

DEUXIEME PARTIE : CONSENTEMENT DU PATIENT ET PROTECTION SOCIALE (OU ORDRE PUBLIC)

CHAPITRE I /PROTECTION LIEE AUX INCAPACITES

SECTION I : PAR RAPPORT AUX MINEURS

PARAGRAPHE I : Consentement du représentant légal

PARAGRAPHE II : Consentement du mineur

SECTION II : PAR RAPPORT AUX MAJEURS INCAPABLES

PARAGRAPHE I : Considérations sur la situation particulière du majeur incapable

PARAGRAPHE II : Distinction malade aliéné/malade non aliéné

CHAPITRE II/ AUTRES EXCEPTIONS A L' OBLIGATION DE CONSENTEMENT

SECTION I : LES INTERETS IMMEDIATS DU PATIENT

PARAGRAPHE I : Situation d'urgence ou de nécessité médicale

PARAGRAPHE II : Conséquences de cet état de nécessité sur le consentement du patient

SECTION II : LES INTERETS DES TIERS

PARAGRAPHE I : Prévention des maladies contagieuses pour une protection de la santé publique

PARAGRAPHE II : Situation de l'état d'ivresse

INTRODUCTION

La notion de droits du patient fait référence d'une part aux droits universels de l'homme et du citoyen, d'autre part aux droits plus directement liés à la présence du patient dans l'établissement de santé et c'est un ensemble de principes qui garantissent un respect de la dignité humaine. Ces droits qui concernent essentiellement l'accès aux soins, la liberté de choix, et le respect de la dignité humaine sont dégagés par la « Déclaration sur les droits du patient » de l'Association Médicale Mondiale, Lisbonne 1981, Bali, 1995 et ils témoignent de la priorité accordée au respect de la dignité de toute personne ayant accès au service public hospitalier. Le consentement constitue un champ spécifique de ces droits du patient d'autant qu'il est corollaire de l'autonomie de la volonté de la personne malade.

Aussi le consentement du patient est reconnu comme un principe fondamental à la dignité humaine et cette reconnaissance a été proclamée aussi bien par la législation sénégalaise que française à travers la charte du malade dans les établissements publics de santé hospitaliers mais aussi à travers la loi française du 4 Mars 2002 dans ses dispositions relatives à l'information du patient.

Principe fondamental de la dignité de la personne du patient, le consentement l'est également de par des textes internationaux comme la déclaration d'Helsinki révisée de 1975, les directives de Manille de 1981 entre autres.

C'est autant dire l'importance qu'un tel consentement prodigue pour une meilleure prise en charge et une meilleure protection de la dignité de la personne du patient. En effet, le principe du respect de l'intégrité du corps humain impose le recueil du consentement du malade avant tout acte médical, hors les cas où le

malade est dans l'impossibilité de le donner. Ce consentement devant être libre et éclairé.

Situer la problématique du consentement du patient reviendrait à le contextualiser dans le cadre général des droits des malades.

Donc, possibilité est offerte au patient de se transformer en acteur, d'où la nécessité absolue d'information, de consentement, de co-décision, de participation active du malade à son traitement.

Ainsi, l'intangibilité de l'intégrité corporelle de chaque personne et l'indisponibilité du corps humain sont des principes fondamentaux auxquels il ne peut être dérogé que par nécessité thérapeutique pour la personne et avec son consentement préalable. C'est pourquoi aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement du patient, hors le cas où son état rend nécessaire cet acte auquel il n'est pas à même de consentir. C'est ce que confirme le code civil français en ses articles 16-3 et 16-1 qui disposent « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, hors les cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».¹

Quant à l'article 5 de l'arrêté ministériel n° 005776 portant charte du malade, il dispose : « aucun soin ne peut être dispensé au malade sans son consentement libre et éclairé, celui des parents ou des représentants légaux, sauf en cas de force majeure »

¹ Code civil français articles 16-3 et 16-1

Ce faisant, autant de questions sont à poser à savoir : quelle est la valeur juridique du consentement du patient, son étendue ? Quelle est sa portée ? Est-ce que le consentement du patient a la même valeur chez les adultes que chez

les enfants ? Dans le contexte africain où nous vivons, qu'en est-il de l'autonomie de la volonté ? Qui est ce qui doit donner le consentement ? Est-ce le malade ou son partenaire ou bien ses parents ? Est-ce qu'au Sénégal on demande un consentement libre et éclairé ? Est-ce que les médecins y ont recours ? Quelles sont les limites tenant au caractère obligatoire du consentement ?

L'étude du consentement du patient revêt des intérêts considérables à la fois théorique et pratique.

Sur le plan théorique, cela a entraîné beaucoup de polémiques mais des polémiques qui, si on peut dire ont été abordées dans le même sens. D'autant plus que l'on constate que toutes les législations prônent pour un recueil d'un consentement libre et éclairé du patient qui est un signe de la reconnaissance des droits des malades. Des auteurs ont également beaucoup investi dans ce domaine du droit de la santé en général et du droit du malade en particulier.

Sur le plan pratique, nous pouvons dire qu'il y'a là une véritable évolution. Rappelons que le contrat médical est un accord de volonté entre un médecin et un patient.

En effet, il y'a 50 ans de cela, le malade n'avait aucune possibilité pour donner son point de vue sur les soins administrés, il ne pouvait avoir aucune information sur son état de santé alors qu'il payait les soins prodigués.

Il était là, devant un médecin qu'il considérait comme son supérieur, qui venait le consulter, lui prescrire des ordonnances sans lui donner aucune indication sur sa maladie. Le médecin des fois, commettait des erreurs de diagnostic sans que le patient puisse le poursuivre pour d'éventuels dommages et intérêts. Mais aujourd'hui, avec l'évolution du droit à la santé et avec également l'implication de certaines bonnes volontés à savoir certains professionnels de santé, certains gouvernements, certains juristes, les comités d'éthiques qui oeuvrent pour une meilleure considération de la dignité humaine des personnes malades, le malade se retrouve enfin dans une optique de prise en charge de sa propre personne avec des droits qui lui sont inhérents.

Il participe en acteur à sa santé ; autrement dit, il peut donner en toute liberté son consentement ou le réfuter. Il peut revendiquer ses droits s'ils sont bafoués. C'est dire qu'il y'a une réelle évolution et autant d'innovations apportées à la personne du malade, c'est le cas du Sénégal avec la charte du malade².

Ainsi, suivant tout ce qui précède et dans la mesure où le consentement est une obligation pour tout acte accompli sur la personne du malade nécessitant une information loyale en amont et aboutissant à un consentement libre et éclairé en aval, nous essayerons d'axer cette étude d'une part sur la valeur juridique de ce consentement et d'autre part sur les exceptions tenant au caractère obligatoire du consentement autrement dit le consentement du patient par rapport à la protection sociale ou à l'ordre public.

² Réforme hospitalière : arrêté n° 005776 du 17 juillet 2001 portant charte du malade dans les Etablissements Publics de Santé Hospitaliers

PREMIERE PARTIE : LA VALEUR JURIDIQUE DU CONSENTEMENT DU PATIENT

Le consentement du patient est un principe fondamental du respect de la dignité de la personne du patient. Il est nécessaire pour tout acte médical exercé sur ce dernier. Ce consentement se doit d'être libre et éclairé d'autant plus qu'il est le reflet de l'autonomie de la volonté du patient concerné.

L'étude du consentement du patient revêt une valeur juridique d'une grande importance. C'est pourquoi, il est nécessaire de voir d'abord les principes relatifs au consentement du patient d'une part et ensuite l'étendue du consentement du patient dans le contexte sénégalais d'autre part.

CHAPITRE I : LES PRINCIPES RELATIFS AU CONSENTEMENT DU PATIENT

Le consentement à tout contrat doit être valable, c'est à dire donné en pleine connaissance de cause. Cela suppose que les cocontractants se fournissent mutuellement une information préalable, complète et claire sur les éléments du contrat, sur ce qu'ils proposent et ce qu'ils attendent de la part de l'autre. A défaut, ils risquent de donner leur consentement sans avoir connaissance de tous les éléments du débat, auquel cas ce consentement sera imparfait ou vicié.

Rappelons ici que le contrat médical est un accord de volonté entre un médecin et son patient.³ Aussi certains principes relatifs au consentement du patient doivent être dégagés à savoir d'une part les conditions de validité du consentement et d'autre part la manifestation du consentement.

En effet, le consentement du patient se doit d'obéir à certaines conditions sans lesquelles, il ne peut avoir l'effet escompté à savoir un consentement qui rentre dans des contours bien définis. Pour ce qui est de la manifestation du consentement, elle obéit également à certaines considérations.

3 « Ethique et déontologie médicale » Bernard Hoerni, 2^e édition, Abrégés

SECTION I : LES CONDITIONS DE VALIDITE DU CONSENTEMENT

Avant tout acte médical, le patient se doit de donner son consentement : un consentement volontaire.

Cependant, pour que le patient puisse donner son consentement libre et éclairé faudrait-il que certaines conditions de validité soient remplies. Conditions qui tournent autour de l'obligation d'information préalable et de l'autonomie de la volonté.

PARAGRAPHE I : L' OBLIGATION D' INFORMATION PREALABLE

Respecter la personne malade conduit à ne pas lui mentir. Montaigne disait : « Il ne faut pas toujours dire tout, car ce serait sottise, mais ce qu'on dit, il faut qu'il soit tel qu'on le pense, autrement c'est méchanceté. » Cela conduit à faire part au patient de tous les renseignements qui ont été retirés par le médecin du fait de sa fonction exploratoire, appelé à sonder une intimité qui peut, au moins en partie, échapper à la personne elle-même.

Le médecin se doit de communiquer au patient ce qui le touche directement. Cette communication est d'autant plus importante que l'information est sérieuse, existentielle.

Il ne faut à priori rien dissimuler au patient pour lui permettre de décider en connaissance de cause et lui laisser son droit à l'autodétermination, suivant sa capacité de discernement.

En effet, une information convenable est nécessaire pour permettre au patient de s'adapter à la réalité, de comprendre ce qui lui arrive, ce qui l'attend, la nature et les raisons du traitement, ses effets prévisibles.

Ainsi, pour obtenir du malade un « consentement libre et éclairé » à un acte, de diagnostic ou de soins, le médecin doit lui donner préalablement une information « simple, approximative, intelligible et loyale, permettant au patient de prendre la décision qui semble s'imposer »⁴

En effet, cette information étant :

- Simple, elle doit être adaptée aux connaissances du malade et formulée en termes clairs ;
- Approximative, elle portera à la fois sur l'état de gravité de l'affection, sur la nature de l'intervention diagnostique ou thérapeutique proposée, sur son résultat habituel et ses risques courants entre autres ;
- Intelligible c'est à dire compréhensible, l'information tiendra compte des capacités intellectuelles et psychologiques du malade à la recevoir ;
- Loyale, elle ne comprendra ni dissimulation, ni mensonges injustifiés.

Cette information doit avoir beaucoup d'autres qualités : être délivrée avec tact, amabilité, disponibilité, être ouverte et accueillante à toute demande d'explication complémentaire. Elle est habituellement orale, mais elle est de plus en plus souvent écrite.

Notons cependant que cette obligation d'information pèse également sur le patient qui doit donner au médecin tous les renseignements relatifs à son état de santé, à ses conditions de vie, à ses antécédents médicaux etc. pour lui permettre de décider du traitement à administrer.

⁴ L'information en médecine « Evolution sociale, juridique, éthique » de Bernard Hoerni et Michel Bénézeck, Page 47

Quant au médecin son obligation d'information étant plus vaste et plus complexe, est fréquemment abordée par la jurisprudence, notamment en matière de responsabilité médicale.

En effet, l'information du patient, condition indispensable de son consentement libre et éclairé, constitue pour tout médecin une obligation morale, déontologique et légale qu'il se doit de respecter.

Mais il n'en demeure pas moins qu'à côté de cette obligation d'information corollaire du consentement, il existe une autre condition de validité du consentement qu'est l'autonomie de la volonté.

PARAGRAPHE II : L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE

Aucune intervention médicale sur un patient ne peut être exécutée qu'elle ne lui ait d'abord été proposée ; il appartient en effet à l'intéressé, qui est un sujet à la fois libre et doué de raison, de décider en toute indépendance s'il en accepte ou non la réalisation.

En effet, la notion de patient au sens de personne passive soumise aux décisions du monde médical est dépassée. Une nouvelle place est aujourd'hui dévolue au malade nécessitant qu'il soit bien informé afin de pouvoir se prendre en charge en pleine autonomie. Il s'agit de donner à l'usager tous les moyens d'exprimer sa volonté afin qu'il puisse élaborer sa propre décision.

Il faut en effet renforcer le droit au consentement libre et éclairé en passant d'une acceptation passive par la personne malade d'une décision médicale à

une véritable expression de sa volonté. Le consentement devient ainsi l'instrument privilégié de l'autonomie de la personne.⁵

Cette autonomie, même si elle est le reflet de la volonté du patient qui en dispose pour donner son consentement libre et éclairé avant tout acte médical, il n'en demeure pas moins qu'elle peut entraver des fois à la santé du patient.

C'est le cas où le malade refuse l'acte thérapeutique proposé. Dans une telle hypothèse le médecin est obligé de s'en tenir à la volonté du patient même s'il sait que cette abstention thérapeutique peut conduire à un désastre d'autant plus que le malade est un homme libre auquel on ne peut rien imposer surtout lorsque le danger qui le menace ne vise que lui-même.

On sait en effet qu'une intervention thérapeutique est rarement dépourvue de tout risque et il n'est pas possible de faire courir ce danger à qui s'y refuse.⁶

Cependant, on devrait se poser la question de savoir est-ce qu'au nom de cette autonomie de la volonté, le patient peut aller jusqu'à demander au médecin d'abréger ses souffrances c'est à dire de recourir à l'Euthanasie ?

En effet, on sait que le devoir du médecin est de soulager sans doute, mais sans porter atteinte à la vie, qu'il à précisément pour mission de sauvegarder (confert article 9 du serment d'Hippocrate 7^e - 6^e siècle avant J.C)⁷

Dans ce cas, il appartiendra au médecin de choisir la voie la plus favorable.

⁵ Référence Dalloz : Responsabilité Médicale, Droits des malades 2002, Angelo Castelletta juriste, agent de direction d'un organisme de sécurité sociale

⁶ Premier congrès international de « Morale Médicale » Paris octobre 1955, Rapports de l'ordre national des médecins

⁷ Serment d'Hippocrate (7^e - 6^e siècles Avant Jésus Christ) dans son article 9 qui dispose : « Je maintiendrai le respect de la vie humaine dès la conception. Même sous la menace, je n'userai pas de mes connaissances médicales d'une façon contraire aux lois de l'humanité. »

En conclusion, on est obligé de reconnaître que cette autonomie de la volonté est primordiale pour tout recueil d'un consentement libre et éclairé.

Mais, à côté de ces conditions de validité, il se pose également la question de la manifestation du consentement.

SECTION II : MANIFESTATION DU CONSENTEMENT DU PATIENT

La manifestation du consentement du patient fait partie des principes relatifs au consentement du patient.

Permettant le recueil d'un consentement libre et éclairé, elle sert à mieux cerner les contours du consentement à savoir un consentement exprès et tacite d'une part et les caractères ou formes du consentement d'autre part.

PARAGRAPHE I : CONSENTEMENT EXPRES ET CONSENTEMENT TACITE

Le consentement du patient est nécessaire pour tous les actes médicaux même courants ou d'une portée faible. On n'exige cependant pas qu'il soit toujours formulé expressément : on peut se contenter d'un consentement tacite ou implicite, dès lors qu'il est certain. En effet, le fait pour un patient de ne pas refuser un traitement alors qu'il a reçu toutes les informations nécessaires au recueil de son consentement libre et éclairé, peut être considéré ou interprété comme un accord tacite à celui -ci.

Par contre le silence ne peut valoir consentement que lorsqu'il est circonstancié ou univoque c'est à dire lorsqu'il ne peut être interprété autrement que comme tel, compte tenu des circonstances.

C'est le cas notamment lorsqu'on tient compte de la nature et portée de l'acte envisagé, de la nécessité et des conséquences possibles de celui-ci, du comportement du patient pouvant induire son consentement à l'acte médical envisagé.

En général, les professionnels de la santé se contentent d'un consentement tacite pour les actes médicaux et les examens courants, qui n'entraînent aucun risque pour le patient, afin de ne pas paralyser l'exercice normal et usuel de la médecine. C'est le cas par exemple lorsqu'il s'agit d'auscultation, de prise de sang, de tension etc.

Par contre, dès que la thérapie est tant soit peu importante ou comporte des risques, le consentement doit être exprès. Ainsi, les interventions d'une grande importance nécessitent impérativement un consentement exprès.

Au sortir de cette analyse sur le consentement exprès et le consentement tacite, on devrait se demander lequel des deux démontre vraiment l'accord du patient ? Il s'agira maintenant d'étudier les caractères ou formes du consentement.

PARAGRAPHE II : CARACTERES OU FORMES DU CONSENTEMENT

Lorsque le consentement du patient est donné lors d'une intervention médicale de façon expresse, aucune prescription ne régit la forme dans laquelle il doit être donné. Dans une grande majorité des cas, il le sera verbalement, après une information elle-même verbale.

En France, la loi exige un consentement écrit dans certaines hypothèses. C'est le cas par exemple en cas de prélèvement d'organes ou de tissus in vivo (article 8 de la loi du 13 juin 1986) ou alors pour l'avortement (article 350 alinéa 2, 3^e code pénal)

En pratique, la signature d'un formulaire est en principe demandée avant de procéder à une procréation médicalement assistée.

On exigera aussi vraisemblablement un consentement écrit pour l'euthanasie lorsqu'elle sera réglementée. Le patient inclus dans une recherche biomédicale donne son consentement de manière écrite. Il convient ici de préciser que dans le domaine de la recherche biomédicale, il faut faire « la distinction entre, d'une part, une recherche à but essentiellement diagnostique ou thérapeutique à l'égard du patient, d'autre part, une recherche dont l'objet essentiel est purement scientifique et sans finalité diagnostique ou thérapeutique directe à l'égard du patient »⁸

On note qu'aujourd'hui la pratique du formulaire de consentement prend de l'extension dans de nombreux pays (notamment anglo-américains). Cette pratique se fait surtout lors de l'admission dans un hôpital où il s'agit de procéder à une intervention dont l'utilité thérapeutique est faible (exemple en cas de stérilisation, chirurgie esthétique).

Cette pratique permettra au patient d'assimiler plus sereinement l'information fournie oralement par le médecin. Cependant, pour la validité du consentement, il faut apprêhender le contexte dans lequel le formulaire est présenté et signé d'autant plus qu'il peut survenir des problèmes quant à l'aptitude du patient à comprendre les termes du formulaire qui lui est présenté.

Cette pratique du formulaire de consentement peut être aussi considérée comme preuve de l'exécution du médecin de ses obligations mais encore faudrait-il que le formulaire soit clair et compréhensible.

⁸ Déclaration d'Helsinki ; Recommandations Destinées à guider les Médecins dans les Recherches biomédicales portant sur l'être humain ; Adoptée par la dix-huitième Assemblée médicale mondiale, à Helsinki, Finlande, 1964, et révisée par la vingt-neuvième Assemblée médicale mondiale Tokyo, Japon 1975.

Le formulaire de consentement ne doit aucunement remplacer l'entretien informatif entre le médecin et le patient pour le recueil du consentement : « il ne peut à lui seul aussi attester de l'existence d'un consentement éclairé » (confert arrêt de la Cour d'Appel de Liège du 30 Avril 1998).⁹

L'étude des principes relatifs au consentement du patient nous a permis de relever à peu près les intérêts que comportent l'obligation d'information, l'autonomie de la volonté qui sont des conditions de validité sans lesquelles on ne peut parler de consentement libre et éclairé mais également de l'expression du consentement qui permet d'avoir la preuve du consentement.

⁹ Revue de Droit de Santé 1998-1999, Page 139.

CHAPITRE II : L'ETENDUE DU CONSENTEMENT DU PATIENT DANS LE CONTEXTE SENEGALAIS

Au Sénégal, il faut noter que le droit de la santé est une discipline très récente. Il s'y ajoute le fait aussi que le Sénégal ne dispose pas d'un code de la santé publique. Cependant, on peut dire qu'il n'existe pas de vide juridique en la matière même avec l'inexistence du dit code (Propos recueillis du professeur François Vialla, professeur agrégé à l'université de Montpellier I).

Aussi étudier l'étendue du consentement du patient dans le contexte sénégalais, reviendrait à étudier d'abord l'évolution du consentement du patient par rapport à la réforme hospitalière de 1998 d'une part, ensuite de voir la portée du consentement du patient d'autre part.

SECTION I : EVOLUTION DU CONSENTEMENT DU PATIENT PAR RAPPORT A LA REFORME HOSPITALIERE DE 1998

Au Sénégal, l'avènement de la réforme hospitalière a abouti à une restructuration du système hospitalier. Cette réforme a été adoptée par l'Assemblée Nationale le 12 février 1998 sous forme de deux lois complémentaires : la première intitulée « loi portant réforme hospitalière », la seconde intitulée « loi relative à la création, à l'organisation et au fonctionnement des établissements publics de santé ».

L'évolution du consentement du patient dont il s'agit ici de retracer se fera à travers la loi portant réforme hospitalière : loi n° 98-08 du 02 mars 1998 portant réforme hospitalière et particulièrement à la charte du malade (arrêté n° 005776 du 17 juillet 2001 portant charte du malade dans les Etablissements Publics de Santé hospitaliers).

Il s'agira de voir le consentement du patient avant et après la réforme hospitalière.

PARAGRAPHE I : CONSENTEMENT DU PATIENT AVANT LA REFORME DE 1998

Dans le cadre législatif, il n'existe pas d'obligation pour le médecin de recueillir le consentement, rien ne l'oblige à le faire.

Même dans le code de déontologie médicale du Sénégal, il y'a un article qui atteste cet état de fait. Ainsi, l'article 31 du code dispose : « un pronostic peut légitimement être dissimulé au malade. Un pronostic fatal ne peut lui être

révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais, il doit l'être généralement à sa famille, à moins que le malade ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite. » Cet article est l'équivalent de l'article 35 du code de déontologie médicale française. Le code n'énonce pas, parmi les devoirs généraux des médecins, celui d'informer le patient pour un éventuel recueil de consentement. Certes, l'esprit de cet article c'est de donner l'information au patient, de voir sa psychologie pour savoir s'il est apte à recevoir l'information et donner son consentement dans des cas précis.

Ce consentement du patient a eu aussi à poser des problèmes d'ordre culturel : par exemple en matière de toucher rectal, les médecins ont tendance à le faire sans le consentement du patient parce qu'ils croient que c'est une chose naturelle dans certaines situations données. Ce qui peut frustrer certaines personnes âgées qui digéreront mal ce fait.

Selon un médecin qui exerce à l'hôpital CTO (Hoggy-Ex CTO), avant l'avènement de la réforme beaucoup d'actes médicaux se faisaient sans consentement.

Pour lui, le médecin était considéré comme un dieu, il ne faisait que proposer des traitements auxquels les patients se soumettaient sans consentement. Le patient ne demandait rien au médecin et cela persiste jusqu'à aujourd'hui.

Cependant, avec la charte du malade, même si cet état de fait n'est pas totalement éradiqué dans le sens de respecter les actes en matière de consentement, on peut dire qu'il y'a une petite évolution qui profite au patient même si cela n'est pas appliqué de façon générale. D'où l'intérêt d'étudier l'évolution du consentement du patient après la réforme de 1998.

PARAGRAPHE II : LE CONSENTEMENT DU PATIENT APRES LA REFORME DE 1998

Avec la charte du malade, le médecin est obligé de recueillir le consentement du patient pour tout acte médical accompli sur sa personne. Aussi, l'article 5 dispose : « aucun soin ne peut être dispensé au malade sans son consentement libre et éclairé, celui des parents ou des représentants légaux, sauf en cas de force majeure ».

A la lumière de ce texte, il apparaît la nécessité pour le médecin de recueillir le consentement du patient à tout prix, à défaut de recueillir le consentement des parents ou des représentants légaux. Ce consentement se doit d'être libre et éclairé.

Cependant, on note qu'aujourd'hui et même qu'avant, le consentement du patient n'a jamais eu de valeur réelle parce qu'il ne peut jamais prétendre être libre et éclairé. Si on prend l'exemple d'une femme en état de grossesse, à qui le médecin suggère une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, au lieu de donner son consentement, cette femme doit se référer pour l'acte en question aux décisions de son mari ou bien de son entourage.

Ce n'est plus elle qui doit décider sur ce qui la concerne directement mais plutôt le mari qui peut être contre l'avortement même si la vie de sa femme en dépend. C'est pour dire que le consentement de la femme n'est pas libre parce que ce n'est pas elle qui l'a donné. Ce consentement même s'il est indispensable, il n'en demeure pas moins qu'il est discutable.

Aussi, si on peut douter de la valeur réelle d'un tel consentement, du moins faut-il que les mobiles qui le déterminent soient à l'abri de toute ingérence étrangère exerçant une pression inadmissible sur la décision du malade. Un malade doit demeurer libre dans le choix d'un traitement, sans sentir peser sur lui une menace qui a pour toute force persuasive sa brutale contrainte matérielle. Un consentement qui serait donné de la sorte aurait cette fois perdu toute apparence de liberté.

Aujourd'hui, il faut noter que dans les hôpitaux à Dakar, les médecins informent les patients, et recueillent leur consentement. Aussi, certains médecins préconisent l'idée d'établir dans les hôpitaux des formulaires de consentement comme en France mais Ce n'est pas encore réalisée. C'est ce qui est entrain d'être fait à l'hôpital général de Grand-Yoff (Ex CTO) où le service d'orthopédie-traumatologie est entrain de mettre en place des fiches standard.

Même si les médecins demandent le consentement du patient, il s'avère aussi vrai que ce n'est pas toujours le cas. En effet, selon un autre médecin interrogé, du moment où le patient accepte de payer son intervention, on présume qu'il y'a consentement préalable.

Il faut aussi noter que dans les autres régions comme par exemple à Thiès, ce recueil du consentement du patient est plus ou moins appliqué. IL existe une relativité dans le recueil du consentement. En effet, la plupart des patients interrogés disent qu'ils subissent seulement les traitements prescrits par leurs médecins. Ils ne sont imprégnés de rien.

Pour certains médecins, la plupart des patients sont des analphabètes, il est difficile de les informer parce qu'ils ne savent pas comment s'y prendre. Les

mêmes cas sont remarqués dans les zones rurales où la situation est la plus catastrophique.

On doit aussi faire la remarque que dans la jurisprudence sénégalaise, il n'y a pas en l'état actuel des connaissances, des décisions rendues en matière de consentement du patient. Les seules décisions rendues ont trait à des aléas thérapeutiques.

Au sortir de cette étude, on doit soulever le fait que les médecins ne considèrent pas la réforme comme un point de repère. Cependant, pour un juriste, la réforme constitue un point de repère. Tout le monde connaît son droit. Certes, il y'aura toujours le fatalisme dans la famille lorsque quelque chose surviendra ; mais, il y'aura toujours quelqu'un qui se dira que cela ne doit pas se passer ainsi. Le fatalisme existe toujours mais cela a tendance à changer.

Après avoir retracer l'évolution du consentement, il s'agira maintenant d'étudier la portée du consentement du patient.

SECTION II : PORTEE DU CONSENTEMENT DU PATIENT

L'adhésion du malade pour tout acte médical accompli sur sa personne est nécessaire pour tout recueil de son consentement libre et éclairé.

Le médecin se doit pour tout acte à accomplir sur la personne du patient recueillir un nouveau consentement pour cet acte en question. Tel est le principe qui a ici une portée limitée. Cependant, il existe des situations dans lesquelles, le médecin se doit de prendre la décision qui lui apparaît la plus opportune pour le bien du patient. C'est le cas des extensions opératoires.

PARAGRAPHE I : LE PRINCIPE : UNE PORTEE LIMITEE DU CONSENTEMENT DU PATIENT

Le consentement portera d'abord sur le moment et le lieu de l'exécution du traitement, ainsi que la personne de l'exécutant. Cela ne pose généralement pas de problèmes.

Quant à l'ampleur du traitement couvert par le consentement du patient, on considère en principe que celui-ci ne peut viser un autre acte médical que l'acte précis en vue duquel il a été donné. La règle est que le médecin doit soumettre au consentement préalable du patient tous les actes envisagés pour le traitement. Le consentement a donc une portée limitée, spéciale.

En effet, l'adhésion du patient ne porte pas automatiquement sur tous les actes médicaux graves. La jurisprudence française estime en effet que l'accord initial du patient concerne les actes courants et non les actes graves. Le consentement du patient doit donc être renouvelé avant tout geste médical ou chirurgical important : il n'est pas donné une fois pour toutes. Si l'acte

pratiqué par le médecin est différent de celui qui était prévu, un nouvel assentiment préalable est indispensable. En effet, transformer, chez un patient anesthésié une simple biopsie du sein en ablation de l'organe ou réaliser, sans nécessité impérative, une technique opératoire entraînant une mutilation ou une importante cicatrice visible peuvent constituer des fautes engageant la responsabilité contractuelle du chirurgien s'il ne s'est pas assuré de l'assentiment du membre de la famille le plus proche.

C'est pourquoi, on parle ici de portée limitée voire spéciale du consentement. Toutefois, dans un soucis de pragmatisme, l'on admet dans certaines hypothèses que le médecin procède à une intervention plus importante que celle initialement prévue en se fondant sur le consentement implicite du patient. C'est la problématique des « extensions opératoires » ou « extended operations » selon la terminologie usuelle.

PARAGRAPHE II : LES EXTENSIONS OPERATOIRES

Dans certains cas, une application stricte de la règle de spécificité du consentement peut s'avérer inopportun, voire dangereuse. En effet, il se peut qu'au cours d'une intervention convenue, le médecin découvre d'autres affections qui doivent être soignées par de mesures différentes ou plus étendues que celles auxquelles le patient a consenti. Il ne serait pas raisonnable d'exiger du médecin qu'il interrompe l'opération en cours pour demander au patient un nouveau consentement à cette « extension opératoire ».

Pour autant, on ne peut lui permettre de modifier ou d'étendre à son gré le plan opératoire. Plusieurs solutions peuvent être apportées à cette

problématique , en prenant en considération les principes généraux de la relation de soins et en fonction des éléments de fait précis.

Si on part d'hypothèses claires : la règle générale est que lorsque le médecin n'est pas absolument certain de l'ampleur de l'affection à traiter ou de l'intervention requise, il doit avant d'entamer toute opération informer le patient qu'une modification ou une extension du plan opératoire est possible. Il doit lui communiquer les extensions opératoires raisonnablement prévisibles parce qu'il est tenu de l'avertir des différents diagnostics et traitements possibles. Cette précaution prise, le médecin pourra après s'être rendu compte au cours de l'opération de l'étendue exacte du mal à soigner, procéder au traitement indiqué, au besoin en étendant le plan opératoire initial.

De même, le médecin doit informer son patient des risques possibles de l'intervention et de la manière d'y remédier. Cette obligation légitime aussi, une éventuelle extension du plan opératoire rendue nécessaire pour la réalisation du risque en question.

L'hypothèse par contre qui pose le plus de difficultés est celle où le patient a consenti à une intervention spécifique et où, durant l'opération, le médecin découvre d'autres maux qui nécessitent des soins, ou des complications qui imposent de modifier la méthode d'opération projetée ou d'entreprendre une opération de nature différente. Peut-il alors modifier le plan opératoire sans le consentement du patient ? La jurisprudence et la doctrine française effectuent différentes analyses de la portée du consentement du patient dans un tel cas. Elles admettent généralement que le médecin modifie le plan opératoire lorsque cela est raisonnable dans l'intérêt du patient, autrement dit, lorsqu'il serait déraisonnable d'entreprendre une seconde opération pour soigner le mal découvert au cours de la première.

Par contre, selon certains auteurs, le médecin ne peut étendre ou modifier le plan opératoire sans le consentement du patient qu'en cas d'état de nécessité au sens pénal du terme, c'est à dire lorsque le danger grave et imminent encouru par le patient justifie cette extension ou cette modification. Il faut procéder à une balance d'intérêts entre les deux impératifs contradictoires à respecter.

Dans cette analyse, le médecin peut procéder à l'intervention qui s'avère nécessaire lorsque le patient est menacé d'un dommage imminent et grave. Ce qui suppose une situation d'urgence où l'interruption de l'opération sera néfaste, voire fatale.

Cependant, lorsqu'un danger immédiat n'existe, le médecin doit interrompre l'intervention pour informer le patient et recueillir à nouveau son consentement. C'est à lui seul que revient le droit d'accepter ou non l'intervention complémentaire même s'il vise son intérêt.

A l'issue de cette étude qui nous a permis de voir les principes relatifs au consentement du patient et à son étendue, il sera maintenant question d'étudier les exceptions au caractère obligatoire du consentement.

DEUXIEME PARTIE : CONSENTEMENT DU PATIENT ET PROTECTION SOCIALE (OU ORDRE PUBLIC)

Le consentement du patient à l'action du médecin est un principe qui s'est vu enfin reconnaître une place fondamentale dans l'exercice de la médecine.

Le médecin est autorisé à agir sur la personne du malade, et souvent à porter atteinte à son intégrité, à condition que ce soit dans l'intérêt de celui ci, mais encore à condition que le malade l'y autorise. Cependant, ce consentement du patient se heurte à certaines exceptions.

Ces exceptions ont trait à la capacité du patient d'une part et aux intérêts de la société ou à l'ordre public d'autre part.

CHAPITRE I : PROTECTION LIÉE AUX INCAPACITÉS

Ces exceptions tiennent à la capacité de la personne du patient. Il s'agit en particulier des incapacités liées à la situation des mineurs et celles liées à la situation des majeurs incapables.

SECTION I : PAR RAPPORT AUX MINEURS

S'il suffit pour le médecin d'informer les parents ou le représentant légal afin d'obtenir leur consentement, il n'est pas inutile pour autant d'informer le mineur lui-même.

C'est pourquoi il est nécessaire d'étudier le consentement du représentant légal d'une part et le consentement du mineur lui-même d'autre part.

PARAGRAPHE I : CONSENTEMENT DU REPRESENTANT LEGAL

Avant tout acte médical, le consentement des parents ou du représentant légal doit être sollicité. Le mineur, en effet, ne peut prendre aucune décision grave même si elle le concerne personnellement. Il appartient en son nom, et dans son intérêt, au détenteur de l'autorité parentale ou tutoriale sur l'enfant, de donner l'autorisation de procéder aux actes nécessaires.

En effet, pour que le consentement soit éclairé, le gardien légal de la santé du mineur sera informé du diagnostic et de la nature des soins à envisager. Ce principe a le mérite d'être clair. Il est rappelé dans la charte du malade dans les Etablissements de Santé Hospitaliers du Sénégal (arrêté n 005776 du 17 juillet 2001 portant charte du malade dans les établissements publics de Santé Hospitaliers) dans son article 5 qui stipule : « Aucun soin ne peut être dispensé au malade sans son consentement libre et éclairé, celui des parents ou des représentants légaux, sauf en cas de force majeure ».

Cependant, il arrive dans certaines situations données comme l'atteste la loi du 17 janvier 1975 (code de la Santé publique) en France en matière d'interruption volontaire de grossesse (IVG) que le médecin, en face d'une femme mineure célibataire en état de grossesse, recueille d'abord le consentement de l'un de ses deux parents ou de son représentant légal. Ensuite, ce consentement se devant d'être accompagné de celui de la mineure célibataire qui le donnera en dehors de la présence des parents ou du représentant légal (article l. 162-7)

Face au consentement du représentant légal, le mineur se voit octroyer la possibilité de pouvoir consentir lui-même à certains actes médicaux effectués sur sa personne.

PARAGRAPHE II : CONSENTEMENT DU MINEUR

Selon la convention internationale adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 20 novembre 1989, l'enfant est un « être individuel et social » dont les droits sont reconnus. Il convient donc de l'informer en tant que personne.

En effet, pour certains juristes, dès lors que les enfants sont en mesure d'avoir une certaine autonomie personnelle, une capacité de discernement valable, ils peuvent être consultés et donner éventuellement leur consentement pour des actes médicaux bénins. On s'accorde en générale à reconnaître une majorité « médicale » à 15 ans. En France, la législation prévoit expressément qu'en matière de prélèvement d'organes (décrets du 31 mars 1978), le mineur capable de s'exprimer doit être entendu et informé des conséquences que le prélèvement est susceptible d'entraîner sur sa personne. Si le donneur potentiel

refuse son consentement, le prélèvement ne peut être effectué (ce refus peut être exprimé à l'insu des parents qui n'ont pas à en être informés nécessairement, le secret médical s'imposant pour protéger le mineur). Il en est de même pour le don de sang, pour la recherche biomédicale et pour l'interruption volontaire de grossesse.

Par ailleurs, obtenir l'accord de l'enfant en âge de le donner pour les actes de diagnostic et de soins paraît souhaitable pour les mêmes raisons que chez l'adulte. Ainsi, on améliore la coopération du petit malade qui prendra plus facilement les médicaments. On justifie à ses yeux la surveillance médicale, de telle sorte qu'il s'y soumettra régulièrement et de bon gré, et on limitera les conséquences défavorables des actes médicaux.

Reste à savoir maintenant comment informer le mineur. Et cette information peut être donnée en présence des parents ou bien directement à l'enfant en l'absence des parents. En milieu hospitalier, elle peut être effectuée avec l'aide de livres images, de jeux thérapeutiques, de procédés vidéo.

Enfin, s'il y'a opposition entre la décision du mineur et celle de ses parents, l'arbitrage du juge des enfants peut être sollicité s'il y va de l'intérêt de l'enfant.

A coté de ces incapacités liées à la situation du mineur, il se pose également celles liées à la situation des majeurs incapables.

SECTION II : PAR RAPPORT AUX MAJEURS INCAPABLES

Par majeurs incapables, il faudrait entendre tous les majeurs qui sont inaptes à donner un consentement valable en raison de leur état physique ou mental. Le code sénégalais de la famille prône une absence de consentement des déments en son article 341. En effet, pour exprimer valablement son consentement, il faut être sain d'esprit. Tel n'est pas le cas du dément. Concernant les personnes affectées d'une maladie mentale, il faut soulever la loi française du 26 juin 1990 sur la protection de la personne des malades mentaux. Cette loi vise exclusivement le traitement du malade mental. Elle tend à concilier la nécessité de protéger l'individu et la société contre les conséquences néfastes d'une absence de traitement des maladies mentales graves, avec le respect imposé par la convention européenne des droits de l'homme, de sa vie privée et de son intégrité physique.

Ainsi, l'étude de la situation de ces majeurs incapables nous amènera à voir certaines considérations sur la situation particulière du majeur incapable comme orientations d'une part, mais aussi de faire une distinction entre malade aliéné et malade non aliéné d'autre part ; ce qui nous permettra de comprendre la situation.

PARAGRAPHE I : CONSIDERATIONS SUR LA SITUATION PARTICULIERE DES MAJEURS INCAPABLES

Pour faire un acte valable, il faut être un sain d'esprit¹⁰ (article 341 code sénégalais de la famille). L'atteinte des facultés mentales ou corporelles, l'état d'insanité de l'esprit, la démence, peuvent rendre la personne incapable de contracter, que le contrat en cause soit de nature médical ou autre.

Le malade mental ne peut pas toujours pourvoir seul à ses intérêts et il a besoin d'être protégé (régime de la sauvegarde de justice), conseillé ou contrôlé (régime de la curatelle), voire représenté d'une manière continue (régime de la tutelle) dans les actes de la vie civile. (Article 342 code sénégalais de la famille)

Il faudrait noter qu'en France, la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, a posé certaines mesures pouvant être décrétées lorsque l'état du malade le requiert ou lorsqu'il constitue une menace grave pour la vie ou l'intégrité de lui-même ou d'autrui (article 2 de la loi du 26 juin 1990 sur la protection de la personne des malades mentaux). Dans ce dernier cas, c'est l'ordre public qui justifie l'atteinte à l'intégrité physique du malade. Ces mesures étant la prise en charge psychiatrique en milieu hospitalier ou les soins en milieu familial.

La loi du 26 juin 1990 ne contient pas de disposition spécifique concernant la capacité des malades mentaux de consentir à ce traitement : son but est en effet surtout de parvenir à ce qu'il soit exécuté, même contre la volonté de l'intéressé. La question de savoir si le consentement du malade doit être préalablement

¹⁰ Article 489 du code civil français

obtenu, ou s'il peut être signé sous la contrainte, doit néanmoins être posée, mais avec de sérieux tempéraments.

Pour certains auteurs, il va de soi qu'un malade placé en milieu hospitalier soit soigné, même sans son consentement.¹¹ Il s'agit d'un problème de santé publique et de protection de la société.

D'autres refusent qu'un traitement lui soit prodigué sous la contrainte, et considèrent que la loi de 1990 ne contenant pas de disposition spécifique concernant la capacité des malades, il faut en conclure que le malade mental placé conserve sa capacité juridique pour autant qu'il ne relève pas d'un statut de protection supprimant ou limitant celle-ci et qu'il conserve sa capacité naturelle à consentir. Ainsi, si un handicapé mental est majeur et ne relève d'aucun statut de protection, nul ne pourrait donner à sa place un consentement valable à un acte médical.

En effet, lorsque le malade mental constitue un danger pour la société, il paraît normal de le soumettre même de force à un traitement médical. Mais il faut veiller à ne pas abuser de la contrainte et à ne pas faire d'amalgame entre une personne faible d'esprit ou inadapté socialement et un malade dangereux.

Dans toute la mesure du possible, il convient d'expliquer au malade la finalité et le contenu du traitement, et de faire œuvre du maximum de psychologie, dans le respect de sa capacité juridique et naturelle.

¹¹ Voy. Ph, Application de la loi de protection du malade mental du 26 juin 1990 au parquet de Liège durant l'année 1994, JJP. 1999, Page 88

Suite à ces développements dégagés par certains auteurs, il serait intéressant de procéder à une distinction entre la situation du malade aliéné et celle du malade non aliéné.

PARAGRAPHE II : DISTINCTION MALADE ALIENE/MALADE NON ALIENE

Le malade aliéné est celui qui souffre de troubles mentaux assez profonds pour rendre nul et sans valeur son consentement (psychotique par exemple). L'approbation du malade doit alors être remplacée par celle de la personne qui a compétence pour décider à sa place : proches parents, tuteurs, curateurs. Bien entendu, le statut juridique ou administratif de l'intéressé doit être pris en considération : l'aliéné hospitalisé sans son consentement ou incapable majeur semble peu capable de consentir valablement.

Cependant, si l'incapable majeur peut émettre un avis, le praticien doit en tenir compte dans toute la mesure du possible. Le trouble psychique n'implique pas automatiquement une abolition totale de la capacité au consentement. Le malade n'est pas forcément incompétent pour tout et peut garder des « airs spécifiques de compétence », dans lesquelles son consentement est valable.¹² Le malade non aliéné est celui qui a conservé un libre arbitre suffisant pour consentir valablement. Le médecin doit donc l'informer, comme tout autre patient, pour recueillir son assentiment éclairé.

S'il s'agit de soins médicaux indépendants de la maladie mentale, l'adhésion du patient est nécessaire, sauf si l'état mental interfère avec la maladie somatique, par exemple, pour un sujet dont le délire lui fait nier un cancer pourtant évident. Il faut là encore, obtenir l'assentiment de la famille ou du représentant légal. En

¹² « L'information en médecine » « Evolution sociale, juridique, éthique » de Bernard Hoerni et Michel Bénézeck

cas d'avis divergents entre le malade et son tuteur, le conflit sera soumis à l'arbitrage du juge des tutelles.

Enfin, on peut dire qu'aujourd'hui que ce soit en France comme au Sénégal, l'hospitalisation des personnes atteintes de troubles mentaux peut être libre ou sans consentement. Dans ce dernier cas, l'hospitalisation est effectuée à la demande d'un tiers ou d'office. En France, l'hospitalisation d'office est prononcée par les préfets à l'égard des personnes dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes.

La loi du 4 mars 2002 encadre plus strictement les modalités d'hospitalisation sans consentement des personnes souffrant de troubles mentaux. Pour les hospitalisations d'office, le critère de la « nécessité de soins » est indispensable et prioritaire. Les critères ressortant de la sécurité publique seront restreints aux atteintes graves à l'ordre public.

Au Sénégal, on procède souvent à l'internement des malades mentaux sans leur consentement. Maintenant, reste à étudier la question relative aux autres exceptions qui ont trait à l'obligation de consentement.

CHAPITRE II : AUTRES EXCEPTIONS A L'OBLIGATION DE CONSENTEMENT

Outre les exceptions ayant trait à la capacité du patient l'appréciation des intérêts immédiats du malade ou la balance entre ces intérêts et ceux des tiers avec qui il vit en société permettent, dans certaines hypothèses de passer outre l'exigence de son consentement.

Il s'agit des situations où la société peut imposer une intervention médicale à un malade. Il faut que celui-ci soit reconnu privé de ses moyens de jugement ou qu'il soit jugé dangereux pour les autres ou pour lui-même. Ainsi, un gréviste de la faim sera traité de force quand son comportement met ses jours en danger ; les suicidants sont réanimés sans qu'ils donnent leur avis, en présumant de l'accord qu'ils auraient généralement donné, parce que ce sont d'abord de personnes en danger.

Ainsi, nous essayerons d'étudier les intérêts immédiats du patient d'une part et les intérêts des tiers d'autre part.

SECTION I : LES INTERETS IMMEDIATS DU PATIENT

Les intérêts immédiats du patient nécessitent l'intervention du médecin, qui doit impérativement prodiguer des soins au patient sans tarder et cette intervention est un frein au consentement de ce dernier.

Aussi, nous tenterons d'examiner la situation d'urgence ou de nécessité médicale d'une part, et les conséquences de cet état de nécessité sur le consentement du patient d'autre part.

PARAGRAPHE I : SITUATION D'URGENCE OU DE NECESSITE MEDICALE

S'il y'a urgence, dans le sens de danger immédiat pour la vie du patient, le médecin doit intervenir même s'il n'a pas pu obtenir le consentement de ce dernier ou de ses proches, comme l'impose dans l'intérêt du patient, l'article 4 du code de déontologie médicale en France : « un médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires. »

Au Sénégal, l'article 29 du code de déontologie médicale (décret n° 67-147 du 10 février 1967 instituant le code de déontologie médicale) stipule : « Appelé d'urgence auprès d'un mineur ou d'un autre incapable et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement du représentant légal, le médecin doit donner les soins qui s'imposent. »

L'article 26 du même code stipule en son second alinéa : « Après avoir posé un diagnostic et formulé une thérapeutique, le médecin doit s'efforcer

d’obtenir l’exécution du traitement, particulièrement si la vie du malade est en danger. En cas de refus du patient, il peut cesser ses soins dans les conditions de l’article 33 »¹³

L’obligation de recueillir le consentement du malade peut entrer en conflit avec la nécessité impérieuse de le soigner sans tarder. On admet sans peine qu’une situation d’urgence ou de nécessité médicale autorise certaines entorses aux obligations pesant sur le médecin en ce qui concerne l’information et le consentement du patient.

En cas d’urgence, le médecin qui s’abstient d’intervenir, se rend coupable du délit de non-assistance à personne en danger. Ce délit suppose que la personne à protéger se trouve menacée d’un péril grave, lequel est connu par celui qui s’abstient d’intervenir, alors qu’il aurait pu le faire sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui. Rester inactif sous prétexte que le malade, inconscient, est dans l’impossibilité de donner un consentement éclairé voire même qu’il refuse les soins ou l’hospitalisation, serait de nature à entraîner des poursuites pour non-assistance à personne en péril.

Le médecin ne doit pas accepter trop facilement le refus d’un patient qui est conscient. Dans une hypothèse de force majeure (péril imminent), seul l’intérêt du malade compte et ne pas intervenir sous prétexte que le patient ou sa famille s’y opposent (témoins de Jéhovah) serait commettre le délit d’omission de porter secours.

Il va de soi que le médecin qui se trouve face à un malade gravement accidenté, dans le coma et menacé de mort à plus ou moins brève échéance ne

¹³ Article 33 du code de déontologie médicale au Sénégal : « le médecin peut se dégager de sa mission, à condition de ne jamais nuire de ce fait à son malade. Il doit s’assurer de la continuité des soins et fournir à cet effet, tous les renseignements utiles ».

peut s'abstenir d'intervenir au motif que ce malade n'est pas en état d'être informé ou de donner son consentement.

Il doit sacrifier une valeur juridique (l'autonomie du patient par rapport à son corps, le respect de son intégrité physique) pour en protéger une autre considérée comme plus importante (sa vie ou la qualité de celle-ci ; il faut ainsi tout faire pour éviter une paralysie ou l'amputation d'un membre, par exemple).

Reste maintenant à voir les conséquences de cet état de nécessité sur le consentement du patient.

PARAGRAPHE II : CONSEQUENCES DE CET ETAT DE NECESSITE SUR LE CONSENTEMENT DU PATIENT

Le médecin en présence de certaines situations doit penser plus à sauver la vie du patient qu'à recueillir son consentement. Le médecin dans ces situations se trouve au milieu d'un véritable conflit de valeur qui s'exprime par la notion pénale générale d'état de nécessité de laquelle le délit spécifique de non-assistance à personne en danger doit être rapproché. Cette notion signifie que la prévention d'une atteinte grave et immédiatement menaçante à un intérêt juridique considéré comme supérieur peut légitimer la commission d'une infraction ou la violation d'un intérêt juridiquement protégé lorsqu'il n'existe pas d'autre possibilité d'éviter le mal en cause. Ainsi, l'état de nécessité peut justifier « coups et blessures volontaires » commis par un médecin, notamment au cours d'une intervention chirurgicale.

Cependant, il faut noter que même s'il s'agit de l'intérêt immédiat du patient, qui est pris en compte par le médecin pour procéder à des actes médicaux, il faudrait également noter aussi que le consentement qui est ici écarté au profit d'un intérêt supérieur, est un droit et un principe fondamental reconnu au patient par l'Association Médicale Mondiale, par la déclaration universelle des droits de l'homme entre autres...

Aussi, on devrait se demander comment procéder pour permettre au médecin de pouvoir recueillir le consentement du patient dans ce genre de situations données.

Supposons qu'un suicidant ait été réanimé alors qu'il ne le souhaitait pas, qu'un condamné à mort suite à une maladie incurable soit maintenu en vie alors qu'il voulait y mettre fin. C'est là autant d'exemples qui ne sont pas pris en compte quand il y'a urgence.

Aussi le médecin se doit de s'informer auprès de l'entourage du malade ou du blessé pour savoir si ce dernier a laissé des directives anticipées sur ce qu'il souhaite en cas d'accident ou d'urgence et le médecin même s'il n'est pas absolument tenu de les suivre, doit quand même tenir compte. D'autant plus qu'il s'agit de l'autonomie de la volonté du patient.

Le médecin a aussi la possibilité de recueillir le consentement des proches du patient. Cela est préférable pour le respect de son droit. Certes, le médecin ne devra pas négliger son devoir de porter secours, mais il devra également faire en sorte de ne pas déposséder le patient de son droit. En revanche, il faut noter qu'il existe ici un véritable problème entre d'une part le droit du patient à consentir aux actes et d'autre part le devoir du médecin à porter secours dans certaines situations. D'autant plus que ce droit du patient et ce devoir du

médecin sont tous les deux érigés en règles. Donc, il y'a là un véritable problème pour trancher dans la mesure où tout ce qui est fait, c'est pour le bien du patient.

A coté de ces intérêts immédiats du patient, il existe également d'autres intérêts qui sont pris en considération : ce sont les intérêts des tiers.

SECTION II : LES INTERETS DES TIERS

On doit reconnaître à tout individu, une certaine autonomie, une véritable maîtrise pour tout ce qui touche à son corps, dès lors qu'il ne cause aucun tort à autrui, ni ne met en péril une valeur supérieure dont il ne peut disposer.

Cependant, on note aujourd'hui l'utilisation des termes d'ordre public et de bonnes mœurs pour limiter l'autonomie du sujet par rapport à son corps. Aussi, l'Etat s'est vu reconnaître le droit d'exercer certaines violences dans l'intérêt de la collectivité qui lui donne ce pouvoir.

Il s'agit ici des situations où c'est la société et non pas un médecin qui impose une intervention médicale à un malade. Cette étude portera d'une part sur la prévention des maladies contagieuses pour une protection de la santé publique et sur la situation en état d'ivresse.

PARAGRAPHE I : PREVENTION DES MALADIES CONTAGIEUSES POUR UNE PROTECTION DE LA SANTE PUBLIQUE

Lorsqu'une personne souffre de certaines affections contagieuses et dangereuses, elle est tenue de se faire traiter.

Il y'a donc là une exception à son droit de principe à la libre disposition de son corps : elle est obligée de se soumettre au traitement, et son consentement n'est plus la condition légitimant l'intervention du médecin.

Cette obligation est fondée sur des considérations de protection de la santé publique.

Exemples : prophylaxie des maladies vénériennes ; vaccination antivariolique ; vaccination antipoliomyélitique ; prophylaxie des maladies transmissibles.

En France, il a été décidé que la visite médicale scolaire obligatoire et la vaccination obligatoire contre la poliomyélite ne sont pas contraires au droit et au respect de la vie privée. Ces mesures sont prises en vertu d'une loi et visent à protéger la santé de la population en général et de la jeunesse en particulier. Effectuant une balance des intérêts en présence, il faut conclure que les avantages pour la communauté et pour l'individu qui découlent des visites médicales obligatoires et de la vaccination compensent les inconvénients possibles pour l'individu.

Allant dans le même sens, la cour de cassation française a dans un arrêt (cassation 1^e octobre 1997, revue de droit de la santé, 1998-1999, page 138), jugé que : « l'obligation vaccinale contre la poliomyélite ne constitue pas une immixtion illégale ou arbitraire dans la vie privée de l'enfant, visé à l'article 16 de la convention de New York relative aux droits de l'enfant, et rentre dans le cadre de la prise des mesures appropriées pour lutter contre la maladie et du développement des soins de santé préventifs auxquels les Etats se sont engagés conformément à la dite convention ». Aussi, les autorités publiques peuvent intervenir, s'ingérer dans la vie privée d'un patient à la double condition qu'elle soit légale et constitue une mesure nécessaire à la protection de la santé. Ce qui est le cas en l'occurrence du présent arrêt.

Le caractère obligatoire de ces interventions peut avoir des conséquences juridiques, notamment en matière de responsabilisation de l'Etat.

Cette responsabilité a été retenue dans une hypothèse où un enfant était devenu paraplégique à la suite d'une vaccination contre la poliomyélite.

L'Etat belge a été condamné à réparer le dommage subi par les parents et par l'enfant, en raison du caractère obligatoire de l'intervention, réalisée par l'autorité en dehors de tout consentement contractuel (Conseil d'Etat, 16 décembre 1992, J. T 1993, page 333)

Toujours dans le cadre des intérêts des tiers, l'étude de la situation de l'état d'ivresse s'impose.

PARAGRAPHE II : SITUATION DE L'ETAT D'IVRESSE

Le patient c'est toute personne qui est accueillie dans un service hospitalier. Aussi lorsqu'un conducteur au volant, commet une infraction et est conduit dans un service hospitalier, sa soumission au test de l'haleine est obligatoire. Il en va en principe de même du prélèvement sanguin destiné à corroborer un résultat positif au test respiratoire, sauf motif légitime invoqué par l'intéressé.

Si le test respiratoire présente un résultat négatif, la personne n'est pas tenue de se soumettre au prélèvement sanguin et son refus n'est de ce fait pas punissable.

En cas de flagrant délit, on peut charger le médecin de procéder aux constations médicales relatives à l'état d'ivresse de l'auteur présumé et de la victime de l'infraction. On peut le requérir d'effectuer un prélèvement sanguin. Ici, il n'est plus tenu compte de l'autonomie de la volonté en ce qui concerne le droit du patient de donner un consentement libre et éclairé ; mais c'est plutôt le fait qu'il ait conduit en état d'ivresse ce qui aurait pu entraîner des accidents et menacer l'ordre public qui est pris en compte. Ici, c'est la protection de l'ordre public qui prime sur le droit du patient de disposer

Librement de son corps c'est à dire de pouvoir refuser les tests de l'haleine, respiratoire, sanguin etc.

C'est dire autant de l'importance que revêt la protection de l'ordre public par rapport au consentement du patient.

Conclusion

Tout au long de cette étude sur ce thème consacré au « consentement du patient », nous avons pu noter le nécessaire recueil du consentement du patient pour tout acte médical effectué sur sa personne.

Aucun acte médical, ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne, et ce consentement peut être retiré à tout moment. Il appartient au médecin de respecter la volonté de la personne.

Tel est le principe qui a été dégagé.

Cependant, on a pu aussi constater que ce principe connaît des exceptions avec l'existence de certaines limites.

Nous avons pu constater que même si ce consentement est nécessaire, il est souvent imparfait dans son élaboration comme dans la manière même dont il est formulé.

En conclusion on peut dire que le consentement ne pourra assurer au patient une garantie valable pour son autonomie et son intérêt que lorsque le libre choix du patient à son traitement et l'indépendance professionnelle du médecin seront sauvagardés.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- ♦ Bernard Hoerni et Michel Bénézeck : « L’information en médecine », Evolution sociale, juridique, éthique.
- ♦ Bernard Hoerni : « Ethique et déontologie médicale » 2^e édition.
- ♦ Angelo Castelletta : « Responsabilité Médicale, Droits des malades », Dalloz Référence, 2002.
- ♦ Rapports de l’ordre national des médecins : Premier Congrès International de « Morale Médicale », Paris octobre 1955.

TEXTES

- ♦ Arrêté n° 005776 du 17 juillet 2001 portant charte du malade dans les Etablissements publics de santé hospitaliers.
- ♦ Code de la Famille du Sénégal
- ♦ Code civil français
- ♦ Déclaration d’Helsinki révisé de 1975 (Helsinki II).
- ♦ Directives de Manille 1981.
- ♦ Décret n° 67-147 du 10 février 1967 instituant le code de déontologie médicale du Sénégal.
- ♦ Droits du patient dans la loi du 04 Mars 2002 : guide méthodologique.
- ♦ « Déclaration sur les droits du patient » de l’Association Médicale mondiale, Lisbonne 1981, Bali 1995.
- ♦ Réforme hospitalière : « Présentation et lois et décrets » du ministère de la santé, Direction des Etablissements de la santé.

- ♦ Serment de Genève des médecins membres de l'Association Médicale Mondiale (1948)

DOCUMENTS TIRES SUR LE NET

- ♦ « Le consentement du patient : une obligation »
- ♦ « Les droits du patient » rédigé par Maître Durrieu Diébolt, avocat à la cour.
- ♦ « Le devoir d'information du patient par le médecin préalablement à tout acte médical »
- ♦ « Réflexion sur l'information et le consentement du patient en Anesthésie-réanimation »

SITES CONSULTES

- [**http://www.sfar.org/informationpatient.html**](http://www.sfar.org/informationpatient.html)
- www .la documentation française.fr
- <http://asso.lideme.free.fr/droits2.htm>

JURISPRUDENCE

- ♦ Cour de cassation française : arrêt du 21 février 1961 sur la nécessité de l'information

ANNEXE

CHARTE DU MALADE DANS LES ETABLISSEMENTS PUBLICS DE SANTE HOSPITALIERS

Arrêté N° 005776 du 17 Juillet 2001 portant charte du malade dans les établissements publics de santé hospitaliers