité, il se désintéresse des moyens mis en œuvre pour l'obtenir. Or, le médecin s'engage seulement à faire bénéficier le malade de son activité et de son expérience, à lui fournir tous les soins consciencieux et attentifs qui sont nécessaires pour arriver à sa guérison, quand elle est possible, sinon à une amélioration dans son état ou à un soulagement de ses souffrances; dans ce but, le malade lui laisse les pleins pouvoirs, une indépendance absolue dans la technique de son art et dans le choix des procédés de traitement; d'un autre côté, le praticien est aussi maître de son temps, il va rendre visite au malade aussi souvent qu'il le juge nécessaire et non pas aux heures fixées par ce dernier, mais à celles qui lui conviennent le mieux. C'est donc bien un contrat de louage d'ouvrage qui le lie au malade.

Cette analyse nous paraît tout à fait satisfaisante; le louage d'ouvrage correspond parfaitement au contrat médical, il a par ailleurs le mérite de ne pas porter atteinte à la dignité du médecin.

C) *Théorie du contrat innommé*

La jurisprudence, qui, ainsi que nous l'avons déjà dit, avait toujours soutenu la thèse de la responsabilité délictuelle, semble s'être orientée depuis peu d'années en sens contraire: parmi les dernières décisions, plusieurs voient dans les rapports qui s'établissent directement entre médecin et malade un contrat, et sans chercher s'il est de forme déjà connue, le considèrent comme un contrat *sui generis*.

Le mouvement a été déclenché par un arrêt de la Cour de Cassation du 3 Mars 1926 (34): dans des termes généraux et équivoques elle déclare que le travail intellectuel ne peut jamais se louer, mais que les actes d'une profession libérale sont cependant susceptibles de former l'objet d'une promesse de rémunération par celui au profit duquel ils doivent être accomplis. Cette idée a été reprise depuis par quelques cours et tribunaux: Cour de Besançon en 1933 (35); la même année, Tribunal de Corbeil qui déclare que « le docteur exerçant une profession libérale ne peut rentrer dans la catégorie des ouvriers et employés liés par un contrat de travail »; plus récemment le 19 Décembre 1934, Tribunal de Belfort qui dit: « Attendu que chaque fois que la responsabilité d'un médecin est à discuter, il échet de décider sauf de peu nombreuses exceptions, qu'il existe un contrat *sui generis,* parfois implicite, entre le médecin et le malade... » (37).

(34) Cass., 3 mars 1926. *D.* 1927-1-93.

(35) Cour de Besançon, 20 mars 1933. *G.P.* 1933-2-618.

(36) Trib. de Corbeil, 7 avril 1933, rapporté par LETORT: Louage de services en médecine. *Archives du droit médical,* 1er juillet 1933.

(37) Trib. de Belfort, 19 déc. 1934, rapporté par PEYTEL dans *Paris Médical* du 8 juin 1935.

Quelques auteurs, repoussant la théorie que nous avons adoptée et qui fait du contrat médical un louage d'ouvrage, se sont ralliés à la jurisprudence sans en donner la raison et après avoir simplement constaté la difficulté qu'il y a à faire rentrer le contrat médical dans des cadres préexistants. Ils décomposent ainsi la convention entre médecin et malade, en ayant recours à la théorie générale des obligations : il y aurait à la charge du médecin une obligation de faire qui en cas d'inexécution se résoudrait en des dommages-intérêts, et à la charge de l'autre partie une obligation de donner dont l'exécution pourrait être demandée en justice (38).

Cette analyse est évidemment tout à fait exacte, mais c'est aussi l'analyse du louage d'ouvrage : le type de ce contrat est l'accord d'un artiste avec la personne qui lui demande de faire son portrait : on peut aussi dire qu'il y a d'un côté obligation de faire et de l'autre obligation de donner. L'analyse faite par les partisans du contrat médical « sui generis » ne fait donc ressortir rien de nouveau.

Il ne faut recourir à l'idée de contrat innommé que lorsqu'il est impossible de faire rentrer la convention à laquelle on s'intéresse dans des cadres préexistants, or, ce n'est pas le cas ici, puisque la théorie qui fait du contrat médical un louage d'ouvrage donne entière satisfaction ainsi que nous l'avons constaté.

Ceci semble être la conséquence du fait que la jurisprudence ayant brusquement changé d'avis, n'a pas encore eu le temps de disséquer les éléments

(38) Note Falcimaigne, sous *D.* 1927-1-93.

essentiels du contrat médical et ne l'a pas comparé aux autres conventions. Il est à souhaiter, si cette nouvelle manière de voir persiste, que de prochaines décisions fassent ce travail de rapprochement.

Toutes ces discussions ne sont pas comme on pourrait le croire de pures questions de curiosité juridique, elles présentent un grand intérêt pratique: faire rentrer le contrat médical dans les cadres d'une forme contractuelle préexistante, c'est lui appliquer toutes les règles de cette forme contractuelle et les conséquences peuvent en être très graves: si nous disons que le contrat médical est un mandat, nous donnons aux tribunaux le droit d'examiner si le montant de la rémunération demandée par le médecin n'est pas exagéré et correspond bien aux services qu'il a rendus; si nous le considérons au contraire comme un louage, l'intervention du juge est impossible, il ne peut apprécier si le chiffre des honoraires est trop élevé. Ce seul exemple donne une idée de l'importance qu'il y a à déterminer d'une manière précise la nature du contrat en présence duquel on se trouve.

En résumé, lorsque le malade choisit librement son médecin et lui demande de lui donner des soins, il se forme un contrat; ce contrat n'est ni un mandat, ni un louage de services, mais un louage d'ouvrage par lequel le médecin est tenu de procurer au malade les actes de sa profession d'une manière suivie, avec conscience et diligence.

§ 2. — Le médecin donne ses soins aux malades d'un hôpital, d'un groupement ou d'une entreprise privée

De nos jours, les médecins apportent leur concours dans de multiples circonstances à des personnes morales de droit public ou de droit privé, à des organisations hospitalières ou de bienfaisance, à des grandes compagnies et sociétés, à toutes sortes de groupements et d'établissements dont ils reçoivent parfois un traitement fixe et annuel.

Peut-on trouver ici les éléments d'un contrat? La question se présente sous un double aspect, il faut d'une part déterminer dans quelle situation le médecin se trouve vis-à-vis de l'établissement qui l'occupe, et d'autre part il faut préciser quelles sont ses relations juridiques avec le malade.

A) *Situation du médecin vis-à-vis de l'établissement qui l'occupe*

Tous les médecins qui collaborent avec des organisations publiques ou privées le font de différentes manières, ils ne peuvent donc pas être soumis tout à fait au même régime. Certains sont attachés spécialement à de grandes entreprises dont ils assurent le service médical, ils soignent les ouvriers malades ou blessés et leur famille et veillent à ce que les mesures d'hygiène et de prévention des accidents du travail soient observées: ces fonctions les empêchent de se livrer à aucune autre activité professionnelle et de donner

leurs soins à des personnes étrangères à ces entreprises. Il y a d'autres médecins qui, tout en ayant leur clientèle particulière, se sont engagés vis-à-vis d'une compagnie de chemins de fer, par exemple, à passer chaque jour à heures fixes la visite des employés souffrants, dans un local de cette compagnie, et à voir à leur domicile ceux dont l'état interdit le déplacement. D'autres enfin, ont accepté de donner leurs soins, à l'occasion, aux ouvriers malades ou accidentés du travail qu'un patron leur enverra à leur cabinet de consultation, ou d'examiner les personnes qu'une compagnie d'assurances leur adressera.

Existe-t-il un contrat dans les relations de ces médecins avec ces entreprises et compagnies dont ils soignent les malades? Certainement, car il n'y a rien de changé avec ce que nous avons dit lorsque nous nous occupions du cas du médecin sollicité directement par un de ses clients; cependant, ici très souvent, l'homme de l'art aura été nommé à la suite d'un concours ou d'un choix, et cette nomination sera constatée par un acte écrit, lettre de nomination par exemple, il y aura donc une preuve matérielle des rapports contractuels existants entre l'organisation hospitalière, industrielle ou commerciale et le praticien.

Mais de quel contrat va-t-il s'agir? Il faut dès le premier abord éliminer le mandat; pas plus que précédemment il ne saurait donner satisfaction, puis il faut distinguer suivant la façon dont la collaboration du médecin s'exerce.

Le praticien qui donne ses soins chez lui aux blessés que lui envoie un directeur d'usine n'est certainement

soumis à aucune subordination, il conserve toute son indépendance dans l'accomplissement de sa tâche, il a une liberté d'action semblable à celle du médecin qui soigne quelque malade de sa clientèle privée. Il ne peut donc être question que d'un louage d'ouvrage, qui entraîne pour le praticien, obligation, sauf en cas de force majeure évidemment, de s'occuper des malades et blessés qui lui sont envoyés, et pour l'établissement, obligation de régler au médecin, suivant un barème convenu d'avance, les frais afférant aux soins donnés aux ouvriers.

La situation juridique des médecins des autres catégories est plus délicate; ils sont spécialement attachés à une entreprise, donnent leurs soins dans des locaux spéciaux, rédigent des rapports destinés au chef de l'entreprise: le contrat qui semble le mieux se concilier avec cette situation est le louage de services. Mais nous avons déjà dit que l'on estime que, pour que le médecin soit consciencieux, il faut qu'il soit indépendant, car s'il obéissait à un maître quelconque, pouvant mettre sa responsabilité à couvert, il se soucierait moins de l'exactitude de son diagnostic et donnerait ses soins avec plus de légèreté; or le louage de services est basé sur l'idée d'une subordination, il semblerait donc impossible d'admettre dans notre cas qu'il s'agit de ce contrat. En réalité, tout dépend de la manière dont on entend le terme de subordination; il existe, si l'on peut dire, deux subordinations: une subordination relative qui consiste à fournir une présence dans un local déterminé, à des heures fixées, à accepter le travail présenté, et une subordination

absolue qui consiste en plus de tout cela à subir dans l'exécution du travail toutes les directives et modifications imposées par l'employeur; et la jurisprudence déclare que la subordination relative suffit à caractériser le louage de services (39).

Or, l'exercice de la médecine s'accorde fort bien avec une subordination relative puisqu'elle respecte ce terrain entièrement réservé, interdit à toute intervention étrangère, qu'est pour le médecin, l'exécution de son travail, c'est-à-dire l'établissement de son diagnostic et le choix du traitement à prescrire.

A notre avis, on peut donc dire que le médecin d'un hôpital, d'une société industrielle ou commerciale est lié vis-à-vis de la commission d'administration ou de la direction, par un véritable louage de services, mais seulement en ce qui concerne la marche de l'entreprise à laquelle il est attaché et dans l'accomplissement non technique de ses fonctions, car aussitôt qu'il s'agit d'un acte médical, le praticien ne peut plus relever que de sa conscience et de ses lumières (40).

Plusieurs décisions de jurisprudence ont, du reste, adopté ce point de vue. Un arrêt de la Cour de Pau, du 30 juin 1913, saisie d'une demande d'indemnité formée par la veuve d'un employé de chemins de fer que le médecin de la compagnie avait négligé de visiter, déclare: « Attendu que la veuve D... reproche au docteur R... de ne pas avoir soigné son mari et d'avoir ainsi manqué à un devoir de sa fonction, à

(39) Letort. Louage de services en médecine. *Archives du droit médical,* 1er juillet 1933.

(40) Dijon, 18 mars 1903. *S.* 1906-2-17.

une obligation du contrat de louage de services qui le liait à la Compagnie du Midi, qui était en droit de lui intimer l'ordre de soigner ses agents malades, qu'il n'est pas douteux que dans cette limite étroite ce médecin était le préposé de la compagnie; qu'il est non moins certain qu'une fois au chevet du malade R..., comme tous les autres médecins de la compagnie, recouvrait son indépendance absolue de praticien, et était seul juge des soins à donner et du traitement à suivre, sous le contrôle possible des médecins supérieurs de la Compagnie du Midi, mais sans pouvoir recevoir directement de celle-ci, incompétente en la matière, et qui, ce faisant, aurait d'ailleurs contrevenu aux lois et règlements sur l'exercice de la médecine, des instructions relatives à la médication à faire, aux opérations à pratiquer, aux remèdes à donner ou à appliquer... » (41).

Dans le même sens, mais dans des circonstances un peu différentes, le tribunal de la Seine a jugé que rien ne s'opposait à l'existence d'un louage de services entre un médecin dirigeant une clinique, et un de ses confrères qu'il avait engagé pour le seconder, moyennant un traitement fixe, augmenté d'une quote part dans les bénéfices, et qui conservait son entière liberté dans le traitement des malades (42); la Cour de Paris a consacré ce principe de la subordination limitée aux actes extra-médicaux et de l'indépendance du praticien dans l'application de son art, en annulant la convention par laquelle un médecin s'était

(41) Cour de Pau, 30 juin 1913. *D.* 1915-2-94.
(42) Seine, 24 mai 1921. *S.* 1924-2-57.

engagé vis-à-vis d'une clinique à ne traiter les malades qui y seraient amenés que d'après une certaine méthode (43); enfin, le tribunal de La Châtre a déclaré qu'il y avait louage de services quand un médecin prend un remplaçant pour la durée de ses vacances (44).

Cependant depuis quelques années les décisions ne parlent plus de louage de services, mais, comme nous avons déjà eu l'occasion de le signaler, semblent vouloir admettre qu'il s'agit ici d'un contrat *sui generis*. L'arrêt de la Cour de Cassation de 1926 que nous avons cité (45) se rapporte plus particulièrement au cas d'un médecin engagé par un établissement: une usine de Marseille avait congédié son médecin sans lui accorder la moindre indemnité; le tribunal de cette ville ayant été saisi, estima qu'il y avait louage d'ouvrage et condamna l'usine à des dommages-intérêts; l'affaire fut ensuite portée devant la Cour d'Aix qui considéra au contraire qu'il ne pouvait être question d'un pareil contrat entre un médecin et un organisme quelconque. La Cour de Cassation émit un avis conforme à celui de la Cour d'Appel: « Attendu, dit-elle, que les actes dépendant d'une profession libérale sont susceptibles de former l'objet d'une promesse de rémunération par celui au profit duquel ils doivent être accomplis, que lorsqu'un engagement de cette espèce a été souscrit sans détermination de durée, il

(43) Cour de Paris, 11 déc. 1922, cité par LETORT, *Louage de services en médecine, op. cit.*

(44) La Châtre, 21 avril 1933. *Siècle médical* du 15 nov. 1933.

(45) Cass., 3 mars 1926. *D.* 1927-1-93. Dans le même sens: Cass. req., 18 nov. 1935. *G.P.* du 5 déc. 1935.

peut cesser à toute époque, sans indemnité, par la volonté du promettant, à moins que la convention ou l'usage n'imposent l'observation d'un délai de prévenance, ou que la rupture n'ait eu lieu dans des circonstances constitutives de l'existence d'une faute ». Le tribunal de Douai, le 21 juin 1932, a suivi cette jurisprudence; il voit dans le contrat qui lie le médecin à une société de secours mutuels, un contrat *sui generis,* mais déclare que la nature de ce contrat n'est pas exclusive au cas de rupture du principe d'une indemnité, quand le congédiement a été brusque et dans des conditions susceptibles de porter atteinte au prestige du médecin (46).

Ici encore l'expression de contrat *sui generis* nous paraît sujette à critiques: ces décisions, en rejetant l'idée que le contrat médical est un louage de services, lui reconnaissent cependant les attributs d'un pareil contrat: le médecin s'engage à faire une série d'actes sous peine de dommages-intérêts, le groupement qui l'emploie s'engage à le payer, et le paiement de cette créance peut être poursuivi en justice; de plus, cet engagement peut cesser à tout moment si aucune durée ne lui a été fixée d'avance, sinon en cas de rupture, le médecin pourra réclamer une indemnité. Quelle différence y a-t-il avec un louage de services? Aucune, et dès lors, pourquoi ne pas dire tout simplement que le médecin est lié avec le groupement auquel il prête son concours par un pareil contrat ?

(46) Douai, 21 juin 1932. *G.P.* 1933, sommaire, p. 51.

B) *Situation du médecin vis-à-vis du malade*

Le médecin, comme nous venons de le dire, est lié à l'organisme dont il soigne les membres par un contrat, louage d'ouvrage ou louage de services, suivant les circonstances, et ce contrat lui assigne une tâche bien déterminée qu'il devra remplir sous peine de manquer à ses engagements et s'exposer à une action contractuelle de la part de son cocontractant.

Cette tâche variera suivant les cas; le médecin d'un hôpital devra s'occuper sans distinction de tous les malades et blessés qui pourront y être amenés, ou s'il s'agit d'une organisation importante, ses soins ne devront être fournis qu'à certains d'entre eux, déterminés, soit par la maladie dont ils sont atteints, soit par la salle ou le bâtiment où ils auront été transportés; le médecin choisi par une société ou une grande compagnie devra soigner tous les ouvriers, employés ou agents qui viendront le solliciter ou seulement ceux de tel ou tel service.

L'homme de l'art est ainsi obligé de faire bénéficier de sa science et de son expérience, sans pouvoir les refuser, des personnes qu'il n'a jamais vues, qu'il ne connaissait pas la veille, dont il ignore le plus souvent le nom et l'origine, et dont il perdra la trace lorsqu'elles quitteront l'établissement qui les fait travailler.

La situation du malade n'est pas moins particulière: il confie sa santé à un inconnu et se voit l'objet des soins diligents et éclairés d'un médecin qu'il n'a pas choisi, qu'on lui impose et qu'il ne peut renvoyer sans

perdre de très grands avantages; ce médecin, il ne le paie pas, soit en raison de son indigence, soit en raison de blessures ou lésions qu'il a gagnées dans des circonstances spéciales, pendant la guerre par exemple, ou lorsqu'il paie, c'est d'après un tarif très réduit et le plus souvent indirectement, ou d'une manière forfaitaire, par des retenues régulières effectuées sur ce qu'il gagne.

Ces avantages, le malade les tire, sans nul doute, du fait que la société qui l'emploie, le groupement dont il fait partie, ou l'hôpital dans lequel il se trouve, a passé un contrat avec le médecin à son profit. Cela donne immédiatement à penser qu'il pourrait y avoir ici une stipulation pour autrui. C'est en effet ce que nous croyons et nous allons maintenant nous efforcer de le démontrer.

La stipulation pour autrui est un contrat accessoire à une convention principale; sa définition est la suivante: c'est le fait pour une personne appelée promettant de s'engager envers une autre, le stipulant, à donner ou faire quelque chose pour une troisième personne, le bénéficiaire, tout à fait étrangère à la formation du contrat (47).

Il semble bien que cela réponde à la situation dont nous nous occupons: à côté du contrat de louage qui le lie à l'administration de l'entreprise commerciale, industrielle ou hospitalière, le médecin promet de mettre tout ou partie de son activité au service d'un certain nombre de personnes, déterminées par le terme

(47) Planiol et Ripert. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1235 et suivants.

générique de malades, et qui n'ont aucun rôle dans la passation du contrat, qui n'y participent pas.

Cependant la stipulation pour autrui exige certaines conditions: l'article 1121 du Code en édicte une: « On peut stipuler au profit des tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ». Est-ce le cas ici? Fort heureusement la jurisprudence a interprété très libéralement cet article, dernier vestige de la vieille prohibition de la stipulation pour autrui en droit romain; elle décide que cette stipulation est valable toutes les fois que le contrat présente pour le stipulant un intérêt quelconque, matériel ou seulement moral (48).

Or dans les hypothèses que nous examinons, l'intérêt de l'organisation envers laquelle le médecin s'engage au profit de tierces personnes apparaît facilement: s'il s'agit d'un hôpital, cet intérêt est vital et se confond avec son but même. Cet établissement s'offre à ceux qui souffrent, ordinairement par esprit de bienfaisance, pour leur procurer à bon compte ou même gratuitement les soins que nécessite leur état; or il est nécessaire qu'il s'assure le concours d'un ou de plusieurs médecins capables de poser un diagnostic sûr et de donner certains soins délicats, sans cela, comment fonctionnerait-il ?

Il en est de même pour une société de secours mutuels, le fait pour elle de s'entendre avec un praticien correspond au but qu'elle se propose et qui est de faire profiter ses membres de certains avantages.

(48) Planiol, Ripert et Esmein. *Traité pratique de droit civil français,* t. VI, n° 353.

Le chef d'entreprise a intérêt lui aussi à ce que ses ouvriers soient visités par un médecin qu'il a choisi pour sa probité, son savoir et son adresse et dont il est sûr qu'il ne leur délivrera pas des certificats de complaisance, leur permettant de prolonger outre mesure une convalescence ou une incapacité temporaire de travail.

Mais, si l'on arrive à prouver que la stipulation pour autrui dans notre cas paraît s'accorder avec l'exigence de l'article 1121, ne va-t-on pas se heurter à une autre prohibition: lorsque le médecin s'engage vis-à-vis d'un établissement, il promettra ses soins aux malades, c'est-à-dire non seulement aux personnes qui le sont au moment du contrat, mais encore à toutes celles qui le seront pendant tout le temps où il exercera ses fonctions. Or ce sont là des personnes indéterminées et même futures, qui n'existent peut-être pas encore. La stipulation en leur faveur est-elle valable?

L'examen des hypothèses analogues fait apparaître que la doctrine ne semble pas s'opposer à l'existence d'une pareille stipulation: elle en reconnaît la validité lorsque l'indétermination n'est que temporaire, elle considère alors qu'il s'agit d'un contrat régulier dès sa formation, mais dont les effets sont retardés (49): le droit des bénéficiaires prend naissance dès la passation du contrat, mais ne se fixe sur leur tête que lorsque le stipulant détermine leur nombre et leur identité; ainsi ce sera dans notre cas lorsqu'un malade

(49) Planiol, Ripert et Esmein, *op. cit.*, t. VI, n° 363.

entrera à l'hôpital, quand l'employé sera embauché par l'entreprise à laquelle est attaché le médecin.

Ce qui caractérise enfin la stipulation pour autrui, c'est l'existence au profit du bénéficiaire d'une action directe qu'il peut exercer contre le promettant pour lui réclamer l'exécution de son engagement. Or rien ne s'oppose à ce que l'on admette ici une pareille action; d'abord, le malade, créancier de l'hôpital où il est en traitement, peut, en vertu de l'article 1166 du Code civil, exercer « tous les droits et actions » que ce dernier a contre le médecin en vertu du contrat de louage passé avec lui. Mais la jurisprudence ne juge même pas nécessaire de faire appel à l'article 1166, elle considère que lorsqu'il y a faute de la part d'un médecin d'hôpital ou d'une entreprise privée, la victime a droit d'agir directement contre lui; ce n'est que lorsqu'il ne s'agit pas d'une faute médicale, professionnelle, mais d'une faute dans l'administration intérieure et matérielle de l'établissement que la direction peut être poursuivie par le malade (50); cela tient à ce que dans l'exercice technique de son art le praticien ne saurait être soumis à aucune direction, à aucune subordination, qu'il ne relève que de sa conscience.

Il nous semble bien établi maintenant que les rapports du médecin avec les malades d'un hôpital ou d'une entreprise constituent un contrat qui présente tous les caractères de la stipulation pour autrui.

(50) Cour de Pau, 30 juin 1913. *D.* 1915-2-94.

§ 3. — Le médecin intervient sans être sollicité par le malade

A côté des hypothèses déjà envisagées où le malade demande à un médecin de le soigner et où un établissement se charge d'assurer à ses ressortissants une assistance en cas de maladie, il y a de très nombreuses circonstances où l'homme de l'art s'occupe d'un malade de sa propre initiative, sans que ce dernier ait pu manifester la moindre volonté de se faire soigner et parfois même sans que personne puisse être considéré l'avoir fait à sa place.

Nous voulons parler des très fréquents accidents mettant en péril la vie d'un individu et le privant temporairement de toutes ses facultés.

La vie moderne n'est en effet, il faut malheureusement le constater, qu'une insécurité de tous moments, car aux risques déjà fort nombreux qui menaçaient autrefois l'existence de l'homme, les progrès de la mécanique et son développement formidable ont ajouté des dangers innombrables qui provoquent chaque jour une quantité d'accidents.

Supposons donc qu'une personne se trouve étendue sans connaissance sur la voie publique par exemple, elle a été renversée par une automobile, blessée par la chute d'une tuile tombant d'un toit, ou simplement victime d'une défaillance de son organisme. Elle est sans connaissance et a besoin de soins immédiats; deux cas peuvent se présenter: ou bien un passant charitable pris de pitié ira prévenir un praticien du voisinage, ou bien, par une chance providentielle et

très rare du reste, un médecin se trouvera justement de passage sur les lieux de l'accident, qui, obéissant à l'impulsion de sa conscience professionnelle, se portera aussitôt et spontanément au secours du blessé.

Dans le premier cas, que se passera-t-il au point de vue juridique? Il est impossible de dire que le passant qui a alerté le médecin a fait une stipulation pour autrui, car si aucun lien de parenté ne le rattache à l'accidenté, ce dernier lui est totalement indifférent, il n'a aucun intérêt à lui assurer des soins et il n'a certainement pas entendu prendre un engagement personnel à l'égard du praticien, ni s'obliger à lui verser les honoraires correspondants aux soins qu'il aura donnés. Peut-on parler d'une gestion d'affaires? Il semble bien que oui: il y a eu chez cette personne charitable qui a couru chercher un médecin, volonté de faire quelque chose d'utile pour l'accidenté, et par ailleurs, ce dernier en a certainement retiré un avantage. Il faut remarquer cependant que l'article 1372 dit: « celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever, jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ». Or, le plus souvent, et à moins d'être apparenté à la victime, le témoin de l'accident se bornera à prévenir le médecin et disparaîtra ensuite sans plus s'occuper du blessé, il restera anonyme, son intervention ne sera peut-être jamais connue de celui auquel il aura rendu service, et elle ne pourra être considérée que comme un acte désintéressé sans effet juridique.

La jurisprudence a reconnu qu'il y avait gestion d'affaires dans une hypothèse qui a quelque rapport avec celle que nous envisageons : une dame X..., atteinte de tuberculose, avait été envoyée par son médecin faire un séjour à Davos; au bout de quelques mois, la famille de la malade, trouvant que son état n'avait fait qu'empirer, demanda au médecin d'aller la voir, en lui recommandant, pour ne pas l'effrayer, de lui dire qu'il venait lui faire une visite, étant en villégiature en Suisse Le médecin alla à Davos, examina la malade et lui prescrivit un nouveau traitement qui fit merveille. Mais lorsqu'il réclama ses honoraires, la dame X... se refusa à les lui payer. La Cour de Paris la condamna, en disant que, s'il était établi que ce n'était pas la malade elle-même qui avait pris l'initiative de faire venir le praticien, il était certain que le parent qui l'avait prise avait estimé faire acte utile pour elle; or, comme par ailleurs la dame X... avait accepté de se laisser examiner, s'était soumise au nouveau traitement et en avait retiré un profit incontestable, les caractères d'une gestion d'affaires se trouvaient réunis (51).

Mais dans quelle situation vis-à-vis du malade se trouve le médecin appelé par un tiers ou qui étant présent est intervenu spontanément? Il est impossible de dire qu'il se forme un contrat, aucun accord de volonté n'a pu se produire entre le praticien et le malade qui se trouvait dans l'incapacité absolue de manifester son consentement d'une manière quelconque. On estimait qu'alors le médecin était intervenu

(51) Cour de Paris, 3 mai 1934. *S.* 1934-2-136.

en l'absence de tout contrat, mais restait néanmoins tenu de se soumettre aux obligations générales de sa profession, de donner ses soins avec la même diligence et la même habileté que s'il s'agissait de l'un de ses clients habituels (52).

Pourquoi ne pas admettre encore ici qu'il s'agit d'une gestion d'affaires? La situation n'est pas tellement différente de la précédente (53).

Ce quasi-contrat exige chez le gérant une volonté d'agir dans l'interêt d'une autre personne qui pourra sur le moment ignorer tout de cette gestion, mais cependant ne devra pas s'y être auparavant opposée (54). Cet élément volontaire existe effectivement et nécessairement chez le médecin qui s'efforce de faire revenir à lui un malade, tandis que ce dernier, par définition, est incapable de se rendre compte des soins qu'il reçoit du praticien. Celui-ci sera obligé de s'occuper du blessé jusqu'à ce qu'il ait repris conscience de sa situation, jusqu'à ce qu'il puisse se décider à appeler son médecin habituel, et dans ce cas la gestion d'affaires cessera, ou à demander au médecin qui lui a donné les premiers soins de les lui continuer, et la gestion d'affaires se convertira en un louage, de même que s'il laisse simplement ce même médecin agir en vue de la guérison sans manifester aucune volonté, son silence étant interprété comme un consentement.

(52) Bru, *op. cit.*, p. 52.

(53) Hay. *De la responsabilité des médecins*, thèse de médecine, Paris, 1925, p. 32 et suivantes — J. Mazen, op. cit, p. 60 et suivantes.

(54) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 2276.

L'autre élément essentiel du quasi-contrat de gestion d'affaires, qui consiste dans l'intérêt direct et personnel que les actes du gérant doivent comporter pour le maître est dans notre cas facile à apercevoir : il concerne le bien le plus précieux que possède l'homme, sa santé, sa vie.

La gestion d'affaires convient donc parfaitement à la situation du médecin qui intervient immédiatement après un accident, dont la victime n'a pas repris connaissance. Par suite de ce quasi-contrat, le médecin sera tenu d'obligations à peu près identiques à celles qui naissent à sa charge d'un louage d'ouvrage, car l'article 1372 déclare que le gérant d'affaires se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le maître: il devra se montrer habile et diligent, et faire tout ce qui est en son pouvoir pour amener la guérison.

Si ce sont là les obligations du gérant, le maitre de l'affaire, le malade, devra par contre indemniser le praticien du mal qu'il s'est donné, pour lui, des frais qu'il a supportés et du temps qu'il a perdu, il devra lui payer des honoraires leur correspondant.

S'il y a gestion d'affaires dans notre hypothèse, il convient cependant de remarquer que ce quasi-contrat sera fort peu vraisemblable lorsque ce sera à une personne qui a tenté de se suicider et qui se trouve évanouie que le praticien est venu en aide, car si l'on peut toujours dire qu'il agit dans son intérêt, on ne peut nier que cela est contre sa volonté, manifestée d'une manière très nette par la tentative à laquelle elle s'est livrée de mettre fin à ses jours.

Ainsi donc, dans presque toutes les hypothèses où le médecin est appelé à donner ses soins, l'analyse permet de trouver un contrat ou un quasi-contrat dans ses rapports avec le malade.

Ce contrat comporte d'un côté, obligation pour le médecin de donner ses soins au malade conformément aux règles spéciales de l'art de guérir, avec toute la diligence et la conscience qu'il est en droit d'en attendre, et de ne pas l'abandonner en cours de traitement sans motif sérieux et sans l'en prévenir; de l'autre côté, il y a obligation pour le malade de verser des honoraires représentant la rémunération des soins qu'il a reçus.

Et dès lors, puisque le médecin a promis ses soins attentifs, consciencieux, conformes aux principes de la science, s'il commet une faute de négligence, d'imprudence, et même une faute purement médicale, témoignant de sa part une ignorance impardonnable, on est amené par la logique à dire qu'il s'agira d'une faute contractuelle. La majorité de la doctrine est de cet avis. Mais, par contre, la jurisprudence, qui reconnaît dans de multiples circonstances l'existence de liens contractuels entre médecin et malade, se refuse quand il s'agit de la question de la responsabilité d'admettre son caractère contractuel. Il y a là quelque chose d'incohérent: si le contrat médical existe lorsqu'on détermine les obligations des parties, il n'y a aucune raison de le repousser dans le cas de responsabilité.

Nous sommes persuadés que la responsabilité médicale est contractuelle et qu'il faut lui appliquer

toutes les conséquences qui se déduisent de ce caractère.

Cependant il faut remarquer, en ce qui concerne la preuve de la faute, que le client mécontent se disant victime de son médecin, ne se présentera pas en justice en déclarant que ce dernier n'a pas rempli les obligations de sa profession; il invoquera un fait précis constituant, à son avis, une faute à sa charge. L'homme de l'art incriminé devra alors démontrer, pour se disculper, qu'un bon médecin n'aurait pas agit autrement. Ce bon médecin se modèle sur le bon père de famille du code civil: c'est le praticien moyen dont le savoir est suffisant, sans être extrêmement poussé; il apporte dans tous les actes professionnels qu'il accomplit, une conscience scrupuleuse et une attention minutieuse; sans se cantonner dans une routine absolue, il sait choisir parmi les nouvelles thérapeutiques celles qui ont fait leurs preuves, et ne se lance pas à la légère dans des médications encore au stade de l'expérimentation.

Si ce médecin fautif n'arrive pas à justifier sa conduite, il pourra être condamné à la réparation du préjudice qu'il a causé; mais, puisqu'il s'agit ici d'une faute contractuelle, ce préjudice ne sera réparé qu'autant qu'il a été, ou aurait pu être prévu lors du contrat.

En fait, que l'on adopte le système de la jurisprudence ou que l'on confère à la responsabilité médicale le caractère contractuel, les conséquences pratiques varient fort peu. Du fait de son caractère professionnel, la faute médicale est la même, qu'on la con-

sidère d'un point de vue ou de l'autre. En ce qui concerne le montant de la réparation, qu'il s'agisse du préjudice prévisible ou du préjudice réellement causé, le résultat est le même dans notre cas: car la faute du médecin ne peut amener que mort ou infirmité, et le malade qui se confie à lui, surtout maintenant où sa confiance est beaucoup moindre, peut toujours prévoir le pire, qu'il soit le fait de la nature ou d'une erreur funeste du praticien. Quant aux autres différences accessoires, elles n'ont aucun intérêt pratique: la question de la capacité n'a rien à voir dans notre hypothèse, car le médecin doit forcément être capable pour exercer sa profession et, de plus, il sera toujours majeur. La prescription est de trente ans dans les deux cas, parce qu'en matière délictuelle c'est la règle, et aucun texte ne l'a diminué à propos du contrat médical.

En face de cette question si difficile qui consiste à déterminer en présence de quel genre de responsabilité on se trouve, certains auteurs (55) ont imaginé une théorie évidemment très adroite qui élucide le problème plutôt qu'elle ne le résout, et plusieurs décisions de jurisprudence l'ont adoptée (56): il s'agit de la théorie du cumul des responsabilités, qui considère que la responsabilité contractuelle vient se superposer à la responsabilité délictuelle, qui est le régime normal, et que la convention qui intervient entre les parties n'a pour objet que de compléter les

(55) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 371.

(56) Cass. req., 14 déc. 1926. *D.* 1927-1-105 — Cour de Nîmes, 4 juin 1934. *D.H.* 1934.

obligations légales dont le respect s'impose à tous. Cette théorie est très contestée, elle est loin d'être adoptée par la majorité de la doctrine (57), qui s'en tient aux solutions traditionnelles.

A notre avis, le caractère contractuel s'adapte fort bien aux relations du médecin avec son client, et il n'y a pas lieu de dire que la sanction de l'inobservation de ses devoirs, par le médecin, ne peut résulter que de la mise en œuvre des deux ordres de responsabilité.

Pour résumer, nous dirons donc que le principe de la responsabilité civile du médecin a été établi depuis fort longtemps par les tribunaux, malgré une très vive opposition de la part du corps médical. Cette responsabilité, toute la jurisprudence, sauf quelques récentes décisions, soutient qu'elle présente tous les caractères de la responsabilité délictuelle; pour nous au contraire, comme pour la majorité de la doctrine, il s'agit plutôt d'une responsabilité contractuelle ou quasi-contractuelle, car l'examen des relations entre malade et médecin fait apparaître, suivant les cas, un louage d'ouvrage, une stipulation pour autrui ou une gestion d'affaires.

(57) JOSSERAND, note sous l'arrêt précité *D.* 1927-1-105 — DEMOLOMBE, *op. cit.* — SALEILLES, *Théorie générale des obligations* — HUGUENEY, note sous *S.* 1915-1-113.

DEUXIÈME PARTIE

QUAND LA RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN EST-ELLE ENGAGÉE ?

Nos recherches précédentes nous ont permis de constater que depuis le milieu du siècle dernier la Cour suprême avait reconnu d'une manière certaine, indiscutable, le principe de la responsabilité civile du médecin et l'avait soumise au droit commun. Il importe maintenant de déterminer l'étendue de cette responsabilité en la dégageant des décisions de jurisprudence, très abondantes surtout en ces dernières années.

Car, comme nous l'avons noté tout au début de ce travail, le domaine de la responsabilité médicale est en perpétuel accroissement, il s'étend chaque jour davantage, la médecine étant une des sciences qui évolue avec le plus de rapidité et chacun de ses progrès entraînant pour ses adeptes des obligations nouvelles: le chirurgien, par exemple, doit de nos jours prendre, au point de vue de l'anesthésie et de l'asepsie, des précautions multiples dont l'expérience a imposé l'usage, que ses prédécesseurs d'il y a cinquante ans seulement étaient loin de soupçonner, mais dont l'inobservation le constituerait cependant en faute.

D'autre part, il nous faudra remarquer que la jurisprudence qui frappait d'abord la faute du médecin avec timidité, a manifesté une hardiesse toujours plus grande, d'où est résulté qu'elle a étendu son contrôle sur l'activité du praticien dans des proportions vraiment surprenantes, si l'on considère les principes qu'elle avait posés en 1835.

Ces remarques préliminaires étant faites, nous devons nous demander quels sont les cas où le médecin engage sa responsabilité.

Lorsqu'on consulte les décisions de jurisprudence par ordre chronologique, la réponse qui s'impose d'abord est celle-ci: il y a responsabilité chaque fois qu'il existe une faute lourde à la charge du médecin. Puis avec les jugements et arrêts qui suivent, ce terme de faute lourde perd sa signification habituelle, les tribunaux l'entendent dans le sens de faute médicale. On peut, en effet, diviser la jurisprudence concernant la responsabilité médicale en deux périodes.

La première commence avec l'arrêt de 1835, dans lequel la Cour de Cassation posait les grands principes fondamentaux. Elle déclarait d'abord que pour considérer le médecin comme responsable, il ne fallait pas s'attacher au résultat de son intervention, que des événements tels qu'une recrudescence de la maladie, la survenance de complications, la mort même ne pouvaient être considérés comme des fautes et qu'il fallait prouver par ailleurs qu'ils s'étaient produits dans des conditions anormales, qu'ils avaient été accompagnés d'une faute de l'homme de l'art. L'explication de cela, avons-nous dit, tient au caractère

conjectural de la médecine et à l'incertitude qui plâne toujours en ce qui concerne l'issue de toute maladie.

Puis, deuxième principe, la Cour de Cassation décidait que pour l'administration de la justice, les cours et tribunaux devaient s'interdire de façon absolue toute immixtion dans l'art du médecin (1), qu'ils ne devaient pas apprécier le bien fondé de telle prescription, de tel traitement, la nécessité ou l'accomplissement correct ou non de telle opération. La raison de cette interdiction, c'est que les tribunaux n'ont aucune compétence en matière médicale et que par conséquent « ils ne sauraient jamais être convertis en conseils médicaux supérieurs, distribuant le blâme avec la peine, et indiquant la route qu'il faut suivre » (2).

Ce dernier principe limitait donc le contrôle de la justice sur les actes du médecin, il l'empêchait de surveiller son activité purement technique. « En dehors des questions professionnelles, exclusivement réservées par leur nature aux doutes et aux controverses de la science, le médecin est comme tout citoyen, responsable du dommage causé par son imprudence, sa légèreté ou son impéritie notoire, en un mot par sa faute personnelle », dit la Cour de Dijon (3).

Dès lors, ne pouvaient donc être sanctionnées que

(1) Ce principe a été repris et consacré notamment par les arrêts suivants : Cass., 21 juillet 1862, *S.* 1862-1-817 — Liège, 30 juillet 1890, *S.* 95-2-237 — *Douai*, 15 avril 1897, *S.* 98-2-78 — Trib. de la Seine, 14 déc. 1920, *D.* 1921-2-27.

(2) Besançon, 18 déc. 1844, *S.* 1845-2-602.

(3) Dijon, 14 mai 1868, *S.* 69-2-12.

les négligences graves, les méprises grossières, « les manquements aux règles de prudence et de bon sens qu'on doit respecter dans l'exercice de toute profession » (4), et que l'homme le moins versé dans les questions médicales aperçoit sans difficulté. Mais si pour exprimer ces manquements les tribunaux employaient le terme de faute lourde, ce n'était pas tellement pour l'opposer à celui de faute légère, mais plutôt pour signifier qu'on ne pouvait sanctionner que la faute grossière, évidente, manifeste, caractérisée de l'homme de l'art.

Si nous étudions, en effet, les arrêts rentrant dans cette première phase de la jurisprudence, nous constatons qu'ils ne s'occupent que des fautes ne mettant pas en jeu l'art médical lui-même. Tantôt il s'agit de condamner le médecin qui a abandonné un malade en cours de traitement et lui a, par ce fait, causé un préjudice grave (5), tantôt on lui reproche d'avoir pratiqué une opération sans avoir préalablement obtenu le consentement de l'opéré (6), tantôt il est question d'indemniser la victime d'un médecin qui, par maladresse et inexpérience, a converti une opération en une véritable mutilation (7).

En fait, pendant cette première période, la jurisprudence établit une distinction entre la faute technique, c'est-à-dire la faute purement médicale d'une part, et d'autre part la faute para-médicale, si l'on peut employer cette expression, c'est-à-dire celle qui

(4) Cass. rèq., 21 juillet 1862, *S.* 62-1-818.
(5) Cass. rèq., 18 juin 1835. Déjà cité.
(6) Lyon, 15 déc. 1859, *D.* 59-5-87.
(7) Colmar, 10 juillet 1850, *D.* 52-2-196.

sans toucher à la médecine a été commise à l'occasion de son exercice. En ce qui concerne la première, le juge est totalement incompétent, le médecin qui se trompe est sûr de son impunité; par contre, la seconde, que le juge qualifie de faute lourde, tombe sous son appréciation et il la sanctionne suivant les principes généraux.

Le deuxième état de la jurisprudence manifeste une sévérité beaucoup plus grande à l'égard du médecin. Une évolution dans la conception de la faute lourde se dessine en effet. Déjà en 1867, un arrêt de la Cour de Metz s'exprimait en ces termes: « Attendu que cette responsabilité s'applique aux circonstances dans lesquelles les imprudences ou les négligences de l'homme privé viennent se mêler aux actes de l'homme de l'art; attendu qu'elle s'applique également aux faits purement médicaux et qu'on ne saurait à cet égard décliner d'une manière absolue la compétence des tribunaux pour les motifs qu'ils s'ingéreraient dans l'examen de questions qui sont du domaine exclusif de la science; mais que, en pareil cas, le médecin ne peut être tenu que d'une faute lourde s'accusant par des faits palpables et évidents constituant en soi l'oubli de règles fondamentales de bon sens et de prudence, qui sont hors de discussion » (8).

Se montrant plus sévère que la jurisprudence antérieure, la Cour de Metz pose ainsi le principe que les tribunaux peuvent tout de même s'immiscer quelque peu dans le domaine médical; et de nombreux

(8) Cour de Metz, 21 mai 1867, *D.* 67-2-110.

arrêts postérieurs reprennent cette idée et cessent de considérer uniquement comme faute la simple méconnaissance des règles élémentaires de prudence, telle que tout homme peut la dépister, pour rendre le médecin responsable quand il n'a pas apporté au traitement les soins d'un bon praticien expérimenté et consciencieux et qu'il a manqué de façon certaine aux principes de son art.

Par principes de son art, on entend les théories médicales hors de discussion, reconnues par tous les maîtres de la médecine, définitivement établies dans le domaine de la science. Ce n'est pas là une véritable atteinte au principe de l'interdiction pour les tribunaux de s'ingérer dans l'examen des théories médicales, car il ne s'agit pas d'apprécier une théorie par rapport à une autre, mais simplement de rechercher en présence de la conduite du médecin si elle est conforme à ce qu'elle aurait dû être, s'il n'a pas transgressé les règles fondamentales de l'art de guérir, et cette comparaison de l'acte incriminé avec la conduite idéale du praticien, les tribunaux la font par l'intermédiaire d'experts, qui sont le plus souvent des professeurs de Facultés de médecine.

Ainsi donc l'homme de l'art ne doit plus seulement se soumettre aux règles de bon sens et de prudence, mais il doit encore s'appliquer à respecter les règles de son art admises par la totalité du monde médical, ne faisant plus l'objet d'aucune controverse (9).

(9) Gray, 18 juillet 1873, *S.* 74-2-58 — Seine, 22 janv. 1889, *G.P.* 89-1-336 — Seine, 22 oct. 1897, *S.* 99-2-90, notamment, et plus récemment, Cass. civ., 11 janv. 1932, *S.* 1932-1-111.

Par conséquent dans ce deuxième stade qui est encore le régime actuel de la responsabilité médicale, la jurisprudence continue à faire la distinction entre la faute de droit commun et la faute médicale; mais elle a analysé cette dernière, le médecin qui l'aura commise ne sera pas dans tous les cas acquitté: il ne le sera que lorsqu'il pourra défendre l'acte qu'on lui reproche en invoquant des théories ou controverses scientifiques, ou en s'appuyant sur l'autorité de certains maîtres de la médecine; et ici les tribunaux ont été assez libéraux, car ils ont été jusqu'à décider dans certains cas qu'il suffit, pour que le praticien soit mis hors de cause, que la doctrine dont il se prévaut ait été soutenue à un moment donné, à condition naturellement qu'il n'y ait pas trop longtemps de cela. Mais il ne faut pas interpréter cela comme une autorisation donnée au médecin de se cantonner dans une routine complète.

En terminant cette étude de la faute médicale, telle que la sanctionne actuellement la jurisprudence, nous devons remarquer que cette même faute médicale est appréciée *in abstracto*, par rapport à la conduite d'un praticien idéal, type du médecin consciencieux, expérimenté et instruit. Mais cependant, dans certains cas, on tiendra compte, au point de vue de la responsabilité, de certains éléments concrets tenant par exemple à la personnalité du praticien, aux conditions dans lesquelles il exerce. La jurisprudence a ainsi envisagé le cas du médecin de campagne éloigné de tout centre intellectuel important, qui a des difficultés à se tenir toujours au courant de

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

l'évolution de la science médicale et de ses progrès; malgré la diffusion actuelle des nombreux journaux médicaux, les fluctuations scientifiques ne le touchent qu'au bout d'un temps qui peut être très long, et cela le fait bénéficier de l'indulgence des tribunaux qui regardent ses actes avec beaucoup plus de complaisance qu'ils n'en manifestent pour ceux du praticien habitant un grand centre ou une ville siège d'une Faculté ou Eco'e de médecine, fréquentant habituellement les hôpitaux et en relations journalières avec les maîtres qui y professent, auxquels il peut facilement demander de l'éclairer de leurs conseils (10).

On conçoit aussi que le juge use d'une pareille modération pour le médecin âgé qui ne fait plus guère de clientèle, dont l'activité est réduite, et qui par suite se désintéresse du mouvement scientifique, des congrès et autres réunions médicales.

Mais si, dans des cas de ce genre, on tient compte de certains éléments personnels au praticien dans le but d'atténuer ou même de supprimer la responsabilité d'un acte qui semblait fautif, il en est d'autres où la personnalité du praticien sera au contraire une cause d'aggravation de sa responsabilité; c'est ainsi que la Cour de Douai a estimé qu'un chirurgien qui opérait, quoiqu'étant atteint d'une impotence presque complète de la main droite, encourait une responsabilité, même si le malade avait eu connaissance de cette infirmité, parce que ce dernier pouvait se fier à sa conscience professionnelle et penser que puisqu'il

(10) Lyon, 17 nov. 1904, *S.* 1907-2-233.

opérait, il s'en sentait capable et ne se considérait pas comme diminué dans son activité professionnelle (11).

La faute du médecin est donc, en principe, appréciée *in abstracto;* si dans certains cas on tient tout de même compte de faits particuliers au praticien, on ne va jamais, cependant, jusqu'à juger l'homme de l'art par rapport à ses capacités ordinaires, par rapport à son degré d'instruction ou à son habileté habituelle.

Dans certaines circonstances, le praticien, quoique n'ayant pas respecté certaines règles de son art, ne peut cependant pas être condamné: c'est toutes les fois qu'il n'a agi que par suite d'une force majeure. Il est alors considéré comme n'ayant pas fait ce qu'il aurait voulu, et par conséquent le dommage causé par une conduite qu'il n'a pas librement choisie, qui lui a été imposée, ne peut lui être imputé.

Mais en quoi consistera la force majeure dans les relations du médecin avec son malade? Il existe, si l'on peut dire, deux forces majeures: d'abord celle qui consiste dans un empêchement physique d'agir, et ensuite celle qui constitue pour l'homme de l'art une véritable obligation morale d'agir immédiatement, même fautivement, étant donné l'état du malade.

L'empêchement physique dans lequel le praticien se trouvera parfois de donner ses soins est facile à imaginer: l'hypothèse la plus simple est celle où il

(11) Cour de Douai, 19 janv. 1931. Rapporté dans le *Siècle Médical* du 15 janvier 1934.

n'est pas à proximité du malade, où il en est au contraire très éloigné; il est alors obligé d'avoir recours à un moyen de transport; or, si les moyens mécaniques dont le praticien dispose lui permettent la plupart du temps d'arriver très rapidement au chevet du malade, ils ne sont parfois pas exempts de dérangements: alors qu'il roule au secours d'un blessé, le praticien peut avoir une panne, qui étant donné la solitude de certaines routes et la distance qui sépare les agglomérations, peut malgré toute la diligence qu'il mettra, le retarder considérablement et le faire arriver trop tard.

Par ailleurs le médecin peut subir une incapacité physique subite qui l'empêche de se déplacer: il peut tomber dans son escalier et se fracturer un membre, se faire écraser en traversant une rue ou avoir une attaque; les hypothèses varient du reste à l'infini.

Le praticien qui invoquera et fera la preuve de pareils empêchements ne pourra certainement pas être condamné, même s'il avait promis au malade de venir le soigner, si celui-ci l'attendait, et que cette attente l'ait empêché de faire venir un autre médecin qui l'eut peut-être sauvé.

La force majeure que nous avons qualifiée d'obligation morale d'agir immédiatement, même fautivement, se présente dans tous les cas d'urgence.

Il y a urgence toutes les fois que le mal qui frappe une personne est tel que l'abstention de l'homme de l'art risquerait d'entraîner sa mort ou une aggravation irrémédiable de son état. L'urgence justifie tous les moyens employés, quelqu'anormaux qu'ils

soient, car en présence d'une situation désespérée, il faut tenter tout ce qui est humainement possible pour conserver la vie.

Aussi les règles les plus sévèrement sanctionnées par la jurisprudence, dont elle exige l'application, tombent quand il y a nécessité qu'un secours immédiat soit apporté au malade. Quoique ne rentrant pas dans notre étude, nous citerons ainsi le cas de l'étudiant ne possédant pas le diplôme de docteur en médecine, qui sans la présence et les conseils d'un médecin se hasarde à pratiquer une opération qu'il n'avait jamais faite, celui de la sage-femme qui procède à une césarienne, ces hypothèses se sont présentées devant les tribunaux et les auteurs de ces interventions n'ont pas été inquiétés.

Tous les principes qui seront énoncés dans la suite de cette étude cessent de s'appliquer lorsqu'il y a état d'urgence.

On peut dire que l'urgence, en raison de l'action rapide, immédiate qu'elle impose, donne au praticien une liberté absolue. Mais, si elle permet toutes les hardiesses, elle ne couvre cependant pas les fautes de négligence ou d'ignorance de ce que sait un praticien normalement instruit, que peut commettre le médecin obligé d'agir sans attendre, ces fautes continuent à engager sa responsabilité de la même façon que si elles étaient intervenues dans une situation normale.

Pour que la force majeure excuse le praticien mis en cause, il faut qu'il soit prouvé qu'elle a effectivement existé, et pour cela, les juges recoureront

encore à l'avis d'experts qui diront si vraiment l'observation de la règle qui s'impose en temps ordinaire, et que le praticien a négligée dans la circonstance, aurait préjudiciée au malade si elle avait été appliquée.

Pour la recherche des différents cas où le médecin se trouve en faute, il existe plusieurs plans possibles: l'un consisterait à suivre l'ordre où ils doivent logiquement se présenter dans les relations successives du malade avec l'homme de l'art. Nous en adopterons un autre plus juridique: négligeant dans le médecin l'homme privé, dont les actes sont sanctionnés d'après les règles du droit commun, il décompose son activité professionnelle en deux catégories d'actes: d'abord ceux qui se rattachent à l'exercice sa profession, mais sont indépendants de son art, ne mettant en jeu ni son savoir, ni son habileté; ils sont appréciés eux aussi suivant le droit commun, car chaque fois qu'ils sont incorrects, la jurisprudence considère qu'ils constituent une faute; ensuite, bien entendu des actes purement techniques qui constituent l'exercice de la médecine, et pour lesquels il n'encourera de responsabilité que lorsqu'il y aura là violation des principes certains, des règles incontestées de la science qu'il met en œuvre.

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ POUR FAUTES ÉTRANGÈRES A L'ART MÉDICAL, MAIS COMMISES PAR LE MÉDECIN A L'OCCASION DE L'EXERCICE DE SA PROFESSION.

Dans cette étude nous nous limiterons évidemment aux seules circonstances donnant ouverture à une action civile en dommages-intérêts contre le médecin; nous laisserons de côté la délicate question de la violation du secret professionnel, car quoiqu'il y ait dans ce cas obligation pour le praticien de réparer le dommage que ses indiscrétions ont pu causer, nous considérons que la question rentre plutôt dans le cadre de la responsabilité pénale du médecin, d'autant plus qu'elle est prévue par l'article 378 du Code pénal. Nous ne nous occuperons pas non plus des cas de voies de fait, ivresse dans l'exercice de la profession, concurrence déloyale à l'égard de confrères.

Envisageant le cas du médecin installé pour faire de la clientèle et sollicité par un malade, nous nous demanderons d'abord s'il lui est permis de lui refuser ses soins; puis au cas où il accepte de les donner, si avant de commencer un traitement il ne doit pas

prévenir le malade des dangers qu'il comporte et obtenir son consentement ; enfin, s'il peut abandonner son patient au cours du traitement. Ensuite, nous examinerons les précautions qu'il lui faut prendre dans la rédaction des certificats qu'il délivre, et dans certaines circonstances particulières.

Section I

Le refus de soins

Nous supposons un médecin réunissant toutes les conditions légales de capacité pour exercer l'art de guérir ; une personne lui fait demander de venir la voir ; va-t-il être tenu d'accepter, de se rendre chez le malade, de l'examiner, de lui prescrire un traitement, ou bien au contraire aura-t-il la liberté de refuser ses soins sans que ce refus puisse le constituer en faute? En d'autres termes, le médecin a-t-il toute latitude d'exercer un choix parmi les personnes qui le sollicitent? Si la question ne présente que peu d'intérêt lorsqu'il s'agit d'un malade qui habite une ville ou un centre de quelque importance, et qui par conséquent a la ressource, au cas où le praticien auquel il s'adresse refuse de se déranger, d'aller trouver un de ses confrères, on aperçoit sans peine la situation affreuse de ce même malade, qui résidant à la campagne ou dans un petit village, voit rejeter sa demande d'assistance par le seul médecin de l'endroit. Sans doute la question se présente aujourd'hui avec beaucoup moins de gravité qu'autrefois, car, grâce au téléphone et aux moyens de transport

extrêmement rapides que connaît notre époque, on peut facilement faire venir un praticien d'un centre même très éloigné; mais cependant en cas d'urgence, très souvent l'état alarmant du malade interdira toute attente.

Certains auteurs estiment que le médecin ne peut refuser ses soins à ceux qui les lui demandent, et ils s'appuient sur le raisonnement suivant: la loi du 30 novembre 1892 qui règle l'exercice de la profession médicale exige un diplôme chez tous ceux qui veulent pratiquer l'art de guérir: elle le transforme donc en un véritable monopole. Or, la contre-partie nécessaire de tout monopole, c'est l'obligation pour celui qui en est investi de prêter son ministère à tous ceux qui le sollicitent; le médecin, en vertu de cet argument, devrait donc toujours déférer à l'appel du malade (1).

Mais si nous examinons une profession libérale que nous avons du reste déjà eu l'occasion de prendre comme exemple, celle de l'avocat, nous nous apercevons qu'elle aussi nécessite certaines conditions de capacité analogues à celles que l'on exige du médecin. Or, à part le cas où l'avocat est désigné d'office pour plaider une affaire d'assistance judiciaire, nul ne songe à discuter le droit qu'il possède de refuser de s'occuper d'une cause qu'on lui propose. Pourquoi soumettre alors le médecin à un autre traitement? Il

(1) Rendu. *La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence moderne.* Thèse, Paris, 1908-1909, p. 32.

Camerman. *La responsabilité civile du médecin.* Thèse, Paris, 1932, p. 79.

ne semble donc guère possible de le condamner lorsqu'il s'est rendu coupable d'un refus de soins qui a causé un préjudice au malade (2), car il faut évidemment qu'il y ait eu dommage causé, sans quoi la question de responsabilité ne pourrait se poser.

Depuis quelque temps, il est vrai, il existe un mouvement doctrinal d'une certaine importance qui cherche à trouver dans toute abstention, aussi bien du médecin que d'un homme quelconque, une base suffisante de responsabilité. Il déclare que la faute d'abstention est une faute comme les autres, et s'appuie d'abord sur la tradition historique, contenue dans le célèbre adage de Loysel « qui peut et n'empêche, pêche », ensuite sur les termes généraux des articles 1382 et 1383 du Code civil qui, dans les mots « tout fait quelconque », et, « non seulement par son fait », viseraient aussi bien un fait négatif qu'un fait positif (3).

Mais la jurisprudence, jusqu'à présent, a toujours été très réservée en ce qui concerne les fautes d'abstention, et ne les a sanctionnées que fort rarement, et justement dans notre cas, elle s'est toujours refusée à considérer l'abstention du praticien comme pouvant entraîner sa responsabilité. Elle entend même cette liberté pour le médecin d'accepter ou de refuser de donner ses soins, d'une manière si large qu'elle déclare qu'il n'est pas tenu de s'occuper d'un malade, alors même qu'il n'y a pas d'autre praticien dans le pays (4);

(2) Peytel. *La responsabilité médicale,* op. cit., p. 64 et suivantes.
(3) Colin et Capitant. *Cours élémentaire de droit civil,* t. II.
(4) Chateauroux, 1er août 1908, *G.P.* 1908-2-368.

mais elle n'a tout de même pas été jusqu'à lui permettre d'agir auprès de ses confrères pour les inviter à ne pas accorder leurs soins à un client déterminé. C'est ainsi que la Cour de Bourges a condamné le médecin qui avait envoyé une circulaire à tous les praticiens de la ville où il exerçait, pour leur exposer les démêlés qu'il avait eu avec un malade au sujet du paiement de ses honoraires, et leur demander de se solidariser avec lui en refusant d'aller le visiter si l'occasion se présentait (5).

On peut donc dire que dans l'état actuel de notre droit, le médecin qui n'accepte pas d'aller voir un malade, alors même qu'il sait que ce dernier ne pourra recourir aux soins de l'un de ses confrères, n'a pas à craindre d'encourir une responsabilité civile.

Mais des actes de ce genre, s'ils ne relèvent pas de la justice, relèvent de la conscience individuelle et n'en constituent pas moins une très grave faute morale, et l'homme de l'art qui aura refusé son aide dans des circonstances telles que son refus devait priver le malade de toute assistance médicale, supporte une très grave responsabilité morale si l'issue fatale, qu'il aurait peut-être pu conjurer, vient à se produire. Aussi, en pratique, le cas est assez rare du médecin qui refuse d'aller secourir un malade en danger, alors qu'il sait que son refus équivaut à un arrêt de mort; le plus souvent il laissera de côté toute pensée de vengeance ou de rancune pour n'obéir qu'à sa conscience et au devoir d'humanité le plus élémentaire qu'elle lui dicte.

(5) Bourges, 3 août 1909, *G.P.* 1909-2-584.

Cette liberté pour l'homme de l'art de prêter son ministère, tombe dans certaines circonstances; d'abord lorsque les textes légaux lui imposent d'apporter son concours, et ensuite lorsqu'il s'est engagé à fournir ses soins.

La loi du 30 novembre 1892 prévoit le cas où le médecin est requis par la justice: « tout docteur en médecine est tenu de déférer aux réquisitions de justice sous les peines portées à l'article précédent » (25 à 100 francs d'amende) (6). Il y aura réquisition de la justice quand les services du médecin seront demandés par un magistrat et auront pour objet la recherche ou la constatation d'un crime ou d'un délit. Les magistrats pouvant requérir le praticien sont: le Procureur de la République, ses Substituts, le Juge d'instruction, les Présidents de Cours et Tribunaux, les Commissaires de police, Officiers de gendarmerie, Juges de paix et Maires.

D'autre part, la jurisprudence, se fondant sur le texte de l'article 475, 12° du Code pénal, qui punit toute personne qui aura refusé le concours de son art en cas d'accidents ou de calamités publiques, permet à l'autorité administrative, c'est-à-dire aux préfets, de requérir le ministère des médecins lorsque ces circonstances se présentent; elle assimile parfois à ces accidents, les accidents individuels (7).

A côté de la sanction pénale prévue, par ces textes, une condamnation à des dommages-intérêts peut aussi être encourue. Le médecin pourra naturellement, s'il

(6) Loi du 30 nov. 1892, article 23.
(6) Cass., 4 avril 1919, *S.* 1923-1-235.

y a lieu, invoquer son inaptitude, ou même une réelle impossibilité physique ou morale.

Par ailleurs, le médecin est obligé de fournir ses soins à des malades s'il s'y est préalablement engagé. Il en sera ainsi dans deux hypothèses.

La première vise le cas du médecin d'un hôpital ou d'un hospice, du praticien chargé du service médical d'une entreprise privée, et qui reçoit un traitement fixe pour les soins qu'il doit donner à une certaine catégorie de personnes, désignées par la convention; si un malade appartenant à cette catégorie se présente à lui, il ne peut se dérober et le renvoyer: il est tenu contractuellement (8).

La deuxième hypothèse, c'est celle du médecin qui a promis ses soins à un particulier; s'il ne respecte pas son engagement, nul doute qu'il soit responsable. La jurisprudence a aussi sanctionné l'abstention du médecin qui, s'étant engagé à venir soigner une femme lors d'un accouchement, avait au dernier moment, malgré l'insistance du mari et ses supplications, refusé de se déranger. Elle assimile à ce cas celui où l'homme de l'art a volontairement tardé à se rendre auprès du malade, ce qui a rendu ses soins inefficaces (9).

Ainsi donc, le médecin n'est obligé de fournir ses soins que lorsqu'il en est requis par l'autorité judiciaire ou administrative, ou lorsqu'il s'y est engagé soit envers une administration, soit envers un parti-

(8) Cambrai, 15 mars 1900, *G.P.* 1900-2-8.

(8) Amiens, 16 nov. 1857, rapporté par FÉNIÉ, *De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique,* Thèse Toulouse, 1929-1930.

culier. S'il refuse alors volontairement de se rendre au chevet du malade, il pourra s'exposer à une demande de dommages-intérêts, mais à condition que l'on puisse prouver que l'absence de soins a causé un préjudice à celui qui les désirait et que c'est l'engagement qu'il avait pris d'apporter son concours qui a empêché de faire appel à temps à un de ses confrères (10).

En dehors des cas que nous avons cités, l'homme de l'art n'est jamais obligé de courir au secours d'un malade même s'il sait fort bien que son abstention doit le priver de tout secours de la science; il peut donner ou refuser ses soins à sa fantaisie, et nul n'est en droit de lui en demander compte. C'est là évidemment une situation fort désavantageuse pour le malade dont la vie et la mort sont laissées à l'arbitraire du praticien. Certains ont dit que, le médecin assumant un véritable service public quoique non réglementé, il serait désirable que la jurisprudence l'oblige à prêter son ministère à quiconque en a besoin; elle pourrait le faire sans grande difficulté. en considérant l'abstention de l'homme de l'art comme une faute et en la sanctionnant comme telle.

Cela n'est pas souhaitable à notre avis, car le médecin doit rester libre, une réglementation le transformerait en un véritable fonctionnaire, enlevant ainsi à la profession médicale beaucoup de son indépendance. Par ailleurs, il est juste de dire que, conscient de ses devoirs sociaux, le praticien use fort peu de cette faculté qu'il possède de refuser ses soins et quelles que soient les circonstances où il se trouve, il

(10) Pau, 1er mai 1900, *D.* 1902-2-33.

est extrêmement rare qu'il ne fasse tout son possible pour assurer les secours de la science à tous ceux qui les nécessitent.

Section II

Le défaut d'avertissement et de consentement

Le médecin s'est rendu à l'appel du malade, l'a examiné consciencieusement, et a posé un diagnostic de son mal; diagnostic seulement provisoire parfois, lorsqu'il voudra l'étayer par des examens radiologiques ou de laboratoire, mais le plus souvent, diagnostic définitif, et dans ce cas il prescrira un traitement ou constatera qu'il est nécessaire de recourir à une intervention chirurgicale. Mais avant de pouvoir appliquer ce traitement ou exécuter cette intervention, l'homme de l'art est tenu d'une obligation que lui impose la jurisprudence et qu'elle sanctionne très sévèrement: il lui faudra de toute nécessité obtenir du malade son consentement à se soumettre à la thérapeutique ou à l'opération jugée indispensable.

Il est facile d'apercevoir la raison pour laquelle la jurisprudence a imposé au praticien cette obligation: l'homme a sur sa personne physique un droit absolu, intangible, et l'on ne conçoit pas que, même avec la meilleure intention possible, dans le but louable de lui faire recouvrer sa santé compromise, de lui sauver la vie, on puisse enfreindre sa volonté et le forcer à recevoir des soins qu'il s'obstine à refuser. Le médecin doit donc respecter ce droit, il doit toujours demander son consentement au malade avant de faire sur lui un acte comportant un risque quelconque.

Ce consentement que les tribunaux considèrent comme essentiel, a fait l'objet de quelques critiques. On lui a d'abord reproché d'intervenir à un moment où la personne dont il doit émaner se trouve dans une situation telle qu'elle ne peut envisager avec sang-froid le pour ou le contre d'une décision importante: son esprit se trouve affaibli par la maladie, son intelligence diminuée par la douleur, et parfois la simple crainte de souffrances nouvelles, ou l'appréhension des complications pouvant intervenir, l'amènera à refuser de se laisser traiter. Le médecin, au contraire, en raison de sa profession se trouve plus à même d'apprécier si dans telles conditions particulières une opération s'impose, et son expérience et la connaissance qu'il a du tempérament du malade, de sa constitution, lui permettent d'en prévoir, dans la mesure où cela est possible, les conséquences probables.

Se fondant sur ce raisonnement, on a prétendu qu'il vaudrait mieux laisser le médecin seul juge de l'opportunité de telle opération ou de tel traitement (10). Or ce serait là lui donner un bien grand pouvoir, et d'autre part ne pourrait-on pas craindre qu'il soumette le malade à des interventions que ne nécessite pas son état, uniquement guidé par un blâmable esprit de lucre, ou par le désir de procéder à une expérience?

Mais il est un autre reproche que l'on a fait à cette nécessité pour le médecin d'obtenir du malade son consentement. On a dit que le but social de la médecine était de soustraire à la mort le plus de vies hu-

(11) Bru, *op. cit*, p. 112.

maines possibles et de conserver à l'individu son intégrité physique, évidemment dans son intérêt, mais aussi dans l'intérêt de la collectivité, car l'homme n'existe que pour le rôle qu'il remplit dans la société; dès lors que le médecin qui se trouve en présence d'un malade, juge qu'en toute conscience une opération s'impose, il pourrait la tenter de son propre chef, sans solliciter aucune autorisation. Cette théorie nous semble exagérée, d'autant plus que la logique serait alors de dire que le médecin a le droit d'abréger délibérément la vie de celui qui, incurable, est devenu, socialement parlant, un inutile.

Quoiqu'il en soit, l'obligation pour le médecin de demander au malade son consentement est aujourd'hui une règle bien établie que le corps médical lui-même ne songe plus à critiquer (12); si, par certains côtés, elle présente des inconvénients, il faut cependant convenir qu'elle est nécessaire pour assurer le respect de la personnalité de l'individu.

Cette question du consentement soulève en pratique quelques difficultés: étant donné l'incompétence du malade en matière médicale, ne va-t-il pas être une simple formalité? D'autre part, faut-il le considérer comme nécessaire pour tous les actes professionnels du médecin? Si le patient est un incapable, faut-il décider que le praticien pourra s'en passer? C'est là toute une série de points qu'il nous faut envisager avant de nous occuper des conséquences de l'autorisation du malade sur la situation de l'homme de l'art.

(12) Brouardel, *op. cit.*, p. 50.

§ 1. Nécessité d'un avertissement préalable au consentement

Le malade ignore très souvent tout de l'art de guérir, et de sa maladie; comment alors considérer son consentement comme sérieux si le médecin lui disant simplement: « je vais vous faire telle opération qui s'impose, acceptez-vous? », il répond affirmativement ? Cette obligation pour le praticien d'obtenir l'autorisation du malade serait devenue une simple formalité sans conséquence, si la jurisprudence ne l'avait complétée en décidant que l'homme de l'art doit avertir son client des risques que comporte le traitement médical ou chirurgical auquel il désire le soumettre. Ce n'est du reste là que l'application d'une règle de la théorie générale des obligations, qui veut que, pour que le consentement à un contrat soit valable, il soit donné en connaissance de cause.

Mais en quoi consistera cet avertissement? Il devra contenir tous les éclaircissements nécessaires pour permettre au malade de formuler un avis raisonné: il le renseignera exactement sur la nature de l'affection dont il se trouve atteint, sur les divers procédés en usage pour la combattre, il devra le prévenir des dangers que l'opération projetée peut lui faire courir, des chances de réussite ou d'insuccès, de la difficulté plus ou moins grande de l'opération. C'est là ce qu'avait déclaré le Tribunal de Liège en 1889 (13). Pour lui, le médecin devait donc faire à son patient un

(13) Liège, 27 nov. 1889, *D.* 91-2-281 — Chateau-Thierry, 7 juin 1905, *D.* 1905-5-41.

véritable cours de médecine sans faire usage d'un trop grand nombre de termes techniques, ou tout au moins en expliquant ceux qu'il ne pouvait se dispenser d'employer, cela afin que son langage soit clair, à la portée du malade peu versé dans les questions scientifiques et par ailleurs déprimé et ne se trouvant pas en état de faire un gros effort d'intelligence.

Cette conception première de l'avertissement devant être donné par le médecin à son client, n'a pas pu résister aux nombreuses objections que l'on n'a pas manqué de soulever, et l'on constate une évolution très nette des tribunaux à ce sujet.

« Il est, en effet, inadmissible que l'on attire l'attention du malade avec une pareille insistance. La simple humanité défendrait déjà de développer devant lui des considérations non seulement ressemblant à un refus de le soulager, mais encore lui faisant un épouvantail de l'opération sur laquelle il compte pour sa guérison » (14).

La jurisprudence a donc été amenée à distinguer suivant les personnes auxquelles cet avertissement s'adresse.

S'il s'agit d'un individu dont l'intelligence est limitée, qui n'a reçu qu'une instruction rudimentaire, et ne se rend aucun compte exact de la gravité de son mal et de l'importance de l'intervention qu'on lui propose, nul doute qu'il soit nécessaire de lui fournir des renseignements assez complets ; par contre, si le médecin se trouve en présence d'un malade ayant reçu une

(14) Note Perreau, sous Amiens, 14 février 1906, *S.* 1909-2-225.

instruction supérieure à la moyenne, ou occupant une haute situation sociale, en un mot d'un niveau intellectuel élevé, qui, au simple énoncé du traitement ou de l'opération, en apprécie immédiatement les risques et les conséquences, il pourra se dispenser de tout éclaircissement.

Le médecin devra donc faire preuve ici de beaucoup de tact et d'une grande délicatesse; il sera parfois au contraire obligé de rassurer le patient dont l'esprit peu cultivé, en présence des procédés inconnus de lui, prenant de ce fait une apparence mystérieuse, forgera des risques imaginaires, démesurés; il en sera de même quand son client sera une personne inquiète, pusillanime, nerveuse, ou présentant des troubles du cœur et par suite prédisposée aux accidents cardiaques; car, à côté de la nécessité d'éclairer le malade, il ne faut pas méconnaître que de le démoraliser avant de lui faire subir une intervention, peut nuire au résultat de cette dernière. « La plus vulgaire prudence, dit M. Perreau, interdit rigoureusement d'entrer dans des explications capables d'éveiller chez le malade les craintes les plus vives, l'émotivité suffisant parfois à occasionner le décès, et la crainte de la mort paraissant contribuer grandement à l'amener par inhibition » (15).

Donc, en principe, le consentement du malade ne doit être donné qu'en connaissance de cause; mais cependant la jurisprudence admet que le médecin n'a pas à indiquer l'aléa de l'opération au client qui, par suite de sa condition intellectuelle et sociale, sait déjà

(15) Note Perreau, précitée.

à quoi s'en tenir, ou à celui qui pourrait en concevoir une crainte préjudiciable au résultat heureux de l'intervention.

§ 2. Pour quels actes du médecin le consentement du malade est-il nécessaire ?

Ce serait méconnaître l'esprit de la jurisprudence que de dire que le médecin doit s'assurer le consentement du malade dans tous les cas où il est amené à pratiquer sur lui un examen ou à le soumettre à une thérapeutique; il n'est pas besoin d'insister sur l'énorme complication que cela entraînerait pour l'exercice de la profession médicale.

Les tribunaux ont basé l'obligation de demander l'assentiment du malade sur une distinction entre les différents procédés de guérison et d'investigation, qui se résume ainsi: lorsque les procédés d'examen et de traitement employés par le médecin n'exposent le malade à aucun risque, il reste entièrement libre de son choix et par conséquent n'a pas à les soumettre à l'acceptation de ce dernier: par le simple fait qu'il se livre aux soins du praticien, il est censé l'autoriser à l'emploi de ce genre de moyens; par contre, dès que l'emploi d'un remède ou d'un moyen d'exploration expose le patient à certains dangers, le respect de la liberté individuelle exige qu'on se procure avant tout son assentiment (16).

Quels sont les procédés employés par le médecin qui, par suite de leur caractère risqué, nécessitent l'autorisation du malade? Nous nous contenterons

(16) Aix, 22 oct. 1906, *S.* 1909-2-321.

ici de les énumérer, car nous aurons l'occasion de les examiner plus en détails dans des développements ultérieurs.

Parmi les actes purement médicaux, la jurisprudence considère comme dangereux l'inoculation d'un virus ou d'un sérum, par suite des réactions qu'elle peut produire et des accidents assez fréquents qu'elle entraîne (17), l'exploration par la radiographie ou tout autre procédé présentant des inconvénients pour la santé (18), les traitements par l'électricité et la radiothérapie (19).

Quant aux actes chirurgicaux, ils sont tous considérés comme dangereux, qu'il s'agisse de l'anesthésie (20), ou d'une opération quelconque, même très courante (21).

L'homme de l'art n'est donc tenu de demander son consentement au malade que lorsqu'il se propose d'employer, en vue de la guérison, des procédés pouvant l'exposer à des risques graves.

§ 3. De qui le consentement doit-il être requis?

La nécessité du consentement du patient entraîne des difficultés d'application assez grandes en ce qui concerne la détermination de la personne dont il doit émaner.

(17) Lyon, 15 déc. 1859, en sous-note sous *S.* 1909-2-321 — Trib. de Grasse, 27 mai 1935, *G.P.* 27 sept. 1935.

(18) Cour d'Aix, 22 oct. 1906, *S.* 1909-2-321 — Cass., 31 oct. 1933, *G.P.* 1933-2-988.

(19) Tribunal de la Seine, 20 mars 1911, *G.P.* 1911-2-39.

(20) Chateau-Thierry, 7 juin 1905, *D.* 1905-5-41, précité.

(21) Liège, 30 juillet 1890, précité — Alger, 27 mars 1894, *S.* 1895-2-237.

Bien entendu ce consentement doit être donné par le malade lui-même, puisque nous avons montré que ce n'était là que l'usage d'un droit absolu, personnel, que nul autre que l'intéressé ne peut exercer sans porter atteinte à sa personnalité et à sa liberté. Mais il n'est pas difficile d'imaginer des cas où ce malade est dans l'impossibilité de consentir à un traitement, ou bien, où l'on ne peut raisonnablement tenir compte des manifestations de sa volonté. Que faut-il alors décider ?

La jurisprudence a eu dans certains cas l'occasion de se prononcer à ce sujet et, d'autre part, la doctrine a complété les décisions des tribunaux, de telle sorte que nous nous trouvons en présence d'un système très complet donnant une solution pour chaque hypothèse pouvant se présenter en pratique.

La Cour de Liège a posé en 1890 le principe suivant: « Pour pratiquer légitimement une opération chirurgicale, l'homme de l'art doit y être autorisé par le malade ou par la personne sous l'autorité de laquelle le malade se trouve » (21), c'est-à-dire par son représentant légal.

Envisageons d'abord le cas du mineur. S'il s'agit d'un enfant en bas-âge, le seul consentement à obtenir d'après la jurisprudence, est celui de ses parents. Mais comment résoudre le conflit qui pourrait naître à ce sujet entre son père et sa mère? D'après M. Hay, il semble qu'il faille donner au père, qui exerce la puissance paternelle, une voix prépondérante, et c'est là

(22) Liège, 30 juillet 1890, précité — Aix, 22 oct. 1906, précité.

du reste ce qui a été admis par le Conseil consultatif de l'Assistance publique (23).

Evidemment, cette solution est conforme aux principes du droit, mais elle n'est pas satisfaisante, car malheureusement il y a des parents qui n'ont pas pour leurs enfants les sentiments affectifs qu'ils devraient avoir : leur permettre de refuser une opération indispensable à l'un d'eux peut être un moyen commode de s'en débarrasser, moyen d'autant meilleur qu'il ne leur fait courir aucun risque de se voir imputer le décès éventuel et les fait échapper à toute responsabilité pénale.

Si le malade est un enfant capable de discernement, l'homme de l'art devra se munir de son autorisation, mais on reconnaît, et c'est là une solution étrange, que pour que l'opération puisse avoir lieu, il faut aussi le consentement des parents. Mais si l'enfant refuse, l'avis favorable du père serait inopérant (24).

Il est assez singulier qu'étant donné qu'il s'agit d'un malade qui a conscience des risques opératoires d'une part, et des dangers auxquels l'expose l'évolution de sa maladie, s'il refuse une intervention, il soit tout de même nécessaire au médecin de consulter les parents ou le représentant légal, d'autant plus que leur avis est sans effet si le patient oppose au praticien un refus obstiné.

Pour le mineur, le médecin doit donc toujours en référer à ses parents ou, à défaut, à son représentant légal (25).

(23) Hay, *op. cit.*, p. 123 et suivantes.
(24) Bru, *op. cit.*, p. 76.
(25) Trib. de Montpellier, 15 déc. 1909, *G.P.* 1910-1-187.

L'homme de l'art est en présence d'une femme mariée, doit-il obtenir en plus de son consentement celui de son mari? Brouardel répondait affirmativement et l'assimilait aux enfants (26). C'est là une solution que beaucoup se refusèrent d'admettre. M. Bru, s'appuyant sur le fait que la puissance maritale est moins étendue que la puissance paternelle, et sur l'état actuel de notre droit qui limite de plus en plus les pouvoirs du mari sur sa femme, est d'avis que seul le consentement de la femme mariée est nécessaire, d'autant plus, dit-il, que son incapacité ne vise que les actes juridiques.

Tel ne semble pas être l'avis de la jurisprudence (27).

Il paraît assez difficile de subordonner l'opération nécessaire à une femme mariée à l'assentiment de son mari: ce serait donner à ce dernier un véritable droit de vie et de mort sur son épouse.

On se heurte aussi à de graves difficultés quand on examine la situation des aliénés, sous ce rapport du consentement à donner au médecin pour une thérapeutique dangereuse. Il nous faut faire les distinctions usuelles.

Si l'aliéné n'est ni interdit, ni interné, le praticien pourra s'adresser directement à lui lorsqu'il sera dans une période de lucidité; en autre temps, il devra demander l'avis de la famille du malade. Cette solution n'est pas heureuse, car cet avis pourra être tout à fait

(26) Brouardel, *op. cit.*
(27) Toulouse, 26 oct. 1932, *D.* 1933-2-107.

étranger aux intérêts du malade et correspondre par contre à ceux de ses héritiers.

Si le malade est interdit, le consentement devra émaner du tuteur, sauf le cas où il se trouve dans un intervalle lucide.

Si l'aliéné est simplement interné, lorsqu'il ne pourra consentir valablement, l'usage courant dans les asiles est de se procurer l'assentiment de la famille.

Pour terminer cet examen des solutions données par la doctrine et la jurisprudence sur le consentement des incapables aux opérations, nous devons faire cette remarque que, ici, la capacité ne coïncide pas avec la capacité juridique. Les règles du droit commun veulent, en effet, que le mineur quel qu'il soit, du fait qu'il n'a pas atteint l'âge de la majorité légale, ne puisse faire aucun acte important l'intéressant sans l'assistance ou l'autorisation de celui qui est chargé de s'occuper de sa personne et de ses biens, de même pour la femme mariée et les personnes atteintes de maladies mentales. Or ici, il suffit que le patient ait une intelligence suffisamment développée, un esprit assez vif pour comprendre les éclaircissements que lui donne le praticien sur la gravité de l'intervention qu'il doit subir et ses dangers éventuels.

Mais ce principe n'est pas toujours appliqué dans toute son étendue, puisque l'on fait tout de même appel au mari de la femme mariée, et aux parents d'un enfant approchant de sa majorité.

A notre avis, le consentement émanant d'une personne autre que l'intéressé n'est qu'un pis aller, auquel on ne devrait recourir que dans les cas où l'on

ne peut prendre l'avis du malade, soit qu'il ne puisse exprimer sa volonté, soit qu'il ne puisse prendre une décision sensée.

§ 4. Quelles sont les conséquences du défaut de consentement?

Le médecin est donc obligé, avant d'entreprendre un acte dangereux pour le malade, de l'avertir des dangers auxquels il l'expose et d'obtenir son consentement ou celui de son représentant légal. Mais comment la jurisprudence sanctionne-t-elle le manquement à cette obligation ? C'est en rendant l'homme de l'art responsable des risques de l'opération.

Nous avons précédemment eu l'occasion de dire que le praticien ne pouvait jamais être rendu responsable des conséquences que pouvaient avoir pour le patient la thérapeutique ou l'opération à laquelle il l'avait soumis, alors que sa conduite avait été correcte et qu'elle ne pouvait faire l'objet d'aucune critique, et nous avons remarqué que le caractère conjectural de la science médicale et l'incertitude qui existe toujours sur le résultat d'une maladie ne pouvait qu'imposer cette solution.

Cette affirmation est exacte lorsque le médecin a demandé son assentiment au patient: ce dernier est alors censé avoir accepté en le donnant, les risques inhérents aux soins qu'il devait recevoir et en avoir déchargé le médecin.

Mais lorsque l'homme de l'art a négligé de prendre cette précaution élémentaire, lorsqu'il a agi sans pré-

venir le malade, sans y être autorisé par lui, de son propre chef, la jurisprudence considère qu'il a voulu prendre à sa charge les risques de l'opération, et par conséquent elle le rend responsable du résultat, quand il est préjudiciable au malade (28). Le consentement n'a absolument aucun effet sur la notion de la faute médicale, le médecin est toujours tenu des mêmes obligations de prudence et de respect des règles de sa profession ; ce consentement n'a pour conséquence que de transporter de la tête du médecin sur celle du malade qui l'a donné, les risques et les dangers que l'homme de l'art aussi consciencieux qu'il puisse être, est incapable d'enrayer, qui sont tout à fait indépendants de la valeur des soins qu'il donne et qui résultent de circonstances imprévisibles et surtout du tempérament du malade, de sa constitution physique.

Le praticien qui a agi sans autorisation est donc responsable non seulement de sa faute technique, mais encore des conséquences dommageables que l'opération a eu pour le patient ; mais s'il s'est comporté suivant les règles et qu'il a obtenu un succès complet, évidemment aucune obligation de réparation n'existe à sa charge, et on ne peut lui faire grief d'avoir agi sans autorisation.

Cette solution est assez logique ; le malade, si on l'avait pressenti, eut peut-être préféré à une intervention, dont les effets sont toujours hypothétiques et aléatoires, la continuation de sa maladie surtout si

(28) Alger, 4 nov. 1893 et 17 mars 1894, *S.* 95-2-237. — Montpellier, 15 déc. 1909, précité. — Aix, 22 oct. 1906, précité.

elle n'était ni gênante, ni douloureuse et ne mettait pas sa vie en péril immédiat.

Mais il est cependant des cas où le médecin ne sera pas à l'abri de tout recours quoiqu'ayant agi avec l'assentiment du malade, ou même à la suite de ses supplications et où il répondra des conséquences d'une opération, dans l'accomplissement de laquelle il a pu faire preuve d'une adresse et d'une virtuosité remarquables. Les tribunaux considèrent, en effet, dans certaines circonstances, qu'il est des risques que le consentement ne permet pas d'excuser, aussi lorsque l'homme de l'art aura entrepris un traitement dont la gravité et les dangers sont hors de proportion avec le mal à guérir ou avec l'amélioration qu'ils peuvent amener, il commet une faute et engage sa responsabilité.

Ce sont des infirmités dues à des opérations de chirurgie esthétique qui ont permis à la jurisprudence de dégager ce principe. En 1913, la Cour de Paris fut saisie des faits suivants: un radiologue avait entrepris un traitement radiothérapique sur une jeune fille en vue de faire disparaître une barbe malencontreuse; ce traitement avait été si énergique qu'une radiodermite du deuxième degré s'était déclarée qui avait laissé des cicatrices étendues, défigurant le visage de la patiente; celle-ci avait attaqué le praticien, quoiqu'aucune faute n'ait pu être relevée à sa charge. La Cour condamna le médecin en déclarant: « Considérant que malgré cet inconvénient redoutable (le risque de brûlures), le médecin ne doit pas hésiter à appliquer ce traitement lorsque la santé du malade l'exige,

et si on ne peut le rendre responsable d'accidents qu'il ne pouvait prévoir ou qu'il a tout fait pour prévenir, il n'en est pas de même lorsque comme dans l'espèce, le médecin se trouve en présence non pas d'un mal à guérir mais d'une simple imperfection physique à faire disparaître ou dissimuler ; que dans ce cas, l'intérêt de la science ni l'intérêt du malade n'exigent que pour un si minime résultat on risque, sinon de le faire mourir, tout au moins changer son imperfection en un mal véritable et de l'aggraver... Considérant que la demoiselle X... n'avait qu'un peu de barbe au menton, que sans doute sa coquetterie en souffrait... mais qu'il n'y avait pas chez cette jeune fille d'obsession quasi-maladive qui aurait pu jusqu'à un certain point justifier l'intervention ; considérant dans ces conditions que connaissant mieux que personne les dangers possibles du traitement, avec insuccès possible, il avait le devoir de refuser son concours... » (29).

Les termes de l'arrêt laissaient entrevoir que le médecin eut été déchargé si la jeune fille s'était trouvée en proie à une « obsession quasi-maladive », le traitement dans ce cas eut eu pour objet, autant de la guérir au point de vue mental que de faire disparaître sa barbe disgracieuse.

Des décisions postérieures ont montré encore plus de sévérité. Citons simplement une affaire qui eut un grand retentissement dans le monde médical par suite de la personnalité du médecin en cause. Il s'agissait d'une jeune première d'une grande maison de

(29) Paris, 22 janv. 1913, *S.* 1918-2-97. Voir aussi : Cass. civ, 29 nov. 1910, *S.* 1921-1-119.

couture parisienne qui, affligée de jambes trop fortes, et jugeant que cela nuisait à sa carrière, était allée demander à un chirurgien de lui en réduire le volume. Celui-ci fit l'opération demandée, avec le plus grand soin, sur une seule jambe pour commencer ; mais des complications survinrent qui rendirent nécessaire l'amputation.

Aucune faute technique ne pouvait être relevée contre l'homme de l'art et le consentement de la victime était établi : néanmoins le tribunal jugea le chirurgien responsable et le condamna à une forte indemnité. Cependant il avait été prouvé qu'il n'avait accepté d'opérer que sur les instances pressantes de la jeune fille qui avait même menacé de se suicider. Contrairement à la décision précédente, le tribunal avait déclaré qu'étant donné cette exaltation excessive, le libre arbitre de la jeune fille était obnubilé, qu'elle n'avait pu donner son consentement, et que le chirurgien aurait dû la confier à un psychiâtre (30).

Ainsi donc, l'homme de l'art qui use d'un traitement dont les risques sont hors de proportion avec le but à atteindre, est responsable des dommages que peut causer ce traitement, et le consentement du patient ne saurait faire disparaître ou simplement atténuer cette responsabilité, car elle sanctionne le manquement à un devoir de la profession médicale qui consiste pour le médecin auquel on demande un traitement déraisonnable, à refuser son ministère.

Mais s'il est des cas où le praticien, même muni du consentement du patient doit néanmoins supporter

(30) Seine, 25 février 1929, *G.P.* 1929-1-424.

les risques de l'opération, il en est d'autres où, quoique n'ayant aucune autorisation, il est déchargé de ces risques.

Il arrive fréquemment que l'homme de l'art ne puisse se procurer l'assentiment de la personne qu'il est appelé à soigner ou de son représentant légal, notamment au cas d'accident: la victime est dans le coma, elle a une fracture du crâne, la trépanation s'impose; on est bien forcé d'admettre que le praticien peut la pratiquer de sa propre initiative.

Le cas s'est aussi présenté devant les tribunaux, du chirurgien qui, au cours d'une opération, constate qu'il est nécessaire de modifier son intervention dans un sens qu'il n'avait pas prévu, qu'il lui faut par exemple procéder à l'ablation d'un organe qu'il ne pensait pas atteint. Doit-il alors consulter le malade et pour cela le réveiller?

La solution de la jurisprudence est la suivante: le praticien ne devra en référer au client que s'il peut le faire sans inconvénient pour son état; mais si cela doit présenter un danger, il doit continuer l'opération dans le sens qu'il juge nécessaire (31).

On estime que dans tous ces cas, l'urgence, la nécessité d'agir déchargent le médecin des risques; mais elles ne lui permettent pas de se montrer moins diligent ou moins prudent; ainsi que nous l'avons dit en démontrant que dans ces hypothèses il existe une véritable gestion d'affaires, l'homme de l'art est tenu de respecter scrupuleusement les règles de sa profession.

(31) Paris, 28 juin 1923, *Gaz. des Trib.*, 26 nov. 1923. — Lannion, 19 déc. 1932, *G.P.* 1933-1-339.

La dernière question qui se pose au sujet du consentement a rapport à sa preuve. Comment le médecin va-t-il établir qu'il a respecté l'obligation qui lui incombe et qu'il a obtenu l'autorisation de procéder à l'opération?

Le consentement du patient pourra se présenter sous différentes formes; il sera contenu par exemple dans une lettre que le malade aura adressée à l'homme de l'art et dans laquelle il lui dira qu'après réflexion il s'est finalement décidé à se soumettre aux risques d'une intervention; par ailleurs, le praticien pourra demander à son client un consentement écrit l'autorisant à tenter tel traitement déterminé, mais cela n'est pas dans les usages de la profession et l'on pourrait craindre qu'une pareille manière d'agir affole le malade. Le plus souvent le consentement sera verbal, le médecin le prouvera par témoins, proches parents du malade par exemple, qui assistaient à la consultation ayant précédé l'opération. A défaut de titre ou de témoin, le médecin pourra démontrer que l'existence du consentement qui lui est imposé avant d'agir découle des faits (32): si le patient s'est rendu par ses propres moyens à la salle d'opération ou chez le praticien pour y subir l'intervention convenue par avance ou pour se soumettre au traitement préalablement arrêté d'un commun accord avec l'homme de l'art, ou bien s'il s'est occupé lui-même de retenir une chambre dans une clinique et s'est assuré la présence d'un autre médecin à l'opération pour lui administrer

(32) Cass., 31 oct. 1933, rapporté dans la revue *La Clinique* de juillet 1934.

l'anesthésie, il serait invraisemblable d'admettre qu'il n'était pas consentant.

Tous ces faits, d'où s'induit le consentement du malade, sont souverainement appréciés par les tribunaux qui se montrent extrêmement prudents de peur de condamner à tort le praticien innocent.

En résumé, le simple fait que le malade contracte avec le médecin ne comporte pas pour ce dernier l'autorisation de faire tout ce qu'il jugera nécessaire en vue de la guérison. Il est, en effet, des actes particulièrement dangereux pour lesquels le praticien devra obtenir l'assentiment de son client sous peine d'être considéré comme responsable de leurs conséquences, même s'il a agi avec toute la prudence désirable. Cependant, la nécessité de ce consentement tombera dans certaines circonstances exceptionnelles, où l'intérêt du malade exige que l'homme de l'art agisse avec toute la rapidité possible, et où le moindre retard risquerait d'être préjudiciable.

Section III

L'abandon du malade

Nous avons déjà eu précédemment l'occasion de dégager le principe que le médecin n'est pas tenu de se rendre au chevet de tout malade qui le demande, qu'il est entièrement libre de choisir à sa guise parmi les personnes qui le sollicitent, celles qu'il lui plaît de voir faire partie de sa clientèle. Mais nous nous sommes déjà aperçus que, lorsqu'il y avait eu promesse de fourniture de soins faite par le praticien, il ne

pouvait se dérober à l'obligation de procurer à son cocontractant les actes de sa profession dans les conditions où il s'y était engagé.

De même lorsque l'homme de l'art a commencé à faire suivre un traitement au malade, dans quelques circonstances que ce soit, on considère qu'il s'est formé un lien contractuel qui le force à continuer ses soins jusqu'à la complète guérison; s'il abandonnait alors le malade, il risquerait de lui causer un grave préjudice et par conséquent s'exposerait à se voir condamner à une réparation.

L'abstention du médecin au cours d'une maladie peut, en effet, avoir des conséquences incalculables et causer un dommage considérable au patient.

Il s'agit par exemple d'une maladie chronique dont le praticien a suivi toute l'évolution depuis fort longtemps, il allait visiter le malade à intervalles réguliers; un jour il ne vient pas: le malade, croyant à un empêchement, l'attend le lendemain et les jours suivants, mais en vain; il fait plusieurs démarches qui restent sans succès, et se décide enfin à faire appel à l'un de ses confrères. Pendant quelques jours le patient sera resté sans soins: or, l'on sait le développement extrêmement rapide de certaines affections qui, lorsqu'elles ne sont pas étroitement surveillées et combattues d'une manière continue, deviennent très vite incurables. D'autre part, on aperçoit aisément les inconvénients que peut avoir un changement de médecin au cours d'une maladie: le deuxième praticien ne connaissant pas la personne à laquelle il a affaire éprouvera souvent des difficultés à poser le diagnostic, d'autant

plus que, en général, il ne recevra d'elle que des renseignements assez vagues, il sera même parfois obligé de faire faire des analyses coûteuses déjà faites par son prédécesseur; il tâtonnera en ce qui concerne le traitement, prescrira des remèdes déjà essayés et abandonnés pour leur inefficacité ou les réactions dangereuses qu'ils avaient déterminées: tout cela sera une perte de temps déplorable, bien capable de ne pas favoriser une guérison rapide, et entraînera pour le malade des frais supplémentaires.

Si l'on est en présence d'une maladie aiguë, le dommage sera encore plus grand, car le moindre moment perdu peut être funeste et souvent le nouveau médecin arrivera trop tard pour pouvoir tenter quelque chose avec chance de succès.

La jurisprudence a donc été amenée à prendre en considération la situation du malade abandonné. Selon les principes généraux, pour que ce dernier puisse obtenir réparation, il faudrait que soient prouvés une faute, un préjudice, une relation de cause à effet entre eux. Un arrêt de la Cour de Pau, du 1er mai 1900 (33), a développé ces principes et a exigé dans notre cas la preuve de trois faits: d'abord, de l'abstention volontaire de l'homme de l'art (preuve de la faute), puis de l'efficacité probable de ses soins s'ils avaient été donnés (preuve du dommage et de son lien de causalité avec la faute), enfin de la possibilité, si le malade avait prévu son abandon, de s'adresser à un autre médecin. Nous allons reprendre ces trois points en détail.

(33) Pau, 1er mai 1900, *S.* 1900-2-301.

L'abstention du médecin sera en elle-même assez facile à prouver. Mais pour qu'elle soit coupable, il faut qu'elle soit volontaire, et cette volonté certaine du praticien de refuser son concours alors qu'il le devait, pourra au contraire présenter des difficultés quant à sa preuve.

Bien entendu le praticien mis en cause fera tout son possible pour établir soit qu'il a été empêché de continuer de donner ses soins, soit que son refus se justifiait par suite de faits imputables à son client.

S'il arrive à démontrer que son abstention a été déterminée par des circonstances totalement indépendantes de sa volonté, telles qu'une maladie, un accident, ou simplement la nécessité où il se trouvait de rester aux côtés d'un malade plus gravement atteint, il ne saurait être question de lui en faire grief, ce sont là des cas de force majeure, aucune faute n'existe à sa charge.

L'abandon ne pourra pas non plus lui être reproché, lorsque le client s'étant mal conduit envers lui, il s'est vu alors dans l'obligation de cesser toute relation avec lui.

Ce sera quand l'attitude du patient a été telle que le médecin peut considérer que sa dignité est atteinte : il a été traité avec grossièreté, on lui a dit des injures ou bien on a exprimé des reproches contenant des insinuations visant sa conscience professionnelle. Mais avant de prendre cette décision de délaisser le malade, le praticien devra examiner avec sang-froid et sans colère, si la personne qui s'est conduite de la sorte n'était pas sous l'empire d'une vive souffrance

ou en train de délirer et si elle se rendait compte de la gravité et de la portée de ses paroles.

Parfois le malade, tout en étant correct avec l'homme de l'art, refusera de se soumettre à ses prescriptions et à ses conseils, suivra une médication tout à fait fantaisiste, ou compromettra le résultat d'un traitement par des imprudences inqualifiables. On admet fort bien que le médecin, las de voir le peu de cas que l'on fait de ses avis, puisse ici encore se retirer (34).

Les hypothèses les plus fréquentes où le praticien abandonne volontairement le malade sont, d'abord, celle où il n'arrive pas obtenir de lui le paiement des honoraires qui lui sont dus, et ensuite celle où il a eu connaissance que ce dernier a fait appel, à son insu, à un autre praticien pour contrôler son diagnostic: ce fait constitue une grave incorrection, il montre au praticien que son client n'a plus en lui une confiance absolue, sa dignité lui ordonne de se retirer, et de laisser la place à celui de ses confrères qui lui a été préféré. Si dans la suite le malade fait de nouveau appel à lui, il est en droit de lui répondre par une fin de non-recevoir.

Mais le médecin, pour être à l'abri de toute critique dans tous les cas où il a délaissé le malade, que ce soit involontairement, ou parce qu'il considérait que la continuation de ses relations avec lui était devenue impossible, ce médecin fera bien de se faire remplacer par un de ses confrères ou simplement de prévenir le

(34) Donnedieu de Vabres, Duvoir et Desoille. Rapport au XVI[e] Congrès de médecine légale, précité.

client, afin que ce dernier sache bien qu'il n'a pas à compter sur lui, et qu'il aille directement en cas de nécessité s'adresser à un autre praticien, sans perdre son temps en se livrant auprès de lui à une démarche inutile.

Le praticien auquel on aura reproché d'avoir abandonné son malade sera donc considéré comme fautif s'il n'a pas fait la preuve soit d'un fait l'empêchant de continuer ses soins, soit d'une conduite désobligeante du malade à son égard.

Il arrive assez fréquemment qu'un praticien âgé désire se retirer, ou qu'un jeune médecin accepte une situation avec traitement fixe, d'une grande compagnie et s'engage à lui consacrer toute son activité. Dans l'un ou l'autre cas, le médecin en cause ne veut plus continuer à s'occuper de ses malades. Sa décision est légitime, mais ne va-t-elle pas constituer un abandon de malade? Certainement non, à condition toutefois qu'appliquant en cela les règles de la plus élémentaire courtoisie, le médecin prévienne le malade de son intention, lui demande sur quel confrère sa confiance va se porter pour le remplacer, et se mettre en relation avec ce dernier pour lui transmettre le malade, en lui exposant les tenants et aboutissants de la maladie, en lui expliquant ce qui a été fait et ce qui reste à faire.

Il en sera de même lorsqu'il voudra s'absenter, partir en vacances par exemple (35).

A côté de la faute du médecin, pour qu'il puisse être condamné au versement d'une indemnité, il faut en-

(35) Trib. de Grasse, 27 mai 1935, *G.P.* 1935-2-341.

core qu'un préjudice soit établi: c'est là une preuve bien difficile à faire. Ou bien le malade sera mort, ou bien son état se sera irrémédiablement aggravé, mais comment dire que c'est le fait de l'absence du médecin, comment prétendre que les soins qu'il aurait pu donner auraient amené la guérison ou une amélioration, auraient enrayé l'action du mal? Pas plus qu'on ne peut prévoir à l'avance l'issue d'une maladie, on ne peut affirmer *a posteriori* que tel acte déterminé, s'il avait été accompli aurait entraîné tel effet, car comme nous l'avons déjà dit, sur dix personnes auxquelles le même traitement est appliqué, il n'y en a que deux ou trois qui réagissent de la même façon. Ce ne sera donc que dans quelques cas très rares que l'on pourra imputer à coup sûr l'état du malade à l'abstention du médecin.

Faute, dommage en résultant, normalement lorsque ces deux éléments sont prouvés, la responsabilité est fatalement encourue; mais la Cour de Pau a exigé dans notre cas autre chose encore: elle veut qu'il soit démontré que c'est parce que le malade comptait sur son médecin, et l'attendait, qu'il n'en a pas fait venir d'autre. Voilà une exigence qui ne s'explique guère; en en tirant les conséquences logiques qu'elle comporte, on arriverait à dire que le médecin serait dégagé de toute responsabilité si le malade était dans l'impossibilité de recourir à un de ses confrères. C'est là quelque chose d'absurde. Et d'ailleurs, du moment qu'il y a faute, préjudice, relation de cause à effet entre eux, le Code estime qu'il n'est pas nécessaire de chercher plus loin pour caractériser la responsabilité.

On pourrait penser que la Cour de Pau a voulu dire ceci : lorsqu'il y a doute sur l'imputation de l'état du malade à l'abandon dans lequel l'a laissé le médecin, on pourrait tout de même considérer qu'il a causé un dommage à son client par suite du fait que c'est sa promesse de soins, formelle, ou déduite des circonstances, de ce qu'il avait commencé de soigner le malade, qui a empêché que ce dernier s'adresse à un autre praticien, qui l'a privé de toute assistance médicale. Mais pour admettre cela, il faudrait encore prouver que cette assistance médicale aurait eu des conséquences heureuses, et établir cela, revient à démontrer que l'absence du médecin a causé un dommage au malade, car l'amélioration amenée par l'intervention du confrère appelé à le remplacer, il n'y a pas de raison qu'il n'ait pu l'amener lui-même.

A notre avis la dernière condition exigée par l'arrêt de la Cour de Pau doit être considérée comme superflue, et il faut dire que l'homme de l'art devra une réparation lorsque, d'une part, il y aura abandon du malade par négligence ou mauvaise volonté, et lorsque d'autre part, on pourra affirmer que la santé du malade en a pâti.

Section IV

Les fautes dans la rédaction des certificats et rapports médicaux

A côté des cas où une personne se rend chez le praticien pour solliciter de lui des soins, il arrive très souvent qu'un individu aille le trouver pour lui deman-

der de l'examiner afin de déterminer s'il est en bonne santé ou, au contraire, s'il est atteint de maladie, et d'établir un acte écrit relatant le résultat de son examen.

C'est que l'on a parfois à faire la preuve de son intégrité physique: l'Etat et quelques organisations privées ont l'habitude d'exiger des candidats qui se présentent à certains postes, des garanties concernant leur santé; ou bien l'accès de certains lieux est interdit aux personnes atteintes d'une certaine maladie, ou, au contraire, à celles qui n'en sont pas atteintes. On a aussi intérêt à prouver une déficience de son organisme, lorsqu'on veut obtenir réparation du préjudice subi au cours d'une guerre à laquelle on a pris part, ou bien venant d'un accident, ou enfin suite de coups qui vous ont été portés.

Le praticien a donc à établir parfois de véritables actes médicaux: ils prennent le nom de certificats et de rapports.

Le certificat médical est, dit BROUARDEL, « un acte médical légal » (36); il consiste en une attestation donnée par le médecin pour établir soit l'existence d'une maladie, soit les conséquences d'un accident, soit au contraire un état de bonne santé. Il est rédigé seulement sur la demande du malade, des personnes qui le représentent, ou qui ont le droit d'obtenir cette attestation. Le certificat n'est soumis à aucune condition de forme, si l'on excepte un droit de timbre qui le frappe dans certains cas.

(36) BROUARDEL. *La responsabilité médicale*, op. cit.

Le rapport médical a un caractère officiel: c'est l'acte dressé par un médecin sur la demande d'un magistrat qui l'a désigné comme expert, et qui l'a chargé d'une mission précise, nettement délimitée, consistant par exemple dans la recherche de tel mal chez un individu, de la détermination de ses causes probables, et du taux d'invalidité qu'il comporte.

On aperçoit aisément la valeur comme titres de preuve de pareils écrits, délivrés par des personnes compétentes, et les conséquences graves des déclarations fausses ou erronées lorsqu'ils en contiennent: ces dernières peuvent engager la responsabilité du médecin envers le malade, mais aussi envers ceux auxquels ce dernier avait intérêt à faire la preuve de son état de santé. Ces pièces sont entièrement comparables aux actes dressés par des officiers publics, aussi doivent-elles être rédigées en observant la plus grande exactitude.

Malheureusement certains médecins, notamment en ce qui concerne le certificat médical, ne se rendent pas suffisamment compte de son importance: ils le délivrent à la légère, se contentant de reproduire les affirmations de l'intéressé sans prendre la peine de les contrôler, et les couvrent de leur signature; d'autres, encore moins scrupuleux et désireux de satisfaire le client, n'hésitent pas à établir des certificats de complaisance, de faux certificats. Comment s'étonner alors que parfois on reconnaisse peu de valeur à ces actes et qu'on les reçoive avec défiance?

Le juge a été très souvent amené à intervenir dans la question et le médecin a eu à répondre pénalement,

mais aussi civilement, et c'est ce qui nous intéresse, des faits inexacts qu'il avait certifiés. Nous allons dégager des différentes décisions les règles que doit observer pour l'établissement de ses certificats le praticien soucieux de ne commettre aucune faute, et de n'encourir aucune responsabilité.

Avant de rédiger le moindre certificat, le médecin doit d'abord se livrer à un examen approfondi de l'individu afin de vérifier qu'il entièrement sain, ou qu'il est réellement malade, et dans ce cas, afin de préciser ensuite le degré de l'affection; bien entendu, il pourra se dispenser de cet examen s'il s'agit d'une personne qu'il soigne habituellement et surveille médicalement. Au cours de ses recherches, le praticien devra questionner l'intéressé sur ses antécédents morbides, son hérédité, pour être en possession de tous les renseignements susceptibles de l'éclairer sur son état. Mais il ne devra cependant pas écouter d'une oreille trop crédule les allégations qui lui seront fournies, car le malade a toujours intérêt à ce que le certificat soit établi dans un certain sens, et cherchera souvent à tromper le praticien.

Lorsque cet examen sera terminé, l'homme de l'art devra en consigner les résultats sur le papier. Il semblerait que le respect de l'obligation qui s'impose au médecin de ne rien divulguer qui puisse préjudicier au malade, tombe ici: l'homme de l'art doit dire si telle personne est atteinte ou non de telle maladie, et le plus souvent il remet la pièce à cette personne elle-même, à laquelle il peut confier les choses les plus secrètes la concernant; cette dernière est libre de ne

pas produire cette pièce si elle juge qu'elle peut lui causer préjudice. Cependant la jurisprudence décide que l'existence dans un certificat d'énonciations dommageables permet un recours en indemnité contre le médecin pour violation du secret professionnel auquel il est astreint (37). On ne saurait donc recommander trop de prudence ici, et nous dirons qu'avant de rédiger le certificat le praticien fera bien de s'enquérir auprès de l'intéressé de l'usage qu'il compte faire du titre qu'il sollicite; sachant alors à qui il sera communiqué, il pourra apprécier ce qu'il lui est permis de divulguer, et ce qu'il doit taire.

On admet que le médecin doit s'abstenir dans un certificat médical de toute énonciation n'ayant pas un rapport étroit avec ce qu'on lui demande de constater: c'est ainsi que la Cour de Cassation a condamné un médecin qui avait établi un certificat en vue de faire interner une personne, dans lequel, non content de signaler les signes d'aliénation mentale qu'elle présentait, il avait déclaré qu'elle avait un frère dégénéré, une sœur peu intelligente et un enfant présentant des signes très marqués de dégénérescence mentale (38).

De même dans un rapport médical, il devra se cantonner étroitement dans les limites de la mission qui lui a été confiée, il devra éviter toute indication ne pouvant être considérée comme indispensable pour éclairer le juge et emporter sa conviction.

Tout comme les actes publics, les certificats et rap-

(37) Seine, 11 juillet 1901, *G.P.* 1901-2-181 — Le Havre, 4 juin 1921, *Gaz. Trib.* 1922-2-122. — En sens contraire: Rouen, 8 nov. 1922, *S.* 1926-2-73.

(38) Cass. rèq., 13 mai 1908, *D.* 1908-1-366.

ports médicaux ne doivent contenir que les constatations réellement faites par celui qui les établit. Le praticien engagera donc sa responsabilité s'il certifie des faits qu'il n'a pas été vérifier par lui-même, ou qu'il n'a pu vérifier, ou si l'état de choses qu'il déclare avoir constaté est contraire à ce qui existe.

C'est ainsi qu'ont été jugés en faute le praticien qui, appelé à constater des blessures provenant d'un accident, avait établi un certificat en se contentant des déclarations de la victime et sans les contrôler (39), ainsi que celui qui avait délivré un certificat d'internement d'une personne nullement aliénée, sans l'avoir examinée, à la simple requête des parents qui la trouvaient gênante (40).

Mais il peut se faire que le médecin se soit trompé, il aura bien examiné le patient, mais aura mal interprété les symptômes qu'il présentait, il aura commis une erreur de diagnostic. Peut-on lui tenir rigueur de ce défaut de pénétration, de ce manque de clairvoyance? Du moment que ce médecin a fait ce qu'il devait, que sa bonne foi est prouvée, on applique la règle que nous exposerons ultérieurement qu'une erreur de diagnostic ne permet de rendre le médecin responsable, que si elle dénote une erreur grossière que ses études auraient dû l'empêcher de commettre (41).

Le certificat ne doit donc rien contenir que le médecin n'ait constaté ou vérifié personnellement; cepen-

(39) Seine, 12 juillet 1896, *D.* 1896-2-374.

(40) Caen, 16 janv. 1901, *S.* 1904-2-370 — Nimes, 3 juillet 1911, *D.* 1914-2-85.

(41) Rouen, 30 juin 1896, *G.P.* 1896-2-suppl. 14.

dant, lorsqu'il lui faut indiquer les causes probables d'une affection, et qu'il ne peut les déterminer, il pourra mentionner ce qu'il a appris du malade, mais en spécifiant bien que ce sont les dires de ce dernier, et qu'il entend décliner toute responsabilité quant à leur inexactitude.

Le médecin doit donc, dans la rédaction de ses certificats et rapports médicaux, user de beaucoup de prudence et de réserve; s'il doit indiquer uniquement ce qu'il a constaté, il ne doit parfois pas indiquer tout ce qu'il a constaté, car les énonciations qui ne sont pas indispensables et peuvent causer un préjudice au malade de quelque façon que ce soit, pourraient engager sa responsabilité.

Section V

La transmission de maladies

Les hypothèses que nous avons envisagées jusqu'à présent de fautes pouvant être commises par le médecin sont celles qui sont soumises le plus souvent à l'appréciation du juge; elles ont donné lieu à de nombreuses décisions. Mais à côté d'elles, il en existe d'autres plus rares, soit qu'elles ne puissent se produire que dans certaines conditions spéciales, soit qu'elles dénotent une plus grande imprudence ou négligence de la part de leur auteur, mais qui entraînent aussi des conséquences très graves.

La science médicale a établi depuis fort longtemps qu'un bon nombre de maladies présentent ce caractère particulier de pouvoir se transmettre aux personnes

qui se trouvent en rapport direct et même parfois indirect avec celui qui en est atteint, à moins qu'elles n'aient été préalablement immunisées. Ce sont les maladies dites contagieuses, et, en général, toutes celles qui résultent de l'existence dans l'organisme d'un microbe qui, par sa présence, détermine certains troubles. Le rôle du médecin en face de ces affections est très important: car, à sa tâche normale qui consiste à donner des soins au malade en vue de le guérir, vient s'ajouter une tâche sociale, si l'on peut dire, qui est de prévenir la propagation de la maladie; le praticien qui méconnaît cette partie de son devoir peut voir sa responsabilité engagée, s'il est prouvé que, par sa faute, à la suite d'une négligence, une personne saine a été contaminée.

Pour éviter la transmission de maladies, le médecin doit donc prendre lui-même certaines précautions, mais aussi en faire prendre dans l'entourage du malade après avoir attiré l'attention sur le risque de contagion.

Le praticien est, en effet, plus que tout autre personne susceptible de colporter les germes de maladies, puisque, de par sa profession, il voit chaque jour un grand nombre d'individus atteints d'affections variées; s'il est impossible de l'obliger chaque fois qu'il examine un malade contagieux à se soumettre à des mesures de désinfection complète, de se changer par exemple, afin de pouvoir faire passer ses vêtements à l'étuve, il est cependant des précautions élémentaires telles que de se laver les mains, enfiler une blouse propre, qui n'entravent pas l'exercice de sa profes-

sion et ne lui font perdre que peu de temps: il devra les observer, sinon il pourrait être considéré en faute. En réalité, comme il est très difficile, pour ne pas dire impossible, dans la plupart des cas de prouver d'une façon indiscutable qu'il a introduit par sa seule présence chez un client le germe d'une maladie, cette responsabilité est rarement encourue; nous n'avons connaissance en effet que d'une seule décision ayant rendu responsable un médecin dont la faute consistait dans un défaut de précaution: Il s'agissait d'un médecin qui avait contaminé une femme qu'il avait accouchée (42).

Si le praticien est lui-même atteint d'une maladie dont le caractère contagieux est certain, et si continuant à exercer sa profession, à visiter ses clients, à leur donner des soins, il leur passe la maladie dont il souffre, l'existence d'une faute à sa charge est évidente, et sa responsabilité est inévitable. BROUARDEL rapporte ainsi le cas d'une sage-femme, qui ayant un chancre au doigt, avait communiqué la syphilis à plusieurs de ses clientes qu'elle avait soignées avant d'être guérie, et avait pour cela été condamnée à les indemniser par le tribunal de Brives-la-Gaillarde (43); si des circonstances analogues mettant en cause des médecins n'ont jamais, jusqu'à présent, été soumises à l'appréciation des juges, il n'existe à notre avis aucune raison de ne pas considérer cette solution comme devant être étendue à leur cas.

(42) Douai, 21 juillet 1924, *G.P.* 28 octobre 1924.

(43) Trib. de Brives-la-Gaillarde, 28 mars 1874. Rapporté dans les *Annales d'hygiène publique*, 1874, t. 42, p. 134 et par BROUARDEL *op. cit.*

Il peut y avoir aussi transmission de maladies par suite de l'emploi des mêmes instruments pour les soins à donner à une personne malade et à une autre personne saine; le praticien qui ayant fait une piqûre à un individu atteint d'une maladie contagieuse se servira ensuite de la même aiguille sans la stériliser pour faire une injection à un autre et l'aura ainsi contagionné, sera en faute; mais il sera plutôt condamné pour avoir omis l'application d'une des règles essentielles de la médecine moderne, celle de l'asepsie.

Si l'homme de l'art doit prendre lui-même des précautions relatives à la désinfection de sa personne et de ses instruments, il doit aussi prévenir les parents du malade, ceux qui l'approchent, du risque de contagion, leur signaler le danger auquel ils s'exposent en le fréquentant et leur conseiller d'observer certaines mesures préventives. Cela résulte d'un arrêt de la Cour de Dijon qui a déclaré que commettait une imprudence engageant sa responsabilité, le médecin qui après avoir examiné un enfant devant être confié à une nourrice, n'avait pas prévenu celle-ci que son nourrisson était syphilitique et pouvait la contaminer (44).

Ainsi donc la responsabilité du médecin en cas de propagation de maladies ne peut être retenue que dans trois cas: lorsqu'il a transmis à un client le mal dont il souffrait lui-même, lorsqu'il lui a communiqué une maladie en se servant d'instruments non stérilisés, enfin lorsqu'il a laissé une personne en contaminer d'autres en négligeant de les mettre en garde contre une contagion toujours possible.

(44) Dijon, 14 mai 1868, *D.* 1869-2-195.

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ POUR FAUTES MÉDICALES

Nous voici maintenant arrivés à l'activité véritablement technique du médecin. Dans l'exercice de son art on lui impose, avec une rigueur que justifient les conséquences redoutables que peuvent avoir ses actes, de toujours se conformer aux quelques principes de la science médicale dont l'efficacité n'est plus à démontrer : il ne peut donc être considéré comme fautif que lorsqu'il est prouvé qu'il a transgressé sans raison scientifique valable un de ces principes. Mais il est bien des maux dont le progrès n'a point encore pénétré les secrets, citons par exemple le cancer : est-ce à dire que dans les cas s'y rapportant le praticien peut agir à sa fantaisie? Certainement non, il faut alors que sa conduite soit réglée sur une théorie ayant quelque valeur scientifique, ou sur l'opinion autorisée de l'un des maîtres de la médecine.

La lutte que le médecin engage contre la maladie se décompose toujours en deux phases très différentes l'une de l'autre : d'abord celle du diagnostic au cours de laquelle il recherche la nature du mal, afin d'en déduire la meilleure façon de le combattre; puis celle

du traitement qui met en œuvre les moyens destinés à l'annihiler. Dans la plupart des cas le diagnostic précède le traitement, mais il arrive cependant assez souvent que ces deux séries d'actes ne soient pas nettement tranchées et se confondent, le diagnostic sera parfois provisoire, donc sujet à des changements qui auront lieu par exemple après l'échec d'un traitement, ou à la suite de complications qui seront intervenues.

Dans un but de clarté, nous envisagerons successivement le diagnostic puis le traitement, ainsi qu'ils se présentent dans les cas les plus simples.

Section I

Fautes se rapportant au diagnostic

Il est un point qu'il faut au préalable élucider: qu'est-ce exactement que le diagnostic? Nous en avons déjà parlé à plusieurs reprises, sans jamais en donner de définition précise. L'étymologie de ce mot en fait apercevoir le sens: nous trouvons une racine latine qui signifie chercher à connaître: il s'agit donc de chercher à connaître la maladie en présence de laquelle on se trouve. Le diagnostic est par conséquent l'acte médical, ou plutôt la série d'actes médicaux, qui a pour objet de recueillir tous les renseignements susceptibles d'éclairer le praticien, de les interpréter, et de déduire de l'ensemble des faits rassemblés quelle est la nature de l'affection dont est atteint le malade et quel est son degré de gravité; il consiste ainsi à faire rentrer telle situation particulière dans le cadre d'un état pathologique connu, et

permet d'appliquer à cette situation les procédés thérapeutiques dont l'efficacité a été éprouvée dans les cas analogues (1).

L'importance du diagnostic n'est pas à démontrer : il dicte le traitement à suivre, donc s'il est inexact, ce traitement ne sera pas approprié au mal à guérir, il risquera d'avoir un effet contraire à son but, de causer au malade plus de mal que de bien.

Mais si cet acte est le plus important de l'activité du médecin, celui dont dépendent tous les autres, il se trouve être aussi par malheur, le plus délicat à accomplir. Il existe une infinie variété de maladies, parfois très voisines les unes des autres, que révèlent des symptômes quelquefois rares et imprécis, d'autant plus difficiles à interpréter qu'ils peuvent avoir des sens très différents et sont fréquemment en contradiction. Par ailleurs, la science médicale, malgré son développement actuel, ne met pas toujours à la disposition de celui qui la pratique des procédés susceptibles de lui donner une certitude absolue.

Il y aura donc des erreurs qui seront inévitables et qu'on ne pourra qu'imputer à l'imperfection de l'art de guérir.

En cette matière, le médecin se trouvera en plein domaine de l'hypothèse, où un sens de la divination est tout aussi utile que de nombreuses connaissances. Quelque savant et expérimenté qu'il soit, il sera dans bien des cas très embarrassé : en présence de plusieurs diagnostics plausibles, il en choisira un, soit

(1) H. Roger. *Introduction à l'étude de la médecine*, 2e édition, Paris, 1904, p. 633 et suivantes.

parce qu'il est mieux caractérisé, soit parce qu'il a l'intime conviction que c'est le bon; s'il tombe juste il manifestera un véritable sens clinique, et l'on pourra admirer la sûreté de son diagnostic, s'il se trompe, ce sera de bonne foi et tout à fait involontairement qu'il aura commis une erreur de diagnostic.

Nul n'est infaillible, le médecin l'est encore moins que toute autre personne, et du reste, aucun praticien ne peut se vanter d'avoir toujours vu clair en présence de tous les cas qui lui ont été soumis, de grands médecins reconnaissent avoir commis des erreurs de diagnostic, c'est ainsi que BROUARDEL, dans son cours sur la responsabilité médicale en avouait à son actif, et en citait de la part de « patrons » réputés de son temps.

Devant cet état de choses, peut-on raisonnablement décider que le médecin devra réparer les conséquences fâcheuses de ses erreurs de diagnostic, que c'est là un risque inhérent à l'exercice de sa profession? Ce serait une injustice certaine et une atteinte flagrante aux principes de notre droit qui déclare qu'il ne peut y avoir de responsabilité sans faute, car on arriverait à rendre l'homme de l'art responsable des suites funestes qu'a pu avoir une manière d'agir qui ne prête à aucune critique. Les tribunaux l'ont fort bien compris, et depuis un certain nombre d'années déjà, ils ont posé le principe que l'erreur de diagnostic ne doit pas être considérée comme constituant une faute (2).

(2) Cour de Metz, 21 mai 1867, *S.* 1868-2-106 — Cass., 21 juillet 1919, *S.* 1922-2-113 — Cass., 16 avril 1921, *S.* 1923-1-142.

Mais ce principe ainsi établi peut conduire à des abus, et des restrictions s'imposent: s'il est logique de dire que le médecin n'est pas responsable lorsque son erreur est due à une lacune de la science, à l'existence chez le malade de signes troublants et équivoques, à la carence des moyens d'investigation, il serait excessif d'absoudre le praticien en alléguant le caractère conjectural et incertain de l'art de guérir, alors qu'il a manifesté une incapacité dont il n'aurait pas dû faire preuve étant donné ses études, ou une imprudence, une légéreté coupables, aussi, dès 1859 la jurisprudence a déclaré: « Considérant qu'il est admis que le médecin ne saurait encourir de responsabilité à raison du traitement qu'un diagnostic consciencieux mais erroné a pu faire ordonner; que la responsabilité ne saurait commencer que là où il y a eu, non pas erreur médicale, mais faute lourde ou ignorance crasse du médecin... » (3). Ce n'est là que l'application des principes dégagés par l'arrêt de 1835 rendu après réquisitoire du Procureur Général Dupin.

Les tribunaux se reconnaissent donc le droit de rechercher dans quelles conditions le diagnostic a été fait, et ils condamnent l'erreur dans plusieurs hypothèses, d'abord lorsqu'elle résulte d'une confusion grossière, de l'ignorance de notions élémentaires, et ensuite lorsqu'elle s'accompagne de faits dénotant une négligence inadmissible, l'omission d'un examen indispensable ou de certaines précautions rigoureu-

(3) Trib. de Saint-Quentin, 22 mai 1861, rapporté dans le *Manuel complet de Médecine légale*, de Briand et Chaudé, Paris 1879.

sement nécessaires, qui, mises en œuvres, l'auraient peut-être empêché de se tromper.

Le juge examinera donc par l'intermédiaire d'experts ou à l'aide d'ouvrages scientifiques s'il y a eu négligence et ignorance des données indiscutables de la médecine, ou plutôt des connaissances courantes, puisque l'on compare la conduite du praticien incriminé à celle qu'aurait tenu en pareilles circonstances un médecin moyen. Ce faisant il se risquera sur le terrain purement scientifique qu'il s'est toujours interdit de violer, mais ce sera seulement pour constater ou bien l'accord des auteurs pour condamner telle façon de procéder, ou bien l'existence d'une controverse entre eux, et jamais pour apprécier une théorie par rapport à une autre.

Puisque l'on exige que dans l'établissement de son diagnostic l'homme de l'art s'abstienne de négligence et obéisse à certaines règles, il nous semble maintenant nécessaire de déterminer quelles sont les précautions qu'il doit prendre, en un mot de rechercher quelle est la ligne de conduite que doit suivre un praticien scrupuleux pour poser un diagnostic consciencieux et inattaquable.

Etablir un diagnostic c'est en premier lieu rassembler un certain nombre de renseignements, que l'on devra ensuite confronter, interpréter. Mais que seront ces renseignements? Ils seront d'une part tirés des déclarations du malade, et consisteront d'autre part dans des observations faites par le praticien.

Le médecin doit donc, pour commencer, procéder à un véritable interrogatoire de son client; s'il n'a

jamais eu l'occasion de le soigner, il lui demandera s'il a déjà été malade et quelles ont été les maladies dont il a souffert, il lui posera des questions sur sa famille, ses parents et collatéraux, sur le genre d'activité qu'il exerce habituellement : des réponses qu'il recueillera, il pourra déjà tirer des indications intéressantes. Il fera bien aussi de lui demander s'il a consulté un autre médecin, afin de pouvoir solliciter de ce dernier, le cas échéant, des renseignements plus scientifiques que ceux qu'il peut obtenir du client lui-même (4).

S'il a l'habitude de soigner le malade, il ne s'attardera pas, bien entendu, à une enquête de ce genre, il passera immédiatement à une série de questions se rapportant d'une manière directe au mal contre lequel on lui demande son aide : il s'informera des sensations qu'il éprouve, et à quelle partie de son individu il les ressent, il déterminera ainsi dans quel sens il doit orienter ses recherches.

Il se peut que le malade réponde au praticien d'une manière fantaisiste, l'induise volontairement en erreur, en lui cachant par exemple qu'il a été précédemment soigné pour syphilis; si à la suite de ces fausses délcarations, le praticien pose un faux diagnostic, il ne saurait lui en être tenu rigueur, la Cour de Paris déclare en effet dans un arrêt du 15 octobre 1927 : « Considérant qu'à l'origine le docteur C. paraît avoir été trompé par sa cliente et que cette circonstance serait de nature à atténuer et faire disparaître toute faute par lui commise... » (5).

(4) Cour de Rouen, 21 avril 1923, *G.P.* 1923-2-247.

(5) Cour de Paris, 15 oct. 1927, rapporté par A. Peytel, dans *Paris Médical* du 10 décembre 1927.

Après avoir enregistré les réponses du malade, le médecin devra l'examiner, afin de pouvoir se rendre compte de son état et découvrir les symptômes, les indices par lesquels se manifeste le mal dont il est atteint. Cet examen devra être très complet et consciencieux, car c'est surtout sur les constatations qui en résultent qu'est basé le diagnostic Cependant, on ne pourra faire grief à un praticien de n'avoir procédé qu'à un examen sommaire lorsque les circonstances dans lesquelles il se trouvait, s'opposaient à des recherches plus sérieuses, qu'il n'y avait pas urgence, et du moment qu'il se proposait de revoir le patient dans un court délai, et dans des conditions plus favorables à un examen minutieux (6).

Interrogatoire et examen du malade suffisent dans les cas les plus courants à asseoir un diagnostic; mais il n'est pas rare que même en possession des renseignements qu'ils lui procurent, le médecin ne soit pas encore fixé ou tout au moins qu'un doute subsiste en son esprit; pour le faire cesser, il pourra mettre en œuvre différents moyens d'investigation et de contrôle, et notamment la radiographie et les analyses de laboratoire.

Les améliorations apportées au maniement des rayons de Rœntgen depuis une trentaine d'années en ont rendu l'usage facile et absolument inoffensif, tout au moins quand il s'agit d'exposer un sujet à leur action pendant le temps relativement très court qui suffit à la prise d'un cliché; par ailleurs les appareils de radiographie et de radioscopie se sont beaucoup

(6) Cour de Paris, 6 juin 1923, *D.* 1924-2-117.

généralisés, il n'est pas de nos jours d'hôpital de petite ville qui n'en possède, et de nombreux médecins, même à la campagne, ont leur installation particulière. Aussi le corps médical, qui ne néglige pas l'aide précieuse qu'apporte une radiographie en fait un très large et très fréquent usage, il n'hésite jamais dans les cas douteux à y avoir recours, bien plus, il est devenu de règle en matière d'accidents du travail, de radiographier le blessé, et celui-ci est soupçonné en fraude lorsqu'il refuse de se soumettre à cet examen.

La radiographie étant ainsi entrée dans les usages courants de la pratique médicale, la jurisprudence a considéré comme commettant une faute le praticien qui la néglige dans un cas où un contrôle était nécessaire. C'est ainsi que la Cour de Rouen a condamné un chirurgien qui avait pris une grossesse pour un fibrome utérin, et dont la cliente était morte à la suite de l'intervention ayant pour but de l'extirper (7) : « Attendu qu'en outre, il est permis de relever le devoir qu'il (le médecin) avait, en l'état actuel de la science radiologique, que tout homme de l'art doit nécessairement connaître, de ne pas négliger de recourir à cet efficace procédé de diagnostic qu'est la radiographie dans les cas douteux... » Plusieurs autres décisions s'expriment d'ailleurs en des termes identiques (8).

Mais le médecin n'est pas forcément excusé, lorsqu'ayant procédé à l'examen du malade par les rayons X, il a néanmoins persisté dans un faux dia-

(7) Cour de Rouen, 21 avril 1923, précité.
(8) Cour de Rouen, 6 mai 1931, *Siècle Médical* du 15 janvier 1934.

gnostic, encore faut-il qu'il n'y ait pas eu négligence ou ignorance dans l'interprétation de la radiographie. La Cour de Montpellier a ainsi sanctionné par une condamnation à des dommages-intérêts le fait pour un spécialiste radiographe de n'avoir pas su lire un cliché pourtant assez clair, puisque les experts et avant eux plusieurs médecins non spécialistes, avaient vu sans difficulté une fracture du col du fémur, et d'avoir prescrit à son client la marche et des massages (9).

Cette règle fixée par la jurisprudence de la nécessité pour le praticien de recourir à la radiographie dans tous les cas difficiles, souffre cependant quelques exceptions; il y a d'abord les cas d'urgence : on ne saurait ainsi faire grief à un praticien d'avoir négligé l'examen radiologique lorsque le diagnostic consciencieux mais erroné qu'il avait posé exigeait une intervention immédiate, ne pouvant s'accommoder avec le retard découlant nécessairement de la préparation et de l'exécution d'une radiographie (10). D'autre part, si les appareils nécessaires sont très répandus, ils sont habituellement installés à demeure chez un médecin, dans une clinique ou dans un hôpital, il faut donc pour que l'on puisse soumettre le malade à cet examen, qu'il soit capable de se rendre de son domicile à l'endroit où existe l'installation; or, son état lui interdira souvent tout déplacement.

Mais dans bien des cas la radiographie ne pourra

(9) Cour de Montpellier, 29 mai 1934, *D.* 1934-2-453, appel d'un jugement du Trib. de Saint-Affrique du 18 juillet 1933, *G.P.* 1933-2-864.

(10) Cour de Douai, 24 janv. 1933, *D.H.* 1934, sommaire, p. 3.

être d'aucune aide au praticien, car elle ne permettra pas de déceler la présence dans le corps du malade de ces êtres infiniment petits que sont les microbes, ni le mauvais fonctionnement de certains organes lorsqu'il ne se manifeste pas par des lésions : les analyses et examens de laboratoire, les réactions provoquées chez le patient lui donneront alors toutes les indications désirables.

Là encore la jurisprudence impose au médecin d'employer ces procédés scientifiques dans les cas délicats, et avant d'entreprendre un traitement dangereux. En 1920 le Tribunal de la Seine a ainsi déclaré un médecin responsable de la mort d'une personne qu'il se figurait être atteinte de syphilis, et chez laquelle il avait commencé une série de piqûres d'arséno-benzol, sans avoir pris la peine de s'assurer au préalable de l'exactitude de ses déductions par une réaction Bordet-Wassermann (11). Le même tribunal, dans un jugement récent a reproché à deux médecins qui avaient soigné un enfant pour paratyphoïde alors qu'il n'en était pas atteint, de n'avoir pas fait usage du séro-diagnostic : « Attendu que les auteurs indiquent le séro-diagnostic comme étant communément employé en la circonstance et paraissent bien en recommander formellement l'usage; attendu qu'il suit de là que C. et B. apparaissent comme ayant commis une négligence en s'abstenant d'utiliser ce procédé de vérification de leur diagnostic, qui, au cas de résultat négatif, aurait ainsi été susceptible de faire écarter un diagnoctic présumé erroné et de les amener, par suite,

(11) Trib. de la Seine, 10 janvier 1920, *G.P.* 1920-1-350.

à rechercher le diagnostic exact et le traitement approprié... » (12).

Naturellement le médecin ne commet aucune faute lorsqu'il n'a pas recours à un contrôle de ce genre par suite du fait qu'il n'existe pas dans la localité où il exerce, ni à proximité de laboratoire d'analyses médicales, et qu'il ne possède pas les moyens de procéder lui-même à l'examen.

Si après la mise en œuvre de tous les moyens d'investigation pouvant lui fournir des renseignements utiles, le médecin n'est pas arrivé à poser un diagnostic qui lui donne entière satisfaction, et constate que ses lumières sont en défaut, il lui reste la ressource de faire venir un de ses confrères en consultation. Plusieurs décisions ont même déclaré que c'était pour lui un devoir, et qu'il devait le proposer à son client si ce dernier ne le demandait pas lui-même (13). Le praticien a du reste un grand intérêt à se procurer l'avis de l'un de ses confrères, car il met ainsi sa responsabilité à couvert; si cela est parfois interprété par le malade comme un aveu d'impuissance ou même d'ignorance, ce dont son amour-propre souffre, il se consolera en se disant qu'il n'a rien à se reprocher, qu'il a fait tout ce qu'il devait.

Se sont là toutes les précautions que le médecin doit observer dans l'établissement de son diagnostic: interrogatoire complet, examen scrupuleux, contrôlé s'il y a lieu par l'emploi de procédés scientifiques, dès lors

(12) Trib. de la Seine, 13 janvier 1934, *G.P.* 28 février 1934.

(13) Cour de Metz, 21 mai 1867, *S.* 1868-2-106 — Cour de Paris, 4 mars 1898, *S.* 1899-2-90 — Trib. fédéral Suisse, 9 déc. 1893, *S.* 1893-4-16.

qu'il s'est soumis à ces obligations, et que par ailleurs il n'a pas fait preuve d'une ignorance flagrante, on ne peut retenir à sa charge d'obligation de réparation. De nombreux jugements et arrêts en ont ainsi décidé et ont acquitté le médecin en constatant que si le dommage causé au malade ou à sa famille par son erreur était indéniable, on ne pouvait cependant le condamner à le réparer puisque son diagnostic avait été consciencieux et exempt de toute faute. La mort du malade, l'aggravation de son état doivent alors être imputables à la science médicale qui dans son état actuel rend encore de nombreuses erreurs inévitables.

Ainsi a été excusée l'erreur d'un praticien qui avait prescrit a un enfant atteint de diphtérie le traitement normal des angines, du fait qu'il l'avait vu tout à fait au début de sa maladie et que ses parents ne lui avaient pas demandé de le suivre (14). De même la Cour de Paris a acquitté le médecin qui avait pris pour une angine de Vincent une gomme syphilitique de la gorge, accident tertiaire, alors que rien ne permettait de penser à cette maladie et que la cliente n'avait pas mentionné les accidents antérieurs (15). Enfin un chirurgien, traîné en justice pour avoir confondu une tumeur du sein avec un cancer, qu'il découvrit au cours de l'opération, fut reconnu non coupable (16).

Pour terminer cette étude des fautes se rapportant au diagnostic, nous ne pourrions mieux faire que de

(14) Trib. de la Seine, 23 février 1914, *G.P.* 1914-2-242. — Décision analogue : Mantes-sur-Seine, 26 janv. 1912, *G.P.* 1912-6-328.

(15) Cour de Paris, 15 oct. 1927, rapporté par A. Peytel dans *Paris Médical* du 10 décembre 1927. Déjà cité.

(16) Lannion, 19 déc. 1932, *G.P.* 1933-1-339.

citer les attendus d'un arrêt de la Cour de Rouen du 21 avril 1923 qui résument l'état actuel de la jurisprudence (17) :

« Attendu qu'une erreur de diagnostic, même lorsqu'elle a eu pour conséquence de décider d'une opération malencontreuse qui a entraîné la mort du malade, ne saurait en principe et par elle-même constituer en faute le médecin ou le chirurgien qui l'a commise; qu'il est avéré, en effet, qu'en raison des difficultés parfois insurmontables que peut présenter un diagnostic, le savoir et l'expérience, non plus que les explorations les plus attentives et les plus minutieuses, ne mettent pas toujours l'homme de l'art à l'abri d'erreurs de ce genre et que les maîtres les plus compétents et les plus consciencieux, n'en sont pas toujours exempts.

« Mais attendu que si elle n'impose pas au médecin l'infaillibilité, la loi, d'accord en cela avec l'intérêt public, ne va pas jusqu'à lui permettre un diagnostic à la légère, en négligeant de s'entourer de tous les renseignements nécessaires ou même simplement utiles pour éclairer sa religion et sans avoir recours aux procédés de contrôle et d'investigation recommandés par la science, que ce sont là des règles de bon sens et d'élémentaire prudence qui échappent à toute discussion d'ordre théorique ou technique et dont la méconnaissance constitue une faute que le médecin ne doit pas commettre...

« ... Attendu que si le docteur V. avait fait appel à tous les moyens qui étaient à sa disposition pour

(17) Cour de Rouen, 21 avril 1923, *G.P.* 1923-2-247. Déjà cité.

s'assurer, dans la mesure du possible, de l'exactitude de son diagnostic, il est probable, sinon certain, qu'il aurait découvert l'état réel du malade, que si cependant, malgré tout ce qu'il aurait tenté pour s'éclairer, la fatalité avait voulu que cet état ne lui fut pas révélé et qu'il eut persisté dans son erreur, c'est alors qu'il serait en droit de dire qu'il n'a encouru aucune responsabilité à raison d'une opération qu'un diagnostic consciencieux mais erroné lui aurait fait pratiquer ».

Une question qui se rapproche beaucoup du diagnostic est celle des pronostics, il nous paraît nécessaire de lui consacrer quelques lignes rapides.

Les pronostics sont des prévisions que le médecin déduit de son diagnostic et de ce qu'il connaît de la maladie qu'il a déterminée, et qui portent sur son évolution probable. Ici encore il se trouve en plein domaine de l'hypothèse, aussi l'erreur est-elle facile à commettre, et des précautions sont indispensables : le praticien devra toujours être très réservé et très prudent, se retrancher derrière l'incertitude de la science médicale et les aléas de tout traitement.

Des pronostics précis peuvent constituer un véritable danger pour le médecin qui les a fait : la famille du malade n'a déjà que trop tendance de nos jours à faire peser sur lui l'échec d'un traitement, et il est naturel que si, ayant prédit la guérison, le patient trépasse, elle se livre à ce raisonnement faussement logique : il devait guérir, or il est mort, donc il a été mal soigné.

Aussi le plus souvent le praticien se refusera à des précisions même s'il est très vivement sollicité par l'entourage du malade. Cependant il se trouvera des cas où il sera tenu d'établir des pronostics : la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail oblige le médecin qui rédige le certificat d'origine de la blessure ou de la maladie, à mentionner les suites probables de l'accident ; il restera alors dans des termes assez vagues, réservant même dans les cas bénins la possibilité de complications, l'éventualité d'une issue fatale.

Malgré nos recherches nous n'avons pas trouvé de décision ayant trait à de faux pronostics ; déduire de là qu'ils ne peuvent engager la responsabilité du médecin serait certainement exagéré, et il nous semble préférable de dire que, comme pour les faux diagnostics, on pourrait les reprocher au praticien s'ils révélaient une ignorance grossière et inexcusable de sa part.

Section II

Fautes se rapportant au traitement

Le diagnostic, qu'il soit juste ou erroné, a eu pour effet de mettre l'homme de l'art devant un état pathologique nettement déterminé quant à sa nature et quant à sa gravité ; la seconde phase de son intervention s'ouvre alors : elle consistera dans le traitement, c'est-à-dire dans la mise en œuvre de tous les procédés curatifs qui lui semblent indiqués, étant donné l'état dans lequel se trouve le malade.

Comme nous sommes toujours ici en matière purement médicale, l'activité du médecin ne sera consi-

dérée comme fautive que lorsqu'elle aura manifesté une ignorance, une maladresse ou une négligence qui dépasse les limites permises par une instruction normale et une pratique élémentaire.

Dès que l'on parle de traitement, de nombreuses questions viennent à l'esprit : le praticien peut-il choisir librement, à sa guise, ou plutôt suivant ses idées scientifiques personnelles, le traitement à faire subir au malade, est-il tenu de lui appliquer les thérapeutiques les plus nouvelles, ou une certaine routine lui est-elle permise ? Quand peut-il employer des traitements spécialement dangereux ? Enfin, dans quelle mesure peut-il utiliser son malade comme un sujet d'expérience, et se livrer sur lui à des essais ? Etant donné le caractère général de toutes ces questions, il faut leur donner une réponse avant de distinguer les différentes catégories de traitements, traitement médical et traitement chirurgical, et avant d'entrer dans l'étude détaillée des précautions que la jurisprudence impose au praticien pour chacun d'entre eux, sous peine de responsabilité.

Si le diagnostic a donné un nom à la maladie, il n'a pas toujours déterminé par cela même le procédé thérapeutique à utiliser pour la combattre. En face de chaque affection ne se trouve pas un remède unique, applicable automatiquement dans tous les cas où elle est décelée, mais il y en a une immense variété, il en est d'anciens, il en est de récents, certains recommandés dans des cas déterminés, sont contre-indiqués dans d'autres ; parmi eux, lequel devra être employé ?

Il y a d'abord lieu de faire ressortir ce fait que le médecin a une entière liberté dans le choix, et qu'il ne saurait recevoir d'indications de personne : nous l'avons déjà dit quand nous nous sommes demandés dans quelle situation il se trouvait lorsqu'employé par une personne morale quelconque, et nous avons vu aussi qu'il lui était permis de se retirer lorsque le malade lui imposait un traitement dont il ne voulait pas, ou refusait de se soumettre à celui qu'il avait choisi. C'est que, étant seul compétent, il doit être seul juge de ce qu'il doit faire.

A noter cependant une restriction : lorsqu'une thérapeutique a été décidée d'accord avec un confrère appelé en consultation auprès du malade, le médecin traitant ne peut sans engager sa responsabilité ne pas l'appliquer, c'est du moins ce qu'a déclaré la Cour de Montpellier qui décide : « Attendu qu'il a commis une faute grave en n'appliquant pas, après avoir appelé un spécialiste en raison de l'hésitation qu'il éprouvait, le traitement prescrit par ce dernier... qu'il était bien inutile d'appeler un spécialiste dont il reconnaissait la compétence particulière pour ne pas suivre son opinion... » (18).

Le traitement que subira le malade est donc celui auquel son médecin jugera bon de le soumettre. Son choix est néanmoins régi par certaines règles.

Le praticien ne peut évidemment pas prescrire un traitement fantaisiste, il faut, suivant les principes généraux, qu'il repose sur des données indiscutables de l'art médical, ou seulement sur une théorie sérieuse

(18) Cour de Montpellier, 7 juin 1934, *G.P.* 4 sept. 1934.

même controversée, même soutenue par un petit nombre de médecins.

Mais quelle devra être l'attitude du praticien en face des progrès de la science ? La jurisprudence décide qu'en principe il n'engage pas sa responsabilité parce qu'il s'en tient à d'anciennes méthodes. Mais supposons le cas d'un médecin qui depuis le jour où il a obtenu le grade de docteur, aurait négligé de se tenir au courant de l'évolution de la médecine et n'appliquerait que les seules méthodes qui lui ont été enseignées: juges et auteurs estiment qu'il serait fautif. Le praticien n'a donc pas la faculté de se figer définitivement dans de véritables routines, entièrement abandonnées de ses confrères. S'il n'est pas absolument obligé de se tenir au courant de toutes les améliorations introduites dans son art et de les appliquer immédiatement, au moins doit-il connaître et pratiquer les plus importantes, celles qui même d'origine récente ont été sans restriction adoptées par la totalité du corps médical.

C'est ainsi que la Cour de Paris (19) a jugé en 1898 que négliger les précautions d'asepsie et d'antisepsie constituait une faute, et cela à une époque qui n'était guère éloignée de celle où on les ignorait. De même nous avons dit en examinant le diagnostic que depuis plusieurs années déjà l'omission d'un examen radiographique était considéré comme répréhensible, et cependant il n'y a pas bien longtemps que ce procédé est réellement au point. Nous verrons aussi plus loin qu'il a été jugé qu'un médecin était responsable lorsqu'il avait négligé de procéder à une injection anti-

(19) Cour de Paris, 4 mars 1898, *D.* 1888-2-449 et *S.* 1899-2-90.

tétanique chez un blessé, alors que les conditions dans lesquelles avait eu lieu l'accident permettaient de prévoir que la plaie était infectée. Les exemples de ce genre sont très nombreux, et il est sans intérêt de les énumérer tous.

Par conséquent l'homme de l'art doit tenir compte dans une certaine mesure des progrès réalisés dans le domaine médical depuis le moment où il a terminé ses études.

Une autre question très délicate à résoudre est celle de l'emploi des traitements dangereux. En médecine, tous les procédés curatifs, des plus anodins en apparence aux plus énergiques comportent des risques, ils peuvent être la cause de réactions auxquelles on ne s'attendait pas et par suite être dommageables pour celui qui les subit; mais il en est auxquels on applique plus particulièrement ce terme de dangereux, parce que les accidents qu'ils provoquent sont assez fréquents : ce sont notamment la radiothérapie, les opérations chirurgicales, et l'anesthésie. Dans quelles circonstances peuvent-ils être appliqués ? Cela revient à déterminer si le pouvoir souverain du praticien à l'effet d'instituer un traitement est tel qu'il peut recourir à des procédés curatifs présentant des risques graves alors qu'il n'est en présence que d'une affection bénigne.

Nous avons eu l'occasion de dégager à propos du consentement à donner à l'opération, qu'un traitement dangereux ne pourrait être employé que s'il était en quelque sorte proportionné avec le mal à guérir. Nous avons ainsi étudié deux jugements, l'un condamnait

un radiologue qui avait provoqué des brûlures chez une jeune fille en la traitant par les rayons X en vue de supprimer un léger duvet qu'elle avait au menton, alors que des produits épilatoires pouvaient parvenir au même résultat sans présenter le moindre risque; l'autre reprochait à un chirurgien d'avoir rendu inévitable l'amputation de la jambe d'une femme dont il avait profondément entaillé les tissus adipeux du mollet en vue de lui donner une ligne « à la mode ». De même a été jugé en faute le praticien qui avait soumis à l'anesthésie générale un enfant auquel il devait inciser un phlegmon de la jambe : « Attendu qu'on comprend difficilement que pour un simple phlegmon à opérer, opération insignifiante et de quelques secondes, le docteur J. ait cru devoir procéder à l'anesthésie générale, faisant ainsi courir au patient un danger dépassant de beaucoup le bénéfice à obtenir... » (20).

Ces solutions sont très logiques : l'emploi d'un traitement radiologique s'explique malgré ses dangers lorsqu'il s'agit par exemple de soigner une sciatique douloureuse chez une personne qu'elle empêche de se livrer à l'exercice de sa profession; une opération chirurgicale doit être pratiquée lorsqu'il s'agit d'extirper du corps du patient un foyer d'infection, et l'anesthésie générale s'impose alors pour lui éviter des souffrances longues et intolérables susceptibles de lui faire faire des mouvements, même seulement instinctifs, pouvant gêner l'opérateur.

(20) Trib. de Marseille, 26 avril 1921, *G.P.* 1921-2-162.

Mais pourquoi mettre en œuvre ces moyens exceptionnels et très risqués qui vont jusqu'à provoquer la mort ou une infirmité, lorsqu'il s'agit seulement de satisfaire une fantaisie, ou lorsqu'avec des procédés très simples et inoffensifs on obtiendrait le même résultat ?

Si le médecin doit refuser son concours quand on lui demande de recourir a de pareils procédés, à plus forte raison doit-il éviter de les proposer à son client s'il estime que le but à atteindre ne les justifie pas.

Lorsqu'un traitement dangereux a été appliqué avec raison, avec prudence, en suivant toutes les règles de l'art, mais qu'il a cependant causé un dommage au patient, les principes généraux de la responsabilité médicale veulent que le praticien ne puisse pas en répondre. « Attendu qu'il résulte que G., en danger de mort, a accepté le seul traitement qui pouvait entraver l'évolution de sa maladie et améliorer son état que le docteur B. a appliqué ce traitement tout nouveau, qui comportait, avec des avantages primordiaux, quelques inconvénients secondaires, qu'il l'a fait avec toutes les précautions usitées alors, sans commettre la moindre faute, omission ou erreur ; que s'il n'a pas prévu l'émission parasite de rayons X par les prolongements cylindriques de l'ampoule, c'est parce que la science d'alors et les plus grands savants et praticiens en la matière ne soupçonnaient pas leur existence ; qu'au surplus ce traitement qui a sauvé la vie à G. n'a provoqué, par des effets insoupçonnés, que des brûlures qui sont à présent guéries ou presque guéries ; attendu que dans ces conditions le docteur B.

ne doit pas être considéré comme civilement responsable de la radiodermite en litige... » (21).

Donc avant d'entreprendre un traitement quelconque, le médecin doit comparer les risques qu'il comporte avec les inconvénients qui résulteraient pour le malade de la persistance de son état ou de l'emploi d'autres procédés, et ce n'est que lorsque les avantages du traitement envisagé se révèlent bien supérieurs aux risques, qu'il peut le mettre en œuvre, car le Tribunal de Valenciennes déclare que « le médecin ne saurait couvrir son abstention sous le prétexte des dangers qu'un traitement présente, alors qu'il est universellement reconnu que ce traitement, si dangereux qu'il puisse être, offre de tels avantages que les risques que ledit traitement fait courir ne sauraient être retenus pour en empêcher l'application ». Dans ce cas si l'emploi du traitement a causé un préjudice au patient, en l'absence de toute faute, la responsabilité du praticien ne peut être engagée.

L'expérimentation scientifique se rapproche beaucoup de la question des traitements dangereux.

L'expérience médicale a en effet un caractère exceptionnellement grave; elle est destinée à confirmer une théorie échafaudée sur les résultats de recherches anatomiques, biologiques ou chimiques, ou simplement basée sur l'imagination du savant; or, il se peut que l'une des déductions qui a servi à l'établissement de cette théorie soit inexacte, car la nature ne livre pas tous ses secrets à la fois; le résultat qui était attendu sera donc entièrement faussé, et ce qui se produira

(21) Trib. de Nantes, 20 janv. 1922, *G.P.* 1925-1-553.

sera très différent de ce qui avait été prévu. On aperçoit aisément le dommage que peut alors subir celui qui se sera prété à cette expérience.

Mais d'un autre côté, la médecine est principalement une science expérimentale, elle ne serait certainement pas arrivée à son développement actuel si quelques savants audacieux n'avaient osé vérifier, parfois sur eux-mêmes lorsqu'ils remplissaient les conditions désirées, plus souvent sur leurs malades, l'exactitude de leurs raisonnements. Que seraient la sérothérapie et la vaccinothérapie si Pasteur n'avait pas procédé sur un jeune garçon, mordu par un chien enragé à l'inoculation du virus atténué de la rage ?

C'est donc une nécessité si l'on veut que la science médicale continue à progresser que de reconnaître au praticien le droit de tenter des essais; mais ce qu'il faut éviter, comme dans tous les domaines, ce sont les abus, c'est le fait pour le médecin de considérer le malade comme un champ d'expérience qui lui est largement ouvert, comme une « matière brute », destinée aux essais, même faits au hasard, et cela qu'il s'agisse des malades des hôpitaux comme de ceux de sa clientèle privée. Les règles de la plus simple humanité, le respect de la personnalité d'autrui, interdisent cette manière de voir, malheureusement, une curiosité scientifique évidemment louable, aidée d'une certaine déformation professionnelle les font parfois oublier au savant.

Quelles sont donc les expériences permises au praticien, et quelles sont celles qui lui sont interdites ?

On conçoit deux genres d'expériences : d'une part celles qui sont pratiquées sur un sujet présentant une maladie mal connue, ou au contraire connue, mais rebelle à tous les procédés de traitement habituels, dans le but principalement de le guérir, et accessoirement de faire avancer la science; d'autre part celles qui sont faites soit sur une personne saine, sans aucun avantage pour sa santé, à seule fin d'observer comment elle se comportera, ou pour se faire la main à la pratique d'une opération, soit sur une personne malade, mais inutiles parce que l'on dispose de moyens de traitement efficaces pour combattre l'affection dont elle souffre. Doctrine et jurisprudence sont d'accord pour autoriser les premières, mais au contraire pour blâmer très sévèrement les autres.

L'autorisation donnée au médecin de pratiquer sur une personne des expériences n'ayant pour objet que sa guérison découle du but même de la médecine : elle a pour fin de soulager, cela doit donc permettre toutes les hardiesses et toutes les nouveautés que le praticien peut juger utiles. Mais bien entendu il faut qu'il s'agisse de tentatives sérieuses, conduites avec la plus grande prudence, en s'entourant des précautions susceptibles d'éviter tout dommage; si malgré cela des conséquences fâcheuses surviennent inopinément, elles constituent des cas fortuits dont on ne peut rendre responsable l'opérateur.

Le Tribunal de justice de paix d'Alger a ainsi déchargé le médecin, qui à bout de ressources avait pratiqué, par analogie, pour dompter un ozène qui avait résisté à tous les traitements ordinaires, des

injections de sérum anti-diphtérique, parce qu'il ne s'était pas départi des règles que dictent le bon sens et la prudence, et que cela ne pouvait être considéré comme un essai téméraire (22). De même a été approuvé le radiographe, qui, désarmé par la ténacité de névralgies faciales, avait entrepris pour les vaincre de soumettre le malade à l'action des rayons X (23).

Quant aux autres expériences, celle qui sont faites sur des personnes en bonne santé sans aucun but thérapeutique, par conséquent, uniquement dans l'intérêt de la science, nous avons dit qu'elles engageaient la responsabilité de celui qui les pratiquait, si elles étaient dommageables. La jurisprudence nous fournit plusieurs exemples de ces expériences dangereuses pour le patient qu'elle a très sévèrement sanctionnées.

La première décision à notre connaissance, est un jugement du Tribunal correctionnel de Lyon en date du 15 décembre 1859 (24); un enfant avait été hospitalisé pour teigne faveuse confluente intéressant tout le cuir chevelu; le chef de service et l'interne le soumirent au traitement habituel et de plus entreprirent sur lui des essais : ils lui inoculèrent du pus d'abcès syphilitique, soi-disant pour le guérir, procédé qu'ils prétendaient recommandé par des autorités médicales, mais beaucoup plus dans le but de résoudre un problème alors très discuté par les spécialistes de maladies vénériennes, celui de la communicabilité de la syphilis à la période secondaire. L'enfant fut natu-

(22) Trib. de paix d'Alger, 9 nov. 1897, *S.* 1909-2-322 (sans note).
(23) Trib. de la Seine, 5 janv. 1901, cité par Perreau: La responsabilité médicale en dehors du traitement, *Paris Médical*, 5 sept. 1925.
(24) Lyon, 15 déc. 1859, *D.* 1859-3-87.

rellement atteint de syphilis et sa teigne n'en disparut pas pour cela, elle ne céda que longtemps après et à la suite du traitement usuel. Une plainte ayant été portée contre le médecin et l'interne, ils furent condamnés pour blessures volontaires : « Attendu que les droits du médecin et ses obligations envers la science ont des limites; que ses droits, il les tire de son dévouement envers ses semblables et de son ardent désir de les soulager; que ses obligations envers la science doivent s'arrêter devant le respect dû au malade; qu'il suit de là que toutes les fois que dans l'application d'une méthode curative nouvelle, le médecin aura eu essentiellement pour but la guérison du malade, et non le dessein d'expérimenter, il ne relévera que de sa conscience, et que, dans ce cas, si la médication thérapeutique par son but, amène par son résultat une découverte scientifique, il jouira légitimement de la considération et de la gloire qui s'attachent à son nom; mais que telle n'est pas la situation des prévenus; que tout dans la cause démontre que leur pensée dominante, leur but principal, a été de résoudre au moyen d'une expérience, une question médicale qui faisait le sujet de vives controverses; que si accessoirement, ils ont pu se dire que l'opération pratiquée par eux pouvait éventuellement être favorable à la guérison de l'enfant, cette réflexion n'est venue que dans un ordre très secondaire... ».

En 1873 le Tribunal de Gray blâma le médecin qui, soignant un enfant atteint de la gale de lait, avait à tout hasard enlevé avec une pince les croûtes qui s'étaient formées sur les paupières : ce fait détermina

une ophtalmie purulente qui fit perdre la vue à l'enfant (25).

De même il fut retenu à la charge d'un radiographe le fait d'avoir perdu de vue le bien du malade en le soumettant à de trop longues séances radiographiques afin d'obtenir une épreuve satisfaisante de la lésion tout à fait exceptionnelle qu'il présentait; il avait par cela déterminé chez le sujet une radiodermite grave (26).

Enfin tout récemment, le Tribunal de la Seine (27) a eu à s'occuper de la question, et a condamné l'homme de l'art après avoir apprécié sa faute en ces termes : « Attendu en droit, qu'un médecin qui expérimente un remède ou un traitement sans nécessité pour le malade et sans consentement libre et éclairé du patient, commet une faute professionnelle certaine; que telle est l'opinion des auteurs; que notamment dans un article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence,* M. le professeur RIPERT écrivait en 1908 : « Un chirurgien n'a pas le droit de prendre ses malades pour des sujets d'expérience »; que dans les cas heureusement rares où des problèmes de ce genre ont été posés aux juridictions civiles, celles-ci leur ont donné une solution conforme à celle de la doctrine... Attendu que le docteur L. a commis une faute particulièrement grave en convoquant C. sous un prétexte qui n'était pas entièrement exact et en vue de pratiquer sur lui une intervention que ce

(25) Gray, 29 juillet 1873, *S.* 1874-2-58.
(26) Aix, 22 oct. 1906, *S.* 1909-2-321.
(27) Trib. de la Seine, 16 mai 1935, *Paris Médical* du 19 oct. 1935.

médecin savait n'être en réalité qu'une expérience destinée à faciliter des recherches scientifiques... ».

Dans tous ces cas il semble que les praticiens en cause aient agi avec un peu de légèreté, sans se rendre compte des suites graves que pouvaient avoir leurs actes, c'est du reste la raison pour laquelle dans certaines de ces espèces ils avaient négligé d'informer le patient du danger de l'expérience à laquelle on le soumettait et ne s'étaient pas muni de son consentement.

Le cas s'est présenté devant les tribunaux de réclamations introduites par des personnes volontaires pour des expériences, et qui s'étaient ensuite plaintes du préjudice qui leur avait été causé. Nous ne citerons qu'une espèce qui a été jugée par la Cour de Lyon (28): une femme âgée et besogneuse s'était présentée à un chirurgien, attirée par la rémunération qu'il offrait à ceux qui voulaient bien se préter à certaines expériences; après l'avoir prévenu du danger de l'opération à laquelle il allait la soumettre et avoir obtenu l'assurance qu'elle acceptait le risque, il s'était livré sur elle à des essais tendant à combattre les effets du relachement des tissus dû à l'âge, à effacer les rides. Cette intervention ayant laissé des cicatrices douloureuses, des gaufrures aux seins, la patiente se rendit compte du marché de dupe qu'elle avait conclu, et essaya d'obtenir des dommages-intérêts.

La Cour de Lyon déclara que la convention qui était intervenue, était illicite, contraire aux bonnes

(28) Lyon, *27* juin 1913, *D.* 1914-2-73.

mœurs car incompatible avec la dignité humaine, que le consentement de la victime était vicié par le fait que c'était pour un gain minime que la patiente avait trafiqué de son corps, et considéra que le chirurgien avait commis une faute en ayant procédé à une opération dont la patiente ne devait escompter aucun avantage.

Par conséquent le médecin ne doit jamais faire d'expérience sur un individu sain, ni sur un malade, s'ils ne doivent en retirer un avantage, s'il n'est pas guidé avant tout par l'idée de leur être utile. Il doit constamment avoir en vue ce principe afin de ne pas se laisser entraîner par l'amour de son art, par la passion de la recherche scientifique, à des actes dont il pourrait avoir à répondre par la suite.

Cette étude de l'expérimentation médicale termine les questions intéressant le choix du traitement en général. Si en principe le médecin jouit d'une entière liberté dans le choix de la thérapeutique qu'il veut mettre en œuvre, il ne doit pas négliger celles qui quoique nouvelles sont adoptées par l'ensemble de ses confrères; il doit éviter que les risques de celle qu'il décide d'appliquer soient hors de proportion avec le mal qu'elle a pour objet de guérir; enfin il doit s'abstenir d'expérimenter sur son client, alors que ce dernier est en bonne santé, ou est atteint d'une maladie sur laquelle les remèdes existants agissent d'une manière entièrement satisfaisante. Le traitement ayant été choisi raisonnablement, le médecin ne peut encourir de responsabilité, que si dans son éxécution il commet une faute d'ignorance, d'imprudence, ou de négligence.

L'exécution du traitement comporte plusieurs sortes d'actes, qui diffèrent énormément entre eux, suivant que l'on considère le point de vue médical ou le point de vue chirurgical. Nous allons donc successivement étudier le traitement médical puis le traitement chirurgical.

§ 1. — Le traitement médical

Le traitement médical consiste à imposer au malade des ménagements, à le soumettre à un régime, à lui prescrire et lui administrer certains médicaments qui provoqueront dans son organisme des réactions dont on escompte qu'il retirera des avantages, et enfin quand il y a lieu, à pratiquer sur lui certains soins auxquels il est difficile de donner un qualificatif précis, étant donné leur grande diversité (piqûres, prises de sang, pansements, etc...).

Nous n'avons pas la prétention d'examiner ici tous les traitements usités en médecine, et de dire à propos de chacun d'entre eux les précautions spéciales que le praticien doit prendre pour éviter toute réclamation du malade. Nous n'étudierons que ceux qui se sont présentés devant les juges, et nous dégagerons les conditions dans lesquelles ceux-ci estiment qu'ils doivent être pratiqués.

Les actes médicaux qui ont le plus donné lieu à contestations concernent la médication et la radiothérapie.

A) *La médication*

La médication consiste dans le choix et dans l'emploi des médicaments. Son but, c'est de faire exercer par certaines substances que l'on fait pénétrer dans le corps du malade de différentes manières, une influence bienfaisante, soit en provoquant certaines réactions de défense contre des microbes, soit en agissant sur tel ou tel organe afin d'en accélérer ou d'en ralentir le fonctionnement, d'en augmenter le travail ou d'en réduire la fatigue.

La médication tient de nos jours une place de plus en plus importante dans le traitement de toutes les maladies. Dès les temps les plus anciens de l'histoire, on connaissait déjà l'action bienfaitrice pour l'organisme de l'individu malade, de quelques corps et de quelques substances; et depuis les travaux des chimistes, les recherches et les expériences de laboratoire ont permis la fabrication de préparations si nombreuses que l'on peut presque dire que pour toutes les maladies on possède un remède.

Le médecin appelé auprès d'un malade, après avoir discerné son mal, rédigera donc une ordonnance de produits à chercher chez le pharmacien, dont l'action à elle seule, ou combinée avec un régime et certains soins spéciaux, devra amener la guérison.

Cette ordonnance contiendra le plus souvent la formule d'une potion, d'un sirop, ou d'une poudre par exemple qui devra être fabriquée par le pharmacien; le médecin indiquera lisiblement les quantités très précises de chaque produit devant entrer dans sa compo-

sition, car il n'est pas rare de trouver dans une préparation des substances très toxiques, de véritables poisons, qui administrés au malade à faibles doses, parfois même infinitésimales, améliorent son état, mais qui s'ils lui étaient données à dose massive le tueraient à coup sûr.

Il en résulte que l'homme de l'art doit apporter toute son attention à la rédaction de ses ordonnances et qu'il répond des conséquences que peuvent avoir un mot mis à la place d'un autre, un chiffre de trop, ou simplement mal fait, un produit mal orthographié qui ayant induit en erreur le pharmacien ont ainsi causé au malade un dommage irréparable. C'est ce qu'ont décidé plusieurs juridictions et notamment en 1894 le Tribunal correctionnel de la Seine (29) dans le cas d'une ordonnance incomplète, et l'année suivante le Tribunal correctionnel de Lectoure (30): il s'agissait dans cette dernière espèce d'un médecin qui au lieu de « chlorhydrate de quinine » avait écrit « chlorhydrate de morphine », ce qui conférait à la préparation qu'il ordonnait une très grande toxicité.

Et cependant, combien est excusable le médecin auquel aura échappé un *lapsus calami,* lorsqu'étant en train de rédiger une ordonnance, parfois dans des conditions matérielles déplorables, il est à chaque instant interrompu par le malade ou sa famille, dont l'inquiétude se traduit par une foule de questions dénotant des idées fausses qu'il juge nécessaire de redresser.

(29) Trib. corr. de la Seine, 28 juillet 1894, *G.P.* 1894-2-255.
(30) Trib. corr. de Lectoure, 5 avril 1895, *G.P.* 1895-2-143.

A vrai dire, les poursuites contre des médecins pour erreur dans la rédaction de leurs ordonnances sont assez rares : comme dans la plupart des cas de ce genre le pharmacien peut être aussi inquiété, chaque fois qu'il se trouvera en présence d'une ordonnance suspecte, il ne l'exécutera pas sans avoir au préalable donné un coup de téléphone au médecin pour lui demander une confirmation. Par ailleurs, il devient assez rare que le pharmacien ait à fabriquer un produit composé dangereux : il existe en effet maintenant un si grand nombre de spécialités répondant à la plupart des affections même très particulières, qu'il sera bien souvent beaucoup plus simple pour le médecin de les prescrire que d'établir une formule, d'autant plus que ces spécialités présentent des garanties beaucoup plus grandes notamment en ce qui concerne le dosage et la propreté dans la fabrication, que les préparations d'un pharmacien quelconque.

Donc si le médecin laisse subsister dans une ordonnance une erreur susceptible d'amener la mort du malade ou d'empêcher sa guérison, il en est responsable.

Cette solution a été étendue à un cas voisin par le Tribunal correctionnel de la Seine (31) : il a jugé qu'un médecin qui dans une publication scientifique avait laissé des erreurs d'impression changeant le sens d'une prescription expérimentée par lui avec succès, encourait une responsabilité, si un de ses confrères se basant sur l'autorité de ses écrits avait occasionné un dommage à l'un de ses clients.

(31) Trib. corr. de la Seine, 13 oct. 1911, *Gaz. des Trib.* 1911-2-374.

La médication étant une partie du traitement, étant même bien souvent tout le traitement, doit répondre quant à son choix aux mêmes règles générales que ce dernier ; nous ne les répéterons donc pas. Nous n'examinerons que les cas où le médecin peut être responsable d'ignorance, d'imprudence, ou de négligence, aussi bien dans la prescription des médicaments que dans leur administration au malade.

L'ignorance dans la prescription des médicaments se manifestera tantôt par le fait que le médecin désigne au malade un remède qu'il croit devoir le guérir, alors qu'au contraire il n'est pas indiqué dans le traitement de l'affection dont il souffre, tantôt parce qu'il commet une erreur de dosage et ordonne une quantité d'un produit toxique qui dépasse de beaucoup la normale, ou lui en fait prendre une quantité convenable, mais à intervalles trop rapprochés. Chacune de ces fautes a été soumise à l'appréciation des juges : la Cour de Rennes condamna en 1842 un médecin de Saint-Malô pour avoir formulé une potion dans laquelle entrait 4 gr. de cyanure de potassium et dont une seule cuillerée avait suffit pour amener la mort du malade (32). Le Tribunal de la Seine eut à sanctionner le fait pour un praticien d'avoir fait prendre à plusieurs reprises et dans un espace de temps très court à un de ses malades qui en était mort un sirop composé notamment de 30 gr. de teinture de colchique, quantité considérable par rapport à celle employée ordinairement (33).

(32) Cour de Rennes, 7 déc. 1842. Rapporté par BRIAND et CHAUDÉ, *op. cité*, p. 79.

(33) Trib. de la Seine, 21 juin 1865. Rapporté par BRIAND et CHAUDÉ, *op. cit.*, p. 81.

L'imprudence résultera de l'usage d'un médicament trop énergique, ou à une dose trop forte. C'est le cas du médecin qui ordonne à une personne atteinte de névralgie des cachets contenant 1 mgr. d'atropine et 10 centigr. d'antypirine (34).

Il n'existe pas de principe absolu régissant l'emploi de chaque drogue, et la dose exacte au-dessus de laquelle leur action cesse d'être bienfaisante pour devenir dangereuse varie suivant les sujets auxquels on les administre, et d'une façon tout à fait imprévisible. Il en résulte que les tribunaux ne peuvent condamner le praticien que si la preuve est rapportée que la quantité par lui prescrite dépassait de toute évidence celle qui est utilisée habituellement.

Pour qu'aucune négligence ne puisse lui être reprochée, le médecin doit chercher à n'ordonner qu'une médication en rapport avec les conditions particulières que remplit son malade; avant de prescrire le moindre médicament, même très peu toxique, le médecin a le devoir d'examiner la personne à laquelle il est destiné; c'est là une règle de bon sens tellement évidente que nous ne devrions même pas la formuler, cependant son inobservation a fait l'objet d'un jugement du Tribunal d'Evreux qui a condamné un médecin dans les circonstances suivantes : une de ses clientes lui avait demandé devenir la voir dans une lettre où elle décrivait son état et ce qu'elle ressentait, et il s'était contenté de lui envoyer un médicament, refusant de se déranger, sous prétexte « qu'il ne dirait après avoir

(34) Trib. de Saint-Quentin, 16 avril 1891, cité par Guerrier et Rotureau, op. cit., p. 109.

vu la malade, que ce qu'il pouvait dire sans l'avoir vue » ; la mort avait suivi de près l'absorption du soi-disant remède (35).

Non seulement le médecin doit examiner le malade mais d'après le Tribunal de Saint-Quentin, il doit encore adapter ses prescriptions à son tempérament, à son âge, à sa résistance, et s'assurer « qu'il peut supporter les toxiques qu'il lui administre, alors même qu'il les lui appliquerait à la dose usitée en pratique » (36).

Mais ce n'est pas tout : même après un examen consciencieux, le médecin peut encore encourir une responsabilité, si ayant prescrit un produit dangereux, il n'a pas pris la précaution de faire des recommandations spéciales au malade et aux personnes qui le soignent. Il devra donc attirer leur attention sur le degré de toxicité du remède, sur son mode d'administration, pour éviter par exemple qu'un liquide destiné à l'usage externe soit avalé; si le médicament doit être pris en plusieurs fois, il ordonnera que l'on observe les effets de la première dose, et que l'on s'abstienne d'administrer les doses suivantes si le moindre malaise s'est produit (37).

Le Tribunal de la Seine a donc acquitté un médecin qui, après s'être soumis à ces principes avait formulé une potion contenant une dose normale et non toxique de calomel, mais qui semblait pourtant bien être à la

(35) Trib. d'Evreux, 23 août 1845, rapporté par Briand et Chaudé, *op. cit.*, p. 82.

(36) Trib. de Saint-Quentin, 16 avril 1891, précité.

(37) Trib. de Lyon, 7 déc. 1895, *D.* 95-2-199.

(38) Trib. de la Seine, 28 juillet 1894, *G.P.* 1894-2-255.

base de l'aggravation de l'état du malade (39). Par contre, ce même tribunal, dans un jugement que nous avons déjà cité, a condamné celui qui avait prescrit un sirop à base de teinture de colchique, d'abord parce qu'il avait exagéré la dose, mais aussi parce qu'il avait omis de mettre en garde son client contre les dangers qu'il présentait, et de lui interdire d'en reprendre si des vomissements survenaient (39).

Examen consciencieux et prescription accompagnée de recommandations précises suffisent à mettre le praticien à couvert; il a en effet été décidé que ne constituait pas une faute de sa part, le fait de n'avoir pas mentionné par écrit les précautions à prendre, et de n'être pas resté au chevet du malade pour lui administrer lui-même le remède et en surveiller les effets (40). A notre avis, cette solution ne doit être appliquée que pour les médicaments dont les conséquences sont évidentes, et perceptibles par tout le monde, mais il faut considérer que l'on pourra reprocher un défaut de surveillance au praticien lorsque ces conséquences ne peuvent être décelées que par lui, en l'absence de toute autre personne versée dans les questions médicales, car c'est alors pour lui une obligation née du contrat qui le lie au malade, que d'aller le visiter pour se rendre compte du résultat obtenu.

Telles sont les conditions dans lesquelles doit avoir lieu la prescription des médicaments.

Dans certains cas, le médecin ne se contentera pas seulement de désigner un remède, il l'administrera

(39) Trib. de la Seine, 21 juin 1865, précité.
(40 Trib. de Lyon, 7 déc. 1895, précité.

aussi lui-même, parce qu'il faut pour cela des instruments que lui seul possède, et aussi une habitude spéciale, un tour de main que tout le monde n'a pas, ou bien parce qu'il s'agit d'un acte exclusivement réservé à ceux qui possèdent le diplôme de docteur en médecine. L'hypothèse la plus courante est celle des piqûres, c'est-à-dire des injections de produits ou de cultures microbiennes faites sous la peau, dans les muscles, ou dans les veines d'une personne, dans un but préventif ou au contraire dans un but curatif. La piqûre est à notre époque un procédé de traitement extrêmement fréquent, on en fait à tout propos et même hors de propos, car c'est une manie chez certains praticiens de tout traiter par des piqûres, manie peut-être intéressée, puisqu'elle leur permet de voir plus souvent leur client, et par conséquent d'augmenter aussi leur note d'honoraires.

Etant donné cet usage immodéré des injections de toutes sortes, les tribunaux ont été saisis à différentes reprises d'accidents par elles occasionnés, ainsi que d'incidents dans leur technique, ayant déterminé des suites graves.

Comme pour l'administration d'un remède quelconque, la responsabilité découlant pour l'homme de l'art des suites fâcheuses d'une injection résultera d'une ignorance d'une imprudence, ou d'une négligence quant à la nature du produit à employer ou quant à son dosage. Etant donné la similitude de situation, il est sans intérêt d'envisager de nouveau ces fautes à propos de la question des piqûres. Les solutions sont en effet les mêmes : si le médecin a préalablement exa-

miné l'état des organes auxquels le produit dont il se proposait de faire usage pouvait nuire, il ne peut être inquiété (41); s'il a suivi une méthode préconisée peu de temps auparavant par certains auteurs, on ne pourrait pas non plus l'attaquer, c'est ainsi qu'a été absout un praticien qui avait injecté à un malade avant de l'opérer une dose élevée de chlorhydrate de cocaïne conformément aux indications d'un professeur, contenues dans un traité de chirurgie, mais que des éditions plus récentes avaient corrigées (42).

Les juges ont été saisis à plusieurs reprises dans ces dernières années d'une question assez délicate, c'est celle des injections préventives de sérum antitétanique. Lorsque l'homme de l'art est en présence d'une plaie, est-il toujours tenu de pratiquer cette injection ? La jurisprudence a adopté une solution très raisonnable : elle acquitte les médecins lorsque les blessés, morts cependant du tétanos, n'avaient que des plaies minimes et superficielles, ce qui étant donné les dangers des accidents sériques justifiait le non emploi de ce traitement préventif (43); par contre, elle estime qu'a commis une négligence celui qui n'a pas fait d'injection antitétanique à un blessé qui présentait une plaie étendue, profonde, anfractueuse, qu'il n'avait pu entièrement nettoyer et désinfecter avec les antiseptiques ordinaires (44).

(41) Trib. civ. de Marseille, 20 février 1933.

(42) Lyon, 17 nov. 1904, *S.* 1907-2-233 et note Perreau.

(43) Trib. civil d'Espalion, 10 oct. 1932, *D.H.* 1932-577 et en appel Cour de Montpellier, 1er février 1935, *G.P.* 1935-1-918 en sous-note — Trib. civil de Grasse, 27 mai 1935, *G.P.* du 27 sept. 1935.

(44) Trib. civil de Valenciennes, 26 déc. 1930, *S.* 1931-2-221.

Quant à la technique des injections, elle a aussi fait l'objet de plusieurs décisions. On conçoit que puisse être reproché au médecin le fait de n'avoir pas procédé à la stérilisation préalable de la seringue et de l'aiguille : nous avons déjà dit que les règles concernant l'asepsie étaient considérées comme fondamentales et que leur omission constituait une faute, le médecin dont la conduite subirait pareille critique serait donc condamné. Les malades ont cherché à plusieurs reprises à obtenir réparation du dommage qui leur avait été causé par le bris, au cours de l'injection, de l'aiguille, dont un morceau était resté en place dans les tissus, fait qu'ils imputaient à une maladresse du praticien; le cas s'est notamment présenté devant les Tribunaux de Versailles et de Tunis (45). Ils ont conclu à la non responsabilité de l'homme de l'art car ils ont estimé que c'était un cas fortuit, cet accident pouvant se produire dans des circonstances absolument indépendantes de toute faute, par suite d'un vice de fabrication de l'aiguille, de stérilisations répétées qui avaient pu la désouder de son embase, ou encore à cause de mouvements brusques et imprévus du malade. Dans tous les cas, le praticien auquel cet accident est arrivé, a le devoir de chercher à extraire la partie restée enfoncée dans les tissus, s'il ne le peut, de s'adresser à un radiologue pour déterminer son emplacement et le risque qu'elle peut faire courir au patient; si ce risque est grave, il devra

(45) Versailles, 28 février 1934, rapporté dans l'*Index Médical* de juillet 1934. — Tunis, rapporté sans date dans l'*Index Médical* de janvier 1936.

faire appel à un chirurgien pour procéder à l'extraction.

Ce qu'il y a lieu de retenir de la médication que l'homme de l'art ordonne au malade, c'est qu'elle peut faire courir à ce dernier de graves dangers; le médecin ne devra donc jamais se départir d'une très grande prudence, il fera bien de n'ordonner que les remèdes qu'il connaît bien, lorsqu'il le peut, à dose faible d'abord, afin d'éviter les inconvénients qu'une trop grande sensibilité produirait, et après avoir attiré l'attention du patient sur la manière dont ils doivent être pris. S'il injecte un produit, la précaution qui s'impose, c'est d'avoir fait stériliser les instruments, si un événement inattendu se produit fortuitement, il devra être guidé dans tous ses actes par l'intérêt du malade.

B) *La radiothérapie*

Les rayons de Roentgen ont d'abord été utilisés en médecine comme procédé d'investigation ou de contrôle: nous en avons déjà parlé à ce point de vue à propos du diagnostic, en montrant le concours précieux qu'ils apportaient au praticien, et nous avons dit qu'il était du devoir du médecin d'y avoir recours lorsqu'il se trouvait embarrassé, dans l'incertitude, ou en face d'un cas rare et mal caractérisé, en un mot quand une vérification semblait utile.

Leur emploi à ce titre a rapidement fait apparaître les inconvénients qu'ils comportent et leur caractère dangereux: à la suite de séances de pose même extrêmement courtes, des phénomènes se produisent que que l'on ne peut qu'imputer à leur action: phénomènes

externes, tels que des brûlures allant de la simple lésion cutanée à la mortification des tissus et à une ulcération profonde, mais aussi phénomènes internes se traduisant par des palpitations, des vomissements, des troubles divers.

De ces dangers on a tiré un nouveau moyen de traitement : l'idée est, en effet, venue à des innovateurs de provoquer à dessein ces phénomènes réactionnels chez des malades atteints de certaines affections afin de les guérir ; ils ont ainsi exposé à l'action des rayons X des individus présentant des maladies de la peau, des tumeurs, des sciatiques, des névralgies, etc... Leur succès a rendu l'usage de ce procédé très fréquent.

Mais alors qu'une exposition à ces rayons pendant quelques instants, dans le but d'obtenir un cliché ou une image sur un écran, suffit déjà à déterminer des troubles graves chez certaines personnes, on aperçoit facilement le grand danger que l'on peut faire courir au patient par une exposition longue et répétée, faite dans un but curatif, si l'on ne prend au préalable des précautions. Les accidents dus aux rayons cathodiques sont, en effet, très fréquents ; les recours des victimes contre le praticien ne le sont pas moins ; très souvent fondés, malheureusement, il n'est pas rare qu'ils aboutissent à une condamnation.

L'étude des différents arrêts et jugements permet de dégager quelques règles que les tribunaux considèrent comme essentielles et dont ils imposent l'application avant la mise en œuvre de ce traitement.

La radiothérapie est avant tout un traitement dangereux : cela signifie par conséquent qu'elle ne doit pas

être employée à tout propos, que la responsabilité du médecin est dégagée, moins par le fait qu'il a obtenu le consentement du malade que par la nécessité où il se trouvait, en l'absence de tout autre procédé efficace, de recourir à ce traitement, ou tout au moins par la proportionnalité entre les risques et le but recherché.

C'est là un principe général auquel le praticien doit obéir avant tout autre. Mais ce n'est pas tout d'avoir choisi avec raison le traitement radiothérapique, il faut encore, et cela est tout aussi important, l'appliquer correctement, ne pas commettre de faute dans sa mise en œuvre.

L'appareillage nécessaire pour l'emploi des rayons X, soit comme procédé de recherche, soit comme procédé de traitement est assez compliqué et son utilisation très délicate; il faut donc pour l'employer savoir s'en servir, car ici plus qu'en aucune autre partie de la science médicale la responsabilité du médecin est engagée s'il se sert d'instruments dangereux pour la santé de ses malades sans en bien connaître le maniement.

Evidemment l'expérience ne s'acquiert qu'à la longue, mais à défaut d'une pratique sérieuse, on peut tout de même exiger que le praticien ne soumette pas ses clients à l'action d'appareils dangereux s'il ne sait pas s'en rendre maître, s'il ne les a pas vu employer par d'autres, s'il ne les a pas lui-même fait fonctionner guidé par une personne experte (46).

(46) Trib. de la Seine, 22 janvier 1889, *G.P.* 1889-1-336 — Aix, 22 oct. 1906, précité.

D'autre part le médecin ne doit pas non plus utiliser des appareils défectueux, en mauvais état, susceptibles d'émettre des radiations parasites et nocives: s'il le fait, c'est à ses risques et périls, il devra réparer le dommage éventuel que le malade pourra subir (47).

Envisageons maintenant le cas d'un médecin expérimenté dans l'emploi de la radiothérapie; sa conduite peut être critiquée lorsqu'il a négligé certaines précautions avant d'entreprendre ce traitement ou au cours de ce traitement.

Pour soumettre sans danger un malade à l'action des rayons de Roentgen, le praticien doit d'abord déterminer la durée de la séance de pose qu'il doit pratiquer. Il ne peut, en effet, exister de règle absolue, car le temps d'exposition dépend du degré de tolérance des tissus qui doivent être exposés, or, cela varie suivant les différentes parties du corps humain, certaines étant particulièrement fragiles, suivant l'âge, il est évident qu'on ne peut tenter sur un jeune enfant un traitement aussi énergique que sur un adulte ,cela varie enfin suivant les individus, les uns étant plus sensibles que d'autres, par nature, ou par suite d'une maladie. Il n'est pas rien que l'épiderme qui nécessite cet examen, les rayons X agissent aussi sur les cellules se trouvant à l'intérieur du corps, et leur tolérance est aussi essentiellement variable et peut être diminuée par certaines affections.

Bien entendu cet examen ne fera jamais connaître d'une façon absolument précise la dose de rayons que

(47) Trib. de la Seine, 8 mars 1901.

peut supporter le patient, mais il permettra néanmoins au médecin de déterminer les limites qu'il ne saurait dépasser sans danger. Il devra donc régler ses appareils en fonction de la sensibilité du patient. Le défaut d'examen et le défaut de réglage consécutif des appareils avant toute investigation ou cure radiologique, est considéré par le juge comme constituant une négligence coupable (48).

Ensuite, au cours de la séance de pose, le praticien devra s'attacher à ce que les parties du corps du malade qui ne doivent pas être soumises à l'émission des rayons soient protégées. A été rendu responsable le radiologue qui n'avait pas prévu la mobilité excessive d'un jeune enfant et avait négligé de le faire tenir, il en était résulté des brûlures (49); de même a été condamné, celui qui cédant aux instances d'un malade lui avait permis pendant une séance de prendre une position plus confortable que celle où il se trouvait, les rayons avaient pu ainsi frapper la figure sur laquelle ils avaient déterminé une radiodermite grave (50).

Le radiologue doit aussi surveiller, autant que cela se peut, l'action des radiations sur le corps du patient au fur et mesure de leur émission, ainsi que le fonctionnement de ses appareils. Sans doute il ne peut voir comment se comportent les cellules des organes internes, mais l'examen de la peau lui donnera quelques indications : s'il voit apparaître des rougeurs, de lé-

(48) Trib. de Bordeaux, 7 juin 1933, *G.P.* 1933-2-615 — Trib. de la Seine, 17 février 1933, *Gaz. Trib.* du 2 mai 1933.

(49) Trib. de Bordeaux, 7 juin 1933, précité.

(50) Cour de Grenoble, 23 oct. 1928, rapporté par J. Mazen, *op. cit.*, p. 180.

gères brûlures, c'est que la tolérance des tissus est dépassée, soit que l'ampoule génératrice de rayons se trouve trop rapprochée, soit que la séance ait duré trop longtemps; et alors, il est considéré en faute, si suivant le degré de gravité des phénomènes constatés il n'arrête pas immédiatement le fonctionnement de ses appareils, même si ne s'est pas écoulé le temps primitivement fixé, ou seulement s'il ne réduit pas l'intensité des rayons, et il sera déclaré responsable des accidents qu'aura pu produire la prolongation d'une exposition nocive (51).

Puisque le radiologue doit surveiller ses appareils et leurs effets sur le patient, il faut en déduire qu'il ne peut s'absenter de la pièce où il soumet le malade au traitement, et le laisser seul un moment; c'est ce que déclare la Cour de Paris, mais elle reconnaît qu'il n'est pas tenu à une immobilité absolue, il peut aller et venir dans cette pièce, l'essentiel, c'est qu'il reste à proximité de ses appareils pour les surveiller, et du malade pour pouvoir répondre à son appel au cas où il éprouverait le moindre malaise (52).

Mais la prudence du praticien ne doit pas se borner à cette surveillance au cours de l'émission des rayons X : un traitement radiologique comporte habituellement de multiples séances, et dans le cas où pendant l'une d'elles il a remarqué chez le patient une certaine intolérance, le médecin doit séparer les suivantes par un plus grand intervalle, en écourter

(51) Trib. de la Seine, 29 mars 1899, *G.P.* 1899-1-668 — Cour de Rennes, 15 mai 1933, *G.P.* 1933-2-619 — Trib. de Bordeaux, 16 déc. 1935, *Siècle Médical* du 1er février 1936.

(48) Cour de Paris, 22 janv. 1913, *D.* 1919-2-73.

légèrement la durée, et réduire l'action des radiations,

Toutes ces règles sont maintenant consacrées par une jurisprudence bien établie.

Lorsqu'on ne peut reprocher au radiologue un manque de précaution quelconque, une imprudence ou une négligence, il ne saurait être rendu responsable des accidents qui se seraient produits à la suite d'une application des rayons X, ni des brûlures qui seraient survenues. Le dommage qui en est résulté pour le malade est considéré comme provenant d'un cas fortuit (53). A plus forte raison le praticien est-il excusé lorsque c'est à une lacune de la science médicale que le patient doit son infirmité; c'est ainsi que le tribunal de Nantes a refusé de faire droit à une demande en dommages intérêts introduite contre un praticien par une personne atteinte de radiodermite, aucune faute n'avait été relevée, et la maladie avait été provoquée par des radiations parasites ignorées même des plus grands savants, à l'époque à laquelle le traitement avait eu lieu (54).

Cependant il semble que les tribunaux en présence de brûlures dues aux rayons cathodiques se montrent plus sévères lorsqu'elles proviennent de leur emploi comme procédé de recherche, que lorsqu'elles sont la suite de leur emploi à titre curatif. Ils sont probablement influencés par ce fait que la radiographie et la radioscopie sont maintenant considérées comme étant la plupart du temps inoffensives, tandis que le traitement radiologique garde encore une part de mystère et d'inconnu.

(53) Trib. de la Seine, 20 mars 1911, *G.P.* 1911-2-39.

(54) Trib. de Nantes, 20 janvier 1922, *G.P.* 1925-1-553.

L'utilisation des rayons de Roentgen nécessite donc de la part du praticien la plus grande prudence et la plus grande attention.

§ 2. — Le traitement chirurgical

Nous l'avons caractérisé par rapport au traitement médical tout au début de cette étude en disant qu'il se traduisait par le fait pour le médecin d'aller chercher dans le corps même du malade la cause du mal pour l'en extirper; à vrai dire, cette définition ne répond qu'à un genre particulier d'actes chirurgicaux. Aussi d'une manière générale, il vaut mieux dire qu'il consiste dans un acte violent, causant une douleur au malade, dans un véritable traumatisme, une atteinte à la personnalité physique, qui, si elle n'était pas le fait de l'homme de l'art, dans le but de le guérir, de le ramener à un état de bonne santé s'appellerait un coup, une blessure, et serait justiciable des tribunaux.

Nous ferons rentrer par conséquent dans la catégorie des actes chirurgicaux, les saignées, incisions diverses, réductions de fractures et les pansements qu'elles nécessitent, au même titre que les grandes opérations comme les amputations et les ablations d'organes; ces interventions sont du reste dites en raisons de leur minime importance, de petite chirurgie, et sont pratiquées aussi bien par des médecins, et et même pour certaines d'entre elles plus souvent par des médecins que par des chirurgiens.

Comme nous l'avons aussi remarqué, l'acte chirurgical peut prêter à critique beaucoup plus que l'acte

médical, car il réalise un fait précis, facilement contrôlable, l'opérateur qui par maladresse a perforé l'intestin en enlevant l'appendice sera convaincu d'avoir commis une faute par le fait d'une opération ultérieure ou de l'autopsie si le malade est mort; de même un simple examen suffira à prouver la faute de celui qui, voulant faire une saignée, a ouvert une artère au lieu d'une veine. Par contre, prouver que c'est le régime imposé par le médecin qui a causé la mort du malade, n'est guère possible, et en tous cas le praticien pourra toujours dire que la faute, si faute il y a, incombe au client, qui n'a pas exécuté à la lettre ses prescriptions.

Cela explique que les condamnations infligées pour des actes chirurgicaux soient peut-être plus fréquentes que celles infligées pour des actes médicaux.

Nous diviserons l'étude du traitement chirurgical en plusieurs paragraphes: dans le premier, nous examinerons les actes de petite chirurgie; puis nous déterminerons les précautions que l'homme de l'art doit prendre en ce qui concerne l'anesthésie; nous envisagerons ensuite celles qu'il doit respecter au cours des opérations chirurgicales, celles qui ont donné lieu aux contestations les plus nombreuses; et enfin nous rechercherons dans quels cas les opérations de chirurgie esthétique sont permises au praticien.

A) *Les opérations de petite chirurgie*

Les opérations de petite chirurgie, si elles ne sont pas comparables en importance aux grandes interventions, si elles ne demandent chez l'opérateur ni la mê-

me dextérité, ni la même expérience, ne doivent cependant pas être faites à la légère, elles méritent que le praticien leur consacre toute son attention; nous avons déjà pu remarquer, en effet, qu'en médecine les causes les plus insignifiantes en apparence pouvaient entraîner des conséquences incalculables, et la moindre négligence provoquer une infirmité grave chez le malade, sa mort même.

La première décision que nous avons citée, celle qui est intervenue dans l'affaire Thouret-Noroy, est un exemple frappant des suites que peut avoir un acte de petite chirurgie maladroit. Nous avons relaté en détail les faits de la cause: un médecin avait fait une saignée, au cours de laquelle il avait ouvert l'artère brachiale, au lieu de remédier à cet accident dont il lui avait été impossible de ne pas s'apercevoir, par l'application d'un corps dur maintenu par un bandage serré, il n'avait mis sur la plaie que des topiques insignifiants et avait négligé de revoir le malade. Une tumeur s'était formée à la suite de cela et un autre médecin appelé quelques jours après reconnut un anévrisme, fit par plusieurs fois et inutilement la ligature de l'artère, et finit par être obligé de recourir à l'amputation du bras pour arrêter les progrès d'une gangrène naissante.

A vrai dire dans cette affaire le médecin ne fut pas condamné pour sa maladresse, mais plutôt pour le fait qu'il n'avait pas su y remédier, et que, ne voulant pas faire penser à une faute de sa part par l'administration des soins que ne nécessite habituellement pas une saignée, il avait abandonné le malade. Cela est

assez compréhensible, car si cette faute est rarement commise qu'un médecin, même d'une habileté médiocre, confonde une artère avec une veine, il peut se faire que cette maladresse provienne de causes exclusives de toute faute de sa part, comme d'un mouvement imprévu, dû à la nervosité du patient, ou d'une disposition anatomique particulière.

Quoiqu'il en soit, en présence d'un incident, né par sa faute ou en dehors de sa faute, le praticien doit faire tout ce qui est habituellement indiqué pour réparer le mal, moyennant quoi il ne pourra être inquiété. C'est la même solution que celle qui intervient dans un cas analogue déjà étudié, celui des incidents au cours d'une injection. Nul doute qu'elle ne doive s'appliquer aussi à d'autres actes de petite chirurgie, tels que ponctions, incisions d'abcès par exemple, qui à notre connaissance n'ont pas jusqu'à présent fait l'objet de décisions.

Sont aussi des actes chirurgicaux les soins donnés à un blessé. Il arrive très fréquemment que l'on amène chez le praticien des personnes victimes d'un accident qui présentent des plaies de toutes sortes qu'il faut panser, ou bien atteintes de fractures qu'il y a d'abord lieu de réduire, quand cela est possible avant de les envelopper dans des bandages serrés ou dans un appareil platré, destiné en assurant l'immobilité à favoriser la soudure des deux parties de l'os.

En ce qui concerne le premier cas, celui où le médecin se trouve en présence de plaies, plusieurs décisions ont déterminé quelles étaient ses obligations. Nous nous contenterons d'étudier une affaire particulière-

ment intéressante, parce que jugée par le tribunal de Saint-Mihiel, venue ensuite devant la Cour de Nancy, elle a été finalement soumise à la Cour de Cassation (55): elle a donc été étudiée d'une façon assez complète.

Un médecin avait été appelé au milieu de la nuit pour donner ses soins à un blessé; c'était un jeune homme de 24 ans, qui venait de recevoir un coup de fusil de son père, connu dans le pays comme un alcoolique violent et dangereux. Ce jeune homme était blessé grièvement à la cuisse droite, le docteur examina la large plaie causée par le coup de feu, et constata que le père avait tiré à plombs; les sept chevrotines avaient fait balles et avaient entièrement traversé la cuisse, qui présentait une véritable bouillie de chair renfermant des débris de vêtements et de bourre de cartouche; en arrière de cette cuisse se trouvaient neuf orifices de quatre millimètres de diamètre, communiquant à l'intérieur avec une assez grosse cavité. Le praticien fit de son mieux le nettoyage de la plaie, dans des conditions relativement mauvaises, étant donné les moyens dont il disposait, et l'éclairage défectueux, et prit soin de faire une piqûre antitétanique. Devant la gravité de la blessure, il fut d'avis de transporter le blessé à l'hôpital le plus proche, afin que l'on puisse procéder à un examen radiographique, et assurer la propreté des soins que rendait nécessaire une plaie aussi largement ouverte, mais la mère du blessé s'y opposa énergiquement. Dès

(55) Cour de Nancy, 19 janvier 1928, *G.P.* 1928-1-410 — Cass. 11 janvier 1932-1-110.

le lendemain, le praticien revenait auprès du jeune homme : la fièvre avait cédé, l'état paraissait meilleur, néanmoins il insista de nouveau auprès de la famille pour qu'il soit transporté à l'hôpital, mais pas plus que précédemment il ne parvint à lui faire entendre raison. Trois jours après, la fièvre reprenait, la plaie prenait un aspect inquiétant et le médecin constatait un commencement de gangrène gazeuse ; c'est alors seulement qu'on consentit à l'écouter, et l'on transporta le blessé à Bar-le-Duc. C'était trop tard : le chirurgien de service déclara toute intervention inutile, et l'état du malade étant devenu désespéré, il décéda dans la nuit.

Aussitôt, comme la cause de la mort était due à l'action criminelle du père, le juge d'instruction de Saint-Mihiel fit procéder à une autopsie, et le médecin légiste retrouva dans la plaie la bourre de la cartouche, ainsi que quelques fragments d'étoffe. Il n'en fallut pas davantage pour que la colère de la mère se détournat de l'acte meurtrier du père pour retomber sur le médecin. Elle oublia le coup de fusil et ne pensa plus qu'à la bourre de la cartouche retrouvée dans la plaie.

Il semblait cependant que le praticien avait accompli tout son devoir, et qu'aucune faute ne pouvait lui être reprochée : il était intervenu immédiatement, il avait débridé la plaie, l'avait nettoyée et désinfectée aussi bien qu'il le pouvait, et si des corps étrangers y étaient restés cela ne pouvait être que par suite de l'état déplorable de la plaie, extrêmement étendue, de ses ramifications, et de l'enflure qu'elle présentait ; par ailleurs il avait pris la précaution de faire une

injection antitétanique. Que les débris restés dans la plaie aient été la cause de la gangrène et par suite de la mort, cela ne pouvait guère laisser de doute, mais que la présence de ces débris ait été la conséquence d'une négligence du médecin, cela ne pouvait paraître raisonnable, étant donné les moyens restreints dont il disposait, et l'entêtement de la famille qui avait empêché l'administration de soins plus complets.

Or, on lui reprochait effectivement une négligence, c'était de n'avoir pas pratiqué avec l'aide d'un spécialiste et sous anesthésie, une véritable opération qui par des recherches plus complètes aurait amené la découverte et l'extraction de tous les corps étrangers. Ce reproche ne pouvait être pris en considération, car une pareille intervention ne pouvait avoir lieu sur place, et l'entourage du blessé ne voulait à aucun prix le faire transporter dans un hôpital. Cependant les différentes juridictions devant lesquelles cette affaire fut portée acceptèrent les arguments du demandeur, et condamnèrent le praticien: « Attendu que la plaie n'a pas été soigneusement débridée, lavée et sondée; que L. y a laissé subsister des débris de vêtements et une bourre grasse de cartouche, et que la présence de ces corps étrangers a déterminé une infection qui a été la cause de la mort, laquelle n'a point été causée par la blessure elle-même qui n'avait atteint aucun organe essentiel ».

Cela montre de quel soin et de quelle attention le médecin doit faire preuve dans les cas de ce genre. Il doit tout mettre en œuvre pour prémunir le malade contre toute infection: infection due à la présence de

microbes, infection provenant de l'existence de corps étrangers. Contre la première il agira par le sérum antitétanique, dont l'usage ainsi que nous l'avons dit est laissé à son appréciation; contre la deuxième sa conduite consistera à s'attacher à nettoyer complètement la plaie, pour cela il se livrera à un examen très consciencieux de la lésion afin d'en bien déterminer l'étendue, il la débridera convenablement, et s'il s'agit d'une grosse blessure il ne devra pas hésiter à recourir à tous les procédés scientifiques, à tous les avis possibles émanant notamment de spécialistes même s'ils ne lui semblent pas absolument nécessaires, même s'il croit que sans eux le malade arrivera à récupérer la santé.

Les blessures dérivant d'un accident peuvent encore consister dans des fractures. L'absence de réduction des luxations ou fractures, les accidents produits par la compression d'un appareil trop serré, les difformités consécutives ont été fréquemment le point de départ de réclamations judiciaires.

Les tribunaux n'ont pas à intervenir dans la question de savoir si le médecin a agi correctement dans la réduction de la fracture, ou si c'est avec raison qu'il a fait chevaucher les deux parties de l'os, car l'appréciation de la technique médicale employée leur échappe, et ils ne sauraient déterminer si l'état de la blessure permettait telle ou telle méthode à l'exclusion de toute autre. Aussi font-ils porter leur contrôle sur la confection des appareils nécessaires à la consolidation de la fracture et sur la conduite tenue ensuite par le chirurgien.

C'est que la surveillance des fractures après leur réduction doit être très minutieuse, car les accidents sont assez fréquents. Le dernier état de la jurisprudence à ce sujet est contenu dans un arrêt de la Cour de Toulouse du 26 décembre 1933 (56). Il s'agissait d'une fracture des deux os de l'avant-bras chez un enfant de 9 ans, elle avait été réduite et appareillée quelques heures après l'accident. Au bout de deux jours, le médecin constata que les doigts étaient cyanosés et pratiqua une échancrure dans l'appareil plâtré qui recouvrait la paume de la main. Etant revenu le surlendemain, il s'aperçut que la cyanose n'avait fait que s'accentuer, il pratiqua donc une nouvelle échancrure, mais les jours suivants des phénomènes plus graves se produisirent, en présence desquels il se décida à enlever l'appareil et appela en consultation un professeur de Toulouse qui dut par la suite pratiquer l'amputation du bras.

Le praticien fut condamné en première instance en raison de la négligence résultant de la confection d'un appareil trop serré, et de l'imprudence commise en n'enlevant pas l'appareil dès l'apparition des premiers troubles circulatoires. Mais devant la Cour d'appel, les experts désignés pour définir la faute du médecin déclarèrent que des troubles peuvent très bien apparaître même alors qu'il y a eu application d'appareils d'une correction parfaite, et qu'il était impossible de dire que la cause de la gangrène avait été une compression trop forte. La cour condamna cependant le praticien retenant à sa charge une négligence dans

(56) Cour de Toulouse, 26 déc. 1933, *G.P.* 1934-1-301.

l'obligation de surveillance qui lui incombait, il n'avait en effet, visité le malade que tous les deux jours, alors que les constatations alarmantes qu'il avait faites exigeaient une surveillance quotidienne.

Par conséquent, en matière de fractures, la principale obligation du chirurgien doit être une surveillance quotidienne de ses malades, tout au moins dans les jours qui suivent l'application de leur appareil. Mais cette surveillance ne suffit pas à absoudre le médecin, il faut qu'elle s'accompagne des soins qu'imposent les constatations qu'elle permet de faire: sitôt qu'apparaissent des phénomènes anormaux, les tribunaux considérant que c'est une négligence de la part de l'homme de l'art de ne pas enlever l'appareil ou les bandages compressifs. C'est ainsi qu'en 1862 a été rendu responsable de l'amputation du bras d'un enfant le praticien qui malgré des signes tout à fait caractérisés de gangrène avait maintenu le plâtre jusqu'à ce que le mal ait fait de tels progrès que les doigts se détachèrent de la main (57). De multiples décisions postérieures ont sanctionné de la même façon de pareilles imprudences (58).

Ainsi donc, si l'on ne peut rendre le praticien responsable des troubles circulatoires consécutifs à une fracture, on peut toujours lui imputer leurs conséquences fâcheuses, lorsqu'il ne les a pas constatés à temps, et lorsqu'il n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour enrayer leurs progrès.

(57) Cass., 21 juillet 1862, *S.* 1862-1-819.

(58) Metz, 21 mai 1867, *S.* 1868-2-106. — Nimes, 26 février 1884, *S.* 1886-2-156.

B) *L'anesthésie*

Il est logique avant d'entreprendre de parler des grandes interventions chirurgicales de dire quelques mots de l'anesthésie, non seulement parce que chronologiquement elle intervient avant l'opération proprement dite, mais encore et surtout parce que c'est elle qui permet l'accomplissement de cette opération.

Au début du siècle dernier les plus grands chirurgiens se trouvaient désarmés en face de cas qui semblent aujourd'hui très simples, leur action était limitée parce qu'il leur fallait compter avec la douleur du malade; ils hésitaient d'abord évidemment à la lui imposer, mais ils connaissaient aussi les troubles cardiaques qu'elle peut provoquer, et surtout ils savaient qu'elle détermine même chez le patient le plus stoïque et le plus solidement maintenu des mouvements tout à fait imprévus, des réflexes, des contractions musculaires qui rendent impossible l'accomplissement sérieux d'une opération très minutieuse; or, à cette époque, suivant les paroles d'un très illustre chirurgien, Velpeau, « éviter la douleur dans les opérations était une chimère qu'il n'était pas possible de poursuivre ». Cette affirmation n'est plus vraie maintenant.

La découverte de l'Américain Wells a révolutionné la pratique chirurgicale: plongeant le malade dans un sommeil très profond, elle supprimait la douleur, et entretenait une immobilité complète, mais elle comportait parfois des inconvénients, notamment le risque des syncopes; malgré ce danger, elle permet-

tait les plus grands espoirs et l'on comprend cet ardent plaidoyer en sa faveur que VELPEAU, appelé comme témoin, prononça devant les juges chargés en 1853 de décider, si le fait même d'un décès du à l'anesthésie chloroformique constituait une faute de la part de l'opérateur : « Si vous condamnez le chirurgien qui a employé le chloroforme, aucun de nous ne consentira à l'employer désormais, aucun médecin, s'il sait qu'à la suite d'un accident impossible à prévoir il encourt une responsabilité, ne voudra plus l'administrer. C'est à vous de maintenir l'abolition de la douleur ou de la réinventer » (59).

La jurisprudence s'est donc promptement établie en ce sens que le médecin, à moins d'une faute certaine, n'est pas responsable de l'effet des anesthésiques ; elle a compris que toute autre doctrine restreindrait l'emploi d'une méthode qui est un bienfait pour l'humanité.

On peut dire sans exagérer, que l'anesthésie est l'origine du développement considérable de la chirurgie. Depuis cette époque, elle a fait de grands progrès, on a découvert de nouveaux produits le réalisant, et on est arrivé à la fabrication de mélanges qui ne présentent plus les caractères d'un poison ; par ailleurs la technique de son administration s'est elle-même améliorée. Néanmoins le procédé présente toujours des dangers et par conséquent demande une certaine prudence.

A quelles règles jurisprudentielles doit obéir l'anesthésie ?

(59) Cour de Paris, 30 juin 1853, rapporté dans la thèse de RENDU, *op. cit.*

Rappelons d'abord une règle déjà énoncée, et qui trouve ici une de ses multiples applications : comme il s'agit d'un procédé qui présente parfois des dangers, son emploi n'est justifié que si les risques sont proportionnés au résultat recherché. Mais la jurisprudence est ici très libérale, et admet l'emploi de l'anesthésie chaque fois que l'opération infligerait au malade non endormi une trop grande souffrance; « Considérant que la chloroformisation diminue plutôt qu'elle n'augmente les dangers résultant d'une opération, que les souffrances souvent intolérables que les opérations occasionnent, aménéraient certainement des syncopes mortelles plus fréquentes que l'anesthésie... » (60). Cependant un jugement que nous avons du reste déjà cité, a fait grief à un chirurgien d'avoir utilisé l'anesthésie pour une intervention qui présentait un tel caractère de bénignité qu'elle était vraiment superflue (61).

Par ailleurs, avant de soumettre le patient à l'anesthésie générale, le praticien fera bien de se munir de son consentement, car ce procédé le place dans un état d'inconscience, annihile temporairement sa volonté, lui interdit donc d'émettre un avis quelconque sur l'opération à laquelle veut le soumettre le chirurgien sous l'entière dépendance duquel il se trouve.

La Cour d'Amiens mise en présence du décès d'un ivrogne invétéré provoqué par l'anesthésie administrée pour faciliter la réduction d'une luxation de l'épaule, s'est demandée en 1906 si le fait même d'uti-

(60) Cour d'Amiens, 14 février 1906, *S.* 1909-2-225.
(61) Trib. de Marseille, 26 avril 1921, *G.P.* 1921-2-162.

liser ce procédé chez un alcoolique ne constituait pas une faute; cela était à cette époque très discuté dans le monde médical, aussi, fidèle à cette jurisprudence constante qui veut que les juges ne puissent trancher de questions scientifiques en raison de leur incompétence, elle acquitta le médecin (62). Actuellement il est universellement reconnu que l'usage des anesthésiques est contre-indiqué dans certains cas, et notamment chez les personnes ayant une tendance marquée à tomber dans des états syncopaux ou qui présentent des affections cardiaques et chez les individus qui ne sont pas à jeun : le médecin qui les emploierait alors engagerait certainement sa responsabilité si l'issue fatale se produisait.

En ce qui concerne le fait matériel de l'administration de l'anesthésique, il a été jugé qu'il devait être accompli par une personne autre que l'opérateur (63); c'est là quelque chose de tout à fait logique, l'opérateur doit en effet concentrer toute son attention sur ce qu'il fait, il faut qu'il soit déchargé du soin de surveiller le sommeil artificiel du patient, de régler en conséquence le débit des appareils de distribution de l'anesthésique, et surtout de remédier aux incidents qui peuvent se produire, aux syncopes par exemple, en provoquant la respiration artificielle par des mouvements de la cage thoracique, et des tractions rythmées de la langue.

Par qui sera-t-il assisté ? Légalement les anesthésiques ne peuvent être administrés que par une per-

(62) Amiens, 16 février 1906, précité.
(63) Trib. de Marseille, 26 avril 1921, précité.

sonne titulaire du diplôme de docteur en médecine; mais si cette exigence est habituellement respectée en clientèle, il est bien souvent impossible de l'observer dans les hôpitaux, où l'on charge de cette mission un externe, un simple étudiant, ou même seulement un infirmier; la jurisprudence a implicitement autorisé cet état de choses dans quelques décisions (64).

C) *L'intervention chirurgicale*

Nous considérons maintenant le malade dans la salle d'opérations, sous l'empire de l'anesthésique; admettant que le diagnostic a été exact, contrôlé par les procédés les plus modernes, que le malade a donné son consentement, que jusqu'alors le praticien a eu une conduite extrêmement prudente et circonspecte, nous n'examinerons plus ici que les fautes commises pendant l'intervention et tout de suite après et pour lesquelles le médecin a été poursuivi.

Le patient endormi sur la table d'opérations est devenu une chose offerte au bistouri du chirurgien : celui-ci n'a plus entre les mains qu'une matière inerte, incapable de réaction, incapable de sensation. Sa tâche est alors très délicate, non seulement il lui faut redoubler d'attention et de prudence, d'abord parce qu'il ne peut être guidé par les indications du malade concernant ce qu'il ressent, et ensuite à cause du caractère exceptionnel de gravité résultant de la mise à jour d'organes vitaux, mais encore il lui faut agir vite, car l'anesthésie ne peut être prolongée indéfiniment.

(64) Cour de Douai, 23 juin 1924, précité.

Des mesures pré-opératoires, nous dirons qu'elles doivent principalement consister dans une stérilisation très sérieuse des instruments, des mains de l'opérateur, et du champ opératoire ; ce sont là des précautions tellement élémentaires à notre époque, que leur inobservation est toujours appréciée comme une faute.

Le praticien emploiera habituellement des instruments spécialement étudiés et réalisés pour l'opération qu'il tente ; cependant la jurisprudence l'autorise parfois à se servir d'instruments de fortune, c'est lorsqu'il y a extrême urgence, lorsque la dernière chance de salut réside dans une intervention immédiate. C'est ainsi que n'a pas été désapprouvée la conduite du médecin accoucheur qui, voulant pratiquer une craniotomie, se servit d'une aiguille à matelas non aseptisée, de ciseau et marteau, d'une boîte d'outils ordinaires que possédait son client (65). Il est inutile d'ajouter que l'emploi de tels procédés ne se justifie que tout à fait exceptionnellement.

En ce qui concerne l'opérateur il est de toute première importance qu'il ne puisse infecter la blessure qu'il provoque chez le patient : il ne faudra donc pas que ses mains notamment qui seront en contact direct avec elle présentent de petites plaies infectées : a été ainsi reconnu en faute le praticien qui avait effectué une opération alors qu'il avait au doigt un furoncle (66).

La stérilisation du champ opératoire a donné lieu il y a quelques années à un curieux accident dû à une

(65) Paris, 4 mars 1898, *S.* 1899-2-90.
(66) Cour de Douai, 21 juillet 1920, *G.P.* 1924-2-310.

négligence certaine du chirurgien. Avant d'entreprendre l'intervention, il avait préparé la place où il voulait faire l'incision en la nettoyant à l'éther ; ce faisant il avait remarqué quelques petits boutons, et dans le but de les brûler, il avait approché un thermocautère ; or, une certaine quantité d'éther avait coulé dans le pli inguinal et ne s'était pas complètement évaporée ; il en résulta pour le patient des brûlures graves, dont le chirurgien fut rendu responsable (67).

Cela montre que même dans les actes préparatoires les plus simples l'attention du chirurgien doit s'exercer.

Un incident opératoire très souvent soumis à l'appréciation des tribunaux est l'oubli ou la perte par le chirurgien dans une plaie de corps étrangers qui sont le plus souvent des compresses, ou de bouts de mèches et de drains destinés à assurer l'écoulement de matières purulentes.

Au premier abord, ce fait semble impliquer une négligence certaine du praticien, c'est que l'on est trompé par le terme de compresse, qui évoque à notre esprit un morceau de tissu de toile assez serrée, d'une certaine épaisseur et d'une certaine résistance Or, ce ne sont pas des compresses de ce genre qu'utilisent les chirurgiens, ils se servent « de ce qu'ils nomment de la gaze, coupée en morceaux quadrangulaires ou en lanières allongées appelées mèches. Cette gaze n'est autre que la cingalette du commerce, encore dite étamine de coton. Elle ressemble à de la mousseline et elle est constituée par une trame peu serrée à mailles très

(67) Trib. de la Seine, 29 octobre 1912, *S.* 1914-2-153.

larges. Aussi ces mèches se déchirent-elles aisément. Leur résistance est encore affaiblie par ce fait qu'avant d'être utilisées, elles sont soigneusement stérilisées à une température très élevée. De plus elles se désagrègent très aisément quand elles sont imprégnées de sang, de pus, d'une humeur quelconque de l'organisme » (68). Cette description des compresses chirurgicales faite par des experts, explique qu'un opérateur puisse sans s'en apercevoir en abandonner dans une plaie.

Plusieurs décisions sont intervenues dans le cas d'abandon de compresse au cours d'une opération.

Le principe qui règle la conduite du juge en cette matière se trouve résumé dans un arrêt de la Cour de Paris du 29 octobre 1934 (69) : « Considérant que l'abandon d'une compresse dans le corps du patient constitue en principe une faute imputable au chirurgien ; que pour se décharger de cette faute, le praticien doit rapporter la preuve que l'abandon de la compresse a été la conséquence nécessaire, soit d'un accident opératoire, soit d'un cas de force majeure... » Par conséquent le chirurgien n'est pas coupable lorsque la perte de la compresse résulte des difficultés particulières qu'a présenté l'intervention, et qu'elle s'est produite malgré toutes les précautions prises pour l'éviter ; mais par contre il engage sa responsabilité lorsque cet accident s'est produit par sa négligence ou par suite d'un manque de prudence de sa part.

(68) Rapport des experts dans l'affaire jugée par le Tribunal de la Seine le 5 juin 1924, rapportée dans *Paris Médical* du 6 sept. 1924.

(69) Cour de Paris, 29 oct. 1934, *G.P.* 1934-2-908.

Cet arrêt de la Cour de Paris confirmait un jugement du Tribunal d'Etampes (70); il décidait conformément à la règle posée, qu'avait commis une faute le chirurgien qui avait abandonné une compresse dans l'estomac de sa cliente en l'opérant d'un ulcère, opération classique, et qui s'était faite sans aucune complication, dans les meilleures conditions. Cette compresse avait occasionné de vives douleurs, et n'avait été restitué par la patiente qu'au bout d'un certain temps, et à la suite de maints efforts pénibles.

Déjà quelques mois auparavant cette même Cour avait été saisie de faits analogues (71): un chirurgien avait procédé chez une petite fille à l'enlèvement d'un kyste de l'ovaire; au moment de recoudre les plaies, il s'était aperçu qu'il ne retrouvait que deux compresses abdominales sur les trois qu'il avait disposées pour bloquer l'intestin, il l'avait recherchée vainement dans les limites du temps où il était raisonnable de le faire, et finalement, estimant qu'une prolongation de l'anesthésie dans une opération déjà complexe était susceptible d'entraîner les conséquences les plus dangereuses, il avait refermé la plaie, et consigné sur le registre des opérations l'incident survenu. Il n'y avait pas eu oubli, mais plutôt perte de la compresse, que les recherches les plus minutieuses n'avaient pas permis de retrouver : le chirurgien avait fait ce qu'il devait, c'était un cas de force majeure dont il ne pouvait pas répondre. Il avait été acquitté.

(70) Tribunal d'Etampes, 16 mai 1933, *G.P.* 1933-2-615.

(71) Cour de Paris, 16 avril 1934, *D.H.* 1934, p. 321 et *G.P.* 1934-2-11.

De même le Tribunal de la Seine, le 8 novembre 1934 (72), ne retint pas la responsabilité du praticien dans un cas identique, les experts commis pour rechercher s'il avait été fautif ayant constaté que des précautions exceptionnelles avaient été prises, que le chirurgien s'était même fait assister de deux aides.

Ces solutions sont tout à fait raisonnables. Mais la jurisprudence se montre beaucoup plus sévère lorsque l'abandon du corps étranger se produit postérieurement à l'opération. Il arrive très fréquemment que le chirurgien laisse dans la plaie des tampons destinés à arrêter une hémorragie, ou des drains, qui ne doivent être enlevés qu'après quelque temps.

L'affaire suivante fut soumise au Tribunal de la Seine en 1924 (73) : un soldat blessé pendant la guerre avait subi en 1919 l'opération dite astragalectomie; en raison d'une hémorragie abondante, le chirurgien avait dû laisser dans la plaie un tamponnement en prenant la précaution de le faire dépasser suffisamment pour permettre de le retirer. Le pansement avait été renouvelé le lendemain par un interne qui avait cru enlever la compresse entière, alors qu'au contraire celle-ci s'était coupée et qu'un morceau était resté accroché aux aspérités osseuses. La plaie s'était refermée rapidement, et le malade avait quitté l'hôpital. Mais des abcès se formaient périodiquement, et un débridage très complet fait un an après l'opération permit de retirer des fragments de mèches du

(72) Trib. de la Seine, 8 novembre 1934, *G.P.* 1935-1-43. Dans le même sens : Cour de Besançon, 11 juillet 1932, *G.P.* 1932-2-694.

(73) Trib. de la Seine, 5 juin 1924, précité.

volume d'un bout de crayon. Le Tribunal n'admettant pas les conclusions des experts qui voyaient là un cas fortuit, condamna le chirurgien à 10.000 francs de dommages-intérêts: «Attendu que le docteur M. qui avait tamponné des mèches dans la plaie d'A. a commis une négligence et un défaut d'attention en ne s'assurant pas que ces tampons avaient été retirés ou évacués; attendu que cette négligence consistant à laisser des pansements dans la plaie d'un opéré constitue une faute engageant la responsabilité professionnelle du docteur M... ».

Un arrêt de la Cour de Nancy (74) apprécia de la même façon le fait pour un médecin de ne s'être pas aperçu en retirant un drain en caoutchouc posé pour drainer une plaie, qu'il en laissait un morceau à l'intérieur; un examen même très rapide lui aurait permis de remarquer d'abord que le tube n'avait pas la longueur habituelle, et ensuite que sa section n'était pas franche ni taillée en biseau ainsi qu'elle l'était lorsqu'il l'avait placé.

Dans cette dernière décision la faute du médecin est certainement bien plus grave que dans aucune de celles que nous avons rapportées précédemment.

En résumé, si le chirurgien abandonne un corps étranger quelconque dans la plaie de son client pendant l'opération à laquelle il le soumet, il n'encourt de responsabilité que s'il a fait preuve de négligence, mais si l'intervention s'est révélée particulièrement délicate, la perte de la compresse ne saurait le consti-

(74) Cour de Nancy, 27 janvier 1927, rapporté dans *Paris Médical* du 23 avril 1927.

tuer en faute. Par contre ce fait survenant après l'opération, dénotant le plus souvent une négligence, est habituellement sanctionné par une condamnation.

Lorsque l'opération terminée, le chirurgien ayant recousu la plaie par lui provoquée et fait le pansement nécessaire, le malade est emmené de la salle d'opérations, il semble que le rôle du praticien est terminé. Tel n'est pas l'avis de la jurisprudence. Elle estime en effet que puisque l'homme de l'art a placé le patient dans un sommeil artificiel qui annihile son intelligence et ses sens, l'empêche de réagir, il doit suppléer à ceux-ci par une surveillance de tous les instants et un contrôle des soins opératoires, jusqu'au moment où l'anesthésique cesse de produire effet. C'est là une chose des plus contestables : on ne voit pas du tout comment le chirurgien qui pratique plusieurs opérations dans sa matinée, pourrait encore surveiller le réveil de ses opérés.

Quoiqu'il en soit, c'est en vertu de cette idée que la Cour de Paris, le 4 juillet 1932 (75) a rendu le médecin responsable des brûlures occasionnées à une malade par des bouillotes trop chaudes mises dans son lit pour la réchauffer alors qu'elle revenait encore toute endormie de la salle d'opérations. Il semblait bien que la faute était imputable aux infirmières et non au médecin; que l'on ait condamné celui-ci en vertu de l'article 1384, cela eut été naturel, mais vraiment considérer qu'il avait commis une négligence en n'allant pas s'assurer de la température des bouillotes, cela est bien difficile à admettre. Il faut espérer

(75) Cour de Paris, 4 juillet 1932, *D.* 1932-2-113.

que par la suite cette jurisprudence sera modifiée, car elle méconnaît par trop les nécessités de la pratique chirurgicale.

Donc pour la jurisprudence, l'opération n'est réellement terminée que lorsque le patient est entièrement sorti du sommeil dans lequel on l'a plongé.

Nous pouvons terminer cet exposé de l'intervention chirurgicale par cette constatation que le praticien ne saurait jamais être trop prudent et prendre trop de précautions, car il arrive souvent que des actes qui lui semblent absolument normaux en raison de la situation particulière dans laquelle il se trouve, soient interprétés différemment par les tribunaux qui ne se rendent pas toujours très bien compte des difficultés qu'il rencontre.

D) *La chirurgie esthétique*

A côté de la chirurgie thérapeutique dont nous nous sommes occupés jusqu'à présent, il existe maintenant une chirurgie esthétique, dite aussi plastique, qui est une spécialité distincte.

Lorsqu'on emploie en langage courant cette expression de chirurgie esthétique, on veut ordinairement parler de ce que l'on pourrait appeler la chirurgie de beauté, et on n'envisage que ces opérations dont la pratique n'est pas très ancienne, qui sont destinées soit à amener un rajeunissement apparent en retendant des tissus devenus trop lâches, ou en supprimant des rides, soit à corriger certaines parties du corps humain, dont l'aspect ne satisfait pas entièrement leur

propriétaire, en les transformant pour les rapprocher le plus possible de ce qu'il croit être la beauté idéale.

Ces opérations qui ne sont du reste pas faites couramment, ne jouissent pas d'une excellente réputation, parce que ceux qui les pratiquent emploient des procédés de publicité que le corps médical réprouve, tels que des annonces dans les journaux, et ensuite parce que leur clientèle est très spéciale.

Mais cela n'est qu'un côté particulier de la chirurgie esthétique, elle comporte bien autre chose en effet. Si nous voulons en donner une définition complète, nous dirons qu'elle a pour but de rectifier l'œuvre de la nature, en corrigeant des anomalies, en rétablissant la morphologie humaine normale qu'un accident a détruit, en supprimant les déchéances et les disgrâces produites par des fonctions normales laissant des reliquats, enfin en faisant disparaître les méfaits physiques occasionnés par l'usure vitale.

La chirurgie esthétique comprend donc en plus de celles que nous avons énoncées de très nombreuses interventions ayant principalement pour objet de remédier à des malformations congénitales, pieds bots, becs de lièvre, strabisme, ou cherchant à annihiler les effets d'un accident, énucléation d'un œil crevé et pose d'un œil artificiel, pose de rallonges métalliques à des ossements brisés, pour éviter le raccourcissement d'un membre, greffe de peau pour recouvrir des chairs à vif. Ce ne sont là que des exemples, car les opérations de chirurgie esthétique varient à l'infini.

Cette branche de la chirurgie a donc un rôle social indéniable. En temps normal, c'est-à-dire en temps de paix, elle préserve de toutes sortes d'humiliations et de déceptions dues à la curiosité et à l'injustice du public, des personnes disgraciées par la nature ou qu'un accident dont le développement du machinisme est seul responsable, a cruellement atteint dans leur être physique (accident du travail ou accident de la circulation). Après une guerre, elle permet de rendre leur place dans la société à des blessés, de la face notamment, dont les glorieuses mutilations sont parfois considérées avec une répugnance difficile a dissimuler, ou sont un objet de risée.

A côté des avantages plastiques certains qu'elle procure à ces deshérités de la nature, la chirurgie leur rend en même temps la santé morale : car l'existence chez un individu de tares physiques ou de lésions d'origine accidentelle, est pour lui une cause de souffrance morale, elle fait de lui un être timide et timoré qui n'ose pas se montrer ; bien plus cet individu constatant son état d'infériorité physique, se rendant compte du dégoût avec lequel on l'approche pourra sombrer dans un désespoir profond qui le ménera jusqu'au suicide; ou bien la notion de son infirmité arrivera à être une idée fixe, il se figurera que tout le monde la remarque, et en ri, il deviendra hargneux, et finalement tombera dans la folie.

La chirurgie esthétique délivre donc l'individu à la fois de son infirmité physique et de son infériorité sociale, elle lui rend son entière valeur personnelle et sociale. Cela est d'autant plus intéressant qu'à notre

époque on attache dans tous les domaines une très grande importance à l'esthétique, et dans bien des cas pour l'attribution d'un emploi on écartera un individu laid et difforme pour lui préférer quelqu'un au physique aimable. D'ailleurs les tribunaux ont consacré ce rôle prééminent que joue l'esthétique dans la vie sociale en accordant chaque jour des dommages-intérêts plus importants pour une cicatrice lorsqu'elle marque le visage.

De nombreuses critiques ont été formulées contre la chirurgie esthétique (76) : on a dit notamment que le rôle du chirurgien consistait uniquement à guérir, et que toute opération, en raison de ses dangers, ne se justifiait et ne devait être tentée qu'autant qu'elle était nécessaire à réaliser ce but, qu'autant que sans elle la vie de l'individu devait être abrégée; par conséquent, en pratiquant une intervention dans un dessein purement esthétique, il détournait la chirurgie de son but, abusait de son droit, trahissait la confiance que la société avait placée en lui, et engageait sa responsabilité si l'opéré en éprouvait le moindre dommage, même en l'absence de toute faute de sa part. Cela revenait à décider que le chirurgien agissait à ses risques et périls chaque fois que le résultat qu'il recherchait cessait d'être nécessaire à la vie pour n'être que seulement utile.

On allait même jusqu'à dire qu'une même opération devait être appréciée différemment selon qu'elle avait pour but la guérison ou l'esthétique; dans le premier cas l'opérateur n'engageait sa responsabilité

(76) Garçon. *Annales de médecine légale* de 1931, p. 713 et suiv.

que suivant les règles habituelles, dans le deuxième, il commettait un acte illicite, et le contrat qui le liait au patient en vue de l'intervention était nul, d'une nullité d'ordre public.

Cette conception abusive du rôle du chirurgien était insoutenable et ne pouvait prévaloir.

Nous avons dit quels avantages l'individu né infirme ou devenu tel à la suite d'un accident, retirait d'une opération de chirurgie esthétique : ils sont évidents, et par eux-mêmes suffisent déjà à la justifier.

Et du reste, si le seul but de la chirurgie doit être de guérir, n'est-ce pas souvent une véritable guérison portant sur le moral de l'infirme que le praticien a en vue lorsqu'il remédie à une tare physique ? Et même si l'on n'admet pas qu'il y ait là une guérison morale ou plutôt mentale, pourquoi ne pas envisager le mot guérir comme signifiant non seulement sauvegarder la vie, mais encore l'améliorer, permettre de mieux vivre, de vivre normalement, or, c'est à cela que tend à coup sûr l'opération esthétique, tout au moins lorsqu'elle a pour objet de corriger une anomalie physiologique, ou de remédier aux conséquences d'un accident.

Enfin une pareille opération n'a absolument rien d'illicite, de contraire à l'ordre public, puisqu'elle permet à l'individu de mieux remplir le rôle qui lui est dévolu dans la société.

La légitimité de principe des opérations de chirurgie esthétique étant ainsi prouvée, il nous faut maintenant les envisager plus particulièrement au point de

vue qui nous intéresse, celui de la responsabilité de ceux qui les entreprennent.

Nous avons développé le principe que l'opération étant un acte dangereux, elle ne doit intervenir que lorsque ses risques sont contrebalancés par des avantages devant en résulter, avantages au moins égaux sinon supérieurs. Il faut l'appliquer ici; mais dans l'appréciation du bien que doit en retirer le patient, il y a lieu de tenir compte des avantages sociaux, et non pas seulement de ceux qui directement nés de l'intervention se rapportent à sa santé, ceux-ci pouvant du reste dans bien des cas être inexistants.

Or, parmi ces opérations de chirurgie esthétique, il y en a de deux sortes : d'abord celles qui ont pour principal objet de corriger une anomalie physiologique congénitale, ou de remédier aux conséquences d'un accident ou d'une blessure de guerre, elles sont légitimes pour toutes les raisons que nous avons exposées, et le chirurgien qui les entreprendra n'encourera de responsabilité que s'il commet une faute en les pratiquant. Ensuite, il y a des interventions qui ne s'expliquent que par la coquetterie, par le désir d'être beau, de paraître plus jeune que l'on est, et qui sont tentées sur un individu normal, en possession de tous ses moyens. En ce qui les concerne le praticien devra se montrer extrêmement prudent, il lui faudra examiner au plus près la proportionnalité entre les risques et le bénéfice devant en être retiré.

Mais quelle est la position de la jurisprudence ?

Il n'y a que très peu de décisions se rapportant à des opérations de chirurgie esthétique, sans doute

parce que cette spécialité est assez récente, mais il est néanmoins possible d'en déduire une théorie.

Aucune opération de la première catégorie, c'est-à-dire de pieds bots, de becs de lièvre par exemple, n'a donné lieu à une appréciation des tribunaux, les rares espèces qui leur ont été soumises ne concernent que des interventions « de beauté ».

La première affaire qui se présenta ne rentre pas dans le domaine de la chirurgie esthétique, mais plutôt dans ce que l'on pourrait appeler la médecine esthétique; nous allons cependant la rappeler ici, car elle se rapproche de notre question.

Il s'agissait de cette jeune femme qui ayant un soupçon de barbe au menton, s'était adressé à un radiologue pour qu'il la fasse disparaître par l'action des rayons X. Elle avait été atteinte d'une radiodermite grave qui à la place de sa barbe avait laissé des cicatrices la défigurant. Un arrêt de la Cour de Paris condamna le praticien étant donné la disproportion entre les risques qu'il faisait courir à sa cliente, et le minime résultat recherché. Il disait en outre, que lorsque le praticien ne se trouve pas en présence d'un mal à guérir, mais d'une imperfection physique à faire disparaître ou à dissimuler, il doit refuser son concours, à moins qu'il n'y ait chez son client une obsession quasi maladive, des troubles mentaux causés par cette imperfection (77).

La même année, la Cour de Lyon fut saisie des faits suivants : un chirurgien avait promis à une femme indigente une sérieuse rémunération si elle consentait

(77) Cour de Paris, 22 janvier 1913, *D.* 1919-2-73.

à se laisser faire sur elle une opération expérimentale ayant pour but de rendre à ses seins leur forme de la jeunesse; pour lui permettre d'exposer le cas à un congrès, et de montrer les résultats obtenus, il ne devait pour commencer, procéder à cette intervention que sur un seul sein laissant l'autre comme témoin. L'opération causa à la patiente de vives souffrances et n'amena comme résultat que des cicatrices étendues.

A côté de considérations portant sur le caractère illicite de la convention passée, la Cour blâma le fait d'avoir entrepris sur une personne saine une intervention n'ayant pas pour objet l'amélioration de sa santé (78).

Enfin, la dernière affaire de ce genre se déroula en 1929 devant le Tribunal de la Seine, et en appel devant la Cour de Paris (79).

C'est celle qui mit en présence une jeune première d'une grande maison de couture parisienne et un chirurgien réputé, qui, devant lui diminuer le volume de ses mollets n'aboutit en fait qu'a rendre indispensable l'amputation de l'une de ses jambes.

Le Tribunal de la Seine se prononça en ces termes : « Attendu que le fait d'avoir entrepris une opération comportant des risques d'une réelle gravité, sur un membre sain dans le seul but d'en corriger la ligne, sans que cette intervention soit imposée par une nécessité thérapeutique ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opéré, cons-

(78) Cour de Lyon, 27 juin 1913, *G.P.* 1913-2-506.

(79) Trib. de la Seine, 25 janvier 1929, *G.P.* 1929-1-424 — Cour de Paris, 12 mars 1931, *D.* 1931-2-141.

titue à lui seul une faute de nature à entraîner la responsabilité du chirurgien; que cette faute se déduit de la seule application des principes du droit commun, abstraction faite de toute considération médicale, et sans qu'il soit besoin pour l'établir de recourir aux lumières des hommes de l'art... ».

Le chirurgien fut condamné à verser à sa victime une somme de 200.000 francs de dommages-intérêts. Il fit appel de ce jugement devant la Cour de Paris. Celle-ci ne voulut pas adopter le motif pour lequel il avait été condamné en première instance, estimant « qu'il instituait à l'encontre des chirurgiens dans certains cas une véritable présomption de faute qui ne saurait être admise parce qu'elle est contraire à la Loi ». Mais elle condamna néanmoins le praticien: « Considérant que le docteur D... a procédé avec une précipitation regrettable à l'opération entreprise sur la jambe de la dame Le Guen; qu'on doit retenir que le chirurgien a négligé d'éclairer complètement sa cliente des risques graves qu'allait comporter son intervention; qu'une indication exacte des dangers de l'opération et un consentement donné par l'intéressé et en toute connaissance de cause sont absolument nécessaires et doivent être rigoureusement exigés quand l'opération n'a pas pour but de guérir le mal, mais seulement de faire disparaître ou d'atténuer une imperfection physique; que la faute commise par le docteur D... à ce point de vue est suffisante pour le rendre responsable du dommage qu'il a causé ».

Il y a donc dans la jurisprudence une évolution très nette. Toutes les décisions antérieures à l'arrêt

de la Cour de Paris de 1931, influencées sans doute par les arguments des adversaires de la chirurgie esthétique, condamnait le praticien pour le seul fait qu'il avait pratiqué une opération ne répondant pas à une nécessité.

C'était évidemment fort injuste. Sans doute les affaires auxquelles ont mis fin ces décisions portaient sur des interventions dont on peut dire qu'elles sont les moins utiles parmi celles qui rentrent dans le cadre de la chirurgie esthétique, et qui avaient été accompagnées de négligences fautives de la part du praticien ; mais leur condamnation était faite en des termes trop généraux, qui frappaient sans distinguer, toutes les opérations de chirurgie esthétique, même celles dont l'utilité est telle qu'elle ressemble à une nécessité, et rendaient l'homme de l'art responsable du résultat, même s'il avait fait preuve de la plus grande habileté.

L'arrêt de la Cour de Paris a heureusement mis fin à cette jurisprudence ; elle accorde en quelque sorte au praticien l'autorisation de se livrer à des opérations ayant uniquement pour but l'amélioration du corps humain, et la transformation d'un infirme en un être normal. Mais elle indique que, si un pareil acte n'est pas en lui même fautif, il le devient si celui qui l'accomplit n'observe pas auparavant les précautions normales, et s'il ne proportionne pas les moyens mis en œuvre au résultat recherché (80).

(80) Un jugement tout récent, du Tribunal civil de Lyon en date du 3 janvier 1936, vient encore de condamner un praticien en vertu de cette règle (Index médical de mars 1936).

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI ET DU FAIT DES CHOSES

SECTION I

Responsabilité du fait des aides et remplaçants

En principe, l'art de guérir est réservé aux seules personnes qui sont titulaires du diplôme de docteur en médecine; c'est que, si ce diplôme ne donne pas la garantie que celui qui le possède est un bon praticien, il prouve néanmoins qu'il a fait des études médicales complètes et qu'il a acquis le minimum de savoir et d'expérience nécessaire pour donner des soins à ceux qui le lui demandent. Mais certains malades réclament une surveillance continue et une fourniture de soins relativement peu compliqués, mais répétés plusieurs fois dans la même journée, et dans bien des cas le médecin ne peut venir lui-même les leur donner; par ailleurs le praticien se trouve parfois dans l'obligation de se faire aider pour certains actes médicaux, parce qu'il lui est impossible d'agir seul, ou que les tribunaux, consacrant en cela une règle de prudence, exigent qu'il se fasse assister.

Il existe donc, à côté des docteurs en médecine, des personnes qui sont leurs auxiliaires indispensables. Ce sont parfois, dans les hôpitaux importants de centres universitaires, des étudiants, qui en aidant le praticien, verront comment il opère, s'habitueront à faire ces actes simples et d'une pratique si courante, que nul médecin n'a le droit de les ignorer, s'initieront aux interventions difficiles, en un mot apprendront ainsi la pratique de leur métier, complément indispensable des enseignements théoriques qu'ils suivent; mais ce sont aussi en clientèle privée, et dans les cliniques, des infirmiers, des sages-femmes, des gardes-malades, c'est-à-dire des personnes qui après avoir suivi certains cours et passé des examens ont été reconnues aptes à la pratique des actes médicaux élémentaires.

On admet en général que ces auxiliaires du praticien n'ont pas d'initiative propre, ou tout au moins n'ont qu'une initiative très restreinte, et ne doivent agir que d'après les indications très précises, les ordres même, qu'ils reçoivent du médecin traitant. Ce sont des agents d'exécution des décisions que prend le praticien en ce qui concerne le traitement à appliquer. Leur activité se borne à quelques actes courants, ne demandant ni une grande intelligence ni des connaissances étendues; ils font par exemple des piqûres, posent des ventouses, des cataplasmes, procèdent à des enveloppements humides, font prendre aux malades des remèdes; mais ce ne sont pas eux qui déterminent quelle doit être la nature et la quantité du produit à injecter, non plus que le dosage

du médicament à administrer, ils ne font que réaliser les prescriptions du praticien. Tout au plus prendront-ils en son absence l'initiative de certains traitements anodins tels que poser des ventouses ou faire prendre un bain à un malade qui a une forte fièvre en vue de la faire baisser ; le praticien, lorsqu'il aura confiance en eux, pourra même les laisser juges de l'opportunité de renforcer le traitement, en prescrivant par exemple de faire une seconde piqûre d'un produit si la première ne fait pas d'effet.

Les étudiants en médecine attachés à des services hospitaliers, étant donné ce fait qu'ils sont déjà avancés dans leurs études, se livrent à une catégorie d'actes médicaux plus délicats ; ils font des prises de sang, coupent des plâtres, donnent les anesthésies, font même parfois des opérations simples, mais naturellement avec l'autorisation du chef de service, seul capable d'apprécier si elles ne dépassent pas leur savoir.

Mais en médecine le traitement le plus simple, s'il est fait avec négligence, peut entraîner des conséquences incalculables. Comment se réglera la question de responsabilité lorsque la réclamation du malade portera sur des actes faits par l'un quelconque de ces auxiliaires ?

Il faut tout d'abord rechercher dans quel cas l'infirmier ou l'aide sera en faute. Supposons que le praticien ait à tort prescrit un médicament ou certains soins spéciaux, par suite d'un diagnostic erroné, ou ayant négligé d'examiner le malade, ou encore par ignorance ; l'infirmier a scrupuleusement suivi ses

prescriptions, le patient meurt. La logique et l'équité veulent que ce soit au médecin qu'incombe la responsabilité, puisque lui seul a eu l'initiative du traitement, lui seul doit en répondre, d'autant plus que l'infirmier n'a agi que d'après ses indications, n'a fait qu'obéir à ses ordres (1).

Par contre, il arrivera plus souvent que le praticien ayant établi un diagnostic tout à fait exact, aura ordonné la médication qui s'imposait en la circonstance; si c'est alors une négligence ou une faute quelconque de l'infirmier qui a provoqué l'insuccès du traitement, le médecin pourra-t-il être rendu responsable?

Pour chaque cas particulier il faudra d'abord rechercher si la faute de l'infirmier ou de l'aide incriminé ne s'est pas accompagnée, ou n'a pas été permise par une faute que l'on peut relever à la charge du médecin. Car le praticien, de par le contrat qui le lie au malade, est tenu de suivre ce dernier en cours de traitement, non seulement pour lui donner des soins, mais aussi pour exercer sur tous ceux qui le secondent une certaine surveillance et un certain contrôle. Sans doute il lui est impossible d'assister à l'exécution de toutes les prescriptions qu'il ordonne pour s'assurer de leur correction, mais il peut s'arranger de façon à être présent lorsqu'il s'agit de soins délicats, ou lorsqu'il emploie un aide inexpérimenté; et par ailleurs, il lui est facile de se rendre compte si l'agent d'exécution a bien compris ce qu'il devait faire, et de s'assurer qu'il est capable d'accomplir

(1) Cour de Paris, 6 juin 1923, *D.* 1924-2-167.

tel acte médical déterminé, avant de le lui faire pratiquer, et il peut aussi aller vérifier par la suite si ses indications ont bien été observées, de manière à remédier à temps, s'il y avait lieu, aux dangers résultant pour le malade d'un défaut d'exécution ou, ce qui est parfois pire, d'une mauvaise exécution.

Dans bien des cas soumis aux tribunaux, un défaut de surveillance a été relevé qui a abouti à une condamnation du médecin seul, ou conjointement du médecin et de son aide.

Nous avons déjà cité cet arrêt de la Cour de Paris de 1932 qui avait condamné un chirurgien parce qu'il avait commis cette négligence de ne pas s'assurer que les bouillottes mises par une infirmière dans le lit d'une de ses clientes encore sous l'effet de l'anesthésique, ne dépassaient pas une température normalement supportable; il s'exprimait en ces termes: « Considérant que si le rôle d'une infirmière consiste à assurer une surveillance constante de sa malade, et à ce titre, la dame G... était tenue de se préoccuper dans l'espèce de la température de l'eau dont elle faisait usage pour les soins prescrits, il n'est pas douteux également qu'il incombait aux docteurs P... et L... qui assistaient la dame C... de vérifier personnellement si les bouillottes dont ils avaient préconisé l'emploi pouvaient être tolérées telles qu'on les présentait; qu'avant d'abandonner leur malade, ils ne se préoccupèrent, ni l'un ni l'autre, de savoir si leurs instructions avaient été suivies... » (2).

Plus récemment, un arrêt de la Cour de Pau a

(2) Cour de Paris, 4 juillet 1932, précité.

jugé tout à fait de la même manière des faits absolument analogues : « Attendu que c'est le docteur B... qui assumait la direction et la surveillance de tout le personnel admis dans la clinique, que c'est lui en particulier qui avait le devoir, en tant que directeur de la clinique et médecin traitant, d'empêcher les infirmières de laisser une bouillotte trop chaude en contact avec la jambe de sa cliente, pendant le temps où une brûlure était à craindre, que d'une façon générale si la dame C... a réellement été brûlée dans la clinique, cet accident imputable à un défaut de surveillance du docteur B... engage sa responsabilité » (3).

La Cour de Paris avait déjà en 1932 sanctionné un défaut de surveillance d'un médecin sur les actes d'une infirmière qu'il s'était attachée pour le seconder : au lieu de préparer de l'eau chloroformée, comme il lui avait été prescrit, pour un malade atteint de ténia, elle avait rempli un flacon de chloroforme pur, et le praticien l'avait remis à son client sans prendre soin de vérifier ce qu'il contenait (4).

Mais si cette surveillance à laquelle est tenu le médecin doit être très sérieuse, elle n'a cependant pas à s'exercer sur les actes faciles, si simples qu'ils n'ont même plus le caractère médical et sont considérés comme pouvant être accomplis par une personne quelconque. Donc lorsque l'aide commettra

(3) Cour de Pau, 16 mai 1934. Rapporté dans l'*Index Médical* de novembre 1934.

(4) Cour de Paris, 10 mars 1932. Rapporté par VERDUN : Responsabilité des médecins du fait de leurs auxiliaires. *Annales de Médecine légale* de 1934, p. 95.

une faute dans leur exécution, aucune responsabilité ne pourra être retenue à la charge du praticien pour faute personnelle résultant d'un défaut de surveillance. Cela résulte d'un arrêt de la Cour d'Orléans rendu dans une affaire très bizarre: pour faire des lavages de gorge à un malade à l'aide d'un siphon, une infirmière avait placé cet appareil dans de l'eau chaude afin de tiédir le liquide qu'il contenait, puis l'avait retiré pour le placer sur une tablette de marbre froide qui se trouvait à sa portée: par l'effet du changement de température, le siphon avait éclaté, et une fatalité inouïe avait voulu qu'un morceau de verre fut projeté dans l'œil du malade, ce qui nécessita son enlèvement. Le médecin ne fut pas mis en cause, mais le manque d'attention de l'infirmière fut sanctionné par une condamnation (5).

En dehors de ces cas où l'on peut relever contre le praticien une négligence dans l'obligation de surveillance qui lui incombait, quand peut-on le rendre responsable des fautes des aides?

Puisque nous avons admis qu'il existait un contrat médical, la conséquence logique est que, si l'homme de l'art dans ce contrat qu'il a passé avec son client s'est engagé à lui fournir ou à lui faire fournir certains soins nettement déterminés, dont il n'aura bien entendu pas garanti le résultat, il sera certainement responsable lorsqu'au cours de ces soins promis au malade, l'infirmier auquel il en a confié l'exécution a commis une faute qui a causé un préjudice; et cela, même si l'acte dommageable était de

(5) Cour d'Orléans, 17 février 1926, rapporté par VERDUN, *op. cit.*

ceux qui en raison de leur simplicité dispensent le praticien de sa surveillance. Le malade, par son contrat, a droit à des soins diligents; s'ils ne le sont pas, c'est au médecin qu'il devra s'adresser, quitte à ce dernier à se retourner contre ceux qui les ont effectivement donnés.

Il faut noter qu'un engagement de ce genre portant sur la fourniture de quelques actes médicaux indiqués avec précision est assez rare, car lorsque se forme le contrat, les soins ne sont pas connus, et c'est le diagnostic, première chose que fera le praticien, qui les déterminera; par ailleurs ce dernier ne promet le plus souvent que ceux qu'il est capable de fournir lui-même.

Cependant il existe des médecins qui ont à leur service des infirmières, soit dans une clinique privée où eux seuls opèrent, pour les assister dans les interventions qu'ils pratiquent, soit à leur cabinet de consultation, pour l'exécution matérielle de tous les petits soins faciles: piqûres, pansements, par exemple, pour faire des analyses, manœuvrer des appareils de radiologie. Dans ces cas, s'il y a un dommage causé par l'aide, le médecin sera responsable, car le malade n'a de lien juridique qu'avec lui, il ne connaît pas l'aide. Mais il faut remarquer que bien souvent cette responsabilité sera encourue, moins en raison de ce que les soins n'ont pas rempli les conditions stipulées au contrat, que parce que le praticien a commis une faute dans la surveillance qui lui incombait.

Par contre la situation est toute différente quand le médecin n'a pas contracté l'obligation de fournir

certains soins: il va voir un malade à domicile, il lui prescrit un traitement en rapport avec l'affection qu'il a discerné chez lui, puis il se retire, se désintéressant de la façon dont son client se fera administrer les soins indiqués; le plus souvent ce sera une personne de l'entourage du malade qui les lui assurera; s'il engage une infirmière, cette dernière contractera avec lui l'engagement de lui fournir les soins prescrits par l'homme de l'art, et ce sera elle qu'il devra attaquer si elle a commis une faute, et peu importe alors que ce soit le praticien qui ait conseillé au malade de prendre une infirmière ou même qu'il lui ait donné de bons renseignements sur celle qu'il a engagée.

En ce qui concerne les infirmiers et les infirmières des hôpitaux dépendant de l'Assistance publique, il en est exactement de même: ils sont engagés par l'Administration pour donner aux personnes hospitalisées les soins que les médecins jugent nécessaires. Le malade qui aura été victime d'une faute de l'un d'eux, ne pourra que s'adresser à l'administration qui les a embauchés et non pas au praticien; et si l'on voit souvent des médecins des hôpitaux poursuivis comme civilement responsables des fautes des infirmiers de leur service, c'est que les malades, les sachant solvables, essayent de les faire condamner pour être plus sûrs d'être indemnisés.

Tout ce système n'est pas celui de la jurisprudence: considérant dans les cas normaux que la responsabilité du médecin découle des articles 1382 et 1383 du code civil, elle a naturellement appliqué ici l'ar-

ticle 1384. Elle a donc déclaré : pour qu'une personne puisse être considérée comme responsable d'une autre, et pour qu'elle puisse être recherchée en réparation du préjudice causé par des actes dommageables qu'elle n'a pas commis, il faut que l'auteur de l'acte soit uni à la personne poursuivie par un lien de subordination, et il est nécessaire que cette personne poursuivie ait sur l'autre des droits d'autorité et de direction. Par conséquent, d'après la jurisprudence, pour savoir si le médecin peut être responsable de l'aide, dans les termes de l'article 1384, le seul point à rechercher est de savoir si ce dernier lui est subordonné, et si dans l'exercice des fonctions au cours desquelles l'accident s'est produit, il était soumis à son autorité.

Toutes les décisions des cours et tribunaux devant lesquels ont été présentées des affaires de responsabilité du médecin du fait de ses aides ont appliqué ce principe.

Il a été ainsi décidé que le fait pour une infirmière d'être placée sous la dépendance d'un médecin pendant une opération ne suffisait pas à créer le lien de subordination nécessaire pour faire d'elle la préposée du chirurgien, et qu'à moins d'un ordre précis dont il est responsable, le chirurgien ne prend pas à sa charge les fautes de l'infirmière ; c'est ce qui a été déclaré par un arrêt de la Cour de Lyon du 18 mars 1927 (6).

(6) Cour de Lyon, 18 mars 1927, rapporté par PEYTEL : La responsailité du fait d'autrui : l'erreur d'une infirmière. *Paris Médical* du 11 mai 1935.

Le tribunal de la Seine, en 1933, s'est prononcé en ce sens, quand il a déclaré que le médecin-chef d'un service hospitalier ne pouvait être considéré responsable des brûlures occasionnées par un lavement trop chaud administré par un infirmier qu'il n'avait pas choisi et surtout sur lequel il n'a aucune autorité quand il accomplit les actes normaux de sa profession. Ce jugement reconnut par contre la responsabilité de l'Assistance publique (7).

Mais, depuis quelques années, une théorie s'est fait jour qui risque d'être bien dangereuse pour le médecin, si la jurisprudence continue à appliquer ici l'article 1384, c'est la théorie du préposé occasionnel. Cette thèse a été appliquée par la Cour de Cassation au chauffeur qui se trouve sous la direction d'une personne autre que son patron habituel au moment où se produit l'accident. Sans doute ce tiers n'est pas le commettant du chauffeur, puisqu'il ne le paie pas et ne l'a pas choisi, mais la Cour reconnaît qu'au moment où le dommage a été causé, le chauffeur était occasionnellement son préposé (8).

Il faut reconnaître que les décisions rendues depuis n'ont pas, jusqu'à présent, posé la question sur ce terrain en ce qui concerne les médecins. Il est vrai que dans toutes les affaires dans lesquelles cette théorie aurait pu jouer, le juge a toujours pu trouver un défaut de surveillance à la charge du praticien poursuivi.

En résumé, la responsabilité du médecin n'est

(7) Tribunal de la Seine, 14 mars 1933, *Paris Médical*, 11 mai 1935.
(8) Cass., 19 janv. 1927.

engagée par la faute de ses aides que lorsque celle-ci est intervenue à l'occasion de soins qu'il avait promis de fournir ou de faire fournir au malade. La jurisprudence use d'un autre critérium: elle déclare le médecin responsable des infirmiers en vertu de l'article 1384 lorsqu'un lien de subordination est prouvé.

A côté des cas où le praticien emploie des auxiliaires, il en est d'autres, où il envoie auprès du malade une personne destinée à lui donner des soins à sa place. Cela se présente très fréquemment: le médecin peut tomber malade, et par ailleurs il lui est permis de s'absenter pour ses affaires, ou pour se reposer, et prendre quelques vacances.

Le remplaçant qu'il se donnera dans ces circonstances sera soit un confrère du voisinage dont il connaîtra la probité et la conscience professionnelle, ou bien un jeune docteur non encore installé pour son compte, mais beaucoup plus souvent ce sera un étudiant n'ayant pas encore complètement terminé ses études, mais présentant cependant certaines garanties du fait qu'il possède de nombreuses inscriptions et remplit un emploi dans les hôpitaux.

On conçoit facilement que le jeune médecin ou l'étudiant appelé chez un malade puisse commettre des fautes professionnelles: le praticien remplacé peut-il en être rendu responsable? Logiquement il faudrait adopter ici la même solution que précédemment: il ne serait responsable qu'autant que la faute aurait concerné des soins dont il avait promis la fourniture. Mais dans le cas du remplacement il y a le plus souvent force majeure qui empêche le prati-

cien de donner lui-même les soins: le contrat passé par lui avec son client cesse alors d'avoir effet et un nouveau contrat se forme entre le remplacé et le malade; lorsqu'il n'y a pas force majeure qui oblige le médecin à se faire remplacer, il se procure ordinairement le consentement du client, qui le décharge de la responsabilité des fautes commises par celui qu'il envoie à sa place donner des soins.

Aucun arrêt n'a jusqu'à présent laissé entrevoir la solution de la jurisprudence: il est douteux qu'elle puisse appliquer ici l'article 1384, car le remplaçant n'est assurément pas le préposé du médecin remplacé, ces deux personnes étant sur un pied d'égalité; par ailleurs, par définition, il ne peut être question de surveillance exercée par le praticien sur celui sur lequel il compte pour remplir ses obligations: ce dernier a une entière liberté.

Section II

Responsabilité du fait des instruments

Les obligations que le contrat médical met à la charge du praticien comportent celle de réparer les conséquences dommageables de l'emploi des instruments et appareils dont il se sert dans l'exercice de sa profession, alors qu'elles sont nées d'un défaut de surveillance ou d'un mauvais usage. Mais en dehors de toute faute de leur propriétaire, les accidents qu'ils produisent doivent être considérés comme provenant d'un cas fortuit, dont on ne saurait rendre le praticien responsable.

Mais nous avons dit que la jurisprudence plaçait en général la responsabilité médicale sur le terrain délictuel, elle a donc tout naturellement été amenée à faire application ici de l'article 1384.

Jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle, les tribunaux n'avaient considéré la responsabilité du médecin que comme un cas particulier de la responsabilité de tout être humain dans la vie courante: l'adversaire de l'homme de l'art devait faire la preuve du dommage et de sa cause, et seuls les articles 1382 et 1383 du code étaient invoqués. Or, à la fin du XIX^e^ siècle s'est répandue la notion de ce que l'on a appelé le risque créé: la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail s'en étant inspirée, mit à la charge des patrons la réparation des accidents dont leurs employés pouvaient être victimes sans que ces derniers aient à prouver une faute quelconque.

La jurisprudence a été très fortement influencée par cette idée nouvelle: les tribunaux, s'emparant de l'article 1384, en tirèrent des choses auxquelles n'avaient certainement pas pensé ses rédacteurs, et décidèrent que son interprétation revenait à dire qu'il existait à l'encontre du gardien de la chose une présomption de responsabilité, que la victime n'avait pas à prouver qu'il avait commis une faute, et qu'au contraire, c'était au gardien à faire la preuve que le dommage provenait d'une cause qui lui était étrangère.

Cette argumentation a d'abord été utilisée en matière d'accidents d'automobiles (9), puis la juris-

(9) Cass., 13 février 1930, *D.* 1930-1-57.

prudence l'a étendue à d'autres matières, et c'est ainsi que les médecins furent visés.

Evidemment cette assimilation de la responsabilité des médecins à celle des automobilistes est fort séduisante pour la victime, car elle facilite sérieusement sa tâche, puisqu'il lui suffit de prouver l'existence d'un fait dommageable, pour que par le jeu d'une présomption le défendeur soit automatiquement condamné. Il est vrai que l'homme de l'art peut se décharger en faisant la preuve soit d'un cas fortuit, soit d'une force majeure, soit d'un fait imputable à la victime, mais l'on sait les difficultés qu'il y a à faire de pareilles preuves.

L'application de l'article 1384 en matière de responsabilité médicale n'est pas soutenable.

D'abord assimiler la responsabilité de l'automobiliste auteur d'un accident, à celle du médecin dont le client a subi un dommage au cours d'une opération, conduit à des absurdités.

Le conducteur a entre les mains et sous sa garde un instrument qui a pour seul objet de le transporter, et qui, normalement utilisé, n'a aucune action sur le corps humain. Or il n'en est pas de même des instruments et appareils en usage dans les cabinets de consultation des médecins et dans les salles d'opérations, leur usage normal, au contraire, est d'agir sur le corps du patient. Les instruments chirurgicaux les plus simples, le bistouri, l'aiguille à sutures, laissent toujours sur le corps des traces, des cicatrices, qui restent souvent indélébiles; or, en présence de ces cicatrices qui ne proviennent ni d'un cas fortuit, ni

d'une force majeure, mais de la volonté du praticien et de la destination normale de l'instrument, si l'on admet l'application au médecin de l'article 1384, il faudrait décider qu'il serait inévitablement responsable chaque fois qu'il se servirait sur autrui d'un instrument professionnel quelconque (10). Cette menace de poursuites arriverait à le paralyser entièrement lorsqu'il se trouve au chevet du malade, à l'empêcher de faire tout acte susceptible, en soulageant ce dernier, de le blesser même très légèrement, sachant par avance qu'en cas de non réussite il se trouverait automatiquement responsable d'un préjudice qui n'est causé par aucune faute de sa part.

Mais ce n'est pas le seul reproche que l'on peut faire à l'introduction de l'article 1384 en matière médicale. La Cour de Cassation a décidé dans les affaires d'accidents d'automobiles où la victime était une personne transportée bénévolement et gratuitement par celui qui avait la voiture sous sa garde, que cette personne ne pouvait prétendre à une indemnité puisqu'elle avait participé à l'usage de la chose dangereuse qui lui avait causé un dommage. Il n'y a aucune raison de ne pas admettre cette solution en matière médicale; mais alors appliquer l'article 1384 n'a plus aucun intérêt, car le patient peut toujours être considéré comme ayant participé à l'usage de l'instrument qui l'a blessé, puisque non seulement il aura consenti d'avance aux risques auxquels il l'expose, mais encore parfois il en aura sollicité l'usage avec énergie.

(10) Nast. Note sous *D.* 1932-2-5. — Durand, op. cit., n° 33, p. 103.

Par ailleurs les conditions d'application de la présomption de l'article 1384 ne sont presque jamais complètement réunies en médecine. Le dommage résultera le plus souvent moins du fait de la chose dont le médecin s'est servi que d'une faute à lui imputable: le bistouri, la seringue, l'aiguille ne sont en quelque sorte que des prolongements de la main de l'homme, adaptés à un travail particulier, ils sont passifs entre ses doigts, et s'ils causent un dommage, celui-ci est censé avoir été produit directement par le praticien malgré l'existence de l'instrument intermédiaire entre sa main et le corps du patient. Il ne peut y avoir fait des choses que lorsque l'appareil mis en mouvement par l'homme ne lui reste plus absolument subordonné. Or dans la profession médicale on ne conçoit de tels appareils qu'en radiologie; mais, dans cette branche de l'art de guérir des règles spécialement sévères imposent une surveillance telle que l'on peut rendre l'homme de l'art responsable de tout dommage survenant, à moins qu'il ne soit produit par des phénomènes dont la science n'est pas encore parvenue à découvrir les règles.

L'article 1384 ne pourrait donc être invoqué que lorsque le malade soumis aux rayons X a éprouvé un dommage du fait de radiations imprévisibles parce qu'inconnues. Mais alors on se heurte à ce principe, que la jurisprudence a dégagé dans maintes circonstances, et suivant lequel le praticien ne peut pas répondre des lacunes de la science qu'il met en œuvre.

De tout ceci il résulte qu'il est impossible d'appliquer l'article 1384 au médecin.

Quelle a été la position de la jurisprudence? En général elle s'est refusée à admettre cet article en notre matière, à part quelques rares décisions.

C'est surtout en matière radiothérapie que l'on a cherché à rendre le médecin responsable du fait des appareils dont il a la garde. Le tribunal de Nantes (11), dans un jugement que nous avons signalé, a, en 1925, déclaré irresponsable un radiologue dont le malade avait été brûlé par des radiations parasites insoupçonnées à l'époque à laquelle avait eu lieu le traitement; on avait invoqué devant lui l'article 1384, mais il n'avait pas voulu admettre que la présomption de faute pouvait jouer. C'était pourtant le cas qui se serait le mieux prêté à l'application de cet article.

Quelques années après, le tribunal de Marseille (12) a décidé: « Attendu que l'article 1384 ne saurait être appliqué lorsque c'est la victime qui a sollicité ou accepte qu'il soit fait à son égard un emploi déterminé de la chose... ». Il admettait par ailleurs la responsabilité médicale contractuelle, aussi, logiquement, il ne pouvait pas condamner le médecin en tant que gardien de la chose.

Le tribunal de la Seine a, lui aussi, repoussé en 1930 (13) toute idée de présomption de faute résultant de l'article 1384 pour des raisons analogues:

(1) Nantes, 20 janv. 1925, *G.P.* 1925-1-553.
(12) Marseille, 5 mai 1930, *D.H.* 1930-389.
(13) Tribunal de la Seine, 23 juin 1930, rapporté dans *Paris Médical* du 12 mai 1934.

« Attendu que l'article susvisé n'est pas applicable lorsque le dommage a été causé par une chose à l'usage de laquelle la victime a volontairement participé... ». Le cas qui était soumis au juge était le suivant: au cours d'un examen de l'œsophage qui avait nécessité l'introduction d'un appareil, le malade avait eu une contraction musculaire, qui avait causé une érosion de la paroi, accident tout à fait exceptionnel et imprévisible qui avait entraîné la mort.

Il n'y a guère que le tribunal de Morlaix (14) qui ait adopté en médecine la responsabilité délictuelle du fait des choses, ces choses étant dans l'affaire qui l'occupait des appareils de radiologie: « Attendu qu'en l'espèce il s'agit d'un cas de responsabilité médicale tout particulier, qui n'a rien de commun avec une erreur de diagnostic ou une erreur dans les prescriptions d'un médicament, ou encore avec le coup de stylet malheureux du chirurgien, le stylet n'étant en quelque sorte que le prolongement de la main de l'opérateur auquel il obéit, et qui est intimement lié à son adresse et à sa dextérité, si bien qu'il est usuel de parler du tour de main plus ou moins habile de tel chirurgien, qu'ici le médecin met en action une machine qui, mise en mouvement, continue seule son mouvement, machine singulièrement délicate et qui, produisant des résultats heureux, peut en déterminer de terriblement mauvais si le mécanisme est vicié ou si l'entreprise est mal conduite: qu'on ne saurait voir aucune raison sérieuse pour dire qu'en la cause, il ne saurait être présumé responsable du dommage

(14) Morlaix, 17 mai 1933, *G.P.* 1933-2-257 sous note.

causé par le mécanisme dont il a la garde, soit que celui-ci ait eu un vice, soit qu'il l'ait mal commandé ».

Ce jugement fut du reste infirmé par la Cour de Rennes (15); il est intéressant de citer les arguments sur lesquels elle s'est basée: « Considérant que les premiers juges tirent de ces principes constants la conclusion que toutes les fois qu'un dommage aura été occasionné par une machine soumise à la direction de l'homme il y aura présomption de faute au sens de l'article 1384; qu'en matière de responsabilité du médecin ayant utilisé un appareil radio-électrique, le dommage n'a pu être créé que par le mécanisme dont il avait la garde; que le docteur X... doit donc être présumé responsable, comme il le serait des blessures occasionnées par sa voiture automobile ou par son fusil; considérant que des différences essentielles doivent pourtant être relevées entre l'utilisation à des fins curatives d'un appareil radio-électrique et l'usage d'une voiture ou d'une arme à feu; que celles-ci ne sont destinées ni à atteindre, ni à toucher les personnes; qu'au contraire, la radiothérapie suppose la mise en marche par le médecin d'un appareil devant produire des rayons dont les propriétés destructives s'attaquent aux tissus des parties malades, et dont l'application constitue le traitement sollicité par le client et accepté par lui; qu'il est intervenu entre le médecin et celui-ci, ou son représentant légal, une convention aux termes de laquelle le premier, moyennant rémunération, prend l'engagement de donner des soins au malade, par l'intermédiaire

(15) Cour de Rennes, 14 novembre 1934, *G.P.* 1935-1-104.

de son appareil radio-électrique; que le patient se soumet volontairement à l'action de cet appareil conduit et dirigé par la volonté du praticien; que le malade n'accepte, en vertu de ce contrat, que les risques inhérents à toute thérapeutique régulière...

Par ces motifs: ...dit inapplicables à l'espèce les dispositions de l'article 1384 du code civil. »

Depuis cet arrêt, un jugement du tribunal de Belfort (16) a lui aussi repoussé l'application de l'article 1384 en notre matière.

Ainsi donc, doctrine et jurisprudence se refusent à admettre la responsabilité du praticien du fait des instruments et appareils dont il se sert couramment dans l'exercice de sa profession. Sa responsabilité sera cependant engagée en cas de dommage par eux causé, lorsqu'il y aura eu preuve d'une faute du médecin, qui consistera le plus souvent dans une négligence dans la surveillance, ou même d'un défaut absolu de surveillance de ces choses, mais il ne sera jamais présumé responsable.

(16) Trib. de Belfort, 19 décembre 1934, rapporté dans *Paris Médical* du 15 juin 1935. Tout récemment encore dans le même sens: Cour de Rennes, 5 déc. 1935, *G.P.* 6 février 1936.

TROISIÈME PARTIE

LA PROTECTION DU MÉDECIN CONTRE SES FAUTES

Toute notre étude a porté sur les circonstances dans lesquelles le client du médecin ou du chirurgien, ayant contracté avec lui certains liens de droit, pouvait le faire citer en justice et le faire condamner à des dommages-intérêts, à une réparation pécuniaire du préjudice causé au malade par son ignorance, sa négligence, son imprudence, en un mot par sa faute dans l'exercice de sa profession.

Cette étude ne serait pas complète, si en face de ces développements consacrés à la sauvegarde des intérêts du patient, elle ne comportait pas ensuite quelques considérations, ou tout au moins l'indication des principaux moyens de défense auxquels le praticien peut recourir lorsqu'il est ainsi actionné. Nous dirons d'abord quelques mots de la marche générale du procès en responsabilité intenté contre le médecin, sans nous aventurer dans des questions de pure procédure, puis nous envisagerons comment il peut écarter sa responsabilité, et ses conséquences pécuniaires dans les cas où elle a été reconnue.

La responsabilité civile du praticien peut être discutée aussi bien au cours d'un procès pénal que dans un procès civil. Le procès pénal s'ouvrira contre le médecin à la suite d'une plainte, ou simplement parce que le Parquet aura eu connaissance de faits à sa charge dont le caractère justifie à son avis sa comparution devant le tribunal correctionnel; si la victime se porte alors partie civile au procès, la question de l'appréciation de l'indemnité à lui accorder se posera. Mais ce procès pénal n'est pas extrêmement fréquent. La responsabilité du praticien est beaucoup plus souvent mise en jeu devant les tribunaux civils.

Notre époque voit de très nombreuses actions en indemnité dirigées contre des médecins, et parmi ces actions, beaucoup sont introduites sans que le demandeur ait des griefs bien précis à formuler contre l'homme de l'art: parfois la mise en œuvre du traitement aura simplement déçu les espérances qu'il avait mises dedans, et parfois aussi se trouvant en face d'une lourde note d'honoraires, il s'adressera à la justice dans le principal but de retarder le payement et avec l'espoir que l'on arrivera à découvrir, au cours des débats, dans la conduite du médecin des faits constituant une faute, qui, s'ils ne pourront le dispenser de régler les soins reçus, lui feront attribuer une certaine indemnité.

Mais les tribunaux sont obligés de tenir compte même de pareilles demandes; ils auront donc à rechercher si les arguments qui leur sont présentés sont valables, si le praticien a réellement commis la faute professionnelle qu'on lui reproche.

Cette recherche de la faute du médecin nécessitera une analyse de sa conduite non pas seulement une analyse rudimentaire, très générale, mais comme nous avons pu nous en apercevoir dans bien des cas, une analyse au contraire très poussée, portant sur le moindre détail de sa conduite, sur tous les actes intervenus dans ses relations avec le malade, ainsi que sur les conditions dans lesquelles ils ont été accomplis.

Parfois le tribunal, dès les premières recherches aura découvert une faute ne se rapportant pas à proprement parler à des questions médicales, mais pourtant suffisante pour amener une condamnation sans qu'il soit nécessaire de trouver d'autres fautes; c'est ainsi que dans le procès intenté par sa cliente contre le chirurgien qui avait essayé de réduire le volume de ses mollets et n'était arrivé qu'à rendre indispensable l'amputation d'une jambe, le tribunal de la Seine se considéra suffisamment éclairé par les résultats d'un examen sommaire de sa conduite qui avait permis de déceler non pas une faute dans les soins, mais une faute dans le simple fait d'avoir entrepris ces soins. De même lorsqu'il y a eu négligence du praticien qui n'a pas pris la précaution de se munir du consentement de son malade, ou qui a refusé de venir le soigner alors qu'il le lui avait promis, ce fait suffit à le rendre responsable sans que par ailleurs il soit nécessaire de se livrer à de plus grandes recherches.

Mais au contraire, dans des affaires beaucoup plus nombreuses, ce sera l'examen des soins eux-mêmes

qui permettra de dire si le praticien est ou n'est pas responsable. Or le magistrat est totalement incompétent pour tout ce qui concerne le traitement médical, il lui sera donc impossible d'apprécier lui-même les faits qui lui seront soumis, il devra avoir recours à des techniciens, à des spécialistes, qu'il désignera comme experts et auxquels il donnera la mission de l'éclairer.

Les experts commis dans les affaires de responsabilité médicale sont des médecins dont l'autorité scientifique et l'expérience sont telles que leurs conclusions ne peuvent prêter à aucune discussion. On ne choisit pas habituellement ces praticiens dans la région où ils sont appelés à remplir leur mission, car on ne veut pas que, connaissant leur confrère dont ils ont à examiner la conduite, ils puissent être influencés par des faits antérieurs à leur désignation comme experts, qui risqueraient de fausser, même très légèrement, leur appréciation de ses actes.

Les experts ont toujours une mission très précise qu'ils ne doivent pas dépasser. Cette mission est définie par un certain nombre de questions qui se décomposent en général en trois groupes, d'où l'on peut distinguer trois phases dans l'accomplissement de leur rôle. Dans la première, ils doivent recueillir le plus grand nombre de renseignements matériels, ils les tireront de l'examen du corps du malade, de son autopsie s'il est décédé, et s'il est encore temps de la pratiquer ; dans la deuxième, à l'aide des faits recueillis, ils détermineront quelle est la cause certaine, ou tout au moins la cause la plus vraisemblable de la

mort du malade, ou de la blessure dont il demande réparation; la troisième phase est la plus importante, car elle conclut à la faute du praticien ou à l'absence de faute de sa part, elle consistera pour les experts à définir, s'il y a lieu, l'ignorance dont le praticien incriminé a fait preuve, la négligence ou l'imprudence qu'il a pu commettre, ou bien elle énoncera les raisons pour lesquelles le dommage que supporte le malade ne saurait être mis à sa charge.

Les juges ne sont pas tenus de suivre l'avis des experts, mais cependant très fréquemment il leur arrive d'adopter purement et simplement leurs conclusions, ou tout au moins de se laisser influencer par leurs indications.

Après que l'expertise a eu lieu, les juges sont suffisamment éclairés sur la conduite du praticien, et peuvent en connaissance de cause régler la question de responsabilité qui leur est soumise.

Nous avons dit que les médecins étaient parfois mis en cause d'une manière abusive; lorsque le praticien est en présence d'une attaque qu'il juge injustifiée de la part de l'un de ses clients, il pourra formuler une demande reconventionnelle en dommages-intérêts, pour protéger sa réputation professionnelle.

Une action intentée contre une personne est, en effet, pour elle une gêne, un dérangement matériel, accompagné de soucis, de préoccupations, que l'on ne saurait créer à la légère, par malveillance, ou par caprice; par ailleurs, même si elle aboutit à un acquittement, elle peut tout de même causer un préjudice à celui qu'elle mettait en cause. Aussi la loi a-t-elle

autorisé le défendeur dans une pareille action à réclamer des dommages-intérêts lorsque son adversaire avait introduit cette action dans un but vexatoire. Car, si le recours à la justice est un droit, il dégénère en faute pouvant donner ouverture à une indemnité quand il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi.

Le praticien abusivement actionné introduira donc une demande reconventionnelle. Ce n'est pas à proprement parler un moyen de défense, car elle n'a pas pour objet de faire tomber la demande d'indemnité, mais c'est plutôt une riposte; d'un autre côté, le fait que le demandeur sait qu'en agissant sans raison, il peut la déterminer de la part du défendeur, lui donnera à réfléchir. Par cette demande reconventionnelle, le médecin réclamera soit le franc symbolique, soit une indemnité devant compenser le dommage effectivement causé par l'acte de son client.

Lorsque l'homme de l'art a actionné son client en paiement du montant des honoraires qu'il lui doit, et que ce dernier a répondu en introduisant une demande reconventionnelle dans laquelle il invoque une faute professionnelle à la charge de son adversaire, le praticien ne peut à son tour en introduire une, car « reconvention sur reconvention ne vaut », il ne pourra qu'engager ultérieurement une demande de dommages-intérêts.

Tels sont les points intéressants que présente l'action en responsabilité intentée par un client mécontent contre son médecin. C'est à dessein que nous n'avons pas traité certaines questions beaucoup plus

importantes concernant cette action, le moment est venu maintenant de les aborder. Avant toute recherche dans la conduite du médecin en vue de déterminer une faute à sa charge, on peut se demander si une demande d'indemnité faite par un client ne pourrait être paralysée par une clause de non garantie insérée au contrat médical; nous répondrons d'abord à cette question. Nous étudierons ensuite l'assurance de responsabilité médicale qui évite au médecin condamné de payer de ses propres deniers la lourde indemnité qui est parfois allouée, ainsi que l'assurance pouvant être contractée par le malade, telle que la préconisent certains auteurs.

§ 1. Les clauses de non garanties sont-elles valables?

La majorité de la doctrine autorise, sous certaines conditions, l'insertion dans les contrats de clauses ayant pour objet de modifier le régime normal de la responsabilité, d'exonérer le débiteur de celle qui devrait dans certains cas fatalement lui incomber, ou bien, au contraire, de le rendre responsable de faits dont, en temps ordinaire, il ne devrait pas avoir à supporter les conséquences. Cela résulte du principe de la liberté des conventions librement consenties entre des parties capables.

Les clauses restrictives de responsabilités sont fréquentes en pratique: nous citerons par exemple celle qui intervient parfois dans un bail, d'après laquelle le preneur stipule qu'il ne répondra pas de l'incendie

qui pourrait se déclarer dans les locaux loués et par lui occupés. Cependant, quelques textes de lois s'opposent à la validité de pareilles conventions d'irresponsabilité dans certaines hypothèses, et notamment en matière commerciale, en ce qui concerne les transports de marchandises (1), et la navigation aérienne (2).

Etant donné d'une part le risque très grave d'une condamnation au payement d'une indemnité importante, qui pèse sur le médecin, et d'autre part les relations contractuelles qui s'établissent entre le malade et lui, on s'est demandé s'il n'était pas possible d'insérer dans un contrat médical une clause suivant laquelle le patient s'engagerait à décharger le praticien auquel il se confie, de la responsabilité éventuelle pouvant exister à sa charge, ou bien dans laquelle ce serait le praticien qui déclarerait qu'il ne saurait encourir de responsabilité du fait des soins qu'il s'engage à donner.

De pareilles clauses sont-elles valables; Nous ne le pensons pas.

Mais avant d'en discuter la validité, il convient de remarquer qu'au point de vue pratique, elles ne peuvent guère être employées. Il est, en effet, facile de deviner la réaction que ferait naître la déclaration par l'homme de l'art qu'il ne répondra pas de ses fautes: le client se dirait: si mon médecin envisage qu'il peut commettre des fautes au cours du traitement auquel il va me soumettre, c'est que ce traitement il

(1) Loi du 17 mars 1905 complétant l'art. 103 du Code de commerce.
(2) Loi du 31 mai 1928, art. 42.

le connaît mal, c'est qu'il n'est pas sûr de lui, il vaut mieux pour moi que je m'adresse à un de ses confrères plus expérimenté.

Du reste, si dans les revues s'occupant des intérêts de la profession médicale, on trouve parfois des formules de contrats médicaux types, nous n'avons jamais vu proposer de clauses d'irresponsabilité.

Bien entendu, il ne saurait s'agir pour le praticien de demander à être déchargé des conséquences de toutes ses fautes quelle qu'en soit l'importance. On admet en général qu'il n'est pas possible de s'exonérer par avance des conséquences de son dol, c'est-à-dire de sa faute volontaire et consciente, et l'on assimile au dol la faute lourde, celle qui dénote chez son auteur une négligence et un manque de soins exceptionnels. Il serait en effet immoral qu'alors, la victime supporte seule un dommage causé dans ces conditions. Il ne pourrait donc être question que de la non garantie des suites des fautes légères.

En matière de responsabilité médicale, de nombreux arguments s'opposent à l'adoption des conventions d'irresponsabilité du praticien, même pour ses fautes légères.

La responsabilité médicale ne peut être comparée à aucune autre responsabilité contractuelle. Les actes faits par l'homme de l'art sont d'une genre tout à fait spécial puisqu'ils portent sur le corps humain, intéressent la santé et même la vie. Alors qu'en temps normal la faute du débiteur dans l'inexécution de son obligation ne se traduit pour le créancier que par une

perte pécuniaire, cette faute peut avoir ici des répercussions incalculables, et même causer la mort.

Les règles qui régissent la profession médicale ayant pour objet de protéger la personne, sont en quelque sorte d'ordre public, car la personne n'est pas dans le commerce et nul ne peut en disposer : or, une convention qui dérogerait à de pareilles règles serait frappée d'une nullité absolue.

Par ailleurs, il y aurait une véritable contradiction à faire entrer une clause de non responsabilité dans un contrat médical, car, d'une part, le praticien s'engagerait à respecter les règles de sa profession, et de l'autre, il se déclarerait irresponsable des manquements qu'il pourrait commettre concernant ces règles, enlevant ainsi toute portée pratique à la convention conclue. Sans doute, c'est un reproche que l'on peut faire à toutes les clauses d'irresponsabilité intervenant en matière contractuelle.

Et puis, n'y aurait-il pas un danger particulièrement grave à reconnaître la validité des clauses de non garantie? ne pourrait-on pas craindre que cela incite le praticien, dont l'attention et la vigilance doivent être de tous les instants, et particulièrement en éveil, à se montrer, non pas négligent, mais peut-être un peu moins consciencieux, à prendre moins de précautions, à se soucier moins sérieusement des intérêts de son client et des suites de sa conduite, ce qui serait désastreux?

Pour être valables, les clauses de non responsabilité insérées dans le contrat médical devraient, semble-t-il, n'exonérer que des fautes très légères, involontaires

naturellement, et ne comportant pas de conséquences graves pour la santé ou l'existence du malade; mais elles n'auraient alors aucune utilité pratique, car il n'y a pas de responsabilité sans dommage causé à une victime, et une pareille faute étant sans inconvénient, ne serait pas génératrice de responsabilité.

Que dit la jurisprudence sur cette question? Elle n'a jamais eu à se prononcer sur la validité des clauses de non responsabilité (tout au moins à notre connaissance) intervenues au profit de médecins; mais elle a donné son avis sur des clauses de ce genre tendant à faire tomber la responsabilité dans d'autres hypothèses de dommages corporels causés à la personne: elle les a toujours considérées commes frappées d'une nullité absolue: c'est ainsi qu'elle a déclaré que de pareilles stipulations conclues entre boxeurs, joueurs de football ou de rugby, duellistes, patrons avec leurs ouvriers, automobilistes avec les personnes qu'ils transportent gratuitement ou non, ne pourraient être en aucun cas appliquées (3).

A notre avis, la convention d'irresponsabilité passée par un médecin avec un de ses clients est inefficace, et ne peut pas permettre au praticien de se soustraire aux conséquences dommageables de ses fautes, qu'elles consistent dans une ignorance, une négligence ou une imprudence (4).

(3) Décisions citées, sans date, par TAFFE: L'acceptation des risques en matière de responsabilité médicale. *L'Esprit Médical,* année 1935.

(4) Dans le même sens: DURAND, *op. cit.*, n° 93, p. 237 — MAZEN, *op. cit.*, p. 236 — DONNEDIEU DE VABRES, DUVOIR et DESOILLES, *op. cit.*, p. 414.

§ 2. L'ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE

L'assurance n'est pas ce que l'on peut appeler un moyen de défense, car elle n'a pas pour objet de faire écarter la responsabilité de la tête du praticien; au contraire, loin de la supprimer, elle la suppose. Elle a uniquement pour but de transporter la responsabilité pécuniaire de la personne fautive à un tiers: la compagnie d'assurances. Elle a cet avantage énorme sur les conventions d'irresponsabilité d'assurer à la victime du dommage une réparation. On peut cependant l'envisager comme un moyen indirect de défense, en raison de ce que dans presque toutes les polices, les compagnies se réservent le droit de se subroger aux droits et actions de leurs assurés, et lorsqu'elles le font, ceux-ci sont automatiquement déchargés de tous les soucis et de toutes les démarches du procès.

La validité du contrat d'assurance a fait l'objet de nombreuses controverses, mais maintenant tout le monde est persuadé de ses bienfaits et nul ne songe plus à le discuter, car on a reconnu qu'il ne faisait obstacle à aucun des principes de notre droit. Son emploi s'est beaucoup généralisé: à notre époque on peut assurer à peu près tous les risques, accidents de toutes sortes aux personnes et aux biens, vol, incendie, grêle, et il existe même des compagnies d'assurances qui acceptent de prendre à leur charge, sous certaines conditions, les risques découlant d'une guerre.

L'assurance ne comporte que des avantages, aussi bien pour celui qui la contracte que pour celui pour lequel elle est contractée: pour l'assuré, c'est de s'af-

franchir, au moyen du versement périodique de faibles sommes, du payement éventuel d'une lourde indemnité destinée à réparer le préjudice causé, indemnité parfois très supérieure aux primes versées, et qui aurait eu comme conséquence de le ruiner ; pour le tiers bénéficiaire, c'est de doubler le nombre de ses débiteurs, il pourra, en effet, s'adresser à la compagnie d'assurances, et à la personne qui doit normalement le payer, il aura ainsi de plus grandes chances d'être dédommagé.

Les bienfaits du contrat d'assurance sont tellement certains que l'on songe à le rendre obligatoire dans certaines circonstances dans lesquelles les risques sont particulièrement fréquents et graves.

Envisageons maintenant le contrat d'assurance plus spécialement au point de vue de la responsabilité médicale.

Quels risques couvre-t-il? La compagnie d'assurances s'engage vis-à-vis du médecin et du chirurgien à garantir la responsabilité civile qu'ils peuvent encourir en raison de leur activité professionnelle: elle couvre donc tous les accidents causés aux malades par suite de fautes d'ignorance, d'imprudence, ou de négligence, dans des prescriptions, dans des traitements ou au cours d'interventions chirurgicales. Mais le contrat d'assurance laisse subsister pleinement la responsabilité pénale du médecin; car les peines sont toujours personnelles ; l'amende infligée ne devra donc pas être payée par la compagnie d'assurances. Par ailleurs, la Cour de Cassation, en ce qui concerne la responsabilité civile, a déclaré que l'ordre public s'op-

posait à ce que l'on permette de couvrir ses fautes lourdes personnelles, puisqu'elles sont assimilées au dol, et que l'on ne peut se décharger des conséquences de sa mauvaise foi.

Bien entendu, la faute lourde décelée, ainsi que nous l'avons signalé, par certains jugements et arrêts condamnant le médecin, et qui ne peut être comparée à la faute lourde du droit commun, ayant un sens spécial, n'a pu mettre obstacle dans ces espèces au jeu du contrat d'assurance.

La garantie du contrat porte non seulement sur l'indemnité à laquelle le médecin peut être condamné, mais encore sur toutes les conséquences pécuniaires de la responsabilité, judiciaires et extra-judiciaires.

L'intérêt de l'assurance contractée par le médecin est donc considérable d'autant plus qu'elle n'obère pas son budget: en raison des cas tout de même assez rares de condamnation de médecins, les primes à payer ne sont pas très lourdes, par exemple le médecin qui assure sa responsabilité civile jusqu'à concurrence de la somme de un million, chiffre dépassant certainement de beaucoup celui des indemnités jusqu'à présent allouées, ne verse qu'une prime annuelle légèrement inférieure à 150 francs.

L'assurance médicale du praticien garantit le risque encouru de son fait, mais aussi du fait de ses préposés et du fait de ses remplaçants. Quant au risque imprévisible et indépendant de toute faute de sa part, il reste à la charge du malade.

Or, il y a quelques années, certains auteurs ont eu l'idée d'une assurance contractée par le malade pour

ce risque, résultant d'anomalies anatomiques, d'un défaut de résistance, qui ne pouvait faire l'objet d'une réparation.

« Puisque le chirurgien s'assure contre la part de risque qui lui incombe, pourquoi l'opéré n'en ferait-il pas autant de son côté? Pourquoi l'opéré ne s'assurerait-il pas contre les risques qui ne peuvent être mis à la charge du chirurgien? Pourquoi pas, comme complément en quelque sorte de l'assurance du chirurgien, l'assurance de l'opéré, de manière à couvrir la totalité des risques? Une telle assurance ne pourrait, bien entendu, jouer pour les cas d'urgence. De même l'assurance du risque curatif paraît *a priori* trop hasardeuse pour être envisagée, sauf peut-être dans certains cas bien définis qui seraient à étudier. Mais reste le risque vital. Certes, l'opéré n'en reviendrait pas pour cela à la vie, mais la famille pourrait y trouver quelque dédommagement des dépenses engagées pour l'opération, souvent si lourdes à supporter dans certains milieux » (5).

Cette idée méritait d'être signalée ici, elle est intéressante, et très logique; par ailleurs son application semble réalisable. Il ne paraît pas impossible, en effet, que les compagnies d'assurances acceptent de couvrir un tel risque, cela mérite des études de leur part.

Dans tous les cas, si une pareille assurance pouvait être un jour mise en pratique, il est certain que le corps médical en bénéficierait aussi, en ce sens qu'elle

(5) Dr Ch. Brisart. *Annales de Médecine légale*, 1930, p. 554.
Crouzon et Desoille. *Annales de Médecine légale*, 1931, p. 55.

mettrait un terme, ou tout au moins diminuerait le nombre des actions en responsabilité intenté par le malade, souvent sans raison, ainsi que ces procès retentissants dont l'accroissement risquerait de mettre une entrave à l'essor de la science médicale.

CONCLUSION

La responsabilité médicale, quoique n'ayant fait l'objet d'aucune loi et d'aucun texte la réglementant, est néanmoins dans son ensemble organisée de façon complète et très rationnelle; les principes qu'on lui applique, presque exclusivement dégagés par la jurisprudence, tout en étant assez prudents, permettent cependant une saine administration de la justice, car s'ils interdisent de condamner le praticien lorsqu'il n'a pas commis de faute, ils ont toujours au contraire permis de dédommager le malade victime de son médecin, en rendant ce dernier responsable lorsque la preuve était rapportée d'une façon indiscutable d'un fait dont il s'était rendu coupable.

La seule chose essentielle que l'on puisse reprocher à la jurisprudence dans sa théorie de la responsabilité médicale, c'est de partir d'une base qui nous semble, comme à beaucoup d'autres, être fausse. Nous avons en effet déterminé dans tous les cas où un médecin fait un acte professionnel qu'il existait un contrat ou un quasi-contrat le liant au malade: louage d'ouvrage, stipulation pour autrui, ou gestion d'affaires. Ce contrat oblige l'homme de l'art à n'agir sur le malade que conformément aux règles de son art, et

à toutes les règles de cet art, et il ne peut sous aucun prétexte insérer dans ce contrat une clause destinée à l'affranchir des conséquences de ses actes.

Or, les décisions des cours et tribunaux sont, à part quelques heureuses exceptions, fondées sur les articles 1382 et 1383, base de la responsabilité délictuelle. La raison de la différence entre le système de la doctrine et celui de la jurisprudence nous semble provenir de ce fait que les obligations du médecin consistent dans l'observation des règles de l'art de guérir ; pour nous, cette observation naît dans les rapports du médecin avec son malade, du contrat intervenu entre eux; pour les tribunaux, elle n'est que l'obéissance à des lois générales et impératives s'imposant au praticien.

Cette différence de point de départ est la seule opposition entre la doctrine et la jurisprudence, car que l'on adopte l'un ou l'autre système, les résultats sont absolument identiques, puisque les règles que contient forcément le contrat, sont les mêmes que celles qui sont inscrites dans ces lois naturelles, dans ces principes supérieurs qui doivent régir, dans l'opinion des tribunaux, l'exercice de l'art de guérir.

Les devoirs nés pour le médecin du contrat médical consistent dans un certain nombre d'obligations: d'abord, des obligations qui ne sont pas strictement médicales, se rendre à l'appel du malade avec lequel on a passé ce contrat, ne pas l'abandonner en cours de traitement, lui demander son consentement avant de le soumettre à une opération spécialement dangereuse, éviter toute erreur dans les écrits que l'on ré-

dige; ensuite, des précautions plus particulièrement professionnelles, consistant à contrôler son diagnostic, à fournir des soins prudents, consciencieux et attentifs.

Si le système de la responsabilité médicale est satisfaisant dans ses principes, certains auteurs ont critiqué la façon dont ils étaient appliqués.

On a dit notamment qu'il était inadmissible que les tribunaux interviennent journellement entre le malade et le médecin pour l'appréciation de l'acte médical et de ses conséquences, que le corps médical devait retirer aux tribunaux sinon tout, au moins partie du pouvoir judiciaire, en ce qui concerne ses membres et les questions purement techniques (1). En un mot, on a préconisé la constitution de tribunaux composés de médecins devant lesquels devraient être portées toutes les affaires mettant en jeu des médecins et leurs actes professionnels.

Des conseils médicaux possédant des attributions de ce genre existent évidemment dans plusieurs pays étrangers; on cite notamment l'Allemagne, la Belgique, la Hollande. Et d'ailleurs, en France, certaines professions possèdent leur juridiction particulière qui a connaissance de toutes les affaires intéressant la profession, ou parfois seulement les questions disciplinaires.

Contre la création de ces juridictions d'exception, les arguments ne manquent pas. Le premier consiste à dire que si l'on donnait au corps médical une juridiction propre, il n'y aurait pas de raison de le refuser

(1) Duhamel, *op. cit.*

à d'autres corporations; or, la distribution de la justice n'en assure pas la bonne administration, elle diminue en effet les garanties d'équité et d'impartialité: on ne peut empêcher un certain esprit de corps de se manifester, tendant sinon à excuser les faits même fautifs d'un confrère, tout au moins à diminuer leur gravité, et à influencer l'appréciation que l'on doit leur donner; ou bien, au contraire, de pareils organismes judiciaires pourraient servir à frapper durement un membre de la corporation contre lequel les autres ont des griefs valables ou non.

D'un autre côté, il y a souvent en médecine d'âpres controverses scientifiques entre différents patrons ou écoles. En raison de ce fait, avec des conseils médicaux, on n'arriverait pas à une unité de jurisprudence, mais l'on favoriserait la création de sciences médicales officielles qui porteraient atteinte au libre choix par le praticien du traitement à prescrire, et l'obligeraient dans certains cas à employer un procédé préconisé par les théoriciens de la médecine, mais dont son expérience personnelle lui a révélé l'ineffi-cacité, sous peine, si sa conduite était portée en justice, d'être considéré en faute.

A notre avis, le système actuel, qui saisit les tribunaux de droit commun des affaires de responsabilité médicale, ne présente pas de bien grands inconvénients, et arrive à des solutions équitables. Il n'y a rien d'étonnant à ce qu'il soit critiqué, car chacun est plus ou moins aveuglé par son intérêt propre, et le médecin condamné n'admet jamais facilement qu'il a commis une faute.

Nous avons indiqué toutes les précautions qui sont prises par les magistrats pour ne pas commettre d'injustice: ils s'interdisent de s'engager dans des discussions tant soit peu scientifiques, et ont recours dans toutes les circonstances quelque peu délicates à des médecins experts qui, par leur spécialité, sont particulièrement indiqués pour donner un avis susceptible d'avoir une certaine valeur.

Néanmoins, nous avons été frappés par cet argument, évidemment présenté par des médecins, et qui consiste à dire que les tribunaux ne savent pas toujours interpréter comme il le faudrait les rapports des experts, et notamment qu'ils leur font dire des choses qu'ils ne contiennent pas et que leurs rédacteurs n'avaient certainement pas voulu admettre. Nous nous en sommes par ailleurs rendu compte dans plusieurs cas en étudiant les diverses décisions, après avoir pris l'avis de personnes compétentes. Cette fausse interprétation n'amène pas toujours la condamnation du praticien, elle peut même arriver à le disculper, mais en général elle ne lui est pas favorable. On concoit parfaitement que des experts, ayant l'habitude d'employer des termes techniques, soient tout naturellement portés à les insérer à leur insu dans leurs rapports, et l'on s'explique l'erreur que peut faire le magistrat en en prenant connaissance.

Peut-on empêcher cet état de choses ? Il semble qu'on puisse y arriver facilement. Pourquoi les juges ne demandent-ils pas plus souvent à l'expert, ou à l'un des experts, quand plusieurs ont été désignés, d'assister aux débats, pour donner toutes explications

qui seront jugées utiles et défendre, le cas échéant, son point de vue? Dans un grand procès du siècle dernier ayant trait à un décès survenu au cours d'une anesthésie, le tribunal avait fait venir un illustre chirurgien pour lui demander des éclaircissements, et après les avoir entendus il avait entièrement changé d'avis, et acquitté le médecin mis en cause.

Un autre procédé possible pour éclairer le juge consisterait dans un genre spécial d'expertise contradictoire qui permettrait, par exemple, à un technicien de plaider scientifiquement si l'on peut dire, la cause du médecin, à côté de l'avocat.

A part cet inconvénient, qui ne se manifeste du reste que rarement, il nous semble que le système actuel de la responsabilité médicale est assez satisfaisant.

BIBLIOGRAPHIE

APPLETON et SALAMA. — Le droit médical (Librairie du *Monde Médical,* Paris 1931).

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français (5e édition, Paris 1897, tomes IV et VI).

BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL. — Traité théorique et pratique de droit civil (Paris 1909, tome XXIV).

BONNECASE. — Précis de droit civil (Paris 1934).

BRIAND et CHAUDÉ. — Manuel complet de médecine légale (10e édition, Baillière, Paris 1879).

BRILLON. — Dictionnaire des arrêts. Mots: chirurgien, médecin.

BRISARD. — Le risque opératoire (*Annales de Médecine légale,* juillet 1930, p. 554).

— Le malade, le médecin, l'expert et le magistrat (*Siècle Médical* du 15 septembre 1934).

BROUARDEL. — La responsabilité médicale (Baillière, Paris 1898).

— L'exercice de la médecine et le charlatanisme (Baillière, Paris, 1899).

BRU. — La responsabilité civile des médecins (Thèse de droit, Lyon 1911-1912).

CAMERMAN. — La responsabilité civile du médecin (Thèse de droit, Paris 1932).

COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français (7e édition, Paris 1921, tome II).

CROUZON et DESOILLE. — L'assurance des malades contre le risque opératoire (*Annales de Médecine légale,* 1931, p. 55).

DALLOZ. — Répertoire de législation, doctrine et jurisprudence : Responsabilité.

DARTIGUES. — Les greffes (*Concours Médical*, 1928, p. 457).

— Le droit à la chirurgie esthétique (*Vie Médicale* du 25 mars 1929, p. 297).

DECHAMBRE. — Dictionnaire encyclopédique des sciences médicales, Paris 1876. Mots : anaplastie, médecin, chirurgien, responsabilité.

DEMOGUE. — Traité des obligations en général (Paris, 1923-1925, tomes III, IV, V).

DEMOLOMBE. — Cours de code Napoléon (Paris 1882, t. 31).

DENISSE. — Notes sous *D.* 1919-2-73 ; *D.* 1920-1-30.

DONNEDIEU DE VABRES, DUVOIR, DESOILLE. — La responsabilité médicale (Rapport au XVI[e] Congrès de médecine légale de langue française. *Annales de Médecine légale*, mai 1931).

DUHAMEL. — Les excès de l'étatisme et les responsabilités de la médecine (*Revue des Deux Mondes* du 15 mai 1934).

DUPIN. — Réquisitoire, sous *S.* 1835-1-401.

DURAND. — Les conventions d'irresponsabilité (Thèse de droit, Paris 1931).

ESMEIN. — Trois problèmes de responsabilité civile (*Revue trimestrielle de droit civil* de 1934, p. 317).

FALCIMAIGNE. — Note sous *D.* 1927-1-93.

FÉNIÉ. — De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique (Thèse de droit, Toulouse 1929-1931).

FIOLLE. — Responsabilité judiciaire et responsabilité morale en chirurgie (*Presse Médicale* du 30 mai 1934).

FORGUE. — Au seuil de la Chirurgie (Paris 1927).

GARÇON. — *Annales de Médecine légale* de 1931, p. 713.

GLASSON. — Note sous *D.* 1890-2-281.

GUERRIER et ROTUREAU. — Manuel pratique de jurisprudence médicale (Paris 1890).

HAY. — De la responsabilité civile des médecins (Thèse de médecine, Paris 1925).

HUGUENEY. — La responsabilité du fait des choses dans son application à la médecine (*Annales de médecine légale* de 1928).

— Note sous *S.* 1915-1-113.

JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français (Paris 1930, Sirey, tome II).

— Note sous *D.* 1927-1-105.

LACASSAGNE. — Précis de médecine légale (Paris 1906, Masson).

LALOU. — Note sous *D.* 1914-2-73.

LAURENT. — Principes de droit civil français (Bruxelles 1878, tomes XX et XXVII).

LETORT. — Louage de services en médecine (*Les archives du droit médical et de l'hygiène,* supplément à la *Gazette Médicale de France,* 1er juillet 1933).

MAZEAUD. — Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle (Sirey, Paris 1931).

— Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (*Revue trimestrielle de droit civil* de 1929).

MAZEN. — Essai sur la responsabilité des médecins (Thèse de droit, Grenoble 1934).

MÉRIGNHAC. — Notes sous *D.* 1907-2-42; *D.* 1907-2-45.

NAST. — Note sous *D.* 1932-2-5.

NÈGRE. — La responsabilité civile dans la pratique de la médecine (Thèse de droit, Aix 1935).

PERREAU. — Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins (Paris 1908, Masson).

— Articles dans la revue *Paris Médical*: Un cas de responsabilité médicale, radiographie et grossesse, 21 juin 1924; Responsabilité médicale en dehors du traitement des malades, 5 sept. 1925; Responsabilité civile et chirurgie esthétique, 25 mai 1929; Responsabilité médicale pour condescendance exagérée, 19 oct. 1929; L'exercice de la médecine et la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurances, 17 octobre 1931.

— Notes sous *S.* 1901-1-401 ; *S.* 1902-2-322 ; *S.* 1907-2-233 ; *S.* 1909-2-49 ; *S.* 1909-2-225 ; *S.* 1909-2-321 ; *S.* 1914-2-153 ; *S.* 1924-2-57 ; *S.* 1926-2-73 ; *S.* 1931-2-129.

Peytel. — La responsabilité médicale (Paris 1933, Baillère).

— Commentaires d'arrêts et de jugements dans la chronique « La Médecine au Palais » de la revue *Paris Médical,* années 1920 à 1936.

Planiol et Ripert. — Traité élémentaire de droit civil (5e édition, tome II).

Planiol, Ripert et Esmein. — Traité pratique de droit civil français (Paris 1930, tome VI : Les obligations).

Planiol. — Note sous *S.* 1907-2-97.

Pommerol. — La responsabilité médicale devant les tribunaux (Lille 1931, *Mercure Universel*).

Pothier. — Traité des obligations (Paris 1768, tome II).

— Traité du mandat (Paris 1821).

Rendu. — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence moderne (Thèse de droit, Paris 1908-1909).

Rey. — Chronique sur la responsabilité médicale dans l'*Index Médical* de février 1934.

Roger. — Introduction à l'étude de la médecine (2e édition, Paris 1901).

Saleilles. — Etudes sur la théorie générale des obligations (2e édition, Paris 1901).

Sicard. — Responsabilité et discipline médicales (Thèse de médecine, Montpellier 1910).

Sirey. — Répertoire de législation, doctrine et jurisprudence.

Trolong. — De l'échange et du louage (tome III).

Verdun. — Responsabilité des médecins du fait de leurs auxiliaires (*Annales de médecine légale* 1934, p. 95).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPE ET NATURE
DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE

CHAPITRE PREMIER. — *Principe de la responsabilité des médecins* 19

CHAPITRE II. — *Nature de la responsabilité médicale*.. 39

Section I. — Théorie jurisprudentielle de la responsabilité médicale délictuelle 43

Section II. — La responsabilité médicale est contractuelle 52

§ 1. Le malade sollicite les soins du médecin. 53

A) Théorie du mandat 60

B) Théorie du louage 63

C) Théorie du contrat innommé 67

§ 2. Le médecin donne ses soins aux malades d'un hôpital, d'un groupement ou d'une entreprise privée 70

A) Situation du médecin vis-à-vis de l'établissement qui l'occupe 70

B) Situation du médecin vis-à-vis du malade 77

§ 3. Le médecin intervient sans être sollicité par le malade 82

DEUXIÈME PARTIE

QUAND LA RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN EST-ELLE ENGAGÉE ?

CHAPITRE PREMIER. — *Responsabilité pour fautes étrangères à l'art médical, mais commises par le médecin à l'occasion de l'exercice de sa profession* 103

Section I. — Le refus de soins 104

Section II. — Le défaut d'avertissement et de consentement 111

§ 1. Nécessité d'un avertissement préalable au consentement 114

§ 2. Pour quels actes du médecin le consentement du malade est-il nécessaire?..... 117

§ 3. De qui le consentement doit-il être requis?. 118

§ 4. Quelles sont les conséquences du défaut de consentement? 123

Section III. — L'abandon du malade 130

Section IV. — Les fautes dans la rédaction des certificats et rapports médicaux 137

Section V. — La transmission de maladies 143

CHAPITRE II. — *Responsabilité pour fautes médicales.* 147

Section I. — Fautes se rapportant au diagnostic.. 148

Section II. — Fautes se rapportant au traitement. 162

§ 1. Le traitement médical 177

A) La médication 178

B) La radiothérapie 188

§ 2. Le traitement chirurgical 195

A) Les opérations de petite chirurgie ... 196

B) L'anesthésie 205

C) L'intervention chirurgicale 209

D) La chirurgie esthétique 217

CHAPITRE III. — *Responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses* 227

Section I. — Responsabilité du fait des aides et remplaçants 227

Section II. — Responsabilité du fait des instruments 239

TROISIÈME PARTIE

LA PROTECTION DU MÉDECIN CONTRE SES FAUTES

§ 1. Les clauses de non garantie sont-elles valables? 255

§ 2. L'assurance de responsabilité médicale.. 260

CONCLUSION 265

BIBLIOGRAPHIE 271

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

Vu :
Nancy, le 1er avril 1936,
Le Président de thèse,
H. SIMONNET.

Vu :
Nancy, le 2 avril 1936,
Le Doyen de la Faculté de Droit,
F. SENN.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 3 avril 1936,
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
L. BRUNTZ.