Le partage des informations à caractère personnel au sein des ESSMS
Quels espaces pour la parole et le silence des professionnels?

(par Lucas Bemben, Psychologue clinicien)

ARTICLE

Tout professionnel exerçant en institution sociale ou médico-sociale est amené, à un moment ou un autre de sa pratique quotidienne, à prendre connaissance d'informations privées au sujet des personnes qu'il accompagne. Qu'il s'agisse de ce qu'il constate, de ce qu'il comprend ou de ce qui lui est présenté ou verbalisé, c'est tout un pan de la vie de l'autre qui lui est exposé. Or, l'institution a ceci de particulier qu'elle conjugue une approche individuelle, celle de la relation duelle, avec une approche collective en lien avec le vécu de structure et le travail pluridisciplinaire inhérent aux objectifs poursuivis. Chacun est donc également amené à transmettre quelque chose de sa pratique et de ses observations à ses équipiers ou à la structure elle-même. Les occasions appelant à cet acte particulier sont nombreuses et variées : réunions et entretiens, dossiers et évaluations, rapports et comptes-rendus… autant d'instants durant lesquels nous pouvons ou devons partager une partie de notre connaissance avec les autres.

Qu'il soit question d'une parole qui se déploie, de mots qui prennent forme sur une feuille, de coches qui confirment ou infirment un élément de la réalité, il s'agit finalement toujours d'espaces au sein desquels les informations circulent parmi un certain nombre de personnes. Ces informations concernent de multiples domaines, mais il en est un qui prend une importance toute particulière lorsqu'il s'agit de réfléchir à l'éthique institutionnelle : celui de la vie privée et intime des personnes accompagnées.

En effet, s'il est relativement simple de partager une partie de notre propre réalité professionnelle (tâches accomplies, organisation du travail, Etc.), il est plus complexe d'envisager le dévoilement d'informations qui ne nous appartiennent pas. Certaines questions peuvent alors émerger dans notre esprit : faut-il dire ou faut-il taire ? Qui doit savoir et qui doit ignorer ? Pourquoi et comment utiliser ce que nous savons de l'autre ?
Au sein de cet interstice entre parole et silence se trouve un important enjeu éthique en institution : le questionnement de celui qui sait quelque chose et qui doit choisir ce qu'il convient d'en faire. Dans ce choix réside un rappel essentiel : **l'information, lorsqu'elle concerne un être humain, n'est jamais une simple donnée. C'est avant tout une responsabilité pour la personne qui en dispose**.

Cette réalité se trouve au cœur même du mot, qui provient du latin « *informare* » ; prenant le double sens de « donner forme à » et de « se former une idée de ».
Voici peut-être le sens profond de la responsabilité de celui qui sait : au-delà de la transmission d'une connaissance permettant d'aider une équipe ou un établissement à accompagner une personne (notamment en se formant une idée de ses attentes et besoins), il s'agit aussi et surtout de donner forme à cette personne dans le monde.

Cette forme est par exemple celle qui sera la sienne au sein des représentations des professionnels ou de ses proches ; représentations que nous contribuerons à forger et à colorer par ce qu'on choisira de dévoiler ou non.
C'est également celle qu'elle aura au sein de l'institution, qui portera un regard nécessairement différent sur elle selon ce qu'elle connaîtra ou non de ses actes et de ses ressentis.
C'est enfin, et surtout, celle qu'elle aura à ses propres yeux car le regard de l'autre est un miroir dont le reflet agit profondément sur notre conception de nous-mêmes. C'est d'ailleurs là le sens de l'expression sartrienne «*l'enfer, c'est les autres*»[1] : il est ici question non pas d'une souffrance héritée du contact avec autrui mais bien de l'influence parfois délétère de ce dernier sur le contact que nous entretenons avec notre propre être. Ainsi, le choix de dire ou de taire n'est en rien anodin : c'est une responsabilité, un acte essentiel pour celui qui peut, d'un simple mot, exposer l'existence d'une personne aux regards et aux pensées des autres, tout comme modifier profondément la considération qu'elle se porte par le biais d'une intériorisation spéculaire.

Pour cette raison, cet article cherchera à penser les enjeux de cette responsabilité par un angle particulier, qui est celui de l'espace accueillant la parole et le silence des professionnels. Ce choix repose sur deux considérations : l'espace, en français, est une notion double : il peut désigner un lieu, prenant alors un sens topologique, mais aussi une temporalité. Ainsi en est-il de l'expression « occuper l'espace d'une journée », signifiant ici en remplir toute la durée.
Dans cette double acception se trouve à notre sens l'opportunité de penser la parole et le silence comme des phénomènes s'inscrivant dans la littéralité institutionnelle (les lieux de la communication, les surfaces sur lesquelles elle

prend forme) et dans la complexe rencontre entre le temps organisationnel et la temporalité humaine.

Par ailleurs, la parole et le silence recouvrent deux dimensions essentielles dans l'appréhension d'une éthique d'établissement. **La parole n'est pas une simple manifestation du langage** : c'est un acte par lequel nous donnons forme à nos pensées au sein du monde. Plus que de mots, il s'agit d'une réalité intérieure qui cherche à se faire connaître. La parole du professionnel est en cela toujours un hapax au sein des univers qu'il construit et donne à voir aux autres[2].
Cela se retrouve d'ailleurs dans l'étymologie du terme, provenant du latin « *parabola* » et prenant le sens de « comparaison, similitude ». Cette comparaison peut-être, dans le cadre de notre propos, celle devant être pensée entre ce qui se dit et ce qui ne se dit pas, mais aussi entre les réalités du professionnel, celles de la personne qu'il accompagne et celles de l'institution au sein de laquelle leur rencontre prend place. Debruynne le disait fort bien : « *Dans la parole, nous sommes toujours trois. Toi qui me parles, moi qui t'écoute et la parole qui est aussi quelqu'un* »[3]. Il n'est donc pas inutile de nous pencher sur celui qui choisit de parler, sur ceux qui peuvent l'écouter et, enfin, sur la nature profonde des propos délivrés.

Le silence, quant à lui, n'est pas un néant, un abîme vide de sens. C'est également un langage qui, sans le moindre mot, dit néanmoins quelque chose d'essentiel du regard que l'on porte sur l'autre, sur l'institution et sur notre manière de concevoir notre lien et notre présence auprès de ceux que nous accompagnons. Il est rythme et souffle, interruption délibérée dans le flot incessant d'informations qui parcourt les établissements et services. En cela prend-il une signification particulière qu'il est primordial d'explorer car, en comprenant le sens d'un langage muet, nous pouvons également mieux saisir la signification de ce dernier lorsqu'il se fait finalement entendre.

Cet article cherchera donc à penser l'espace de la parole et du silence en tant que lieu d'émergence d'une intention et d'un sens, au sein de temps institutionnels et humains pouvant être à la fois remplis et vides de mots.

Quels espaces pour la parole et le silence?

Réfléchir au sens que peuvent prendre la parole et le silence des professionnels, et donc aux espaces dans lesquels ils sont possibles, souhaitables ou nécessaires, c'est porter regard sur la création, toujours complexe et mouvante, d'un équilibre entre ce qui relève du confidentiel et ce qu'il est nécessaire de partager en équipe pour mener à bien les tâches et missions assignées par l'institution.

En premier lieu, nous pouvons considérer que **ces espaces sont intrinsèquement complexes** : ils comportent *a minima* une dimension de légalité (au sens d'un cadre légal, réglementaire ou jurisprudentiel) mais aussi une dimension de légitimité (c'est-à-dire le bien-fondé de leur usage au sein de ce cadre). En effet, il ne suffit pas que la parole ou le silence soient possibles pour qu'ils en deviennent souhaitables : la possibilité est une émanation du champ de l'obligation positive ou négative (ce qui n'est pas interdit est libre de choix, de même que ce qui n'est pas imposé) tandis que le caractère souhaitable s'inscrit dans le registre plus subjectif venant ou non donner sens à cette possibilité.
Il nous semble donc que ce n'est qu'en articulant ces deux strates, celle de la légalité et de la légitimité, que nous pouvons embrasser une partie de la complexité situationnelle présidant à l'acte du professionnel choisissant de dire ou de taire.

La légalité renvoie aux contours de l'espace, constitués ici de ce qui *doit* être dit et de ce qui ne *peut pas* l'être. En effet, si exprimer ou non sa parole est un choix, un phénomène délibéré dans l'espace, cela n'existe qu'au sein d'un cadre qui est celui de l'obligation et de la contrainte. « Choisir, c'est renoncer » pourrions-nous dire, ainsi n'y a-t-il de choix que dans la liberté, et de liberté que dans les choix.
La légalité n'est donc pas le contenu de l'espace, c'est-à-dire le choix en tant que tel, mais tout ce qui n'est pas lui : savoir à quoi on ne peut renoncer est une manière de pouvoir penser, en négatif, ce qui reste soumis à notre seule délibération.
La légitimité apparaît donc ici comme une coloration de cet espace, le remplissant non pas de mots ou de silence mais de sens et de portée, c'est-à-dire d'une intention éthique.

Là où la légalité pose un cadre de contrainte, la légitimité interroge finalement ce qui est fait au sein de ce cadre. Que faire d'une information dont la loi ne s'est pas saisie et pour laquelle la seule règle qui prévaudra sera celle que l'on voudra se donner ? Voilà la question de la légitimité, qui n'est donc pas « que dire et que taire ? », car ceci renvoie au champ de la règle, mais bien « pourquoi dire et pourquoi taire ? ».

Penser ces deux strates et leurs rapports suppose moins d'établir une liste précise de données concernées par tel ou tel registre que d'élaborer une certaine posture réflexive. Dans ce domaine comme dans tant d'autres, il n'est en effet guère envisageable de dresser une « conduite à tenir » applicable telle quelle au sein des institutions. Les données personnelles des usagers sont d'une infinie diversité et prennent ou non une importance de confidentialité en fonction des contextes et des buts poursuivis. Si certaines seront à préserver de manière absolue, d'autres peuvent l'être de manière relative au sein d'une casuistique quotidienne.

Dans cette éthique de funambule, surplombant l'espace du choix sur un fil tendu entre les bords, solides et robustes, d'une légalité contraignant la parole, oscillent en permanence les postures professionnelles. Ainsi nous paraît-il plus judicieux de réfléchir au sens que prend la protection des données personnelles des usagers qu'à l'inventaire de ces dernières. C'est par un regard éclairé sur cette dimension de l'accompagnement que chacun pourra construire, dans son éthique et ses rencontres singulières, une attitude professionnelle à même de produire des communications riches de signification.

Dans ce but, nous proposerons donc, tout d'abord, un rappel des obligations qui s'imposent aux acteurs institutionnels. Ces dernières nous semblent pouvoir constituer un point de départ intéressant pour une réflexion personnelle en fournissant des éléments formels au sujet de la strate de légalité.
Ce n'est qu'avec ces bornes nées des impératifs légaux que pourra, à notre sens, se dessiner réellement la forme de l'espace permettant de réfléchir à l'usage que font les professionnels de leur parole ou de son absence.

La strate de la légalité : quelles obligations et interdictions inhérentes au droit à la vie privée ?

Nous débuterons ce propos par une évocation de ce qui est communément considéré comme le « droit à la vie privée » des citoyens. Une fois ceci abordé, nous pourrons préciser certaines notions essentielles de ce cadre, notamment la distinction entre confidentialité et secret. Dans cet objectif, nous nous baserons sur les précieux travaux du Haut Conseil du Travail social ainsi que sur les lois actuellement en vigueur.

Qu'est-ce que le droit à la vie privée ?

De manière générale, l'expression « droit à la vie privée » est une contraction d'un principe fondateur plus étendu dans son sens et ses implications. En effet, le législateur ne contrôle pas uniquement les communications portant sur le domaine de la vie privée mais plutôt sur celui de « la vie privée, de la vie familiale et de l'intimité ».
Les dispositions légales, qu'elles soient nationales ou internationales, ne protègent donc pas seulement ce qui relève du privé mais bien tout ce qui a trait à la « confidentialité des informations à caractère personnel ». Cela concerne donc autant le citoyen, sujet de droit au sein de son pays, que la personne humaine, détentrice d'une intimité familiale et individuelle à respecter.

Cette approche globale existe dans le droit français actuel mais également à l'échelon européen. C'est ainsi que l'ensemble de ces principes est repris dans plusieurs textes fondamentaux, tels que :

- **Article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**, stipulant clairement que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » ;

- **Article 9 du code civil français**, établissant pour sa part que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* » ;

- **Article L311-3 du Code d'Action Sociale et des Familles**, énonçant que « *dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, […] sont assurés : le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement* » ;

- **Article 1110-4 du code de la santé publique**, rappelant que « *toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant* ».

Ces exemples montrent bien le fort attachement du législateur à la protection du droit à la vie privée et à l'intimité. Cette protection se retrouve d'ailleurs particulièrement renforcée lorsqu'il est question de données transitant sur des systèmes informatiques dotés de technologies de l'information et de la communication.
La **loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique, les fichiers et les libertés**, par exemple, rappelle la primauté du respect de l'intimité sur toute autre considération. Le plus récent **Règlement Général sur la Protection des Données** de l'Union

Européenne appuie encore davantage sur ce point en renforçant l'obligation faite aux opérateurs de promouvoir le contrôle des personnes elles-mêmes sur les données les concernant. Ces textes sont à considérer avec une extrême attention lorsqu'il est fait usage, au sein d'un service ou d'un établissement, de plateformes médico-sociales dotées d'un outil de transmission numérique.

La question ne peut donc qu'être posée : que protègent exactement ces textes de loi ? Autrement dit, de quoi parle-t-on précisément lorsque sont citées les informations à caractère personnel ?

De prime abord, il est important de préciser l'esprit général de ce droit lorsqu'il est question d'un accompagnement institutionnel. Le Haut Conseil du Travail Social l'énonce d'une manière particulièrement claire : « *l'aide que toute personne en difficulté est en droit de recevoir dans le cadre des mesures d'action sociale et médico-sociale, peut nécessiter de recueillir des informations relevant de la vie privée et de l'intime. Ce recueil d'information doit rester strictement limité à ce qui est lié à la spécificité de la mission, à la demande exprimée par la personne ou à un besoin prioritaire de protection* ».

Nous disposons donc d'une première borne : les informations à caractère personnel ne sont pas entièrement définies par des critères positifs. Elles se déduisent également par l'absence d'indications faisant de l'information concernée une donnée nécessaire pour l'action proposée à la personne. Il n'est donc pas question de les caractériser par arguments mais plutôt d'imposer aux intervenants de considérer comme privée toute information qui ne relève pas d'un autre cadre.
C'est ici un critère extrêmement important car il inverse la charge de la preuve : **nul n'est tenu de prouver que les informations qu'il délivre ou manifeste sur lui-même sont de nature personnelle ; c'est à la personne qui se propose de les communiquer à des tiers d'établir de manière argumentée qu'elles ne le sont pas ou qu'elles entrent dans un cadre justifiant de leur diffusion**.

En second lieu, cette borne se complète d'une deuxième garantissant, cette fois, à toute personne d'être informée de la manière dont ses données personnelles sont utilisées ou stockées. Il ne s'agit pas donc pas uniquement de la nature et des destinataires de leur diffusion mais également des procédures de sécurité mises en œuvre pour s'en assurer le contrôle.

Ainsi, indépendamment de l'obligation faite aux professionnels d'informer loyalement les usagers, cela leur envoie un message implicite: **être le dépositaire d'une information relative à une personne ne permet pas de se considérer comme propriétaire de cette information**. Par le rappel que tout citoyen dispose d'un droit de regard sur ce qui est fait des données le concernant, il est indiqué que chacun en conserve la pleine et entière propriété.

Enfin, une dernière borne concerne la question de la temporalité : la loi prévoit un « droit à l'oubli » imposant une limite de temps au stockage des informations, que ce dernier soit analogique, numérique ou digital. Une fois le terme de cette conservation atteint, il est obligatoire de procéder à leur suppression.

Nous disposons donc d'ores et déjà de trois jalons:

- Toute information au sujet d'un usager est considérée d'emblée comme relevant de la vie privée, familiale ou intime. Ce n'est qu'en établissant de manière argumentée la nécessité de leur transmission que celle-ci acquiert un statut légal ;

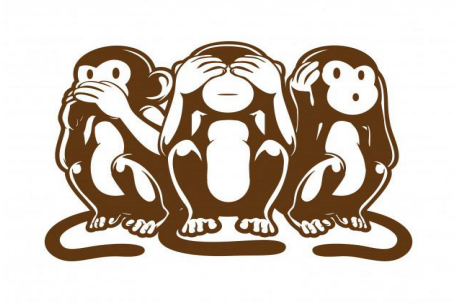
- Même communiquée, une information concernant une personne demeure sous le contrôle total de cette dernière. Nous devons donc lui rendre compte de ce que nous faisons et des mesures de précaution que nous prenons pour en garantir la protection ;

- En admettant qu'une information ait été considérée comme légale à transmettre et que la personne concernée ne s'y soit pas opposée, son stockage doit être strictement contrôlé et faire l'objet d'une fin programmée dans le temps. Aucune donnée n'a vocation à devenir éternelle au sein d'une institution car elle prendrait alors la forme d'une ombre suivant l'individu sa vie durant, faisant de son passé une entrave potentielle à ce qu'il choisira de faire de son futur.

Ces trois jalons, bornant les usages de base de la pratique professionnelle au sujet des informations à caractère personnel, dessinent déjà quelque chose de l'espace de choix restant aux professionnels. Cependant, le législateur ne s'est pas limité à ces quelques considérations générales.

En effet, parmi les informations pouvant être acquises, certaines sont d'une sorte et/ou d'une portée justifiant une vigilance encore plus grande de la part des institutions et des professionnels qui y exercent. Il s'agit ici des données dites « sensibles » et de celles considérées comme étant « à risque ».

Nous tâcherons, dans notre propos suivant, de les caractériser de manière précise.



Le cas particulier des informations sensibles

Nous venons de constater que toute donnée concernant une personne est de nature privée, familiale ou intime, c'est-à-dire incommunicable, jusqu'à ce que sa diffusion soit justifiée. Cette justification ne lui ôte en rien sa dimension personnelle mais vient en quelque sorte légaliser la possibilité de sa communication à des tiers dans des conditions contrôlées.
Parmi l'ensemble des informations pouvant être portées à la connaissance des professionnels, certaines sont en outre particulièrement sensibles et doivent être abordées avec la plus grande des vigilances. Il s'agit notamment des informations :

- Relatives au vécu familial ;
- En lien avec la vie sentimentale et sexuelle ;
- Concernant la santé et les données médicales ;
- Au sujet des opinions, des croyances, des modes et habitudes de vie ;
- Donnant une indication sur le patrimoine familial et/ou la fortune personnelle ;
- Relatant l'histoire de vie ou dont la révélation pourrait porter atteinte à l'image de la personne, sa réputation, son honneur, voire compromettre son devenir ;
- Pouvant nuire à sa sécurité en cas de dévoilement à certains tiers.

Par ailleurs, la loi impose également des réserves spécifiques à la communication de certaines connaissances :

- La présence d'une mesure d'aide, d'accompagnement ou de protection judiciaire. Cela inclut les MASP, les MAJ, les habilitations familiales, les sauvegardes de justice, les curatelles et les tutelles ;
- Toutes les informations que la personne a pu confier en demandant explicitement à son interlocuteur de les garder pour lui (les faisant ainsi entrer dans le champ de la confidence).

Ce dernier élément de caractérisation est important car il nous indique que **les informations considérées comme sensibles le sont autant en raison de leur nature propre que du contexte de confidentialité créé par leur propriétaire lui-même.**

De manière globale, nous pouvons donc résumer les choses en disant que les informations à caractère personnel sont à considérer avec vigilance, mais que parmi elles se trouvent certaines données exigeant un niveau accru de précaution de la part des professionnels.
Ce niveau se justifie autant par le contenu spécifique de ces données que par l'importance qu'accorde la personne à l'absence de leur communication à autrui. Ces deux gradations imbriquées, le caractère personnel et la nature sensible, se complètent d'une troisième dimension : celle du risque.

Les informations à risque :
prendre garde au péril de la discrimination

Au sein des informations sensibles, le législateur pointe la nécessité d'une extrême prudence lorsqu'il est question de contenus pouvant générer (ou exposer à la possibilité) d'une discrimination.
Pour identifier ce risque, nous pouvons nous baser sur les 25 critères discriminatoires actuellement reconnus par la loi, qu'elle soit française ou européenne. Ces repères sont de précieux guides pour nous aider à distinguer ce qui relève de la dimension du « sensible » et ce qui, dans cette dimension elle-même, se double d'un péril discriminatoire particulier.

Les critères discriminatoires actuellement identifiés et condamnés en France et sur le territoire européen sont :

- L'apparence physique ;
- L'âge ;
- L'état de santé ;
- L'appartenance à une prétendue race ;
- L'appartenance à une ethnie ;
- L'appartenance à une nation ;
- Le sexe ;
- L'identité de genre ;
- L'orientation sexuelle ;
- La grossesse ;
- La situation de famille ;
- La présence d'un handicap ;
- La perte d'autonomie ;
- Les caractéristiques génétiques ;
- Les mœurs ;
- Le patronyme ;
- L'activité syndicale ;
- L'origine géographique ;
- Le lieu de résidence ;
- L'opinion politique ;
- La domiciliation bancaire ;
- La capacité à s'exprimer dans une langue étrangère ;
- La religion ;
- La vulnérabilité résultant de la situation économique ;
- Les opinions philosophiques.

Ces 25 caractérisations donnent théoriquement lieu à des condamnations lorsqu'elles sont utilisées pour distinguer les individus les uns des autres en vue de l'obtention d'un droit ou d'une aide, ou les différencier au regard d'un devoir.
Cependant, le législateur, conscient de l'imperfection de la protection actuelle des citoyens face à leur usage dans nombre de registres (le travail, le logement, l'accès aux droits sociaux ou judiciaires…), exige de la part des professionnels une très grande précaution dans leur stockage et la justification de leur communication. Certaines font d'ailleurs l'objet d'interdits spécifiques en raison de leur nature. Par exemple:

- L'origine ethnique ;
- Les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ;
- Les appartenances syndicales ;
- L'orientation sexuelle ;
- La présence, dans l'histoire de vie de la personne, d'infractions ou de condamnations pénales.

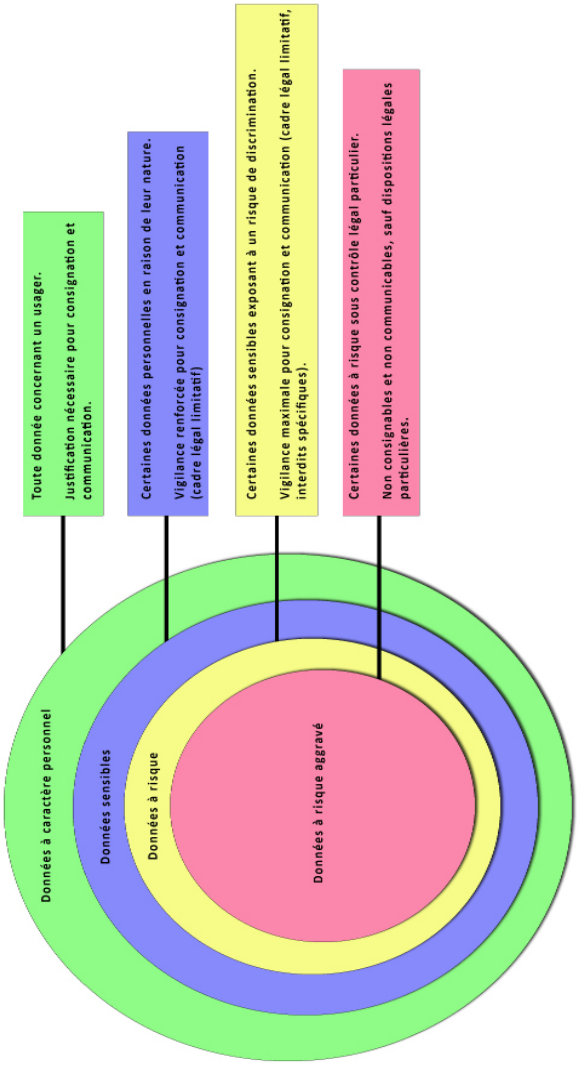
Ces cinq types de données ne peuvent être recueillies et/ou consignées en quelque endroit que ce soit que dans des situations très précises, définies par la loi « informatique et libertés » de 1978. Elles sont à ce titre sévèrement surveillées par la CNIL[4], qui peut solliciter de lourdes sanctions à l'encontre des personnes, physiques ou morales, bravant la prohibition de leur stockage et de leur communication hors des protocoles imposés.

Il est à noter, à ce propos, que les jurisprudences ont établi que le caractère manifeste d'une information à risque (par exemple la couleur de la peau ou une situation de handicap flagrante), ou encore un nombre conséquent de personnes déjà informées, ne sont pas des justifications à une consignation ou un dévoilement en dehors des règles établies.
On ne peut que constater, au niveau des institutions, la grande vulnérabilité des personnes accueillies à de nombreux critères discriminatoires. Qu'il s'agisse du champ du handicap ou de la précarité sociale, nombre de ces éléments figurent dans l'histoire de vie des usagers et doivent donc être farouchement préservés de tout mésusage.

Le schéma ci-contre résume l'imbrication complexe de ces strates de vigilance.

C'est donc un premier contour qui se dessine pour l'espace dans lequel la parole des professionnels peut ou non se déployer : une partie de leurs mots est contrainte par la loi et ne relève pas d'un choix personnel.

Cependant, cette première circonscription ne se base que sur l'information elle-même, c'est-à-dire sa teneur, sa nature ou sa portée. Or, il en existe une autre plus en lien avec le professionnel en tant qu'acteur au sein de la société et de l'institu-



Bemben, L., *Les strates de l'information*, in *Le partage des informations à caractère personnel au sein des ESSMS: quels espaces pour la parole et le silence des professionnels?*, Article du DEFI, novembre 2020.

-tion. Elle prend la forme de deux devoirs spécifiques qu'il convient d'aborder afin de mieux déterminer les bornes de l'espace de liberté : celui de la confidentialité et celui du secret.

Devoir de confidentialité et secret professionnel

Si la vigilance au sujet des informations précisées en *supra* s'impose de fait à tous les professionnels, il est à relever que certains sont en outre concernés par des dispositions légales ou réglementaires spécifiques. Ces dernières renvoient notamment au devoir de confidentialité et de secret professionnel. Ces concepts sont essentiels afin de pouvoir se situer précisément au niveau de la légalité. Nous reprendrons ici l'excellente synthèse du Haut Conseil du Travail Social[5] pour en faire une présentation aussi précise que possible.

Le devoir de confidentialité

Ce devoir s'applique à tous les professionnels de l'accompagnement social ou médical, qu'ils soient institutionnels ou non. Il suppose un certain nombre de règles de conduite au sein de la pratique auprès des personnes accompagnées:

- Ne pas rechercher ou consigner d'informations au-delà de ce qui est nécessaire à la mission à accomplir ;
- Ne pas divulguer à des tiers des informations de nature confidentielle apprises du fait de l'exercice de sa fonction, sauf si la personne concernée est d'accord et que la nature des informations le permet ;
- Veiller à tout propos, oral ou écrit, qui serait susceptible de porter atteinte à l'image, à la dignité, à la réputation, à l'honneur, à la tranquillité ou à la sécurité de la personne concernée ;
- Veiller à la confidentialité du cadre dans lequel se déroulent les échanges ;
- Sécuriser l'accès à la conservation des données, qu'il s'agisse d'écrits ou de fichiers informatisés ;
- Informer la personne de l'existence de ces données, lui permettre d'y accéder et d'exercer son droit de rectification, de formulation d'un avis contradictoire, voire de suppression pour les fichiers informatisés.

Ce devoir, effectif dès la signature du contrat de travail et perdurant même après son terme[6], engage la responsabilité éthique et professionnelle de tout acteur professionnel. Il a d'ailleurs des implications disciplinaires et juridiques :

- Au niveau disciplinaire, tout manquement constitue une faute professionnelle susceptible de sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement ;
- Au niveau juridique, le manquement à ce devoir ne suppose pas, en principe, la possibilité d'être poursuivi pénalement. Cela devient néanmoins le cas lorsque la victime dépose plainte en arguant un préjudice du fait de ce manquement. En cas de condamnation, l'employeur du professionnel peut également être condamné à indemniser la victime pour réparer ou compenser les conséquences de l'indiscrétion de son salarié.

Il existe des exceptions à ce devoir, c'est-à-dire des situations légales et prévues, amenant le professionnel à pouvoir contrevenir à ces principes sans craindre de sanctions. Strictement encadrées par des textes juridiques, ces exceptions rendent l'obligation de confidentialité nulle et non avenue. C'est notamment le cas :

- Lorsque le silence prend une dimension de non-assistance à personne en péril ;
- Lorsqu'il est demandé au professionnel de participer à « la recherche de la manifestation de la vérité » menée par la justice ou la police ;
- Lorsque le professionnel agit pour le compte et/ou sur ordre de la justice (par exemple en cas d'expertise ordonnée par un juge ou d'évaluation sociale dans des cadres spécifiques tels que la protection de l'enfance). Dans ce cas précis, il n'est pas réputé agir en tant que professionnel mais en tant que détenteur d'un mandat de justice, ce qui le place dans un champ différent ;
- Lorsque le professionnel est contraint de se justifier en justice suite à sa mise en cause, étant alors placé sous la protection du principe fondamental que « nul ne doit être empêché de se défendre ». La levée de la confidentialité ne concerne cependant que les éléments nécessaires à cette défense.

Ces exceptions ne sont donc pas des marges de choix laissées au professionnel mais bien des obligations par priorisation : il n'est pas *autorisé* à briser la confidentialité, il y est *contraint* en vertu d'un devoir légal supérieur qui lui impose de dévoiler ce qu'il sait. Il ne peut donc pas opposer le devoir de confidentialité dans ces situations particulières car celui-ci est d'emblée annulé. Nous verrons qu'il s'agit là d'une différence fondamentale vis-à-vis des personnes soumises au secret professionnel.

Quelques cas pratiques semblent ici utiles pour illustrer quelque peu les implications de ce devoir en institution sociale ou médico-sociale.

Un usager souhaite parler de son traitement médical à un professionnel. Il l'aborde dans un couloir, en présence d'autres personnes, et commence à lui décrire les effets secondaires de certains de ses médicaments. Le professionnel stoppe son discours et l'invite à le rejoindre dans un bureau non loin afin de poursuivre cette conversation dans un cadre privé.

Cette conduite du professionnel n'est pas un simple signe de délicatesse de sa part : il respecte, en agissant ainsi, son devoir de confidentialité car celui-ci lui impose de « *veiller à la confidentialité du cadre dans lequel se déroulent les échanges* ».

Par la suite, ce professionnel évoque la situation avec le médecin qui l'a rejoint, mais en laissant la porte du bureau entrouverte, laissant d'autres personnes saisir ses propos.

Il y a là plusieurs atteintes au devoir de confidentialité : le manquement à l'obligation de « *ne pas divulguer à des tiers des informations de nature confidentielle apprises du fait de l'exercice de sa fonction* » car d'autres personnes peuvent entendre ce qu'il dira au médecin. Ces informations sont d'ailleurs classées sensibles et à risque en raison de leur nature médicale et donc potentiellement discriminatoires (ce qui ne les rend communicables qu'à certains tiers, dont le médecin).

Existe également ici un manquement à l'obligation de « *veiller à tout propos, oral ou écrit, qui serait susceptible de porter atteinte à l'image, à la dignité, à la réputation, à l'honneur, à la tranquillité ou à la sécurité de la personne concernée* ». En fonction de la nature de ce qui sera entendu par des tiers, plusieurs de ces atteintes peuvent se produire.

Cet exemple est intéressant car il illustre certaines spécificités du devoir de confidentialité :

- **Le fait que la personne soit d'accord avec le dévoilement doit être explicite, et non déduit de ses comportements précédents**. Ainsi, dans cet exemple, que la personne se soit mise en position d'aborder ses difficultés en public ne rend pas légitime le fait que le professionnel se l'autorise par la suite. La volonté de rendre ces éléments publics, induite par la posture de l'usager, a cessé d'être réputée acquise à l'instant même où le contexte a été modifié ;

- **La responsabilité incombe toujours à celui qui dévoile, jamais à celui qui prend connaissance**. Ainsi, le professionnel ne peut opposer à un éventuel reproche que les personnes dans le couloir «n'avaient pas à prêter l'oreille». Qu'elles puissent entendre ce qu'il dit est bien de sa responsabilité, qu'elles choisissent ou non d'en profiter. En transposant, nous pourrions dire que cette défense reviendrait à reprocher à des patients, dans une salle d'attente, d'écouter attentivement un médecin faisant sa consultation en public ;

- **Le manquement ne suppose pas forcément l'intention**: que la volonté du professionnel soit de rendre ou non ses propos audibles par des tiers ne change rien à sa responsabilité. La négligence, la maladresse ou l'oubli ne sont pas des motifs atténuant son acte.

Un usager se confie à un professionnel au sujet de sa sexualité. Il lui dévoile son homosexualité et ses inquiétudes quant aux réactions de son entourage. Il lui indique aussi que ses traitements médicamenteux génèrent une impuissance sexuelle douloureusement vécue. A l'issue de cet entretien, il demande au professionnel de garder le silence sur ce qu'il vient de lui confier.

Le professionnel lui demande s'il peut néanmoins parler des effets secondaires du traitement au médecin, et éventuellement de ses craintes au psychologue du service. L'usager l'autorisera à parler au médecin mais pas au psychologue car il désire aller le voir lui-même.

Cette question du professionnel renvoie au respect du principe lui imposant de « *ne pas divulguer à des tiers des informations de nature confidentielle apprises du fait de l'exercice de sa fonction, sauf si la personne concernée est d'accord et que la nature des informations le permet* ». En s'assurant de l'accord explicite de la personne, il rend l'abandon de la confidentialité légitime.

Après avoir évoqué la situation avec le médecin, le professionnel inscrit sur le cahier de transmissions qu'il a rencontré la personne et qu'il a relayé une de ses questions au médecin. Il ne précisera pas la question elle-même.

Il s'agit, encore une fois, d'un respect du devoir de confidentialité car il suit son obligation de « *ne pas rechercher ou consigner d'informations au-delà de ce qui est nécessaire à la mission à accomplir* ». En effet, l'information est passée au médecin, qui agira ou non en fonction d'elle. La mission est donc accomplie et dévoiler cette information à d'autres professionnels serait non nécessaire. Par ailleurs, l'orientation sexuelle est une information considérée comme « à risque » tombant sous le coup d'une interdiction de consignation. Si le professionnel avait écrit cela, il aurait donc commis un acte illégal et passible de sanctions.

Quelques temps après, la personne lui dira que les correctifs apportés par le médecin n'ont pas fonctionné et que son impuissance sexuelle la frustre tellement qu'elle en éprouve des impulsions de violence à l'égard des autres. Elle lui confiera qu'elle n'arrive à gérer les moments de forte tension agressive qu'en s'automutilant, préférant retourner cette violence contre elle plutôt qu'en frappant les autres malgré les pulsions qu'elle ressent.

Le professionnel lui signifie qu'il est dans l'obligation d'en

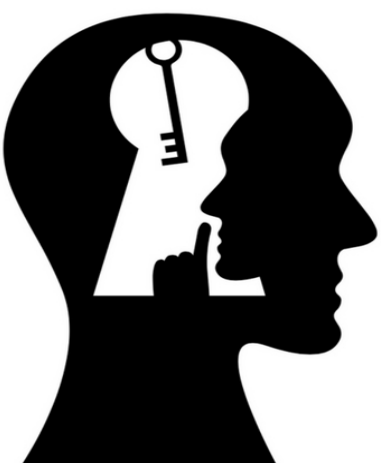
parler avec le médecin, et négocie avec elle une information au psychologue. La personne y acquiesce, en précisant qu'il ne souhaite pas que d'autres soient au courant car elle a peur des moqueries et de sentir rabaissée vis-à-vis du personnel féminin de l'institution.

Il y a ici deux champs connexes : d'une part, le professionnel respecte toujours le choix de la personne en négociant l'information au psychologue. Il est plus incitatif que la première fois mais laisse néanmoins une possibilité de refus.

D'autre part, il ne laisse pas le choix quant à l'information au médecin et agit, dans ce cadre, en plein accord avec la loi. En effet, il s'agit ici d'une application de l'obligation d'assistance à personne en péril, tant pour l'usager (qui porte atteinte à son corps) que pour ses pairs vulnérables (pouvant faire l'objet de violence).

Le fait de respecter le souhait que personne d'autre ne soit au courant est également en lien avec le devoir de confidentialité, à plus forte raison que les représentations de la virilité masculine de l'usager impliquent que le professionnel doive porter attention à ne pas avoir de propos pouvant porter atteinte à sa tranquillité d'esprit ou à l'image qu'il se fait de sa réputation.

Cet exemple illustre quelque chose d'important : **la question de l'honneur, de la réputation, de la tranquillité ou de la dignité doit être considérée à l'aune des valeurs de la personne concernée elle-même**. Si une information ne dérange pas le professionnel, cela n'est en rien un motif de diffusion: c'est bel et bien la manière dont l'usager donne sens au monde qui importe.



Un usager déambule dans les couloirs en étant souillé d'excréments et d'urine. Un groupe de professionnels l'aperçoit du bout du couloir et l'incitent verbalement à aller dans sa chambre prendre une douche et se changer ; le tout en présence de ses pairs et d'autres membres de l'institution. Les autres usagers appuieront le propos en l'incitant à leur tour, avec force remarques sur les conséquences olfactives de son état corporel et leur désir qu'il « aille empester ailleurs ».

Devant l'absence de réaction de l'usager, un membre de ce groupe professionnel se détachera finalement des autres et le guidera jusqu'à sa chambre pour procéder à un accompagnement à la toilette et à la vêture.

Cette situation est malheureusement assez courante en institution, mais relève en réalité d'une atteinte multiple au devoir de confidentialité.

D'une part, l'interpellation en public au sujet d'une difficulté d'autonomie relève d'une diffusion incontrôlée d'une information sensible et à risque. La conséquence est ici immédiate : la personne se retrouve discriminée par ses pairs, alors même que certains n'avaient pas perçu son état avant l'intervention des professionnels. Le fait que certains usagers s'en soient rendu compte avant l'intervention ou que cette situation soit visible n'est pas un facteur atténuant : une information à risque déjà connue de tiers ou d'une visibilité évidente n'en est pas moins protégée par la loi.

D'autre part, la situation renvoie à un propos oral portant atteinte à la dignité de la personne, mais aussi à sa sécurité. Le rejet de certains usagers en institution prend parfois des formes violentes (verbales comme physiques), et c'est bien la conduite des professionnels qui a exposé la personne à cette violence. En effet, en s'autorisant à rejeter publiquement la légitimité de présence de cette personne au sein du couloir, les professionnels ont renforcé le sentiment chez les autres qu'ils étaient également autorisés à exiger son départ, avec tous les risques de manifestations inadaptées que cela comporte. Le fait que le déchaînement de remarques se soit produit après l'interpellation des professionnels ne doit rien au hasard.

Enfin, la brutalité de cette scène renvoie à la question de la violence institutionnelle. Sans être l'objet de cet article, elle ne peut ici qu'être soulignée avec force[7].

Cet exemple montre bien tout le sens du devoir de confidentialité : il ne s'agit pas uniquement d'une contrainte pour le professionnel mais bien, avant tout, d'une protection pour les personnes en contact avec lui. Par la gestion contrôlée des données et le rappel incessant qu'elles n'appartiennent qu'à l'individu concerné, il est possible d'écarter tout un ensemble de risques potentiellement graves.

Dans le cas cité, une conduite professionnelle plus respectueuse des droits de la personne et du devoir légal du professionnel aurait été, entre autre, de se détacher immédiatement du groupe pour accompagner le plus discrètement possible la personne jusqu'à sa chambre. En agissant de la sorte, il aurait été possible de préserver *a minima* sa dignité et sa sécurité, sans nuire à l'efficacité de l'action menée.

Un professionnel rentre de sortie en compagnie d'un usager. Celui-ci semble plutôt content de son excursion, alors que le professionnel estime que son comportement n'a pas été du tout adapté. La discussion fait émerger ce désaccord entre eux.

Le professionnel, quelques temps plus tard, adressera une transmission à l'équipe pour faire part de ses remarques, tout en ajoutant que l'usager n'est pas de son avis.

L'action du professionnel est ici pleinement adaptée au respect de son devoir car le fait d'indiquer l'avis différent de l'usager dans sa transmission renvoie à son obligation d'« *informer la personne de l'existence de ces données, lui permettre d'y accéder et d'exercer son droit de rectification, de formulation d'un avis contradictoire, voire de suppression pour les fichiers informatisés* ».

En effet, en notant que la personne n'a pas la même opinion que lui, il se fait intermédiaire de son droit à formuler un avis contradictoire. S'il n'avait indiqué que sa propre perception des choses, il aurait commis une déloyauté et une privation du droit de la personne à exercer un contrôle sur les données la concernant.

Ce dernier exemple se veut illustrer une dimension spécifique du devoir de confidentialité : **ce qui compte est moins sa forme que son esprit**. La personne n'a pas pu elle-même écrire son opinion sur la transmission, mais celle-ci apparaît néanmoins aux yeux d'autrui. C'est la base même du lien de confiance et de l'alliance thérapeutique qui se joue ici, car sans cette forme de loyauté et de neutralité, il ne serait pas possible d'établir une relation propice aux échanges avec les personnes accompagnées.

Nous voyons donc que le devoir de confidentialité est une notion fondamentale au sein de la strate de la légalité. Il se complète cependant d'une autre disposition venant le renforcer et constituer un repère essentiel pour penser la pratique : la notion de secret professionnel.

Le secret professionnel

Si le devoir de confidentialité est une disposition essentiellement réglementaire, le secret professionnel, quant à lui, appartient de plein droit au champ du légal. Cela suppose un renforcement tant du cadre dans lequel il existe que des sanctions venant réprimer d'éventuels manquements. Il s'applique à certaines professions, mais aussi à certaines fonctions et à des personnes remplissant des missions particulières durant un temps défini (et uniquement durant ce temps).

Le secret professionnel n'est pas un droit mais un devoir. C'est une mesure située à l'interstice de deux champs : celui de « l'ordre public », en cela qu'il est prévu pour protéger la société dans son ensemble, et celui du monde professionnel car il préserve la crédibilité et la confiance nécessaires à l'exercice de certains métiers. En effet, sans cette inviolabilité du secret, nombre de personnes ne s'aventureraient pas à confier leur intimité, leurs erreurs et leurs questions à des tiers, aussi compétents qu'ils puissent être professionnellement. On pensera en particulier aux médecins, aux prêtres ou aux avocats, mais aussi aux assistants de service social, chacun étant dans son domaine amené à se voir adresser des choses douloureuses ou gênantes de la part des personnes accompagnées.
En conséquence, aucun professionnel ne peut choisir de s'en départir car le secret est imposé par la loi et existe indépendamment de la volonté de quiconque. La personne concernée par l'information protégée ne peut pas non plus libérer le professionnel du secret car elle n'est pas décisionnaire de ses conditions d'application. En effet, lorsqu'une situation est couverte par le secret, que ce soit en raison de la profession, de la fonction ou de la mission du professionnel en exercice, cela signifie que les informations en question ne sont plus considérées comme étant « à caractère personnel » mais « à caractère secret ». Cela les place dans un autre champ juridique, doté d'implications spécifiques.

Quelles sont les personnes concernées ?

Différents codes et lois imposent le secret professionnel et peuvent varier dans le temps. Le législateur a d'ailleurs peu à peu perdu l'habitude d'énumérer tous les métiers concernés dans un inventaire à la Prévert, préférant construire un canevas général dont se saisissent ou non les professions dans leurs structurations propres. Il faut donc rechercher, profession par profession, texte par texte, celles qui comportent cette obligation dans leur pratique.

Néanmoins, nous pouvons opérer deux regroupements généraux, scindant en quelque sorte le secret professionnel en deux registres : celui de l'astreinte en raison de la fonction ou de la mission, et celui de l'astreinte en raison de la profession elle-même.
Si l'astreinte liée à la fonction/mission est situationnelle, au sens où elle n'existe que dans le temps et le contexte propres à la position particulière du professionnel, celle inhérente au métier est indépendante de tout contexte et s'applique en permanence.

- **L'astreinte au secret par mission ou fonction** : il s'agit d'un secret qui n'est pas lié au métier, ce qui lui permet en principe de pouvoir être imposé à tout type d'intervenant. Ceci explique pourquoi il peut concerner des stagiaires non diplômés, voire des bénévoles. D'une certaine manière, c'est un « secret positionnel » car il est justifié par la position occupée, à un instant donné, par la personne qu'il concerne. C'est par exemple le cas pour tout intervenant participant à :

- Des missions d'aide sociale à l'enfance ou de protection de l'enfance ;
- Des missions d'instruction et d'accompagnement du RSA ;
- Des fonctions liées à l'exercice en CHRS ;
- Des missions en lien avec des commissions faisant l'objet de textes de loi particuliers : commissions techniques MDPH/CDAPH, Ccapex, *Etc*.

- **L'astreinte au secret par profession** : il s'agit d'un secret qui n'est pas lié à la position mais directement au métier, quel que soit le cadre de son exercice. Cela concerne plusieurs professions explicitement identifiées dans la loi. Par exemple :

- Les assistants de service social (ainsi que leurs stagiaires) ;
- Les médecins, infirmiers, maïeuticiens ;
- Certaines professions de santé telles que les pharmaciens ;
- Les professionnels de la justice ou de la police, comme les avocats, policiers et gendarmes.

Il est important de savoir que, quel que soit le type d'astreinte, le secret professionnel ne concerne pas uniquement ce qui est appris directement de la part de la personne, ni même ce qui est connu pendant le temps de travail. Il couvre en réalité « *tout ce qui est appris, compris, connu ou deviné à l'occasion de l'exercice professionnel* »[8]. **Cela signifie qu'il concerne tout ce qui est adressé au professionnel dès lors que c'est en cette qualité qu'on s'adresse à lui**, qu'il soit ou non en poste à ce moment précis.
Par exemple, une information apprise par un médecin sur une personne à l'occasion d'une discussion avec un de ses proches reste soumise à ce secret si le proche en question s'adressait à lui en tant que médecin. De la même manière, un bénéficiaire s'adressant de manière informelle à son assistant de service social à la sortie de son lieu de travail reste protégé par le secret, même si le professionnel n'est techniquement plus en poste à ce moment précis.
Ce qui détermine l'existence du secret est donc en grande partie le fait que le professionnel ait accès à des informations en raison de son activité, que cette dernière soit en lien avec sa fonction, sa mission ou son métier[9].

Une des premières différences existant entre le secret professionnel et le devoir de confidentialité réside donc dans l'encadrement légal. Si la confidentialité s'impose à tous, seules les situations/professions identifiées légalement de manière explicite entrent dans le cadre du secret.

Une autre différence existe au niveau des sanctions encourues en cas de manquement. En effet, là où le devoir de confidentialité suppose des sanctions purement disciplinaires en cas de manquement (hormis préjudice grave en résultant) car il engage la responsabilité civile, le secret professionnel engage pour sa part la responsabilité pénale du contrevenant, et éventuellement de son employeur qui peut être condamné à verser des dommages et intérêts à la victime. La répression est donc d'un ordre totalement différent, de même que les conséquences judiciaires qui peuvent en découler.

En outre, le secret professionnel oblige les personnes qu'il concerne à ne pas répondre à une recherche de manifestation de la vérité menée par la justice ou la police. Elles doivent se soumettre à toute convocation, à l'instar de n'importe quel citoyen, mais doivent opposer le secret quand leur sont demandées des informations que ce dernier couvre.
La justice ou la police peut néanmoins, en principe, réquisitionner tout document utile à ses investigations. Le professionnel soumis au secret peut toutefois arguer d'un « motif légitime » pour en soustraire ou en amoindrir certains contenus quand leur communication dévoilerait des éléments non concernés par la procédure en cours. Par exemple, un dossier médical peut se voir ôter plusieurs feuillets s'ils comportent des indications dépassant la demande du mandat judiciaire le réquisitionnant.

Il existe, comme pour le devoir de confidentialité, des exceptions permettant de lever le secret professionnel. Celles-ci peuvent être regroupées en deux registres : celles qui « autorisent » la levée du secret (laissant alors le choix au professionnel de le faire ou non) et celles qui « imposent » cette levée. Quatre grandes situations ont cette conséquence:

- Toute situation de privation, sévices, mauvais traitement, agressions ou atteintes sexuelles sur un mineur ou une personne vulnérable (au sens de la loi) ;

- L'obligation de ne pas empêcher les autorités compétentes d'exercer leurs responsabilités propres quant à l'action sociale, la protection de la jeunesse et des personnes vulnérables, ou encore la prévention de la délinquance ;

- Le partage d'informations avec certains intervenants, en fonction d'objectifs limitatifs, clairement identifiés et prévus par la loi ;

- La possibilité de se défendre en justice, dans les mêmes limitations que pour le devoir de confidentialité (proportionnalité entre dévoilement et nécessité de défense).

Attention: dans les cas où la levée du secret est simplement « autorisée », le professionnel choisissant de ne pas l'opérer n'est pas dédouané pour autant de ses obligations citoyennes. Ainsi, face à une situation de péril pour les personnes ou d'une infraction sur le point d'être commise, il reste en devoir d'agir, soit par une action personnelle, soit en « provoquant un secours ».
S'il s'abstient à la fois de dévoiler une information et d'agir autrement, il peut encourir des poursuites (par exemple pour non-assistance à personne en péril).

En résumé, nous pourrions dire que le secret professionnel est une variante particulièrement renforcée du devoir de confidentialité, avec pour particularité d'être opposable, imposée par la loi à toutes les parties et générant l'obligation, pour être levé, d'un cadre précis et juridiquement fondé.

Ainsi, nous voyons que la strate de la légalité est particulièrement complexe et comporte des niveaux différents d'obligation et de contrainte pour les professionnels.

<u>De manière générale, nous pourrions résumer les choses ainsi</u>:

- Toutes les informations concernant les personnes accompagnées ont d'emblée un caractère personnel. Ce caractère en fait des données privées à ne pas partager, du moins tant que le professionnel ne peut justifier d'un cadre précis permettant leur communication à des tiers ;
- Certaines informations à caractère personnel, communicables ou non, sont considérées comme sensibles ou à risque, selon leur nature ou le péril de discrimination dans lequel leur dévoilement placerait les personnes concernées ;
- Tous les professionnels sont concernés par le devoir de confidentialité, ce qui leur impose un certain nombre de règles de conduite. Ces règles ne sont pas opposables à l'autorité judiciaire ou policière. Un manquement expose à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement et à des poursuites en cas de préjudice ;
- Certains professionnels sont soumis, en plus du devoir de confidentialité, au secret professionnel. Ce dernier est opposable à l'autorité judiciaire et policière, levé dans des cas très précis et juridiquement fondés. Tout manquement expose à une sévère répression pénale.

Cependant, tous ces éléments de connaissance, pour utiles qu'ils puissent être, ne répondent qu'à une partie de la question du professionnel cherchant à savoir quoi dire et quoi taire de ce qu'il sait. En effet, en abordant les choses de manière légaliste, il peut avoir une image relativement claire de ce qu'il est *autorisé* à dire, de ce qu'il est *obligé* de dire, et enfin de ce qu'il doit impérativement garder pour lui. Tout ceci est primordial à connaître, mais il est question ici de décision et non de choix.

La décision renvoie à la prise en compte de variables externes au professionnel : il est question de ce qui existe indépendamment de lui et qui détermine la possibilité d'émergence de sa parole. Il ne choisit pas mais s'incline devant la loi et décide de ses actions en fonction de ce qu'elle lui dicte de faire. Le choix, à l'inverse, ne peut venir que de ce qu'il pose comme acte personnel, au sein d'une réalité qui est la sienne et qui n'existe que dans l'ici et maintenant.
La décision concerne le « que dire et que taire ? », tandis que le choix est celui d'une réponse actée à la question « pourquoi dire et pourquoi taire ? ». **Ce qui est choisi n'existe en effet que dans l'espace de liberté où rien n'est encore décidé**.

Ainsi, la strate de la légalité ne dessine que les contours de l'espace de choix. Elle nous indique les informations qui peuvent y exister mais pas ce qu'il convient d'en faire. La réponse à cette question, infiniment plus complexe, n'est pas située dans le champ du légal mais bien dans celui du légitime. C'est en cela que nous avions considéré la strate de la légitimité comme ce qui venait colorer l'espace de liberté de sens et de portée, c'est-à-dire d'éthique.
C'est à présent à cette dimension que nous allons tenter de réfléchir.

La strate de la légitimité : choisir ce qu'on dit et ce qu'on tait

La dimension de la légalité peut donner l'impression que les informations recueillies au sujet des personnes accueillies sont presque toutes impossibles à communiquer à des tiers. Or, l'action institutionnelle nécessite pourtant un travail pluri- et transdisciplinaire. Cette situation peut donc sembler paradoxale et être à la source d'inévitables impasses d'accompagnement.
En réalité, **il s'agit d'une dialectique et non d'un paradoxe** ; il est évidemment possible de transmettre une information à caractère personnel, voire même à caractère secret, tout en restant dans les limites de la loi. Ce type de communication se déroule d'ailleurs au quotidien dans les institutions sociales et médico-sociales et participe des conditions nécessaires à leurs fonctionnements.
En revanche, si ces transmissions sont légales, elles ne prennent une dimension légitime que lorsqu'elles ont du sens au niveau de l'accompagnement et des buts qu'il poursuit. Ce sens n'existe que dans l'espace de liberté encadré par la contrainte légale, mais il n'en est pas moins réel pour autant et demeure essentiel à la pensée d'une pratique professionnelle et institutionnelle.
L'introduction de cet article l'énonçait : **ce qui est possible n'est pas nécessairement souhaitable**. C'est bien là tout l'enjeu de la légitimité, que de permettre au professionnel de se situer par rapport à ce qu'il sait et de pouvoir en disposer d'une manière qui lui semble adaptée.

Nous l'avions également exprimé : la légitimité est une affaire de choix et non de décision. Ceci rend éminemment complexe tout propos la concernant. En effet, comment commenter ou proposer des repères au sujet de choix qui dépendent pour beaucoup du contexte dans lequel ils s'inscrivent et du vécu propre de la personne qui les effectue ?
Pour répondre à cette difficulté, nous faisons nous-mêmes un choix. Il sera ici de limiter notre écrit à quelques valeurs éthiques qui, pour subjectives qu'elles puissent être, paraissent à nos yeux pouvoir aider la réflexion d'une équipe d'établissement désireuse d'interroger sa pratique.

Nous déclinerons ces valeurs en quatre principes, comme autant de filtres pouvant éventuellement étayer les processus de pensée influant l'acte de parole ou de silence du professionnel. Chacun de ces filtres est, à sa manière, une «couleur» de l'espace de liberté. Dans le patchwork chromatique ainsi composé réside peut-être une figure d'ensemble que nous espérons être à même d'aider à la construction d'une légitimité du langage, avec ou sans mot, qu'expriment une institution et les professionnels qui y exercent au sujet des personnes accompagnées.
Il n'est donc pas question de considérer ces repères comme injonctifs, ni même indépendants les uns des autres. Bien au contraire, ils n'ont pour seule vocation que de constituer des propositions de mise en sens, lesquelles se répondent, se nourrissent et s'appuient les unes sur les autres.

Le principe de bienveillance

Si nous avons choisi d'aborder la bienveillance dès le début de notre propos, c'est en raison de notre conviction qu'elle représente la trame fondamentale de toute communication institutionnelle légitime. En tant que valeur éthique, elle nous semble en effet pouvoir constituer le premier des filtres, en posant une question aussi simple que sa réponse peut être complexe : « ce que je m'apprête à dire ou à taire est-il dans l'intérêt premier ou supérieur de l'usager ? ».

Ce souci de l'autre se retrouve dans l'étymologie du terme lui-même, qui provient du latin « *bona vigilantia* », prenant le sens de « bien veiller ». Il est finalement ici question de poser un jalon éthique voulant qu'une des conditions de la légitimité d'un choix de parole ou de silence repose sur le fait que cet acte particulier soit pensé avant tout dans ce qu'il peut apporter à la personne concernée. Cet apport peut d'ailleurs être positif, c'est-à-dire susciter un bienfait, ou négatif, dans le sens de ne pas en ôter un.

Par le principe premier de la bienveillance, nous proposons donc de considérer que le respect de la personne, de ses droits, de sa dignité et de ses intérêts doit être le centre des préoccupations de toute communication d'informations se voulant légitime dans ses fondements éthiques.

Le principe de responsabilité

En corollaire de la bienveillance nous semble découler la responsabilité. En effet, cette deuxième valeur permet de penser l'acte de parole ou de silence en tant que choix personnel du sujet qui le pose, et non comme une simple décision relative à un ensemble de règles qui pourraient s'appliquer à tous.
Dans l'espace de liberté investi par le professionnel se trouve donc, en quelque sorte, sa propre couleur existentielle : ce qu'il dit ou ce qu'il tait, il le fait en responsabilité, c'est-à-dire en son nom propre et en acceptant de répondre lui-même des conséquences prévisibles de son acte.
Ceci implique qu'il réfléchisse aux conséquences de ce qu'il s'apprête à dire ou à taire, et donc qu'il veille à effectuer son choix en prenant en compte l'immédiateté de l'instant, mais aussi un temps plus long qui est celui de l'existence humaine qu'il peut modifier par son action.

Ce principe vient donc étayer celui de la bienveillance car, si cette dernière suppose d'agir dans l'intérêt de l'usager, la responsabilité vient rappeler, avec Jonas, que « *l'idée de*

progrès n'a de sens que si l'avenir est préservé »[10].
Ainsi, à la question bienveillante « suis-je en train d'agir dans l'intérêt de la personne ? », l'interrogation responsable pourrait la préciser en demandant « que va provoquer mon action à l'avenir ? Suis-je prêt à assumer personnellement ces conséquences et à en répondre devant quiconque l'exigerait de moi?».

Cela constitue un repère important car il appuie l'idée selon laquelle aucune information à caractère personnel n'appartient à l'institution ou au professionnel : elles restent toutes sous la seule propriété des personnes qu'elles concernent. Ainsi, les communiquer ne nous place pas uniquement en position de professionnel exerçant une mission : cela nous engage en tant qu'humains agissant sur le devenir d'autres humains en se saisissant d'une partie de leur existence.

C'est dans ce sens que nous proposons, par le principe de la responsabilité, que tout choix de gestion d'information se voulant légitime ne soit pas simplement bienveillant : il place également son auteur en responsabilité face aux conséquences qui en découleront.

Cela implique, par exemple, que ne sera pas considérée comme légitime, en suivant ce principe, une communication anonyme, de groupe ou uniquement axée sur son bénéfice immédiat. Ce n'est qu'inscrite dans le temps du sujet qu'elle concerne, et pleinement assumée par son auteur, qu'elle pourra prétendre l'être.

Le principe de mesure

Les deux principes précédents considèrent la légitimité de communication en portant regard sur son auteur. Ils proposent que ce dernier ne soit légitime dans son acte que s'il le pose de manière bienveillante et responsable. Ceci étant, il nous paraît important que la nature de l'information elle-même joue un rôle dans cette légitimité.
En effet, au-delà de la conviction portée par l'auteur, la communication est en soi un objet de la réalité et devrait, de notre point de vue, répondre à plusieurs exigences déterminant son caractère légitime ou non.

Dans ce but, nous proposons d'affirmer la nécessité d'un principe de mesure, au sens d'une vigilance à ce que ce qui est transmis le soit de telle sorte qu'il n'excède pas certaines limites. Nombre de recommandations existent dans ce domaine et fixent certains critères à remplir. Nous reprenons ici trois des plus communs car ils nous semblent propices à une réflexion féconde de la part des équipes.

Ainsi, par la mesure, nous entendrons que l'information transmise réponde à un critère de :

- **Pertinence**: elle n'est jamais détachée d'un but connu. Bien au contraire, elle répond à une problématique clairement définie et identifiée ;

- **Nécessité**: cette information est nécessaire à transmettre ou à taire pour répondre ou participer à la réponse à cette problématique ;

- **Suffisance**: ce qui est transmis ou passé sous silence est uniquement ce qui doit être transmis ou passé sous silence. L'information est donc limitée à ce qui suffit à cette réponse, et non complétée de données ou de détails inutiles.

Cela rejoint le principe de responsabilité car, pour pouvoir identifier ce qui est pertinent, nécessaire et suffisant au but poursuivi, il faut inscrire sa réflexion dans le temps du sujet. En effet, embrasser la globalité de la problématique renvoie de manière impérieuse à pouvoir la considérer dans toutes ses dimensions, y compris la temporalité qui est la sienne et les conséquences attendues de l'acte posé.

La question demeure de savoir comment déterminer la mesure informative en fonction de la problématique en jeu. Cela dépend bien évidemment de cette dernière, mais la littérature nous donne tout de même quelques jalons. Une information nécessaire est, par exemple, souvent considérée comme étant à même de permettre :

- L'évaluation de la situation ;
- La mise en place de mesures de protection adaptées à la personne ;
- La conception et la mise en œuvre d'actions cohérentes et concertées, par le fait de rendre possible la coordination entre les différents intervenants ;
- La continuité d'un suivi amorcé.

Un repère fondamental existe d'ailleurs au sein des institutions et se trouve à l'exact point de rencontre entre la légalité et la légitimité : le projet d'accueil personnalisé.
Légalement obligatoire au sein des institutions depuis la loi du 2 janvier 2002, il comporte les objectifs poursuivis par l'équipe au sujet de la personne et constitue, à ce titre, une inestimable ressource au regard du principe de mesure. Il permet de déterminer ce qui est pertinent, nécessaire et suffisant à l'aune de ce qui est recherché dans et par l'accompagnement institutionnel proposé.

Ainsi, au principe de bienveillance et de responsabilité, engageant l'auteur de la communication, **nous proposons que le principe de mesure constitue le troisième socle sur lequel repose la légitimité du choix de gestion de l'information. Ce socle invite le professionnel à faire preuve de prudence, de tact et de discernement afin que sa communication ne mette pas à nu l'intimité de la personne devant l'institution en dépassant le cadre du pertinent, du nécessaire et du suffisant.**

Ce principe vient donc en opposition à certains processus de dérive que l'on constate fréquemment au sein des établissements. Nous comptons parmi eux l'entretien d'un fantasme voulant que «plus on sait, mieux on peut travailler ensemble». **Face à cette illusion, la mesure affirme au contraire que ce n'est pas à l'information de nous permettre de travailler ensemble mais bien au sens que l'on donne à notre travail collectif d'être la justification de la transmission de données.**

Donc, à la question bienveillante « suis-je en train d'agir dans l'intérêt de la personne ? », et à l'interrogation responsable qu'elle induit («que va provoquer mon action à l'avenir?»), s'adjoint la dimension de la mesure. Celle-ci prend par exemple la forme d'un questionnement formulable en ces termes : « ce que je m'apprête à dire ou à taire correspond-il exactement à ce qui doit être dit ou tu pour atteindre mon objectif ? ».

Le principe d'autonomie

La bienveillance, la responsabilité et la mesure constituent trois piliers éthiques permettant de consolider la légitimité du professionnel dans son choix, mais aussi celle de l'information transmise ou scellé par son silence. Cela amène finalement à poser un regard sur deux des trois dimensions de la parole et du silence : leur auteur et leur contenu.
Il est donc à présent important, à notre sens, de porter attention à la troisième dimension, c'est-à-dire la personne concernée par l'information.

Le principe d'autonomie vise à dire que toute gestion d'information trouve sa légitimité dans le fait de rester sous le contrôle du sujet qu'elle concerne. Cela implique plusieurs axes de vigilance, notamment :

- L'existence du consentement libre et éclairé de la personne concernée par l'information, qu'il s'agisse de la communiquer ou de la taire ;

- La discussion autour des enjeux et implications possibles pour elle d'un éventuel dévoilement de données (étant entendu que ces derniers ne prennent sens qu'à l'aune de ses propres valeurs) ;

- Le refus de tout consentement « généraliste » pour les informations sensibles ou à risque: même si l'accord exprimé par la personne est d'une grande latitude (accepter qu'une réunion à son propos puisse avoir lieu, par exemple), les informations les plus sensibles doivent faire l'objet d'un accord singulier et à chaque fois discuté dans ses conséquences. Cela est rendu nécessaire par leurs implications particulières et leurs conséquences possibles ;

- Le droit au retrait du consentement à tout instant, sur le principe qu'un accord de transmission est avant tout un «mandat de communication» et non un transfert de propriété. Comme tout mandat, il cesse d'exister dès lors que le souhaite celui qui l'a accordé ;

- L'accès réel aux données transmises et au droit de les rectifier ou d'y formuler une réponse contradictoire.

Ces axes de vigilance visent donc à agir auprès de l'usager pour qu'il puisse demeurer, autant que faire se peut, l'unique propriétaire des données le concernant. Il est donc question de préserver son autonomie et de ne pas faire de ses données personnelles un objet institutionnel sur lequel il n'aurait aucune prise. Bien au contraire, ces informations ont vocation à rester sous son contrôle, notamment grâce à l'accompagnement du professionnel qui se propose d'en disposer et qui a donc, en raison de cette situation, une obligation de bienveillance, de responsabilité et de mesure particulière vis-à-vis de la personne.

Cela suppose une loyauté et une transparence dans la pratique : pouvoir formuler un consentement éclairé repose sur le fait de disposer des éléments utiles pour comprendre les enjeux de l'information concernée. Cela englobe notamment les buts poursuivis par son partage éventuel, ce qui sera effectivement dévoilé ou non, ou encore les destinataires et l'usage qu'ils pourraient faire de cette connaissance.
La bienveillance et la responsabilité du professionnel sont donc autant de jalons éthiques pour sa communication, mais également des leviers d'accompagnement permettant à la personne elle-même de pouvoir être responsable des informations la concernant. Cela permet, en corollaire, qu'elle estime la mesure à respecter avec le professionnel.

Ainsi, à la suite de la bienveillance, de la responsabilité et de la mesure, **nous proposons que la légitimité d'une gestion d'information repose sur le principe de préservation de l'autonomie de la personne. Ce principe affirme avec vigueur le respect, pour tout usager, de sa place d'acteur, de décideur et de sujet respecté et accompagné dans sa capacité d'appréciation et de décision.**

La question posée par cet ultime principe pourrait donc être celle-ci : « l'usager a-t-il réellement eu son mot à dire sur ce que je m'apprête à communiquer ou à taire ? Peut-il encore disposer d'un choix à l'issue de cet acte ? ».

L'espace de liberté comme creuset de sens

Ces quatre filtres nous paraissent donc pouvoir être utiles pour penser la pratique. Ils n'ont d'autre prétention que d'être des pistes de vigilance au sujet de ce qui sera construit par le professionnel et l'institution, mais nous semblent néanmoins pouvoir accompagner la réflexion au sujet de ce qui colore l'espace de liberté dessiné par les bornes de la légalité.

A ce qui est permis (c'est-à-dire le légal) peut donc venir s'ajouter ce qui est choisi (c'est-à-dire le légitime), au sein d'un espace de liberté prenant à la fois la teinte de la bienveillance, de la responsabilité, de la mesure et de l'autonomie.
Ces quatre piliers ne font cependant que soutenir la pensée, qui ne se construit qu'en situation et qu'en fonction des personnes concernées. Ricoeur le disait fort bien: « *il n'est d'éthique que dans la réalité* »[11]. En ce qui concerne les choix à opérer au niveau des informations à caractère personnel ou secret, cette réalité comporte des devoirs et des possibilités d'action toujours complexes à aborder.

Nous espérons donc que ces quatre principes pourront constituer des repères utiles pour que l'espace de liberté dont dispose le professionnel puisse être un creuset au sein duquel se forge une pratique colorée par son éthique et le sens qu'il attribue à ses propres choix.

Conclusion

Cet article a cherché à établir un certain nombre de jalons éthiques pour la pensée des espaces au sein desquels s'inscrivent le silence et la parole des professionnels au sujet des informations à caractère personnel dont ils peuvent avoir connaissance au sujet des usagers accompagnés. A ce propos, nous avons essayé de montrer que ces espaces sont autant ceux d'une légalité que d'une légitimité.

Une légalité venant déterminer l'ampleur et la nature de la liberté qui s'offre au professionnel car, en précisant les variables présidant à ses *décisions*, nous pouvons construire en négatif les lieux et les temps où peuvent être pensés ses *choix*.
La question du devoir de confidentialité et du secret professionnel, en particulier, montre l'étendue de ce qu'il ne peut qu'appliquer au sein de sa pratique. En conséquence, ce qui ne s'applique pas se choisit, et donc appartient au registre de la liberté.
Ce registre est le berceau de sa légitimité, au sens d'un espace pouvant accueillir sa délibération personnelle. Nous avons voulu démontrer que cet espace pouvait être perçu comme un prisme diffractant les multiples colorations de son intention. La bienveillance, la responsabilité, la mesure et le respect de l'autonomie prennent ici la valeur de filtres éclairant chacun à sa manière une partie des enjeux.

Variables déterminantes et processus de création de sens, prisme complexe et intention à l'égard d'autrui… ces termes font immanquablement penser à l'éthique elle-même.
En effet, la détermination de l'action n'est pas sans évoquer la déontologie et les devoirs qu'elle impose à celui qui se doit d'en suivre les préceptes. De même, l'intention concernant l'autre renvoie pour sa part à une téléologie visant à construire quelque chose de l'ordre du sens et du but.

Le partage des informations personnelles ne distingue donc pas le légal du légitime de sorte à ce que le premier soit l'émanation de la loi et le second celle de l'éthique du professionnel. **C'est l'ensemble de ces deux dimensions qui constitue la réflexion éthique** car c'est l'ombre de l'obéissance qui donne sa valeur à la lumière de la liberté, et cette même lumière qui nécessite la présence de ténèbres pour mieux souligner sa clarté et son importance. Ce que le professionnel *doit* et *ne doit pas* faire sont les conditions même de la construction de ce qu'il estime *juste* de faire.
En tant que processus éthiques, les choix et décisions à opérer dans le domaine du partage d'information sont donc nécessairement complexes et nécessitent de la part des équipes une connaissance claire de ce qui détermine, comme de ce qui libère, leurs pratiques.
Les enjeux légaux et la construction de la légitimité impliquent en effet, outre le savoir inerte (mais indispensable) d'une culture professionnelle, la pensée vive et profonde de la signification de ce qui est fait. Cela impose une réflexion de tous les instants, mouvante dans les formes qu'elle crée. La certitude du devoir et l'évanescence des réalités engagent l'humain qui agit, le professionnel qui le fait au sein d'un cadre particulier, mais aussi l'institution qui, en tant que mandatée de société, a pour mission de donner sens à ce qu'elle dit et fait dire à ceux qui évoluent en son sein.

En cela, le partage des informations à caractère personnel n'est rien de moins que de l'éthique appliquée, difficile et exigeante ; mais peut-il en être autrement ? Selon les mots de Ricoeur, une nouvelle fois, il importe de rappeler qu' « *être éthique, c'est accepter et vivre le conflit du bien à faire et du devoir à accomplir dans un monde. C'est souffrir ce conflit sans repos, jamais réglé, toujours remis sur l'ouvrage* »[12].
Il nous semble que c'est précisément en pensant les espaces de communication, dans le devoir légal à accomplir et dans le bien de leur ajustement à l'autre, que peut se construire l'ouvrage, certes mouvant et complexe, d'une pratique respectueuse des personnes accompagnées.

Références

1. Sartre, J.-P., *Huis-clos: Pièce en un acte*, Paris: Folio, 2019.
2. Pour une réflexion au sujet de la dimension hapaxique du langage humain, voir Bemben, L., *Le mot, un fragment hapaxique de la réalité? L'apport de la radicalité imaginaire de Castoriadis dans l'éthique clinique*, Article de Psymas, mai 2020.
3. Debruynne, J., *Parole*, Paris: Desclée éditeur, 1992, p.68.
4. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.
5. Haut Conseil du Travail Social, *Les informations à caractère personnel concernant les personnes accompagnées: des données à protéger et parfois à partager*, Fiche de la commission éthique et déontologie, avril 2017.
6. Ainsi, toute information acquise durant une activité soumise au devoir de confidentialité reste confidentielle, même après le départ de la personne du cadre professionnel en question.
7. La question de la violence institutionnelle a fait l'objet de précédents travaux du collectif de recherche Psymas. Voir par exemple Bemben, L., *La violence institutionnelle*, Repères éthiques de Psymas, 2016.
8. Verdier, P., *Secret professionnel et partage des informations*, Journal du droit des jeunes, N°269, 2007.
9. A noter que certaines professions sont souvent, mais à tort, considérées comme soumises au secret professionnel alors même qu'elles ne sont pas concernées par son champ d'application. C'est par exemple le cas pour les psychologues, qui ne sont ni des personnels paramédicaux, ni des travailleurs sociaux au sens propre. En tant qu'« acteurs de la santé mentale », le champ du secret professionnel ne les englobe pas, même s'ils peuvent y être soumis occasionnellement par mission ou par fonction comme tout autre intervenant placé dans des contextes spécifiques.
10. Jonas, H., *Le principe responsabilité*, Paris: Flammarion 1998.
11. Ricoeur, P., *Soi-même comme un autre*, Paris: Seuil, 1990.
12. Ricoeur, P., *op. cit.*

Pour citer cet article: Bemben, L., *Le partage des informations à caractère personnel au sein des ESSMS: quels espaces pour la parole et le silence des professionnels?*, Article du DEFI, novembre 2020.

Pour le retrouver sur le site du DEFI:

http://defi.psymas.fr