



HAL
open science

Les droits et obligations du patient en France et au Mali

Seydou Ballo

► **To cite this version:**

Seydou Ballo. Les droits et obligations du patient en France et au Mali. Droit. Normandie Université, 2022. Français. NNT : 2022NORMLH22 . tel-03982628

HAL Id: tel-03982628

<https://theses.hal.science/tel-03982628>

Submitted on 10 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Normandie Université

THÈSE

Pour obtenir le diplôme de doctorat

Spécialité SCIENCES JURIDIQUES

Préparée au sein de l'Université Le Havre Normandie

Les droits et obligations du patient en France et au Mali

Présentée et soutenue par
SEYDOU BALLO

Thèse soutenue le 08/12/2022
devant le jury composé de

M. JACQUES FOYER	PROFESSEUR DES UNIVERSITES EMERITE, UNIVERSITE PARIS 2 PANTHEON-ASSAS	Rapporteur du jury
MME VERONIQUE MIKALEF-TOUDIC	MAÎTRE DE CONFERENCES (HDR), Université de Caen Normandie	Membre du jury
M. GERARD MEMETEAU	PROFESSEUR DES UNIVERSITES EMERITE, UNIVERSITE POITIERS	Président du jury
M. JOCELYN CLERCKX	MAÎTRE DE CONFERENCES (HDR), Université Le Havre Normandie	Directeur de thèse
MME CATHERINE PUIGELIER	PROFESSEUR DES UNIVERSITES, UNIVERSITE PARIS 8 UNIVERSITE VINCENNES ST DENIS	Co-directeur de thèse

Thèse dirigée par **JOCELYN CLERCKX (Laboratoire d'études en droits Fondamentaux, des Echanges Internationaux et de la Mer)** et **CATHERINE PUIGELIER (UNIVERSITE PARIS 8 UNIVERSITE VINCENNES ST DENIS)**



Normandie Université

THESE

Pour obtenir le diplôme de doctorat

Spécialité : Droit privé

Préparée au sein de l'Université Le Havre Normandie

Titre de la thèse : Étude relative aux droits et aux obligations du patient en France et au Mali

**Présentée et soutenue par :
Seydou Ballo**

Thèse soutenue publiquement le 8 décembre 2022
devant le jury composé de

Monsieur Jocelyn CLERCKX	Maître de conférences HDR à l'Université Le Havre Normandie	Directeur de thèse
Monsieur Jacques FOYER	Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)	1 ^{er} Rapporteur
Monsieur Gérard MÉMETEAU	Professeur émérite de l'Université de Poitiers (ULCO)	2 ^{ème} Rapporteur
Madame Véronique MIKALEF-TOUDIC	Maître de conférences HDR à l'Université de Caen Normandie	Examinatrice
Madame Catherine PUIGELIER	Professeur à l'Université Paris VIII, Membre du Laboratoire de droit social de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)	Codirecteur de thèse

Thèse dirigée par :

Monsieur Jocelyn Clerckx :

Madame Catherine Puigelier :

Maître de conférences HDR à l'Université Le Havre Normandie

Professeur à l'Université Paris VIII

REMERCIEMENTS

J'aimerais en premier lieu exprimer mes remerciements à Madame Catherine Puigelier, à Monsieur Fabien Bottini et à Monsieur Jocelyn Clerckx pour leur patience et leur accessibilité tout au long de ce travail de recherches.

Leurs relectures méticuleuses de chaque partie et de chaque chapitre m'ont permis de clarifier et de préciser mon propos.

J'adresse également mes remerciements à Madame Fatoumata Coulibaly (experte en gouvernance genre et entrepreneuriat) pour ses précieux conseils. Je voudrais encore remercier ma femme, Fatoumata Ballo, pour son soutien quotidien pendant ce doctorat. Mais aussi ma sœur Amissetou Ballo pour sa bienveillance continue.

Pour finir, je tiens à dédier ce travail de recherches à ma mère, qui m'a toujours donné la force et l'énergie nécessaires pour arriver à ce résultat. Malgré sa disparition, elle restera à jamais dans mon cœur.

Université Le Havre Normandie

Étude relative aux droits et aux obligations du patient en France
et au Mali

Thèse

pour obtenir le grade de

Docteur en droit de l'Université Le Havre Normandie

Présentée et soutenue par

Seydou BALLO

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJDA - Actualité juridique droit administratif

AMP - Assistance médicale à la procréation

Bull. civ. - Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)

Bull. crim. - Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)

Bull. soc. - Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre sociale)

Cass. req. - Cour de cassation, chambre des requêtes

CECOS - Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains

CJCE - Cour de justice des Communautés européennes

CJUE - Cour de justice de l'Union européenne

Coll. - Collection

Cons. - Considérant

CSP - Code de la santé publique

Ed. - Édition

EHESP - École des hautes études en santé publique

IMG - Interruption médicale de grossesse

IVG - Interruption volontaire de grossesse

JCP A - JurisClasseur périodique édition administrative

JCP G - JurisClasseur périodique édition générale

LGDJ - Librairie générale de droit et de jurisprudence

Op. cit. - Opere citato

PUF - Presses universitaires de France

QPC - Question prioritaire de constitutionnalité

RFDA - Revue française de droit administratif

RFDC - Revue française de droit constitutionnel

RDSS - Revue de droit sanitaire et social

Rev. Sc. Crim. - Revue de science criminelle

RTD civ. - Revue trimestrielle de droit civil

RTD Eur. - Revue trimestrielle de droit européen

SOMMAIRE

SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE	25
LE PATIENT FACE À SES DROITS.....	25
CHAPITRE I	27
LE DROIT D’ACCÈS ET D’ADMISSION DU PATIENT.....	27
CONCLUSION DU CHAPITRE I	58
CHAPITRE II - LE DROIT À L’INFORMATION DU PATIENT.....	59
CONCLUSION DU CHAPITRE II	97
CHAPITRE III	99
LE DROIT DE CONSENTIR AUX SOINS.....	99
CONCLUSION DU CHAPITRE III	246
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	247
DEUXIÈME PARTIE	249
L’ÉTUDE DES OBLIGATIONS PRINCIPALES DU PATIENT AU SEIN DE LA STRUCTURE DE SANTÉ.....	249
CHAPITRE I	253
LES PRINCIPALES OBLIGATIONS DU PATIENT	253
CONCLUSION DU CHAPITRE I	281
CHAPITRE II	283
LES DIFFÉRENTES VOIES DE RECOURS PROPOSÉES AU PATIENT	283
CONCLUSION DU CHAPITRE II	293
CHAPITRE III	295
LE PATIENT ET SES REPRÉSENTANTS	295
CONCLUSION DU CHAPITRE III	315

CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	317
CONCLUSION GÉNÉRALE	319
BIBLIOGRAPHIE.....	321

INTRODUCTION

Voltaire disait : « *Notre santé est chose bien trop importante pour la laisser aux seuls médecins.* »¹ En Afrique, en Europe ou en Amérique, les droits, comme d'ailleurs les devoirs des patients, ont vu leur statut juridique évoluer au gré des progrès de la science, des crises sanitaires et du recul de l'âge.

Cette évolution a conduit à la consolidation, au fil des années et dans certains pays, des droits des patients qui tendent à s'affirmer comme une exigence sociétale. La France et le Mali n'ont pas échappé à cette exigence.

En effet, du droit à l'information médicale au droit à l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, en passant par le principe de consentement aux soins, plusieurs pans de la relation du patient aux soins se sont, sous la pression des malades et de leurs proches, « juridicisés ».

Pourquoi réaliser une étude comparative des droits et obligations des patients en France et au Mali ?

Comme le souligne Wijnberg B., « *un pays ne peut pas ne pas chercher à résoudre des problèmes qui semblent avoir été résolus dans un autre pays* »², quoiqu'il soit difficile de véritablement copier une solution d'un pays à un autre. Cette étude doit être considérée comme un enrichissement.

En effet, pour des raisons historiques et linguistiques, les États de l'Afrique francophone se sont souvent inspirés de la législation française pour adapter leur droit positif. Pour certains auteurs, il s'agit même, ni plus ni moins, de mimétisme juridique³.

En ce qui concerne les règles qui régissent le secteur de la santé, le Mali fait-il comme la France, notamment en matière de protection des patients ? Quel est aujourd'hui l'état du droit positif malien en la matière ?

¹ VOLTAIRE (novembre 1694 - 30 mai 1778).

² WIJNBERG B., « La situation juridique des patients : approche de droit comparé », *LPA*, 21 mai 1997, n° PA199706106, p. 18.

³ DONZO V., *Le mimétisme juridique en Afrique francophone*, les éditions du Net, mars 2020 ; De GAUDUSSON Jean du Bois, *Le mimétisme postcolonial, et après ?*, *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 45 à 55 ; SERMET L., *Modes et méthodes de l'intégration régionale en Afrique, discussion sur le prétendu miroir européen*, *Revue de l'Union européenne*, 2018, p.475.

Avant toute tentative de réponse à ces interrogations, il convient tout d'abord de préciser dans quel sens les termes « droits », « obligations » et « patient » seront utilisés dans le cadre de cette thèse.

Les « droits », au sens technique (droits subjectifs), désignent des prérogatives individuelles reconnues et sanctionnées par le droit objectif, qui permettent à leur titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui. Au sens large, il s'agit de toute prérogative reconnue par la loi, individuellement ou parfois collectivement⁴. Quant au terme « obligations », il s'agit, au sens général, des devoirs résultant de la loi ou de la convention⁵.

Enfin, entre les termes « patient », « malade » et « usager », notre choix s'est porté sur celui de « patient » car il paraît être, à l'usage, le plus consensuel – bien que n'englobant pas l'intégralité des situations visées. Il n'est toutefois pas exclu que les deux autres termes soient ici utilisés en fonction des contextes.

Cela étant dit, si l'on considère, comme René Savatier, que la santé humaine est l'un des attributs essentiels de l'état des personnes, sa préservation ou son amélioration doit être l'objet de toute politique de santé.

En effet, la santé est, pour chaque individu et pour les pouvoirs publics, une denrée précieuse et indispensable, dont il convient de prendre soin. Dans cette optique, la France et le Mali sont deux pays aux réalités démographiques et socio-économiques différentes, mais avec un passé historique qui les lie.

Si chacun de ces États élabore son droit en fonction de ses réalités, il peut en aller autrement dans le domaine de la santé, puisque certaines exigences liées aux progrès de la science, au recul de l'âge et aux crises sanitaires qui touchent la planète peuvent les placer sur le même champ de bataille.

⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2020, p. 334.

⁵ *Idem*, p. 627.

En septembre 2000, la communauté internationale a adopté les Objectifs du Millénaire (OMD)⁶. Depuis cette date, les gouvernements ne cessent de multiplier les initiatives en vue de trouver des réponses aux défis de notre temps.

À ce propos, la crise de la Covid-19 que connaît l'humanité depuis la fin de l'année 2019 et le début de l'année 2020 interpelle à plus d'un titre. En effet, elle met à rude épreuve les systèmes de santé de plusieurs pays dans le monde.

Partout où les restrictions budgétaires ont privé le système de santé de moyens, son objectif principal, celui d'améliorer la santé des populations, se trouve difficile à réaliser. Dès lors que, dans ce monde de plus en plus ouvert, la santé de chaque individu ne se limite plus aux frontières du territoire où il habite, elle doit être envisagée à travers le prisme de la santé de tous.

Certes, la médecine contemporaine est de plus en plus performante. Elle fait reculer la maladie et améliore la qualité de la santé, mais il n'en reste pas moins que plus elle est habile, savante et efficace, plus on redoute les effets pervers qu'elle peut entraîner.

Les redoutables risques qui en découlent inquiètent aussi bien les pouvoirs publics que les défenseurs des droits des malades, ou encore les professionnels de santé eux-mêmes. En effet, les engagements pris par les États au niveau des instances multinationales ne permettent pas d'apaiser ces inquiétudes, qui peuvent avoir plusieurs sources.

Sur le plan économique, les frais de santé sont en constante augmentation et menacent le niveau de soins auquel le plus grand nombre peut accéder. Ce qui inquiète ici, c'est le spectre d'une santé à « deux vitesses », dépendant des ressources de chaque patient – et donc, par là même, les inégalités qui en résultent. Que l'on se trouve en France ou au Mali, ces inégalités sont une réalité.

Des disparités sociales et locales que l'on peut observer dans les deux pays conduisent souvent à l'exclusion des soins. Cela constitue, avec les déserts médicaux, des enjeux

⁶ Le sommet du Millénaire qui s'est tenu du 6 au 8 septembre 2000 à New York, au siège des Nations unies, a adopté huit objectifs qui sont : réduire la pauvreté et la faim ; assurer l'éducation primaire pour tous ; promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes ; réduire la mortalité infantile ; améliorer la santé maternelle ; combattre le VIH/sida, le paludisme et d'autres maladies ; préserver l'environnement ; mettre en place un partenariat mondial pour le développement.

politiques majeurs, dans la mesure où l'égalité d'accès aux soins dépend de leur « jugulation ».

Le Mali, par exemple, est un vaste pays de 1,24 million de km², soit 30 fois la superficie de la Suisse (41 285 km²), avec une densité de population 12 fois inférieure. En matière de santé, la question se pose de savoir comment offrir un accès aux soins de santé primaires à la population vivant en milieu rural, alors que les spécialistes médicaux sont regroupés dans les grandes agglomérations et que 80 % d'entre eux exercent à Bamako, la capitale.

Par ailleurs, en France, depuis quelques années, le nombre de médecins généralistes libéraux ne cesse de diminuer. Cette situation a pour conséquence une concentration de plus en plus grande des médecins dans certains territoires, au détriment des autres.

On estime aussi que le nombre de consultations de médecine générale accessibles par an et par habitant est passé de 3,3 en moyenne à 3,1 entre 2015 et 2018. Le seuil de 2,5 consultations annuelles par habitant est considéré comme traduisant un accès difficile.

De nombreux signes font craindre un accroissement des inégalités territoriales quant à l'accès aux soins, au fur et à mesure que les années passent. Il s'agit notamment du vieillissement des médecins, de la faiblesse des effectifs des soignants (tous secteurs confondus) et des aspirations des jeunes générations.

Sur le plan sécuritaire, les progrès médicaux, qui donnent aux individus qui ont assez de moyens des pouvoirs de plus en plus importants sur leur corps et leur vie, menacent paradoxalement leur liberté, voire leur identité, lorsqu'ils confient leur destin aux entités publiques ou privées qui les reçoivent pour des soins.

Aujourd'hui plus qu'hier, les données de santé intéressent les centres de recherche, l'industrie pharmaceutique⁷, etc. Sur le plan sanitaire, enfin, l'allongement de la vie a corrélativement une incidence sur les pathologies du grand âge, dont la prise en charge est compliquée et coûteuse.

À tout cela s'ajoute une perte de confiance envers les autorités, et quelquefois aussi envers le système de santé. Néanmoins, lorsque l'on regarde le chemin parcouru et les droits

⁷ Israël aurait échangé les données médicales de sa population contre des vaccins de Pfizer (AFP, 18 janvier 2021).

acquis au fil des années, l'espoir reste permis. Avoir des droits a toujours été une histoire de conquête.

En France, les droits des patients se sont affirmés sous les réclamations insistantes de la société, qui ont conduit tout d'abord à l'adoption d'une législation visant à « humaniser » les hôpitaux. Ainsi, dès 1970, on assiste à l'affirmation du libre choix du praticien et de l'établissement de soins, avec la loi dite hospitalière⁸.

Après son adoption, un certain nombre de droits vont être reconnus, ainsi que des devoirs mis à la charge du patient, par la Charte du patient hospitalisé de 1975⁹. Le processus se poursuit avec la loi du 20 décembre 1988 relative aux recherches biomédicales, puis les lois de bioéthique du 29 juillet 1994 qui affirment le principe du consentement et consacrent l'obligation de respect du corps humain dans le Code civil.

Cette évolution va connaître son aboutissement avec la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, qui pose les bases d'un nouvel équilibre entre médecin et patient, et de ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler « la démocratie sanitaire »¹⁰.

Dans la société, ces évolutions progressives sont perçues comme une « révolution sanitaire », car elles sont jalonnées de crises et de drames d'une particulière gravité et aux retentissements médiatiques importants.

Ainsi, depuis les affaires du « sang contaminé », de l'hormone de croissance et de bien d'autres, les malades et leurs proches revendiquent leurs droits et exigent leur participation dans le système de santé, aussi bien pour défendre leurs intérêts que pour œuvrer à garantir la sécurité sanitaire et intervenir dans les choix thérapeutiques.

⁸ Il s'agit de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, dite loi hospitalière.

⁹ Appelée désormais « Charte de la personne hospitalisée » depuis son actualisation en 1995, cette charte a encore été rendue nécessaire par plusieurs textes, dont la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, et la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

¹⁰ Dans le rapport remis au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé le 11 février 2011 par Alain-Michel Ceretti et Laure Albertini sur un travail intitulé « Bilan et propositions de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », les deux auteurs relèvent que le corps médical n'avait pas compris immédiatement le sens de cette loi, en voyant en elle une remise en cause de ses pouvoirs et de ses prérogatives ; il n'avait pas compris que Bernard Kouchner, à travers cette loi, défendait la médecine et non les médecins, et que le rééquilibrage de la relation médecin-malade n'affaiblissait pas l'autorité médicale, mais transférait une part de cette autorité sur le malade, lui imposant ainsi des devoirs.

Dès lors, on voit les organisations des malades structurer le débat public et remettre en cause certains choix en matière de santé publique. Elles s'imposent de ce fait comme des interlocuteurs importants auprès des pouvoirs publics.

Dans cette mouvance, le gouvernement français va solennellement affirmer, en mars 1993¹¹, que le régime des droits de la personne dans le système de santé doit être revu, tout en posant le principe d'une indemnisation des risques sanitaires¹².

L'idéal de la démocratie sanitaire parvient ainsi à son expression politique. Les états généraux de la santé ainsi que des milliers de réunions seront convoqués sur l'ensemble du territoire. La nécessité d'affirmer les droits des malades est portée par un public « motivé, intéressé et engagé ».

Après presque deux ans d'un dialogue entre le collectif intra-associatif et les pouvoirs publics, et un débat parlementaire « passionné » et « consensuel », la loi du 4 mars est publiée au *Journal officiel*. Cette loi va marquer une rupture et traduire la mise en œuvre d'une vision humaniste des droits de la personne dans le système de santé, tout en affirmant l'autonomie de celle-ci¹³.

S'agissant de la République du Mali (ancien Soudan français), c'est un État de l'Afrique de l'Ouest dont le territoire s'étend sur 1 241 231 km², sur lequel se répartissent 20 933 072 habitants.

La langue officielle parlée au Mali est le français. Sur le plan politique, le pays a connu, après son indépendance, deux régimes autoritaires : l'un de type socialiste, sous la direction de Modibo Keita, et l'autre de type militaire, sous l'autorité de Moussa Traoré.

¹¹ TABUTEAU D., MARTIN D., « Droits des personnes malades », in François Bourdillon *et al.*, *Traité de santé publique*, Lavoisier, p.18.

¹² D'après le rapport du Sénat concernant le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (Titre III – « Réparation des conséquences des risques sanitaires »), le professeur Tunc a été le premier à envisager une indemnisation automatique extrajudiciaire des accidents médicaux. Après l'annulation du décret du 15 mai 1981 instituant des conciliateurs médicaux par le Conseil d'État qui a considéré que cela relevait du domaine législatif et non réglementaire, Bernard Kouchner, alors ministre de la Santé, a chargé Monsieur Ewald d'établir un rapport complémentaire sur « le problème français des accidents thérapeutiques – enjeux et solutions ».

¹³ CERETTI A.-M., ALBERTINI L., « Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », rapport remis au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé le 24 février 2011, p.12.

Modibo Keita, qui dirigeait le Mali sous la Première République, a souhaité opérer une transformation radicale en imposant plusieurs innovations notables dans la société, notamment en s'affranchissant des structures laissées par la colonisation, affirmant ainsi l'indépendance du pays de façon souveraine et concrète.

Pour cela, son parti, l'US-RDA, devenu parti unique de fait, avait la charge de définir les grandes options économiques, sociales et politiques du Mali. N'ayant pas réussi son pari, Modibo Keita sera renversé par un coup d'État en 1968 et remplacé par Moussa Traoré, qui dirigera le pays d'une main de fer.

Pendant sa gouvernance, le Mali va connaître une rébellion et une contestation sociale. Moussa Traoré sera à son tour renversé en 1990, avec l'espoir que le pays retrouve une vie démocratique. Mais, malgré ce retour à la démocratie, celui-ci reste divisé, avec une rébellion qui occupe sa partie nord depuis 2012.

Enfin, sur le plan sanitaire, le Mali, qui est un des pays les plus pauvres du monde¹⁴, vit au rythme de la « santé communauté » qui s'est imposée comme la meilleure solution pour garantir l'accès aux soins au plus grand nombre.

On ne peut étudier les droits des patients au Mali sans comprendre, décrire et analyser les différentes logiques socio-sanitaires dans la société malienne. Cet exercice permet d'appréhender, de restituer ou de traduire, dans toute leur diversité, l'activité de soins et les contraintes au quotidien qui sont celles des individus, des familles, des collectivités et des professionnels de santé.

En effet, lorsque le Mali était encore le Soudan français, c'étaient les médecins français qui assuraient le fonctionnement de son système de soins. Dans une conférence donnée en 2004 à Bamako, le professeur Clément Dembélé a estimé que le Soudan français (situation d'avant 1960) a bénéficié d'une suite de décisions politiques et stratégiques qui avaient pour objectif d'améliorer la santé des populations, en fonction des connaissances et des ressources du moment.

Lorsqu'elles arrivaient, les troupes coloniales étaient souvent accompagnées de médecins et d'infirmiers, qui avaient pour mission d'apporter des soins aux combattants.

¹⁴ En 2004, le Mali a été classé parmi les cinq pays les plus pauvres de la planète, dans la catégorie des pays à faible développement humain par le Programme des Nations unies pour le développement.

Étant donné que ces derniers étaient confrontés aux mêmes problèmes de santé que les indigènes (paludisme, fièvre jaune, dysenterie, maladies parasitaires), ils bénéficiaient aussi des soins prodigués par les médecins coloniaux.

La première formation sanitaire fixe dans le pays était « l'ambulance de Kayes » (l'actuel hôpital régional), ouverte en 1890. Les premiers bénéficiaires des soins étaient les ressortissants français et leurs employés. Au début de cette même année, il a été mis en place l'assistance médicale indigène (AMI) pour assurer la gratuité des soins à tous.

L'AMI était un pilier essentiel de la stratégie sanitaire de l'époque. Pour faire face à la demande et à l'insuffisance de l'offre de soins, l'École africaine de médecine et de pharmacie a été créée à Dakar, en 1918, pour former le personnel local.

Dans les années 1920, la lutte contre les grandes endémies, lancée sous l'impulsion du docteur Jamot et destinée au départ à combattre la trypanosomiase, s'est étendue à d'autres endémies. Des équipes mobiles sillonnaient les villages pour administrer des soins. L'ensemble du système reposait sur une organisation administrative rigoureuse, qui mettait l'accent sur le respect du règlement et de la hiérarchie militaire.

En 1960, lorsque les pays de l'AOF accèdent à la souveraineté internationale, le médecin général Richet demande aux différents chefs d'État de maintenir la lutte conjointe contre les grandes endémies, qui ne connaissent pas les frontières.

C'est alors qu'a été créé l'Organisme de coordination pour le contrôle des grandes endémies (OCCGE), dont le siège se trouvait à Bobo-Dioulasso au Burkina Faso. Il s'agit d'une forme de coopération qui existe encore aujourd'hui. La période est aussi marquée par l'affirmation, par le gouvernement de Modibo Keita, du droit à la santé pour tous les Maliens et à la gratuité des soins.

Il prend des mesures tendant à étendre la couverture sanitaire à l'ensemble du pays. Le premier plan décennal de développement sanitaire (1966-1976) est adopté en 1965. Même si tous les objectifs de ce plan n'ont pas été atteints, il a néanmoins permis d'asseoir, de façon définitive, le système de soins du pays.

En ce qui concerne plus particulièrement les droits et devoirs du patient au Mali, ils sont exprimés par la loi n° 02-050 du 22 juillet 2002 portant loi hospitalière et l'arrêté n° 08-2716 du 6 octobre 2008 portant Charte du malade dans les établissements hospitaliers.

Par ailleurs, une commission a été mise en place par la circulaire n° 95-062 du 12 janvier 1996 pour l'élaboration du Code de la santé publique. Ce dernier devait être un recueil unique des textes législatifs et réglementaires, édictés en vue de la protection de la santé publique et de l'exercice privé des professions socio-sanitaires.

Cette commission était composée de l'inspecteur en chef de l'action sociale, du directeur national de la santé publique, du directeur de l'action sociale, d'un représentant du Conseil national de l'Ordre des médecins, d'un représentant du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, d'un représentant du Conseil national de l'Ordre des sages-femmes, d'un représentant de l'École nationale de médecine et de pharmacie, d'un juriste, d'un infirmier, d'un retraité de la santé et de l'action sociale, et enfin, d'un vétérinaire.

Comme on peut le constater, il manque dans cette commission (dont les travaux n'ont jamais été rendus publics) les représentants des malades et de leurs proches. Cette absence s'explique certainement par le fait qu'il n'y avait alors pas encore de prise de conscience collective quant au rôle que peuvent jouer les citoyens afin de faire évoluer les mentalités dans ce domaine.

Toutefois, si, en matière de garantie des droits, l'impact de l'action des populations n'est pas encore visible, de façon plus générale, leur volonté et leur mobilisation pour garantir l'accès aux soins sont à noter.

En effet, à l'époque, les Maliens sont conscients de la situation de pauvreté du pays et de l'incidence de la maladie sur la société. C'est pour cette raison que le système de santé malien a évolué vers la participation communautaire et le recouvrement des coûts pour les soins de santé primaires, conformément à l'initiative de Bamako de 1987¹⁵.

¹⁵ Plusieurs États africains du sud du Sahara avaient adopté, au lendemain des indépendances, sur la base de la conception de la « santé pour tous », le principe de la gratuité des soins de santé. La gratuité des soins était vécue comme une conquête fondamentale de la libération des peuples de la domination coloniale. Mais face à la dégradation rapide de leurs systèmes de santé dans les pays au cours des années 1970 et 1980, ce système de fourniture de soins a été remis en cause. Réunis du 9 au 16 septembre 1987 à Bamako au Mali, lors de la 37^e session du Comité régional de l'Afrique de l'OMS, les ministres africains en charge de la santé ont lancé

La situation économique défavorable et la faiblesse des revenus brident la demande de services de santé et favorisent l'existence de conditions qui prédisposent la population à la maladie et à la mauvaise santé. Face à cette situation, le Mali fait le pari de miser sur l'adhésion et l'implication de la communauté au niveau local, pour rebâtir son système de soins.

Ainsi, la création des centres de soins se fait à l'initiative des populations réunies en associations. Ces associations gèrent près de 1 000 centres de santé communautaires (CSComs), qui offrent des prestations de soins individuels et collectifs. Cependant, selon la Fondation Pierre Fabre, la plupart de ces centres ne tenaient pas de dossiers individuels pour les patients, ce qui posait un véritable problème dans leur suivi.

Pour remédier à la situation, la Fondation Pierre Fabre a initié un projet appelé « Data Santé Mali »¹⁶ visant, par un processus d'informatisation mobile et connecté, à créer un dossier de santé individualisé et informatisé pour chaque patient reçu dans les centres.

Si ce dossier entend améliorer la qualité des soins dispensés aux populations, les problèmes qu'il soulève restent toutefois nombreux. « Data Santé Mali » est géré par une fondation qui est basée en France.

Si le dossier de santé individualisé et dématérialisé permet de faire le suivi personnalisé de chaque personne, le traitement des données des patients, recueillies dans le cadre de ce système, est source d'inquiétude. En effet, il n'y a, pour l'heure, aucune garantie de protection de ces données personnelles.

Par ailleurs, aux termes de l'article 2 de la loi n° 02-049 du 22 juillet 2002 portant loi d'orientation sur la santé en République du Mali, « *la politique nationale de santé repose sur les principes fondamentaux d'équité, de justice, de solidarité, de participation de la population et de la société civile. Elle prend en compte les engagements internationaux auxquels la République du Mali a souscrit* ».

Ces principes et engagements internationaux sont les principales sources des droits fondamentaux des patients, aussi bien en France qu'au Mali. En effet, de très nombreux

l'initiative dite de Bamako dans le but d'assurer à l'ensemble de la population l'accès aux services de soins de santé primaires, en la faisant modestement participer financièrement à l'amélioration du système.

¹⁶ Projet visant, par le biais des nouvelles technologies de l'information et de la communication, l'amélioration de la qualité des soins au sein de 27 centres de santé communautaires.

textes, déclarations, chartes ou actes internationaux ont trait directement ou indirectement aux droits des patients, en France comme au Mali.

C'est notamment le cas, sur le plan international, de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui pose en son article 25 le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé.

On pense aussi au préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), qui précise que « *la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain* ».

Au niveau continental, les règles européennes sont souvent mobilisées pour la reconnaissance de ces droits. Il en est ainsi de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), plus connue sous le nom de Convention européenne des droits de l'homme, adoptée en 1950, de la Charte sociale européenne et de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la bioéthique de 1997.

Participe également à cet élan le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966, qui affirme le droit à la vie, le principe de la dignité de la personne humaine et l'interdiction de la soumettre à une expérience médicale ou scientifique sans son consentement.

Il en va de même pour le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), également du 16 décembre 1966, qui affirme lui aussi le droit pour toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible. En Afrique, on peut citer la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 18 juin 1981, ainsi que la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, adoptée en juillet 1990.

Toutes ces règles tiennent compte aussi bien de l'aspect individuel de la santé que de sa dimension collective. Dans son aspect individuel, l'accent est mis sur les règles plus techniques et déontologiques léguées à la science par Hippocrate de Cos (environ 460-360 avant J.-C.).

Ces règles sont à la base du colloque singulier entre le patient et le médecin. À son époque déjà, Hippocrate considérait que l'art médical se composait de trois termes : la maladie, le malade et le médecin. Le médecin étant le servant de l'art, il faut que le malade

l'aide à comprendre la maladie¹⁷. La singularité de ce rapport est à l'image du couple qu'ils forment. Le colloque singulier est, selon l'expression régulièrement prêtée à Hippocrate par certains, à Louis Portes et à Georges Duhamel par d'autres, « *la rencontre d'une confiance et d'une conscience* ». Cette confiance et cette conscience sont deux éléments essentiels dans la pratique médicale d'aujourd'hui.

Ces deux éléments font du médecin et du patient des alliés dans l'observation, le pronostic et d'une certaine façon le traitement de la maladie dont ce dernier souffre. D'un point de vue juridique, ils décrivent une relation souvent placée dans le champ du contrat, postulant l'égalité des parties à l'acte juridique. Le contrat serait passé entre le professionnel et son client.

La Cour de cassation a reconnu, par l'arrêt *Mercier*, qu'entre le patient et le médecin libéral, il se forme un contrat de type civil, qui engage chacune des parties envers l'autre. Il s'agirait d'un contrat synallagmatique (Cass. civ., 20 mai 1936)¹⁸. De ce fait, on pourrait considérer que le médecin doit à son patient des soins attentifs, consciencieux, dévoués et fondés sur les connaissances acquises de la science. Pour sa part, le patient a l'obligation de payer ses honoraires au médecin et de lui fournir toutes les informations relatives à sa maladie. C'est la prise en compte de l'aspect individuel de la santé.

Considéré comme la règle de l'art médical, le colloque singulier est l'expression qui caractérise la rencontre du duo que constituent « *l'être souffrant et celui dont il attend délivrance* ». Entre ces deux personnages, il existe presque toujours « *un secret que l'on nomme justement le secret professionnel* »¹⁹.

De la sorte, considéré pendant longtemps comme l'être faible qu'il faut protéger, le malade doit désormais être vu comme un véritable citoyen. En tant que tel, des droits lui sont reconnus, lui permettant d'asseoir sa dignité et d'être traité comme un individu. En

¹⁷ In *Traité des épidémies*, cité par Anne Laude, Bertrand Mathieu, Didier Tabuteau, *Droit de la santé*, Thémis, 2012, p.1.

¹⁸ L'arrêt *Mercier*, rendu le 20 mai 1936 par la chambre civile de la Cour de cassation, substitue au fondement délictuel un fondement contractuel à la responsabilité médicale. Dans cette espèce, les juges affirment : « *Mais entendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade (...) du moins de lui donner des soins (...) que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle (...).* »

¹⁹ DUHAMEL G., « Les excès de l'étatisme et les responsabilités de la médecine », *Revue des deux mondes*, mai 1934, p. 277.

remplaçant le malade par l'individu au cœur de la relation, les deux partenaires de la relation de soins (patient et médecin) se voient ainsi reconnaître des droits et des obligations.

Cependant, la santé est aussi à considérer dans son aspect collectif. Elle est envisagée, ainsi que nous le soulignons plus haut, en termes de « santé pour tous ». C'est ce que nous enseignent la crise sanitaire liée au *corona virus* (Covid-19).

La santé, dans son appréhension collective, est marquée par l'importance des institutions sanitaires, notamment leur intervention, qui révèle le caractère communautaire de la médecine. C'est notamment le cas lorsque le recours au confinement, qui est une mesure de prévention, montre son efficacité, et lorsque le coût des dispositifs de protection sanitaire s'avère élevé.

C'est de la rencontre et de la prise en compte de ces deux aspects (individuel et collectif) que découle ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui le droit de la santé, qui fait référence à un « *ensemble de relations juridiques, publiques et privées reposant sur un corps de règles applicables à l'ensemble des activités dont l'objet est de restaurer la santé humaine, de la protéger et d'en prévenir la dégradation* »²⁰.

Au regard de ce qui précède, on peut dire qu'en France comme au Mali, les règles de droit ont été mobilisées pour consolider et encadrer la pratique de la médecine. C'est cette mobilisation des règles de droit qui permet aujourd'hui d'identifier les différents acteurs qui interagissent dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la démocratie sanitaire. Cette dernière se consolide en France, tandis qu'elle s'installe progressivement au Mali, avec la mobilisation des associations communautaires.

En effet, comme l'écrit Alexandre Biosse-Duplan, il résulte de la démocratie sanitaire un ensemble de droits régissant les relations entre les différents groupements d'acteurs qui interfèrent dans l'organisation, la réalisation, le paiement et l'objet des soins ou de la prise en charge. Parmi ces acteurs, les patients et leur entourage, ainsi que les pouvoirs publics, les soignants et les autres prestataires de santé jouent un rôle important²¹. Les droits qui en découlent sont essentiellement des droits applicables aux patients, aux usagers et à l'ensemble de ceux qui ont vocation à en acquiescer la qualité.

²⁰BIOY Xavier, *Droit de la santé*, Thémis, « Droit », 10/06/2020.

²¹ BIOSSE-DUPLAN A., *Démocratie sanitaire : les usagers dans le système de santé*, Dunod, 2017, p. 26.

La consécration de ces droits vise à répondre à une exigence majeure de notre temps : celle d'éviter les dérives des siècles passés, en réaffirmant les droits fondamentaux attachés à la personne, qui prennent naissance dans le principe de respect de la dignité humaine et de l'exigence de la protection de la santé. C'est ce qui justifie que les droits des patients demeurent identiques, afin que leur contenu ne varie pas en fonction des professionnels qui les prennent en charge.

En effet, il n'est pas rare que les patients soient considérés comme des consommateurs de soins ou de produits de santé, notamment lorsqu'ils sont pris en charge par des professionnels de santé regroupés au sein d'une société ou lorsque la protection de l'intérêt général l'exige. En mars 1999, par exemple, l'IRDES publiait un bulletin qui dressait les profils des consommateurs de soins en France pour l'année 1995, selon leur état de santé, leur âge, leur sexe, mais également leur milieu social ou leur couverture complémentaire²². Selon cette étude, « *si l'état de santé est bien évidemment un facteur déterminant, il apparaît nettement que les conditions socio-économiques des individus influencent leur choix en matière de consommation de soins* ».

Cette étude montre que parfois, en matière de santé, on cherche à appréhender en dehors du droit le comportement économique des usagers du système de santé ainsi que les éléments déterminants de la demande de soins ou leurs décisions d'entretenir leur santé.

De même, en 2000, le professeur Anne Laude faisait remarquer qu'à la suite de leur revendication d'une meilleure information et d'une plus grande sécurité sanitaire, les patients s'étaient vu attribuer le statut de « consommateurs de soins » ; ce qui aurait pu avoir pour conséquence le bouleversement de la nature même de la relation médicale²³.

Enfin, les actions des associations de consommateurs agissant en matière médicale sont souvent déclarées recevables par la jurisprudence, par application du Code de la consommation²⁴. Selon toute vraisemblance, la référence à la notion de consommateur par le juge ne vise qu'à assurer au patient une protection plus efficiente²⁵.

²² SOURTY-LE-GUELLEC M.-J., « Profils de consommateurs de soins, France 1995 », *Bulletin d'information en économie de la santé*, n° 18, mars 1999.

²³ LAUDE A., « Le consommateur de soins », *D.*, 2000, p.415.

²⁴ *Crim.*, 6 juill. 1994, *L'Hermitte*, *JCP*, 1994, IV, 2376, *Dr. des sociétés*, 1994, n° 199, obs. T. Bonneau.

²⁵ *CJCE*, 30 nov. 1983, aff. 227/82, *Rec. CJCE*, p. 3883 s. ; *Cass. crim.*, 15 mai 1984, *Bull. crim.*, n° 178, qui ont déclaré recevables à agir les associations de consommateurs contre les médecins car, en l'espèce, la violation

Comme on peut le constater, si les règles et principes de protection des patients sont consacrés par les lois, leur effectivité, elle, s'est construite ou se construit progressivement, au fil de l'adoption des textes d'application, des précisions du juge et surtout des changements de visions de la part des principaux acteurs de la santé.

Après avoir évoqué ces différents droits, il convient de s'interroger sur la manière dont ils sont mis en œuvre par les patients maliens et français, notamment à travers leurs systèmes de santé (**première partie**). Ensuite, nous étudierons les obligations qui accompagnent justement ces droits (**deuxième partie**).

par le médecin de l'article 626 du CSP « *serait de nature à occasionner un dommage aux patients appelés à faire usage de préparations marginales irrégulièrement prescrites par leur médecin* », et que cette transgression de textes édictés autant dans l'intérêt général que dans celui des consommateurs serait, dès lors, susceptible de causer une atteinte à l'intérêt collectif de ces usagers ou consommateurs de l'association, en l'espèce l'Union fédérale des consommateurs (UFC).

PREMIÈRE PARTIE

LE PATIENT FACE À SES DROITS

Le patient, pendant son séjour à l'hôpital, bénéficie, dans le cadre de sa prise en charge, d'un certain nombre de droits garantis par la loi pour le bon déroulement de l'acte de soins. Ces principaux droits sont particulièrement mentionnés dans un document appelé « charte ».

Dans cette partie, nous évoquerons d'abord le droit d'accès et d'admission du patient (**chapitre I**). Ensuite, nous parlerons du droit à l'information du patient (**chapitre II**). Enfin, nous aborderons la question du droit de consentir aux soins (**chapitre III**).

CHAPITRE I

LE DROIT D'ACCÈS ET D'ADMISSION DU PATIENT

Un patient est une personne qui a des droits, au même titre que les autres membres de la société. Mais, plus que les autres, il dispose de droits au sein du système de santé, et ce, en principe, quel que soit le pays dans lequel il vit. En France comme au Mali, ces droits se sont affirmés au fil des années, sous l'impulsion du travail du juge et du législateur.

Le chapitre préliminaire du Code de la santé publique français, qui est consacré aux droits de la personne, et notamment aux droits fondamentaux de la personne dans le système de santé, détermine leur étendue et leur finalité.

Ces droits sont définis comme des droits « *essentiels pour fonder et déterminer, plus ou moins directement, les grandes structures de l'ordre juridique tout entier en ces catégories, dans lequel et par lequel il cherche à se donner ainsi les moyens multiples de leur garantie et de leur réalisation* »²⁶. Au nombre de ces droits fondamentaux, les droits liés aux soins figurent en bonne place. Le premier des droits de la personne malade est celui de pouvoir accéder à des soins.

Toutefois, si le droit d'accès aux soins est clairement reconnu par le législateur, plusieurs menaces l'alourdissent encore aujourd'hui, ce qui pourrait engendrer un paradoxe. En fait, la proclamation juridique d'un droit général et illimité à l'accès aux soins pourrait devenir finalement un facteur de déséquilibre dans le cadre de la ressource coûteuse qu'est la santé.

En effet, il n'est pas rare de voir l'accès aux prestations assuranciennes dépendre de l'état de santé de la personne et des risques auxquels elle est soumise. Ici, l'idée est de souligner que l'accès aux soins se trouve au cœur des contradictions de nos sociétés contemporaines et anime nos systèmes de santé qui sont confrontés aux dilemmes suivants : « accès aux soins et maîtrise des dépenses de santé » ; « accès aux soins et indépendance des médecins ou caractère libéral de l'exercice de la médecine ».

²⁶ PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, numéro spécial, juillet-août 1998, spéc. p. 8.

Malgré ces tensions et ces dilemmes, l'accès aux soins représente l'aspect le plus tangible et le plus exigible du droit générique à la santé, dont il constitue le fondement. Il est donc nécessaire de veiller à garantir son effectivité.

Dans ce chapitre, nous verrons ainsi que si l'accès aux soins est un droit fondamental du patient (**section 1**), il existe encore des difficultés concernant son effectivité (**section 2**).

SECTION 1 - L'ACCÈS AUX SOINS, UN DROIT FONDAMENTAL DU PATIENT

À partir de quel moment ou de quel critère un droit est-il considéré comme fondamental ? Qu'est-ce qu'un droit fondamental ?

Poser ces deux questions peut donner l'impression d'ignorer une certaine évidence de la réponse. Or, il n'est pas évident de définir un droit fondamental. Selon le vocabulaire juridique, l'adjectif « fondamental » est associé à ce qui est « *essentiel, qui est au fondement, à la base ; qui constitue le socle ; qui sert de support, de fondation à...* »²⁷.

Par voie de conséquence, est fondamental ce qui est « *doté d'une valeur supérieure à ce qui s'y appuie, qui est digne de respect en tant que valeur posée en premier* ». Comme on peut le voir, l'adjectif « fondamental »²⁸ est donc ici défini par synonymie.

Mais, ce qui en ressort, c'est que la notion de droit fondamental peut être appréhendée aussi bien par le biais du rapport à la source de droit qu'en fonction du sujet visé. Ainsi, comme le relève Véronique Champeil-Desplats, « *la qualification de fondamental est un moyen efficace de justification parce qu'elle semble reposer sur la nature des choses* »²⁹.

Par conséquent, si on considère comme fondamental le droit d'accès aux soins, il en résulte que cela vient du sujet de droit qui en est titulaire, c'est-à-dire la personne malade. Le caractère fondamental de ce droit peut également découler de la source qui lui confère sa prééminence.

²⁷ Serge Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2018/2019.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ CHAMPEIL-DESPLATS V., « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, p.323.

C'est pourquoi, il est nécessaire d'examiner tout d'abord le fondement du droit d'accès aux soins en France et au Mali (**paragraphe 1**), avant d'étudier les règles qui déterminent son application (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - Le fondement du droit d'accès aux soins en France et au Mali

L'article L. 1110-1 du Code de la santé publique (CSP) français dispose que « *le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne.*

Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible »³⁰. On peut déduire de ce texte que le droit d'accès aux soins repose sur la nécessité de protection de la santé publique.

Il s'agit de l'un des droits fondamentaux pour lesquels un principe d'égalité est préconstitué³¹. En effet, il apparaît qu'il est impossible de parler des soins de santé sans évoquer l'égalité, celle-ci étant un critère essentiel de la justice sociale. Ce constat laisse penser qu'il est difficile, voire impossible pour une société de rester indifférente face aux inégalités en matière de santé (sauf par choix politique).

De fait, dans ce domaine, il est toujours possible d'agir sur les causes et les effets de ces inégalités, par l'adoption d'un certain nombre de principes qui, même s'ils ne peuvent aboutir à la réalisation de l'égalité parfaite, les gommeront dans leurs aspects les plus prononcés.

La difficulté à atteindre l'égalité complète résulte principalement du fait que la santé variant d'un individu à un autre, tous ne peuvent réagir de la même manière face à un problème de santé. Autrement dit, ce qui est visé ici, c'est le fait d'avoir « *les chances égales de participation sociale* »³², qui ne tiennent pas compte de l'état de santé de la personne.

³⁰ Article L. 1110- 1 du Code de la santé publique.

³¹ CORNU POCHET M., « Discriminations et accès aux soins des personnes en situation de précarité », *Regard*, 2018/1, n° 53, p. 43 à 56.

³² Oumar Keita, rapport sur l'égalité des chances, 2008.

Dès lors, garantir l'égal accès aux soins paraît aussi essentiel que de supprimer toute discrimination pour cause de maladie, ou d'éviter que l'inégalité des chances n'entraîne une inégalité plus dramatique.

C'est pour cette raison qu'il nous semble nécessaire de partir de l'individu pour faire apparaître la pleine étendue de l'inégalité, dans la mesure où il la vit comme une injustice.

Dans un système de soins comme celui de la France, on applique le principe du remboursement des prestations, qui fonctionne grâce aux tickets modérateurs et aux cotisations personnelles ; tout cela peut conduire à une surconsommation involontaire de soins, du fait de l'assurance complète. C'est dans ce contexte qu'on parle de l'aléa moral, risque moral ou *moral hazard*.

Ce risque moral est associé habituellement à l'utilisateur de soins. En effet, il peut arriver, dans un système de remboursement complet, qu'un prestataire peu scrupuleux réalise plus que le strict nécessaire en la matière.

En pratique, c'est aux dispensateurs qu'on attribue les problèmes de gaspillage qui, avec l'aléa moral, « affectent l'accessibilité financière des soins au niveau macroéconomique », privant ainsi la société de moyens pour répondre à des besoins insatisfaits. Au regard de ce qui précède, après avoir rappelé la notion d'accès aux soins en France et au Mali(A), nous envisagerons la protection de la santé comme fondement du droit d'accès à la santé (B).

A. Regard sur le concept d'accès aux soins en France et au Mali

Jean-Paul Markus a écrit que « le droit à la protection de la santé garantit l'accès aux soins et le principe d'égal accès complète ce droit par une notion de redistribution de la ressource sanitaire »³³.

En France comme au Mali, c'est l'État qui, au nom de la nation, définit la politique de santé en déterminant les objectifs à atteindre dans ce domaine, « en les gravant dans le marbre législatif »³⁴.

Au nombre de ces objectifs, ceux relatifs aux fonctions essentielles de la santé publique (entendue comme surveillance de l'état de santé de la population, lutte contre les

³³ MARKUS J.-P., « Inégalité de santé, droit aux soins : du droit à la pratique », *ESKA/ « Droit, Santé et Société »*, 2019/2, n° 2, p. 40 à 50.

³⁴Constitution du Mali, 1991.

épidémies, prévention contre les risques sanitaires, information et éducation sanitaires) occupent une place fondamentale et ont aidé à l'émergence du droit aux soins.

Que l'on soit en France ou au Mali, le droit aux soins existe dans les textes, et nul n'est besoin de le réaffirmer. Par exemple, les dispositions des codes de déontologie exigent du médecin qu'il traite toutes les personnes avec la même conscience, sans distinction d'origine, de mœurs, de situation de famille, d'appartenance ou de non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion, de handicap ou d'état de santé. Aucun de ces motifs ne doit aboutir à priver une personne de soins.

L'accès aux soins est donc une notion qui revient régulièrement dans les débats concernant la santé publique. Elle est encore d'actualité au moment où l'humanité connaît une crise sanitaire que lui impose la Covid-19³⁵.

La saturation des hôpitaux conduit les professionnels de santé à déprogrammer certains actes pour prendre en charge des cas jugés graves de Covid-19. Ce choix s'impose aux personnes malades au mépris des principes de libre choix du médecin ou de l'établissement et d'égalité d'accès aux soins.

Face à l'urgence de cette situation, plusieurs actions ont été engagées pour dénoncer une certaine absence de la puissance publique au sein de l'hôpital, notamment en alertant sur une pénurie d'accès aux soins, mais aussi en recommandant un protocole national d'admission dans les établissements de santé. Cela permettra aux personnes susceptibles d'être atteintes d'une forme grave de Covid-19 de bénéficier rapidement d'une prise en charge adéquate. Ensuite, concernant les cas médiatisés de personnes décédant seules dans les EHPAD, il serait judicieux de leur assurer l'accès à des soins palliatifs, mais aussi d'accepter la présence d'un de leurs proches afin de pouvoir produire, le moment venu, des preuves de carences fautives.

³⁵ Le contentieux administratif relatif à la pandémie de Covid-19 a porté soit sur les mesures restrictives de libertés censées protéger la santé de la population (limitation de la liberté d'aller et de venir, CE, ord., 30 avr. 2020, n° 440179, *Fédération française des usagers de la bicyclette*, AJDA, 2020.919 ; limitation du droit au procès équitable, CE, 10 avr. 2020, n° 439903, *Syndicat des avocats de France*, AJDA, 2020.814 ; ou prenant en compte la situation des personnes sans domicile fixe, CE, ord., 9 avr. 2020, n° 439895), ou l'aggravation locale des mesures (comme l'obligation de porter un masque dans la rue, CE, ord., 17 avr. 2020, n° 440057, *Commune de Sceaux*, AJDA, 2020.1013), ou encore pour bien d'autres raisons.

Par ailleurs, l'établissement doit procéder à des tests de diagnostic d'infection sur toutes les personnes décédées à domicile ou dans un EHPAD, afin de pouvoir le mentionner dans leurs dossiers médicaux et le porter à la connaissance de leurs familles. Ces actions ont pour objectif, d'une certaine manière, de demander à l'État de créer les preuves de sa future responsabilité pour carence d'accès aux soins, « *comme on demande au futur pendu de tresser sa corde* »³⁶.

La question se pose aussi en ce qui concerne l'accès aux vaccins anti-Covid. Les pays où ils sont produits prennent des initiatives pour réserver la primauté de la vaccination à leurs populations, et donc empêcher ou limiter leurs exportations.

Au niveau de l'Organisation mondiale de la santé, la question est envisagée sous l'angle de la « couverture sanitaire universelle ». L'instance internationale en fait une référence constante depuis 2013 dans les efforts internationaux d'amélioration de la santé des populations du monde.

Rappelons ici que sont qualifiés de soins tous les actes médicaux, même non thérapeutiques. « *Soigner, c'est aussi s'occuper de la santé ou du bien-être de quelqu'un.* »³⁷ Les soins peuvent donc concerner les actes thérapeutiques, d'hygiène ou d'entretien. De façon générale, lorsqu'on parle de soins, on vise les traitements administrés à une personne malade pour la guérir.

S'agissant de la notion d'accès aux soins, elle n'est pas aisée à définir, car elle recouvre des dimensions multiples. L'accès aux soins a été envisagé par le professeur Feuillet sur le double fondement de la dignité de la personne humaine et de la protection de la santé³⁸.

Sur son premier fondement, l'accès aux soins revêt un aspect individuel, alors que sur le second, il est plus collectif. Il est aussi alternativement envisagé comme un droit social, ou comme la facilité avec laquelle une personne peut s'adresser aux services de santé dont elle a besoin.

³⁶ Le contentieux administratif relatif à la pandémie de Covid-19 a porté sur les mesures restrictives de libertés censées protéger la santé de la population (limitation de la liberté d'aller et de venir, CE, ord., 30 avr. 2020, n° 440179, Fédération française des usagers de la bicyclette, *AJDA*, 2020.919).

³⁷ Céline Lefève, « La philosophie du soin ».

³⁸ FEUILLET B., « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », *RDSS*, 2008, 713 s.

Par ailleurs, lorsqu'on combine les dispositions de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article L. 1110-1 du CSP, on est conduit à dire que l'accès aux soins, *stricto sensu*, peut être envisagé en considérant qu'« *accéder aux soins exige que toute personne puisse être vue et prise en charge par un médecin, en fonction de son état* »³⁹.

Cela implique au minimum de pouvoir accéder à un système de soins et d'être assuré d'une prise en charge médicalement, mais aussi financièrement. L'accès aux soins serait « *l'équité face à la qualité des soins, à la sécurité, aux délais d'attente* », et « *l'accès universel à la dispense d'avance de frais, parce que le renoncement à des soins pour raison financière* »⁴⁰ ne devrait pas exister.

D'un autre point de vue, il s'agirait de l'absence d'obstacles entravant la possibilité de recours aux soins. Dans cette optique, l'accessibilité va d'abord être physique. Mais, au-delà de la possibilité que peut avoir chaque personne de solliciter et d'obtenir des soins, il y a aussi la nécessité d'être capable de payer les services d'un médecin ou d'un établissement de santé, sans difficultés financières (accessibilité financière).

Enfin, l'accès aux soins doit être aussi envisagé au regard de la structure sociale, de la façon dont les personnes qui sont dans le besoin sollicitent les services ou demandent les soins en tenant compte des conditions qui les rendent acceptables (acceptabilité).

Nous allons détailler ci-dessous les différentes notions évoquées plus haut.

L'accessibilité physique : ici, le problème est lié à la disponibilité de l'offre de soins.

Une personne malade doit pouvoir trouver un service de soins disponible à une distance raisonnable.

Au Mali comme en France, de nombreuses populations doivent parcourir de longues distances pour trouver un médecin ou un service d'urgence, du fait d'importants déserts médicaux qui suscitent toujours de vifs débats⁴¹. Alors qu'il était président, François Hollande avait annoncé que personne ne devrait être à plus de 30 minutes d'un service d'urgence.

³⁹Art. L. 1110-1 du CSP.

⁴⁰ Colloque du 22 novembre 2011 à Paris.

⁴¹ VERGIER N., CHAPUT H. et LEFEBVRE-HOANG I., « Déserts médicaux : comment les définir ? Comment les mesurer ? », *DREES*, mai 2017, n° 17, p.3.

Au Mali, la notion d'accès aux soins est mise à rude épreuve notamment à cause de l'instabilité sociopolitique due aux conflits géopolitiques que traverse le pays depuis son indépendance jusqu'à nos jours. Cette situation rend de plus en plus difficile l'accès aux soins de santé par les populations, surtout dans le nord du pays.

Face à ce constat, les acteurs internationaux, à travers les organisations non gouvernementales (ONG), assurent à la place de l'État malien la prise en charge de ces habitants, notamment en leur venant en aide directement ou en soutenant certaines structures de santé devenues obsolètes en raison des conflits armés⁴².

Il y a de vraies disparités spatiales dans l'offre de soins dans ces deux pays, avec une forte concentration dans les zones urbaines. Les zones centrales, denses et aisées, sont mieux pourvues que les autres.

Aussi, si certaines personnes sont en mesure d'effectuer des déplacements pour obtenir les services qu'elles souhaitent, d'autres seront limitées par leur capacité à se rendre dans une structure sanitaire par leurs propres moyens.

Le statut socio-économique de la personne est ici à prendre en compte. Les outils de télémédecine sont aujourd'hui utilisés pour combler ce fossé, mais leur déploiement dépend encore des possibilités qu'ont les populations d'accéder à Internet.

-L'accessibilité financière : il s'agit de la capacité que peut avoir la personne malade à payer les services de soins sans difficultés financières. Il est pris en compte ici non seulement le prix de la prestation ou du service, mais aussi tout ce que doit dépenser la personne pour y accéder (coûts de transport, manque à gagner de la journée de travail, etc.). La capacité financière peut constituer un véritable obstacle au recours aux soins⁴³.

L'accès aux soins dépend fondamentalement de la solvabilité et des conditions de couverture financière de la personne. Chaque année, le spectre de l'équation financière hante la sécurité sociale. Au Mali, compte tenu de la pauvreté extrême qui frappe le pays, la population, dans sa très large majorité, ne possède pas de capacité financière suffisante lui permettant d'accéder aux soins.

⁴² Centre de santé communautaire de Téherdjé (Tombouctou).

⁴³ LENOIR D., « Accès au droit, accès aux soins, accès aux services : analyse comparée de la branche famille et des autres secteurs de la protection sociale », *CAIRN*, 2018/1, n° 53, p.125.

De plus, les populations les plus vulnérables consacrent globalement une part considérable de leurs ressources à se nourrir, et par conséquent, les soins de santé n'occupent qu'une part moindre du reste de leurs dépenses.

La question est de savoir comment garantir l'accès de tous aux soins et aux services sans exploser les dépenses, c'est-à-dire sans creuser le trou de la sécurité sociale. Ou encore, comment maîtriser la dépense sans exclure ni restreindre, « de façon volontaire ou inconsciente », l'accès aux soins ?

-La question de l'accessibilité : on désigne par ce terme la réalité de l'utilisation des services de soins par les populations qui sont dans le besoin. En effet, au-delà des obstacles géographiques et financiers qui sont à prendre en compte dans la décision de recourir aux soins, il faut considérer d'autres facteurs de nature différente.

Ainsi, l'âge, la profession, le statut familial, le lieu d'habitation, le facteur culturel sont autant de déterminants qui peuvent influencer sur le recours aux services de santé. À tout cela s'ajoute la façon dont sont organisés les services, car leur accessibilité en dépend. La question du recours aux droits se pose dès lors.

B. La notion fondamentale du droit à la protection de la santé

La santé est intimement liée à la vie. Elle en est l'un des composants, de la même manière que le droit aux soins est un des éléments du droit de toute vie. Il est difficile, voire impossible pour un individu d'exiger de n'être pas malade, et aucun État ne peut le garantir. Nous pensons que la rédaction de l'article 17 de la Constitution malienne correspond à cette vision.

Le droit à la protection de la santé, principe à valeur constitutionnelle, est proclamé dans le préambule de la Constitution française de 1946. Ce principe signifie par essence que nul ne peut nuire à la santé d'autrui et que chacun peut accéder aux soins lui permettant de jouir du meilleur état de santé possible.

Lorsqu'on parle du droit à la protection de la santé, on pense indéniablement aux droits de l'homme, particulièrement à un droit qui se traduit par le devoir qu'a l'État de protéger et de garantir sa santé. Ainsi, si tout individu peut revendiquer le droit au meilleur état de santé possible, c'est surtout à la nation, ou plutôt à l'État, qu'il revient de mettre en

œuvre les conditions de cette réalisation. Aussi, si la santé appartient à la sphère privée, sa protection reste du domaine public.

En 2015, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) se posant en ces termes : les articles L. 3111-1 à L. 3111-3 du CSP, qui fixent le cadre général de la politique de vaccination, réglementent les vaccinations obligatoires à destination des mineurs et définissent les obligations corrélatives pesant sur les personnes titulaires de l'autorité parentale, méconnaissent-ils le droit à la protection de la santé garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946⁴⁴ ?

Cette question a été soumise au Conseil constitutionnel français par les époux L. qui étaient poursuivis devant le tribunal correctionnel pour s'être soustraits sans motifs légitimes à leurs obligations légales en ne soumettant pas leur fille aux vaccinations obligatoires.

En effet, aux termes de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution française de 1946, la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé. La Constitution malienne ne le formule pas de la même manière, mais on y retrouve l'esprit. Son article 17 parle de la reconnaissance des droits à l'éducation, à la santé et à la protection sociale. Il est évident que garantir un droit ou le reconnaître n'a pas la même portée. Lorsque l'État garantit un droit, il prend fait et cause pour celui qui en bénéficie, contrairement à la reconnaissance du droit, qui semble n'avoir qu'une portée limitée.

Pour revenir à la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par les époux L., le Conseil constitutionnel s'est attaché, dans le considérant 10 de sa décision, à souligner le pouvoir discrétionnaire du législateur. Il affirme ainsi « *qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; et qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques* »⁴⁵.

Le Conseil précise surtout, en s'appuyant sur la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, que le législateur, par sa réglementation de

⁴⁴ Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458 QCP.

⁴⁵ Conseil constitutionnel, décision du 20 mars 2015.

l'obligation vaccinale, « *n'a pas porté atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé telle qu'elle est garantie par le préambule de 1946* »⁴⁶.

Dans une décision relative au prélèvement de cellules de sang de cordon ou placentaire⁴⁷, la société requérante mettait en cause l'atteinte à la santé individuelle résultant de l'interdiction de procéder à des prélèvements de ces éléments pour un usage familial ultérieur, en relevant que de tels prélèvements pouvaient s'avérer utiles pour la santé des membres de la famille. Le Conseil constitutionnel a estimé que l'interdiction formulée par le législateur « *ne saurait être regardée comme portant atteinte à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par le préambule de la Constitution de 1946* ».

On peut dès lors penser que le droit à la protection de la santé, tel qu'il résulte de l'alinéa 11 de la Constitution de 1946, doit s'entendre dans son acception collective et ne saurait être assimilable à un droit subjectif.

C'est d'ailleurs ce qu'avait retenu le Conseil d'État en affirmant que le droit à la protection de la santé s'inscrivait dans une longue tradition de police sanitaire, exprimant le devoir imparti aux pouvoirs publics de « *protéger collectivement les populations contre les risques qui pourraient menacer leur santé* »⁴⁸.

C'est peut-être pour cette raison que le droit à la protection de la santé est considéré comme un « *droit social par excellence* »⁴⁹. Droit reconnu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, son objet répond à un besoin dont la satisfaction suppose la réalisation d'une action positive.

Rappelons encore que le droit à la protection de la santé est un droit fondamental solennellement affirmé à l'article L. 1110-1 du CSP. C'est un droit qui a une valeur constitutionnelle, car il a déjà été consacré par les Constitutions de 1946 et 1958. Ces deux textes fondamentaux proclament que la nation garantit à tous la protection de la santé.

Tous les acteurs intervenant dans le domaine de la santé, y compris les usagers, sont invités à œuvrer pour atteindre cet objectif. Ainsi, les professionnels, les établissements et

⁴⁶ Constitution française de 1946.

⁴⁷ Cons. const., 1^{er} mai 2012, déc. n° 2012-249 QCP, *Sté Cryo Save France*, consid. 8 ; *D.*, 2013. 663, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *RDSS*, 2012.851, note Philippine Lohéac-Derboulle.

⁴⁸ CE, « Réflexion sur le droit de la santé », *EDCE*, n° 49, La Documentation française, 1998, p. 239.

⁴⁹ GRÜNDER T., « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, 2010, p. 835.

réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie et de prévention et les autorités sanitaires sont appelés à garantir l'égal accès aux soins à chaque personne, à assurer leur continuité et la meilleure sécurité sanitaire possible.

Il s'agit d'une obligation de moyen. L'utilisateur du système de santé est, pour sa part, invité à prendre en charge, de façon plus ou moins indirecte, sa santé. La contribution des usagers peut se mesurer à travers l'activisme des associations de patients.

Il semble que le terme « tous » employé dans les textes constitutionnels soit synonyme de « chacun ». Dans son approche individuelle, le droit à la protection de la santé se caractérise par une certaine dualité : un « droit-liberté »⁵⁰ et un « droit-créance »⁵¹.

Pris comme « droit-liberté », le droit à la santé interdit aux pouvoirs publics d'agir contre la santé des individus. Considéré comme « droit-créance », il se comprend comme impliquant un accès aux soins de ses titulaires, avec la conséquence de faire peser sur les autorités publiques une obligation dans l'organisation de cette accessibilité.

Au Mali, ainsi que nous l'indiquons déjà, la Constitution de 1992 affirme le droit à la protection de la santé de façon un peu particulière. En effet, l'article 17 de la Constitution malienne énonce que la santé et la protection sociale constituent des droits reconnus. Cette reconnaissance donne une valeur fondamentale au droit à la santé.

C'est pourquoi, l'article 15 de la même Constitution énonce que « *la protection, la défense de l'environnement et la protection de la qualité de vie sont un devoir pour tous et pour l'État* ». Dans le même ordre d'idées, la loi n° 049 du 22 juillet 2002 portant loi d'orientation sur la santé précise, en son article 2, que « *la politique nationale de santé repose sur les principes fondamentaux d'équité, de justice, de solidarité, de participation de la population et de la société civile* »⁵².

⁵⁰ La première obligation pesant sur les pouvoirs publics au titre de la protection de la santé consiste en l'interdiction de nuire à la santé des personnes. Le corollaire de cette obligation négative, en ce qui concerne les pouvoirs publics, est la latitude donnée à l'individu de ne pas voir sa santé altérée par l'action publique, même si la portée de cette obligation est négative.

⁵¹ CASAUX-LABRUNÉE L., « Le droit à la santé », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 15^e éd., 2009, p. 771.

⁵² Loi d'orientation sur la santé du 22 juillet 2002.

Ainsi qu'on peut le voir, la protection de la santé est un droit à la protection auquel tous sont invités à concourir. En France comme au Mali, le principe de participation de la population à la prise en charge de sa santé est une règle majeure.

Cette exigence de participation résulte du fait que les pouvoirs publics ne peuvent pas, même dans l'État providence, assumer seuls la charge de la santé. Il leur incombe toutefois la responsabilité de la protéger⁵³.

En conséquence, en tant que droit, la protection de la santé est souvent associée au principe de sécurité des personnes et des biens. Si la protection de la santé est généralement proclamée comme un droit garanti à tous, sa reconnaissance aux étrangers soulève souvent quelques difficultés.

En France, le Conseil constitutionnel est intervenu pour poser deux règles permettant de limiter les discriminations. La première règle consiste à permettre au législateur d'édicter des dispositions spécifiques, à condition de respecter les engagements internationaux auxquels la France a souscrit, ainsi que les droits et libertés fondamentaux reconnus à toute personne y résidant. La seconde règle proscriit l'exclusion des étrangers du bénéfice de l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité. Une telle démarche est jugée contraire au principe constitutionnel d'égalité⁵⁴.

Paragraphe 2 - L'application des règles relatives à l'accès aux soins par les établissements de santé en France et au Mali

L'accès aux soins proposés par les établissements de santé a un socle commun : il est garanti par un ensemble de règles pour tous les établissements **(A)**, auxquelles s'ajoutent des règles particulières applicables aux établissements assurant une mission de service public **(B)**.

A. Les règles communes à tous les établissements de santé

C'est le Code de la santé publique (CSP) qui détermine le champ d'intervention des établissements de santé. Qu'ils soient publics ou privés, ils poursuivent tous une même finalité. En effet, l'article L. 6111-1 du CSP dispose que « *les établissements de santé publics, privés d'intérêt collectif et privés assurent, dans les conditions prévues au présent code, en*

⁵³ MOREAU J., « Le droit à la santé », *AJDA*, 1998, p.185.

⁵⁴ Conseil constitutionnel, déc. n° 89-269 DC, « Égalité entre Français et étrangers », *RJC*, p. 392 ; déc. n° 93-325 DC, « Maîtrise de l'immigration », *RJC*, p.539.

tenant compte de la singularité et des aspects psychologiques des personnes, le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes et mènent des actions de prévention et d'éducation »⁵⁵.

Ce texte s'inscrit dans la philosophie de l'article L.1110-1 du CSP, qui assigne aux établissements et réseaux de santé la mission d'apporter leur contribution pour garantir l'égal accès des populations aux soins, assurer leur continuité et la meilleure sécurité sanitaire possible. D'ailleurs, l'article L. 6111-1 du CSP ajoute à la principale mission des établissements de santé un certain nombre d'autres missions, parmi lesquelles la participation à « *la mise en œuvre de la politique de santé (...) »⁵⁶.*

Au Mali, le législateur n'en a pas disposé autrement. En effet, selon l'article 4 de la loi du 22 juillet 2002 portant loi d'orientation sur la santé⁵⁷, « *l'État, les collectivités locales, les populations bénéficiaires du service public de santé organisé en association et en mutuelle, les fondations, les congrégations religieuses, les ordres professionnels du secteur et les établissements concourent à la mise en œuvre de la politique nationale de santé dans les conditions fixées par les lois et les règlements en vigueur »⁵⁸. S'agissant de la personne malade dans ses relations avec le système de santé, quelques principes gouvernent ses rapports avec les professionnels et établissements de santé. Le principe est celui du libre choix des professionnels et des établissements de santé.*

Ce principe est, à n'en point douter, le pivot du système de santé français. On ne peut pas dire la même chose pour le Mali, où l'offre de soins n'est pas suffisamment importante pour donner aux populations diverses possibilités de choix. Ce principe est affirmé par l'article L. 1110-8 du CSP, qui dispose que « *le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé et de son mode de prise en charge, sous forme ambulatoire ou à domicile (...), est un principe fondamental de la législation sanitaire »⁵⁹.*

⁵⁵ L'article L. 6111-1 du Code de la santé publique.

⁵⁶ Art. L. 1110-1 du CSP.

⁵⁷ Loi n° 02-049 du 22 juillet 2002 portant loi d'orientation sur la santé.

⁵⁸ L'article 4 de la loi du 22 juillet 2002 portant loi d'orientation sur la santé.

⁵⁹ « *Le principe de libre choix du médecin par le patient est d'ordre public.* » La cour d'appel d'Amiens a rendu un arrêt important le 5 novembre 1979 dans lequel elle concluait qu'« *en cas de convention d'exclusivité conclue entre une clinique et un médecin, celle-ci ne peut supprimer le libre choix du médecin par le malade sous la peine de devenir illicite eu égard au caractère d'ordre public de ce principe de déontologie médicale* » (CA Amiens, 5 nov. 1979, D., 1980, p. 348, note Harichaux M., JCP, 1980, II, p. 371, note Savatier R.).

Au Mali, la loi n° 02-050 du 22 juillet 2002, portant loi hospitalière, consacre aussi le principe du libre choix du malade en son article 1^{er} : « *Le droit du malade au libre choix de son établissement est un principe fondamental.* »⁶⁰

Après le droit du patient au libre choix, un deuxième principe s'applique à l'ensemble des établissements de santé en matière de soins. Il s'agit du principe de la liberté thérapeutique⁶¹. Selon ce dernier, les professionnels de santé, ainsi que les équipes de soignants dans les établissements de santé, proposent aux personnes malades, sous leur seule responsabilité professionnelle, les soins que leur état de santé requiert.

Cela signifie que le patient, bien qu'étant le destinataire de ces soins, ne peut décider et imposer son choix de traitement au médecin. De même, aucun traitement ne peut être administré au patient sans son consentement, sauf en cas d'urgence.

Enfin, le troisième élément commun à l'ensemble des établissements en matière de soins concerne le secret professionnel. C'est un élément essentiel dans la relation soignant-soigné, qui va au-delà de l'obligation de discrétion. Il représente un droit fondamental pour le patient.

Sur le plan pénal, l'article 223-6 du Code pénal réprime le fait d'oublier d'apporter son aide à une personne en danger. Le même code comporte des dispositions qui punissent le refus de prestation de service sans motif légitime. En conséquence, même les cliniques privées sont tenues de recevoir les malades et blessés.

Comme on peut le voir, un ensemble de règles régit les relations de soins entre les établissements de santé et les patients. Si les premières s'appliquent à l'ensemble des établissements, il en existe d'autres qui sont édictées tout particulièrement pour ceux qui assurent une mission de service public.

B. Les règles particulières des établissements assurant une mission de service public

Selon l'article L.6112-2 du Code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi du 26 janvier 2016, les établissements chargés de missions de service public hospitalières assurent l'égal accès à des soins de qualité. Ils sont ouverts à toutes les personnes dont l'état

⁶⁰ Loi du 22 juillet 2002, portant loi hospitalière du Mali.

⁶¹ L'article R.4127-8, alinéa 1 du Code de la santé publique (article 8 du code de déontologie).

requiert leurs services. Deux séries d'obligations particulières se dégagent de cette disposition. D'une part, les personnes sont accueillies de jour comme de nuit, éventuellement en urgence. D'autre part, ces établissements sont obligés d'accueillir et de donner les soins urgents à toutes les personnes, principalement à celles qui ne peuvent se prévaloir d'une prise en charge par l'assurance maladie ou d'une aide médicale d'État.

C'est le moment ici d'évoquer l'obligation d'assurer la permanence des soins, qui incombe particulièrement aux établissements ayant une mission de service public. Elle a pour objectif de permettre l'accès aux soins aux populations, en toutes circonstances et dans des conditions satisfaisantes. En effet, la permanence des soins est une mission de service public assurée par les médecins libéraux, en collaboration avec les établissements de santé, conformément aux dispositions de l'article L. 6314-1 du CSP⁶².

Par ailleurs, depuis la loi du 26 janvier 2016 et sa transcription dans le CSP aux articles L.6112-1 et suivants, le service public hospitalier exerce l'ensemble des missions dévolues aux établissements de santé, ainsi que l'aide médicale urgente, dans le respect des principes d'égalité d'accès et de neutralité.

Les conditions d'exercice de ces missions sont fixées à l'article L.6112-2 du CSP. Rappelons que conformément aux dispositions de l'article L. 6112-3 du CSP, le service public hospitalier est assuré, en principe, par les établissements publics de santé et les hôpitaux des armées.

Par habilitation, ce service peut aussi être assuré par les établissements de santé privés dits d'intérêt collectif, ainsi que par les établissements de santé privés, après avis positif, qui respectent la conférence médicale d'établissement.

Dans un établissement de santé assurant une mission de service public, le patient est un usager de service public. Les règles applicables dans ces conditions sont celles définies par la loi et le règlement, contrairement à ce qui se passe dans un établissement privé, où les conditions d'admission et de prise en charge sont librement et conjointement arrêtées entre ledit établissement et le malade.

⁶² L'article L. 6314-1 du Code de la santé publique.

Dans un établissement assurant une mission de service public, le malade est tenu de respecter la discipline intérieure du service et les conditions d'admission, de séjour et de sortie⁶³.

Au Mali, l'article 7 de la loi hospitalière dispose que « *le service public hospitalier garantit l'accès de toutes les personnes présentes sur le territoire national à des soins d'urgence ou à des soins de référence de qualité* »⁶⁴. À ce titre, chaque établissement hospitalier est tenu d'accueillir en urgence, et à tout moment, toute personne dont l'état de santé le justifie.

L'article 9 de la même loi ajoute que « *tout établissement hospitalier public ou tout établissement privé participant au service public hospitalier doit être en mesure d'accueillir et de traiter les cas d'urgence qui sollicitent ses services, en leur apportant tous les soins offerts par l'établissement, ou doit les référer sous sa responsabilité à l'établissement hospitalier proche ayant les compétences requises* »⁶⁵.

Ces dispositions sont presque identiques à celles de l'article L.6112-3 du CSP, selon lequel « *les établissements assurant le service public hospitalier sont tenus de garantir un accueil et une prise en charge permanents à tout patient dans le cadre de leurs missions, ou les orienter vers un autre établissement ou une autre institution dans les conditions fixées par l'Agence régionale de santé* »⁶⁶.

L'admission du malade est prononcée en France par le directeur de l'hôpital sur avis d'un médecin. Il s'agit d'une décision administrative. Le directeur de l'ARS, en vertu de l'article R.1112-12, peut prononcer l'admission forcée en cas de refus d'accueillir un malade qui remplit les conditions requises pour être admis, et alors que les disponibilités en lits de l'établissement permettent de le recevoir.

L'admission est un véritable droit ici. C'est un acte administratif unilatéral ; il peut donc y avoir un recours pour excès de pouvoir susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement en cas de refus du directeur.

⁶³ DUPONT M. et BERGOIGNAN-ESPER C., *Droit hospitalier*, Dalloz, éd. Cours, juin 2017, p.679.

⁶⁴ Art. 7 de la loi hospitalière du 22 juillet 2002.

⁶⁵ Art. 9 de la loi hospitalière du 22 juillet 2002.

⁶⁶ Cette règle s'applique sans distinction de la nationalité du malade accueilli. Les étrangers sont accueillis dans les mêmes conditions que les malades de nationalité française.

Au Mali, l'article 19 de la loi hospitalière du 22 juillet 2002 donne compétence au ministre chargé de la santé en matière d'admission ou de refus d'admission dans un établissement hospitalier privé ou semi-public, après avis de la Commission nationale hospitalière.

Il s'agit là d'une disposition bien difficile à mettre en pratique, car dans les faits, les établissements de santé n'attendent pas la décision du ministre pour admettre un malade qui a besoin de soins.

La procédure prévue par ce texte est très lourde administrativement. Le refus, qui doit être motivé, est souvent la preuve que le droit d'accès aux soins peut se heurter à des résistances dans sa mise en œuvre.

SECTION 2 - L'EFFECTIVITÉ DU DROIT D'ACCÈS AUX SOINS

En se fondant sur le principe d'égalité et de non-discrimination, le droit à l'égalité de traitement arrive au soutien du droit à l'égal accès aux soins (**paragraphe 1**). Toutefois, sa mise en application pose souvent des difficultés, car non seulement elle contraint les établissements de santé, mais elle impose aussi des décisions et des comportements concernant la nature de l'égalité de traitement (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - Le droit à l'égal accès aux soins

Le droit à l'égal accès aux soins est, rappelons-le, une composante du droit à la santé. Il se traduit par le fait que toute personne, quels que soient ses conditions de ressources financières, son lieu de résidence, sa couleur de peau, son sexe et sa religion, doit pouvoir bénéficier des soins qu'exige son état de santé⁶⁷.

Deux principes servent d'aiguillon à ce droit : le principe d'égal accès aux soins (**A**) et le principe de non-discrimination (**B**).

A. L'applicabilité du principe d'égal accès aux soins

L'égalité est un principe constitutionnel, et c'est certainement le plus invoqué devant le Conseil constitutionnel. L'égalité est proclamée par l'article 6 de la DDHC, selon lequel tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, ils sont « *également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* »⁶⁸. Ce texte proclame donc l'égalité de tous devant la loi. Toutefois, le principe d'égalité tel que présenté ici ne s'applique ni avec la même intensité, ni selon les mêmes règles d'une matière à une autre.

Dans le domaine de la santé, le principe d'égalité a pour objet « *la généralisation du droit à la protection de la santé* »⁶⁹. À l'instar de bien d'autres principes consacrés par le législateur, voire même le constituant, l'effectivité du principe d'égalité d'accès aux soins est discutable.

⁶⁷ LAUDE A., MATHIEU B. et TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Thémis, PUF, 2012, p.308.

⁶⁸ L'article 6 de la DDHC.

⁶⁹ MARKUS J.-P., « Le Conseil de l'Europe et l'effectivité du principe d'égalité d'accès aux soins », note sous Conseil de l'Europe, 26 juin 2013 ?, résolution n° 1946 (2013), *RDSS*, 2014, p. 63.

Le principe émerge progressivement à partir de la nécessité de lutter contre la pauvreté que connaît une nouvelle catégorie de la population au lendemain de la révolution industrielle en France.

Cette pauvreté expose cette couche de la population à la maladie et à la mort. C'est cette réalité qui frappe encore les populations maliennes. Depuis plusieurs années, l'accessibilité des populations aux soins est limitée par la destruction et/ou le pillage des infrastructures sanitaires à chaque crise politique que connaît le pays. Ces multiples crises ont souvent entraîné l'arrêt du fonctionnement de certaines structures de santé.

Pendant la dernière guerre, au nord comme au sud, les établissements de santé ont été débordés à tous les niveaux par l'afflux inattendu de blessés de guerre et de personnes déplacées, à la recherche de soins. Mais le Mali est, au-delà des crises politiques, un pays confronté à une crise alimentaire et nutritionnelle souvent consécutive au déficit pluviométrique, et plongeant de nombreuses personnes dans l'extrême pauvreté qui ouvre la porte à la maladie et creuse les inégalités au sein de la société.

En France comme au Mali, la réponse apportée à ces inégalités était souvent inadaptée et décalée par rapport à la source sociale du problème. En France, la loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique avait élargi les mesures de police sanitaire des maires et préfets. Elle avait aussi permis l'instauration de la vaccination obligatoire, avec pour conséquence l'accès des plus défavorisés au standard minimal de santé.

C'est la première loi à travers laquelle le législateur a voulu donner corps au principe de l'égal accès aux soins. C'est surtout en 2004⁷⁰, avec la loi du 9 août 2004 relative à la santé publique, que va être intégré explicitement le principe d'égal accès aux soins dans la politique de santé en France.

Par cette loi, le législateur ambitionne d'améliorer l'état de santé des populations « *par la réduction des inégalités de santé, par la promotion de la santé, le développement de l'accès aux soins et aux diagnostics sur l'ensemble du territoire* ». À cet égard, le législateur

⁷⁰ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

français affirme que « *l'accès à la prévention et aux soins des populations fragilisées constitue un objectif prioritaire de la politique de santé* »⁷¹.

D'autres moyens ont été utilisés pour rendre applicable le principe d'égal accès aux soins. Ainsi, certaines collectivités territoriales sont passées par le subventionnement des médecins pour essayer d'atteindre cet objectif⁷².

Dans cet élan, les collectivités territoriales ont créé des dispensaires municipaux ouverts à tous, à côté des dispensaires relevant des sociétés privées de secours mutuel⁷³. Un auteur a considéré que l'État s'était engagé dans la généralisation de l'accès aux soins d'abord « *pour combattre l'influence de l'Église, en pointe dans l'offre de soins aux indigents* »⁷⁴. On peut constater aujourd'hui que le système a beaucoup évolué.

Dans le contexte actuel, le principe de l'égal accès aux soins voudrait dire que chaque personne dont l'état de santé nécessite des soins pourra avoir la garantie d'être prise en charge par un professionnel ou un établissement de santé dans des conditions et délais compatibles avec sa situation.

Il s'agit en plus d'égalité de traitement. Elle signifie que chaque personne recevra des soins appropriés à sa situation, exclusion faite de toute considération autre que médicale. Il s'agit d'une règle absolue qui trouve son origine dans l'un des principes fondamentaux de l'exercice de la médecine : la liberté thérapeutique du médecin.

L'égalité d'accès aux soins est rompue s'il n'y a pas la garantie de cette égalité de traitement. L'égalité disparaît si la prise en charge du patient est différente en fonction de critères autres que médico-scientifiques, chaque pathologie nécessitant une thérapeutique appropriée.

⁷¹ Article L. 1411-1-1 du CSP.

⁷² Une délibération du conseil municipal d'Olmeto (Corse) du 4 novembre 1897 avait inscrit dans son budget une ligne de crédit de 2 000 francs (environ 800 euros) pour payer le professionnel qui donnait généreusement ses soins à toutes les personnes de la commune, sans distinction de statut social. Le préfet de la Corse, par un arrêté du 15 novembre de la même année, refusa de déclarer la nullité de ladite délibération et approuva l'ouverture dudit crédit au budget de la commune. Mais le Conseil d'État déclara la délibération nulle au motif que le conseil municipal était sorti de ses attributions ; une telle délibération ne pouvait être prise que pour organiser l'aide médicale sans aucuns frais de la part des indigents (CE, 29 mars 1901, *Casanova*, requête numéro 94580, *Rec. Lebon*, p.333).

⁷³ RENARD D., « Assistance et assurance dans la contribution du système de protection sociale française », *Rev. Genèses*, n° 18, 1995, p. 30.

⁷⁴ MARKUS J.-P., *ibid.*

Le traitement est, comme bon nombre d'autres prestations, une prestation en nature, qui permet de bénéficier de soins au sens de *cure* ou de *care*. Il en est ainsi pour les soins liés à la dépendance ou les prestations de garde d'enfants pour les personnes concernées par la sécurité sociale.

L'accès à ces prestations en nature pose souvent un problème, car si leur coût total ou partiel est effectivement pris en charge, il faut encore qu'il y ait, de façon accessible, une offre disponible et adaptée. Toujours pour rendre cette offre accessible à tous, les bénéficiaires doivent disposer de l'information nécessaire sur sa disponibilité et sa qualité.

Le traitement d'une pathologie ou d'une affection ne sera pas identique chez deux personnes ; bien au contraire, il sera adapté à l'âge, à la morphologie, aux antécédents médicaux de chacune.

Ce sont autant de données qui doivent être appréciées pour chaque patient d'un point de vue médical. L'appréciation médicale de chacune de ces données sera effectuée au cas par cas ; telle est la condition de l'égalité de traitement.

Il est également utile de signaler que sont interdites toutes considérations qui constitueraient une discrimination, comme par exemple le choix de réserver un traitement coûteux à une personne par rapport à une autre.

B. Le principe de non-discrimination

Le principe de non-discrimination désigne « *l'interdiction de traiter moins favorablement une personne en raison de critères, réels ou supposés, tels que l'apparence, la croyance, l'âge ou le sexe* »⁷⁵. Ce principe a pour fondement le principe d'égalité, elle-même étant un principe constitutionnel et un principe général de droit, comme le considère le Conseil d'État⁷⁶. L'article L. 1110-3 du CSP dispose qu'« *aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins* »⁷⁷.

⁷⁵ L'article. L. 1110-3 du Code de la santé publique.

⁷⁶ Le Conseil d'État considère qu'à situation égale, le traitement doit être le même. Par conséquent, il est interdit de procéder à des discriminations. Ce principe admet trois limites : discrimination autorisée temporairement par la loi (mise en œuvre par une politique volontariste d'une discrimination envers une catégorie de personnes dont l'objectif est la disparition d'une inégalité), discrimination justifiée par la prise en compte de l'intérêt général (inégalité assurée dans un but légitime), discrimination justifiée par la différence de situations (CE, 10 mai 1974, *Denoyer et Chorques*, n° 88032, 88148 ; Cons. const., 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, *Pont à péage*) ;

Cette affirmation du principe de non-discrimination s'inscrit dans une dynamique qui, sur la base du principe d'égalité, interdit les discriminations non justifiées par une différence de situation, et qui appréhende l'individu sans considération d'origine, de sexe, de situation de famille, d'état de santé, de handicap, de mœurs, de race ou encore de religion.

Dans le même ordre d'idées, l'article 225-1 du Code pénal précise : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.* »⁷⁸

Par exemple, saisies par le Collectif des médecins généralistes pour l'accès aux soins (COMEGAS) d'une réclamation relative aux refus de soins opposés à des patients bénéficiaires de la couverture maladie universelle (CMU), les autorités chargées de la lutte contre les discriminations et pour l'égalité (dont les missions relèvent désormais de la compétence du défenseur des droits) ont rappelé, le 6 novembre 2006, que « *tout refus d'accès à la prévention ou aux soins opposé par un professionnel de santé aux bénéficiaires de la CMU est en opposition avec les mesures et les objectifs du législateur (...), et constitue une discrimination au sens de la loi et des engagements internationaux* »⁷⁹.

Cet organisme affirme avoir reçu, de janvier à octobre 2010, des réclamations relatives à l'état de santé et au handicap en matière d'accès aux biens et services de 9,2 millions de personnes ayant un handicap, auxquelles s'ajoutent 350 000 malades de cancers et 6 500 séropositifs. Ce sont donc en tout plus de 10 millions de personnes qui ont été exposées au risque de discrimination à cause de leur problème de santé⁸⁰.

SUDRE F. et SURREL H., « Droit de l'homme (Internat) », *Répertoire de droit international*, juillet 2017, paragraphe 3 : principe de non-discrimination.

⁷⁷ L'article. L.1110-3 du Code de la santé publique.

⁷⁸ L'article 225-1 du Code pénal.

⁷⁹ JO, n° 266 du 17 novembre 2006 ; ASH, n° 2479 du 17 novembre 2006, p.11.

⁸⁰ Délibération n° 2010-266 du 13 décembre 2010.

C'est ainsi que face à la polémique créée par les refus de plusieurs médecins de soigner des patients disposant de la CMU, une loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients a repris l'interdiction faite par le code de déontologie de toute discrimination.

Depuis, l'article L. 1110-30, alinéa 2 du CSP dispose qu'un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou de l'aide médicale d'État. En cas de refus illégitime, la victime peut saisir le Conseil de l'ordre professionnel territorialement compétent s'agissant des faits présumés. Cette saisine vaut dépôt de plainte.

Au Mali, l'article 6 de l'arrêté du 6 octobre 2008, portant Charte du malade⁸¹, oblige les établissements hospitaliers à « *accueillir toutes personnes quels que soient leur origine, leur sexe, leur situation de famille, leur âge, leur état de santé, leur handicap, leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses* »⁸². Ce texte les incite, à défaut de pouvoir les accueillir, à tout mettre en œuvre pour assurer leur admission dans un autre établissement.

Tout en considérant ce qui vient d'être énoncé, on peut dire qu'il est toujours utile et nécessaire de voir des aspirations des populations être consacrées par le législateur avec la garantie du juge. Mais c'est surtout la manifestation de cette consécration et l'effectivité du droit consacré qui sont attendues. C'est certainement la recherche de cette effectivité qui conduit les pouvoirs publics à mettre en place des dispositifs garantissant l'égal accès aux soins.

Paragraphe 2 - Les dispositifs garants de l'égal accès aux soins

Le fait de rendre effectif un droit qui résulterait de l'état des personnes n'est pas chose aisée. Dans le colloque singulier qui caractérise la relation médecin-patient, si le patient attend du médecin des soins adaptés à la pathologie dont il souffre, le médecin attend du patient qu'il règle sa prestation.

Le malade peut en effet être créancier et débiteur du droit d'accès aux soins, notamment lorsque son choix de recourir fréquemment aux services d'un médecin est supporté par la solidarité nationale.

⁸¹ Arrêté n° 08-2716/MS-SG du 6/10 /2008 portant Charte du malade.

⁸² L'article 6 de l'arrêté du 6 octobre 2008.

La question qui se pose est celle de savoir comment ceux qui ont des difficultés financières feront pour régler les prestations médicales ou d'autres prestations à caractère socio-sanitaire, sachant que l'absence de ressources financières est souvent à la base du renoncement aux soins.

L'une des réponses à cette question a été la mise en place des dispositifs garantissant l'égal accès aux soins. Certains de ces dispositifs ont consisté en la création d'une assurance maladie **(A)** et d'autres mécanismes d'aide **(B)**.

A. L'assurance maladie

Disons, avant tout propos sur l'assurance maladie, que certains principes visant à assurer l'égal accès de tous aux soins jouent leur rôle mais restent insuffisants. Ainsi, le devoir d'impartialité et l'obligation de neutralité sont des impératifs qui s'imposent aux professionnels de santé, aux libéraux, aux salariés ou aux agents publics. Ce sont des obligations universelles et intemporelles à l'égard des patients, qui sont connues de presque tous les professionnels.

Ces obligations déontologiques⁸³ et professionnelles constituent l'une des meilleures garanties, sur le plan éthique et juridique, de l'égalité de traitement. Elles peuvent être à l'origine d'une action disciplinaire, de type administratif ou ordinal selon les cas⁸⁴, contre celui ou celle qui aurait manqué à ses devoirs élémentaires et ainsi trahi ce qui fait la grandeur et la noblesse de la profession. L'égalité de traitement est reçue d'abord par le code de déontologie médicale dans des termes non ambigus.

Ainsi, selon l'article R.4127-7 du Code de la santé publique, le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes, quels que soient leur origine, leurs mœurs, leur situation de famille, leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap, leur état

⁸³Sur toutes ces questions, lire G. TINOT-THOMAS, *Les sources du droit médical*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Rennes I, 2004.

⁸⁴Action disciplinaire administrative à l'égard du personnel de santé ayant la qualité d'agent public, action disciplinaire ordinale pour les professions organisées en ordre.

de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard. Il doit leur apporter son soutien en toutes circonstances⁸⁵.

C'est presque dans les mêmes termes que ces obligations ont été transposées à la profession d'infirmier/infirmière. En effet, selon l'article R.4312-25 du Code de la santé publique, l'infirmier ou l'infirmière doit dispenser ses soins à toute personne avec la même conscience, quels que soient les sentiments qu'il ou elle peut éprouver à son égard, l'origine de cette personne, son sexe, son âge, son appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, ses mœurs, sa situation de famille, sa maladie, son handicap et sa réputation.

Il en résulte qu'il importe peu que ces professions soient soumises ou non à un code de déontologie, qu'elles soient ou non organisées en ordre : leurs membres encourent le risque d'une condamnation pénale sur le fondement de l'article 225-1 du Code pénal. Les agents publics, quant à eux, sont soumis au droit de la fonction publique, qui exige ces obligations d'impartialité et de neutralité.

Le principe d'égalité qui régit le fonctionnement du service public est en réalité accompagné d'un corollaire important : l'exigence de neutralité et d'impartialité de ceux qui exécutent cette mission de service public.

Voilà pourquoi les fonctionnaires doivent éviter de se livrer, dans le cadre de leur service, à des actes de propagande ou de prosélytisme⁸⁶, et demeurer impartiaux dans leurs rapports avec les usagers. Toute forme de discrimination à l'égard des usagers constituerait non seulement un délit pénal, mais aussi une faute professionnelle susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire.

⁸⁵Sous réserve, et hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, du droit pour un médecin de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles et à la condition qu'il en avertisse le patient et transmette au médecin désigné par celui-ci les renseignements nécessaires à la continuité des soins ; CSP, art. 4127-47.

⁸⁶ Sur cette question, lire I. GÉNOT-POK, C. POPPE, « Laïcité à l'hôpital. Un principe constant et uniforme, une pratique de terrain évolutive et variée », *RHF*, janv.-févr.2016, p. 8.

Cependant, il faut aller au-delà de tous ces principes qui ont été ci-dessus rappelés. Ainsi, au Mali, malgré les difficultés financières⁸⁷, une loi a été adoptée pour mettre en place l'assurance maladie obligatoire (AMO).

C'est de la loi n° 09-015 du 26 juin 2009⁸⁸ portant institution du régime d'assurance maladie qu'il s'agit. Aux termes de l'article 2 de cette loi, « *le régime d'assurance maladie obligatoire vise à permettre la couverture des frais de soins de santé inhérents à la maladie et à la maternité des assurés et des membres de leur famille à charge* ».

L'AMO est fondée sur les principes de solidarité, de contribution, de mutualisation des risques et du tiers payant (art. 4). En sont bénéficiaires les personnes physiques assujetties et les membres de leur famille à charge (art. 7). Elle donne droit à la prise en charge directe des frais de soins curatifs, préventifs et de réhabilitation, médicalement requis par l'état de santé ou par la maternité des bénéficiaires (art. 10).

En France, nous traiterons surtout de la CMU, notamment de son institution en tant que dispositif de lutte contre les inégalités d'accès aux soins. Avant la couverture maladie universelle, il y avait l'assistance médicale gratuite gérée par les départements, mais ce dispositif avait conduit à des situations d'inégalités fortes.

Dans le pire des cas, l'accès aux soins était chichement mesuré et soumis à des règles de contrôle social peu compatibles avec la dignité des personnes. La création d'un système national d'assistance, dans le but de réduire les inégalités, a été repoussée pendant un moment pour des raisons, semble-t-il, de principe.

Comment créer un système qui ne soit pas réservé à une catégorie seulement de la population (autrement dit, les pauvres) ? La plupart des textes qui ont précédé la création de la CMU ont mis en place des dispositifs qui offraient une couverture sociale – donc des soins – liée au travail. Par conséquent, les exclus de l'emploi se sont retrouvés exclus du système de prévoyance, notamment lorsqu'ils arrivaient en fin de droits, pour ceux qui percevaient une indemnité chômage après la perte de leur emploi.

⁸⁷ Le secteur de la santé au Mali survit grâce à l'aide de ses partenaires internationaux. La Banque mondiale, par exemple, fournit au Mali une aide qui contribue à améliorer l'accès aux services de santé en milieu rural et à rendre les médicaments essentiels plus largement disponibles à un prix abordable.

⁸⁸ Loi du 26 juin 2009.

Il n'en était pas de même pour un jeune qui n'avait jamais pu trouver d'emploi, et qui, à sa majorité, cessait d'être couvert par la sécurité sociale de ses parents. Il se retrouvait donc sans accès aux soins.

Aussi, pour redonner corps aux principes posés par le préambule de la Constitution de 1946, le législateur est intervenu en instituant « la couverture maladie universelle » (CMU), par la loi du 28 juillet 1999. La CMU offre une protection de base fondée non plus sur le critère du travail, mais sur celui de la résidence⁸⁹.

De ce fait, toute personne ayant une résidence stable et régulière sur le territoire français, avec ou sans domicile fixe, bénéficie, lorsqu'elle consulte un médecin ou se rend à l'hôpital, d'une dispense d'avance de frais, à l'exception du ticket modérateur, du forfait journalier en cas d'hospitalisation, des franchises applicables aux médicaments, actes paramédicaux et transports sanitaires.

En tout cas, la CMU permet aux personnes privées d'emploi de bénéficier de leur droit aux soins, et à celles qui possèdent un travail, mais avec de faibles revenus, de faire valoir ce droit qu'elles avaient perdu pour des raisons économiques, et donc de rétablir plus ou moins l'égalité. Sa mise en place s'est accompagnée d'institutions chargées d'en assurer l'effectivité, et d'une correction des carences par la création de la complémentaire santé.

B. Les autres mécanismes d'aide à l'accès aux soins

La mise en place de la CMU a été fortement influencée par le facteur économique. La fixation d'un plafond de revenus en deçà duquel la personne pouvait bénéficier de la couverture de base ne permettait pas de couvrir une grande partie de la population⁹⁰.

C'est pourquoi, une autre catégorie de personnes, avec des revenus n'excédant pas 7 934 euros par an, a fait l'objet d'un autre dispositif, qui vient en appui à la CMU. Ce dispositif est la CMU-C (couverture maladie universelle complémentaire).

Les deux dispositifs, CMU et CMU-C, concernent près de 10 % de la population française, soit environ 6,5 millions de bénéficiaires. La CMU-C assure un accès gratuit aux

⁸⁹ KERLEAU M., « De la couverture maladie universelle aux politiques d'accès à l'assurance maladie complémentaire : diversité des modèles et des protections », *Revue Française de Socio-économie*, 2012/12, n° 9, p. 171 à 189.

⁹⁰ MAILLE D. et TOUILLE A., « Les dix de la CMU », *Hommes et migrations*, 1282/2009, p.25.

soins à toutes les personnes dont les ressources sont inférieures au plafond de la CMU. Dans leurs rapports avec les professionnels de santé, elles bénéficient d'une dispense d'avance de frais par le mécanisme dit de tiers payant, qui vise la prise en charge intégrale du ticket modérateur.

Il est apparu que la mise en place de la CMU-C, même si elle n'enraye pas complètement l'écart entre ses bénéficiaires et les personnes ayant une complémentaire santé privée, permet aux premiers de moins renoncer aux soins, en comparaison aux secondes⁹¹.

Cependant, certaines personnes disposant d'un revenu juste au-dessus du plafond permettant de bénéficier de la CMU-C en sont exclues. Ces dernières, si elles restent dans cette situation, sont exposées au risque de ne pouvoir accéder aux soins. C'est pourquoi, la loi du 13 août 2004 portant réforme de l'assurance maladie a créé l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS).

Il s'agit d'un dispositif qui permet au bénéficiaire d'avoir le droit, pendant un an, de recevoir de l'État une aide financière afin de souscrire une assurance complémentaire santé pour avancer les frais si nécessaire. Précisons que depuis le 1^{er} novembre 2019, la CMU-C et l'ACS ont été remplacées par la complémentaire santé solidaire.

La complémentaire santé solidaire est, comme les autres dispositifs, accordée sous conditions de ressources. Les ressources prises en compte dépendent de la composition du foyer. D'un point de vue pratique, les bénéficiaires de la complémentaire santé solidaire sont tenus de respecter le parcours de soins coordonné pour obtenir le tiers payant intégral. Celui-ci leur permet d'être totalement dispensés d'avancer leurs frais de consultation, d'analyses médicales, d'actes de radiologie, de pharmacie et d'hospitalisation. La fusion de ces deux dispositifs vise, une fois de plus, à lever les obstacles financiers qui jalonnent le parcours d'accès aux soins, en simplifiant les aides accordées aux plus démunis⁹².

Cette couverture santé est identique pour l'ensemble des bénéficiaires. La part complémentaire des soins remboursables par l'assurance maladie sera prise en charge par la

⁹¹ ALLONIER C., DOURGNON P. et ROCHEREAU T., « Enquête sur la santé et la protection sociale 2006 », *IRDES*, p. 174.

⁹² GINON A.-S., « La couverture complémentaire santé solidaire », *RDSS*, 2020, p. 717.

complémentaire santé solidaire, à hauteur de 100 % des tarifs maximaux établis par l'assurance maladie. Le bénéficiaire n'aura rien à payer sur l'ensemble des soins.

Toujours dans l'optique de tendre vers plus d'accessibilité aux soins, il a été aussi créé une aide médicale d'État par la loi du 27 juillet 1999⁹³ portant création de la couverture maladie universelle. Elle a pour objectif de fournir un accès aux soins aux personnes dont la situation de précarité les exclut du système de santé et d'éviter une propagation des maladies contagieuses au sein de la population⁹⁴.

Cette aide est accordée sous conditions aux étrangers qui, bien qu'étant en situation irrégulière en France et sans couverture de santé, se trouvent dans un état qui nécessite des soins. Elle permet une prise en charge à 100 % des soins médicaux et d'hospitalisation dans la limite des tarifs de l'assurance maladie.

Ce que l'on peut constater quant à la volonté des pouvoirs publics de combattre les inégalités d'accès aux soins, c'est que les dispositifs mis en place, que l'on soit au Mali ou en France, ne sont jamais complets, ni parfaitement en mesure de résorber totalement ces inégalités.

On a pu voir qu'en France, face à la pénurie ou à l'insuffisance de médecins dans certains territoires, les collectivités territoriales avaient choisi de subventionner les médecins pour qu'ils s'installent dans leurs communes afin de prendre en charge les personnes dont la précarité les excluait des soins pour des raisons économiques. Une autre raison était bien sûr qu'il n'y avait pas de médecin sur leur territoire. Cependant, ces initiatives se sont heurtées à l'opposition de certains contribuables et de médecins qui s'estimaient illégalement concurrencés et auxquels le juge a donné raison.

Pour faire face à cette situation, et surtout à l'accroissement de la demande de soins gratuits, les collectivités territoriales ont créé des réseaux de dispensaires pour recevoir les personnes exclues de l'offre de soins classique pour des raisons économiques ou du fait de l'absence de médecin sur leur territoire.

⁹³ Loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, Titre III bis.

⁹⁴ DUVAL-ARNOULD D., *Droit de la santé*, Dalloz, août 2019, p.183.

Désormais dénommés « centres de santé », ces anciens dispensaires sont aujourd'hui consacrés et régis par la loi telle que transposée à l'article L. 6323-1 du CSP⁹⁵. Ces centres de santé de proximité ont leurs « équivalents » au Mali.

La population malienne est répartie à 70 % en zone rurale et à 30 % en zone urbaine. Ces 70 % n'ont à leur disposition que des centres de santé communautaires (CSComs). Il s'agit d'entités opérationnelles qui mettent en œuvre la politique sanitaire définie au niveau national.

Les CSComs couvrent les activités comprises dans un paquet minimal d'activités (PMA) et sont gérés par les associations de santé communautaires (ASACO), sur la base d'une convention d'assistance mutuelle avec le ministère de la Santé.

La carte sanitaire du Mali définit des aires de santé correspondant à des regroupements de quartiers ou de villages. Une consultation dans un CSCom coûte en moyenne 600 francs CFA (moins de 1 euro), tarif qui diminue de moitié pour les détenteurs d'une carte de membre du CSCom.

⁹⁵ Article L.6323-1 du Code de la santé publique : « *Les centres de santé sont des structures sanitaires de proximité, dispensant des soins de premier recours et, le cas échéant, de second recours et pratiquant à la fois des activités de prévention, de diagnostic et de soins, au sein du centre, sans hébergement, ou au domicile du patient. Ils assurent, le cas échéant, une prise en charge pluri professionnelle, associant des professionnels médicaux et des auxiliaires médicaux.* »

CONCLUSION DU CHAPITRE I

L'accès aux soins est l'un des premiers droits fondamentaux d'une personne malade. C'est un droit dont l'effectivité est rendue difficile du fait d'obstacles de plusieurs ordres, qui engendrent des inégalités dans la société.

De même, les discriminations sont susceptibles d'intervenir à chaque étape du parcours de soins : lors d'une première demande d'accès aux soins chez un professionnel ou dans un établissement de santé, lors de la rencontre avec un praticien, ou encore lors de la phase de diagnostic et de délivrance des soins. Ces situations peuvent relever de discriminations directes et indirectes.

Malgré les dispositifs mis en place pour réduire les inégalités d'accès aux soins au Mali comme en France, plusieurs populations sont encore exclues, de fait ou de droit, d'un accès effectif aux soins.

D'ailleurs, les multiples interventions du législateur pour essayer de les rendre chaque fois plus accessibles conduisent peu à peu à faire du droit d'accès aux soins « *un droit catégoriel renforcé pour les personnes les plus vulnérables* ».

Cela étant, son opposabilité demeure à la merci de « *recours objectifs* »⁹⁶ en excès de pouvoirs, ou de « *recours en responsabilité* »⁹⁷ une fois le préjudice réalisé. C'est de la façon dont les recours peuvent être intentés que dépend l'assurance de la concrétisation du droit d'accès aux soins⁹⁸.

⁹⁶ Il s'agirait de s'assurer du respect de la légalité objective, indépendamment des intérêts des parties en présence. Le recours pour excès de pouvoir va, dans le cadre d'un contentieux, être fondé sur la violation, par une décision administrative, d'une règle de droit.

⁹⁷ Permet à la personne qui a subi un dommage d'obtenir réparation de la part de l'administration, de l'établissement ou de la personne qui l'a causé.

⁹⁸ L'obligation déontologique d'assurer l'accès aux soins apparaît aujourd'hui comme l'un des meilleurs moyens de garantir le droit de bénéficier des soins (Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1997, J. PENNEAU, *D.*, 1997, somm., p. 315).

CHAPITRE II - LE DROIT À L'INFORMATION DU PATIENT

« Le principe de transparence qui innerve le droit de la santé s'exprime non seulement au travers de la reconnaissance d'un droit à l'information du patient, mais aussi au travers du droit à un consentement éclairé, voire enfin au travers du droit à l'accès au dossier médical. »⁹⁹

L'information du patient est un des principes fondamentaux définis par la loi au sens large, et par le code de déontologie médicale, que ce soit au Mali ou en France. Elle repose sur un principe plus grand, qui est celui de la liberté humaine et du droit à la protection de l'intégrité de son corps. À cet égard, il y a lieu de soutenir que le droit du malade à être informé sur son état de santé constitue le prolongement de l'ancien principe du respect de la volonté du patient.

En effet, en 1942, la Cour de cassation française a affirmé que « le respect de la personne humaine imposait au praticien, avant de pratiquer une opération, d'obtenir le consentement de son patient, et que le chirurgien devait informer son patient de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir, de ses conséquences possibles et du choix qu'il avait entre deux méthodes curatives »¹⁰⁰. Cette exigence a été par la suite consacrée par des dispositions législatives et réglementaires.

Il en est ainsi de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes¹⁰¹, des lois du 20 décembre 1988¹⁰² et du 29 juillet 1994¹⁰³ relatives aux dons d'organes et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal¹⁰⁴, et du décret du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux¹⁰⁵ en France. De même, le code de déontologie médicale¹⁰⁶ exigeait également des médecins un certain nombre d'obligations, comme l'information, le recueil du consentement et le secret professionnel,

⁹⁹ LAUDE A., MATHIEU B. et TABUTEAU D., *Droit de la santé*, 3^e éd., 2012, PUF, Thémis, n° 316, p.337.

¹⁰⁰ Arrêt *Teyssier*, Req. 28 janvier 1942, DC, 1942, 63, D., 1942, Rec. Critique, jurisprudence, p. 63 ; DUVAL-ARNOULD D., *Droit de la santé : Prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins*, Dalloz, 2019-2020, p. 240.

¹⁰¹ JO du 23 décembre 1976, p. 7365, loi dite Caillavet.

¹⁰² Loi n° 88-1138 du 20 décembre relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

¹⁰³ Lois du 22 décembre 1976, du 20 décembre 1988 et du 29 juillet 1994.

¹⁰⁴ JO, 30 juillet 1994, p. 11060.

¹⁰⁵ Décret n° 74-27 préc. et désormais codifié dans le CSP, art.1112-10 et s.

¹⁰⁶ Décret n° 95-100 du 6 sept.1995 portant code de déontologie médicale, JO, 8 sept.1995, p.13305.

applicables à tout médecin, sans considération aucune du mode d'exercice de la médecine. Enfin, les jurisprudences administratives, constitutionnelles et judiciaires avaient consacré par ailleurs un certain nombre de droits du malade¹⁰⁷ ou de la personne humaine¹⁰⁸.

Le Mali ne dispose pas, pour le moment, de textes de loi ou de règlements qui encadrent concrètement la question de l'information médicale. Si une situation similaire se présente, les juges utiliseront les jurisprudences françaises pour rendre justice.

Par ailleurs, la relation médicale, basée *a priori* sur le contrat médical, est censée reposer sur un échange d'informations accessibles et compréhensibles dans le but de permettre au patient d'accepter, de consentir et de respecter le traitement proposé, mais aussi les diagnostics et les analyses nécessaires dans le cadre de sa prise en charge.

Face à ce constat, il convient de préciser que le Mali traverse toujours une période où le médecin est en position de roi qui prend, en lieu et place du patient, toutes les décisions médicales concernant sa maladie. De ce fait, il tient dans l'ignorance totale son patient en lui demandant simplement de suivre et de respecter sa décision et son traitement.

Par conséquent, les patients sont privés systématiquement des moyens techniques de diagnostic et de traitement. Il est urgent de sensibiliser le patient sur ses droits légitimes ainsi que ses devoirs afin qu'il puisse participer notamment au processus de soins sur la base des éléments d'information que lui transmet le médecin sur sa maladie. Cela permettra au patient d'accepter ou de refuser le traitement proposé.

Au Mali, la Charte du malade dans les établissements hospitaliers du 6 octobre 2008, mise à jour le 10 janvier 2009, rappelle que son application s'interprète au regard des obligations nécessaires au bon fonctionnement de l'hôpital, auxquelles sont soumis le personnel et les patients (art. 3). Elle précise également que ses dispositions sont l'expression des droits individuels fondamentaux de chaque patient au moment où il entre en contact avec l'établissement.

La Charte impose aux établissements hospitaliers de « *veiller au respect des droits de l'homme et du citoyen reconnus universellement : non-discrimination, respect de la personne,*

¹⁰⁷ Particulièrement, CE, ass., 2 juill.1993, M. *Milhaud*, Rec. p. 194, concl. KESSLER : « *Considérant que les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci.* »

¹⁰⁸ Notamment Cons. const., déc. n° 344 DC du 27 juill. 1994, préc.

de sa liberté individuelle, de sa vie privée, de son autonomie, notamment, le droit à l'autodétermination pour choisir son médecin, le droit à l'information, le droit à la liberté religieuse et philosophique » (art.4). Il en résulte que le droit à l'information du patient est une création essentiellement prétorienne, qui a fait l'objet d'une « *codification à droit constant* »¹⁰⁹ (section 1). Cette codification a permis de bien définir son contenu et son étendue (section 2).

SECTION 1 - L’AFFIRMATION DU DROIT À L’INFORMATION DU PATIENT

La relation entre un patient et son médecin revêt un caractère personnel¹¹⁰. C'est sur la base de ce colloque singulier qu'est formulée la règle selon laquelle « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* ».

C'est en substance ce qu'affirme l'article 29 de la loi hospitalière malienne qui précise que « *dans le respect des règles déontologiques qui leur sont applicables, les praticiens des hôpitaux assurent l'information des personnes prises en charge en tenant compte de leur niveau de compréhension* »¹¹¹.

Il en résulte que l'information du patient est essentielle lorsqu'il a la possibilité de faire un choix. À l'évidence, un patient ne peut faire un choix que s'il est conscient et en capacité de l'exprimer¹¹².

Comme cela a déjà été souligné, les droits et obligations qui régissent la relation entre le patient et le médecin ou l'établissement de santé découlent des principes fondamentaux qui sous-tendent la liberté et le respect de la dignité de la personne.

L'affirmation d'un droit à l'information s'inscrit dans le même sillage, dans la mesure où elle permet de tenir compte du « *droit du patient à disposer librement de son corps* ». Dès

¹⁰⁹ « Sans modification de l'ordre juridique », *JO Sénat* du 24 août 2006, p. 2217. La codification du Code de la santé publique se réclame de cette tradition car retenant souvent les textes en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle version (BISIOU Y., « Les faux-semblants de la codification à droit constant : de la lutte contre les fléaux sociaux à la lutte contre les maladies et les dépendances », *HAL*, 10 octobre 2017).

¹¹⁰ GIRER M., « Droits des patients et exercices en société », *RDSS*, 2014, p. 434.

¹¹¹ Loi n° 02-050 du 22 juillet 2002 portant loi hospitalière.

¹¹² HAIM V., « De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet », *Rec. Dalloz*, 1997, p. 125.

lors, le droit à l'information apparaît comme un préalable au recueil du consentement par le médecin de l'établissement de santé.

En considération de ce qui précède, on peut avancer que si le droit à l'information du patient trouve ses fondements dans les principes cardinaux liés à la liberté et au respect de la dignité, sa consécration est le fruit d'une longue évolution à la fois jurisprudentielle (**paragraphe 1**) et législative (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - L'affirmation du droit à l'information du patient

Le droit à l'information du patient est avant tout une œuvre prétorienne. Il s'est construit au travers de la jurisprudence qui œuvre encore aujourd'hui en apportant des précisions là où il peut encore exister des zones d'ombre.

Sa reconnaissance constitue une exigence permettant d'assurer aux patients un consentement libre et éclairé à tout acte de prévention ou de soins et contribuant au respect de la personne humaine. La difficulté de trouver des décisions de la justice malienne en la matière nous impose de nous limiter à la jurisprudence française.

La reconnaissance d'un droit à l'information du patient a été et est l'œuvre à la fois de la jurisprudence judiciaire (**A**) et de la jurisprudence administrative (**B**).

A. La jurisprudence judiciaire

Historiquement, c'est l'arrêt *Teyssier* du 28 janvier 1942¹¹³ qui est reconnu comme ayant posé les bases actuelles du droit à l'information du patient¹¹⁴. Ce dernier, rendu à la suite d'un pourvoi introduit contre l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 4 juin 1937, a reconnu la responsabilité d'un chirurgien pour défaut d'information.

En l'espèce, la Cour de cassation avait été saisie du cas d'un patient victime d'une fracture de l'avant-bras pouvant être traitée par un appareillage plâtré ou par une opération chirurgicale de l'ostéosynthèse. Le médecin, le docteur Parcelier, avait choisi de pratiquer

¹¹³ Quelques décisions en matière de chirurgie esthétique retenaient déjà la faute du praticien qui, avant de commencer une intervention, négligeait d'éclairer complètement son client sur les risques graves que comportait l'intervention, ne lui indiquait pas exactement les dangers de l'opération et n'obtenait pas de l'intéressé un consentement donné en toute connaissance de cause (Paris, 12 juin 1931, *S.*, 1931, 2, 129 ; Paris, 11 mai 1937, *DH*, 1937, 2, 340).

¹¹⁴ MAURY F., « Le droit à l'information du patient, un droit fondamental de l'homme aux effets limités », *Lextenso*, 30 avril 2019.

l'opération chirurgicale sans informer Monsieur Teyssier de ses possibles conséquences. À la suite de cette opération, celui-ci a présenté une gangrène ayant nécessité une amputation de son avant-bras.

Le chirurgien a contesté la nécessité de l'information, considérant qu'il s'agissait d'une opération courante nécessaire et non d'une opération esthétique ou mutilante, et soutenant que le fait pour le patient de s'y prêter impliquait qu'il en avait accepté les conséquences.

Cependant, la Cour de cassation a affirmé que le praticien avait commis une faute, après avoir relevé que le malade n'avait pas été informé de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir, ni de ses conséquences éventuelles, ni même du choix qu'il avait entre deux méthodes curatives.

Pour asseoir sa décision, la Cour de cassation se fonde sur le principe de considération et de respect de la personne humaine, et sur l'obligation du médecin d'informer le patient pour lui permettre de prendre sa décision, donc d'exprimer ou non son consentement. Cet arrêt définit et précise de façon claire le lien qui existe entre la force de l'obligation d'information et le respect de la dignité de la personne¹¹⁵.

Entre-temps, le professeur Portes, alors président du Conseil national de l'Ordre des médecins, a présenté à l'Académie des sciences morales et politiques, le 30 janvier 1950, ses réflexions sur le consentement du malade à l'acte médical.

Il considère que le malade, être humain anéanti par la maladie, inapte à faire front et angoissé, appelle de la part du médecin sympathie et sollicitude. La seule parcelle de liberté dont il puisse vraiment disposer est le libre choix de son médecin traitant. Il va plus loin encore en admettant la possibilité d'un contrat d'adhésion entre le malade et le médecin. Cette adhésion doit être inconditionnelle, car pour lui, le consentement du malade ne peut être ni libre, ni éclairé.

Cette position est contredite par l'arrêt *Mercier* de 1936, par lequel la Cour de cassation affirme non seulement la nature contractuelle de la relation médecin-malade, mais également l'obligation de moyen du médecin de donner à son patient des soins

¹¹⁵ Req. 28 janv. 1942, *Parcelier c/ Teyssier* ; DC, 1942, p. 63 ; *Gaz. Pal.*, 1942-1, p. 177 ; *GARS*, 3^e éd., 2021, Dalloz, p. 44 à 62.

conscientieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science¹¹⁶.

Toutefois, après l'arrêt *Martin/Birot*¹¹⁷ rendu le 29 mai 1951, à propos de « l'amputation d'une jambe à la suite d'une erreur de diagnostic », la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, jugeant qu'il appartenait à un chirurgien, en tant que responsable de l'intervention, de s'assurer du consentement du patient et d'en rapporter la preuve, l'avait condamné à réparer le préjudice résultant du défaut de consentement.

Pour les juges de la Haute Juridiction dans le domaine judiciaire, il appartenait au malade, lorsqu'il se soumettait en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier avait manqué à son obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette dernière. Cette jurisprudence a été abandonnée plus tard par la Cour de cassation, avec l'arrêt *Hédreul* en 1997.

Le 21 février 1961, un nouvel arrêt de la Cour de cassation, l'arrêt *Dame Angamarre*¹¹⁸, a approuvé une cour d'appel qui avait écarté la responsabilité d'un praticien qui avait donné à sa patiente « *une information simple, approximative, intelligible et loyale, pour lui permettre de prendre la décision qu'il estimait s'imposer* ». Cependant, le demandeur reprochait à la cour d'appel d'avoir exonéré le praticien (le docteur Georges) de toute responsabilité quant aux conséquences préjudiciables de l'opération, alors que la véritable nature du mal dont elle était atteinte ne lui avait pas été indiquée.

Alors que l'arrêt *Teyssier* avait mis l'accent sur les éléments sur lesquels devait porter l'information, l'arrêt *Dame Angamarre* précisait la qualité de l'information fournie au patient, considérant qu'elle devait être « *simple, approximative, intelligible et loyale* ».

En 1970, la Cour de cassation a précisé que l'information due par le praticien au patient portait aussi sur les risques présentés par un produit utilisé pour les examens ou soins¹¹⁹. Puis, elle a énoncé en 1984 que l'information, qui doit permettre au patient de donner un consentement ou un refus éclairé aux investigations ou soins qui lui sont proposés,

¹¹⁶ Civ., arrêt, 20 mai 1936, DP, 1936.1.88, rapp.

¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1951.

¹¹⁸ Civ. 1^{re}, 21 février 1961, P I, n° 115.

¹¹⁹ Civ. 1^{re}, mai 1970, n° 69-10.878, P. I, n° 152.

doit être loyale, claire et appropriée par rapport aux risques encourus, exclusion faite des risques exceptionnels¹²⁰.

En 1998, après avoir souligné que l'information devait porter sur les risques graves concernant les investigations et les soins, la Cour de cassation a considéré que le devoir d'information des professionnels de santé sur les risques graves liés à ces actes devait inclure les risques exceptionnels. En effet, le praticien ne doit pas être dispensé de cette obligation par le simple fait que ces derniers ne se réalisent qu'exceptionnellement¹²¹.

Enfin, l'un des autres principaux arrêts de la jurisprudence judiciaire ayant consacré le droit à l'information du patient est celui rendu le 9 octobre 2001. La Cour de cassation y affirme que l'obligation d'information du médecin vis-à-vis de son patient trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine, et en déduit que la responsabilité qui découle de la transgression de ce principe peut être recherchée¹²².

Au Mali, il convient de signaler que les décisions de justice rendues avant l'indépendance et celles des années suivantes, notamment dans les domaines dans lesquels le législateur et le juge ne sont pas encore intervenus, sont maintenues, par l'effet du principe de la « continuité juridique »¹²³. C'est le cas notamment en matière pénale. Au lendemain de son indépendance, le Mali a adopté strictement une organisation juridictionnelle caractérisée par la domination de la Cour d'État et de la Cour suprême¹²⁴.

Par conséquent, depuis cette époque jusqu'à maintenant, il n'y a pas eu d'évolution dans ce sens, pour des raisons politiques et culturelles, de la part des autorités maliennes. Il faut aussi ajouter à cela les fléaux comme la corruption, qui représente un véritable frein contre le progrès au Mali.

¹²⁰ Civ. 1^{re}, 20 mars 1984, n° 82-16.926, P. I, n° 107.

¹²¹ Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 97-10.267, P. I, n° 291, *D.*, 1999.530, note F. Laroche-Gisserot ; *RTD civ.*, 1999, 111, obs. P. Jourdan.

¹²² Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, P. I, n° 249 ; *D.*, 2001. 3470, rapp. P. Saragos, note D. Dubouis ; *RTD civ.*, 2002.176, obs. Libchaber.

¹²³ Thèse de Mamadou Fonba du 19 décembre 2013.

¹²⁴ Loi n°61-56/ANRM du 15 mai 1961.

Toutefois, il est généralement admis, dans les pratiques médicales au Mali par les professionnels de santé, que le respect de l'obligation d'information constitue un impératif qui s'applique à tous les médecins.

Par ailleurs, si les fautes médicales sont de plus en plus fréquentes dans les établissements hospitaliers au Mali, force est de constater que les actions en justice pour ces situations précises sont très rares, voire inexistantes. En effet, la population malienne n'a pas l'habitude de porter ce genre d'affaire devant la justice, car les victimes et leurs proches préfèrent s'en remettre à Dieu.

B. La jurisprudence administrative

L'activité prétorienne constatée en matière d'obligation d'information des professionnels de santé du côté de la jurisprudence judiciaire trouve son pendant dans la jurisprudence administrative. Quelques arrêts du Conseil d'État vont ici être évoqués afin d'illustrer ce fait.

Ainsi, le 16 décembre 1964, le Conseil d'État a écarté la responsabilité du service public hospitalier dans le cas d'un traitement de radiothérapie entrepris sur un mineur. Selon lui, si les parents n'avaient pas été appelés à donner leur consentement exprès aux soins donnés à leur fils, ils avaient néanmoins eu connaissance de son transfert au service anticancéreux de l'hôpital et avaient été informés que ce transfert était nécessaire pour l'application de ce traitement¹²⁵.

Le Conseil d'État avait par la suite admis, à partir de 1964, que le défaut d'information pouvait constituer une faute médicale engageant la responsabilité du service public hospitalier¹²⁶. Il précisait toutefois que si le patient devait être informé d'un risque connu de décès ou d'invalidité, la responsabilité du service public ne pouvait être retenue au titre d'une absence d'information sur les risques exceptionnels¹²⁷.

Le 15 mars 1996, le Conseil d'État a été saisi par M^{lle} X. qui lui demandait de casser l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux qui avait rejeté sa demande tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Montpellier. Celui-ci avait rejeté sa

¹²⁵ CE, 13 juill. 1961, req. n° 51191, *Delanoé, Lebon T.* 1175.

¹²⁶ CE, 16 déc. 1964, req. n° 60627, *Le Bré, Lebon T.* 1008.

¹²⁷ CE, 9 janv. 1970, req. n° 73067, *Carteron, Lebon* ; CE, 12 juin 1970, req. n° 77328, *Dame Nercam, Lebon*.

demande d'indemnisation du préjudice résultant du traitement médical qu'elle avait subi, soutenant qu'avant de procéder à une opération à caractère esthétique, le praticien ne l'avait pas informée de tous les risques auxquels l'exposait l'intervention.

La cour administrative d'appel de Bordeaux avait considéré que le risque d'apparition de cicatrices chéloïdes à la suite d'un tel traitement n'avait qu'un caractère exceptionnel, et que la circonstance que M^{lle} X. n'avait pas été prévenue de tous les risques que pouvait comporter le traitement ne saurait engager la responsabilité de l'établissement de santé.

Pour sa part, le Conseil d'État a précisé qu'« *en matière de chirurgie esthétique, le praticien est tenu d'une obligation d'information particulièrement étendue à l'égard de son client* »¹²⁸. Cela suppose que l'information doit porter sur l'ensemble des risques connus.

En 2000, le Conseil d'État a été saisi par M^{me} Kruczkowski, agissant en qualité d'administrateur légal de son mari qui, à la suite d'une intervention chirurgicale qui s'était mal passée, était devenu tétraplégique.

La requête de son mari devant le tribunal administratif de Paris, pour demander que l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris, dont relevait l'établissement mis en cause, soit condamnée à réparer les conséquences du préjudice subi, ayant été rejetée, M^{me} Kruczkowski avait alors introduit un recours devant le Conseil d'État.

La Haute Juridiction en matière administrative a reconnu que le préjudice subi par M. Kruczkowski était le résultat d'un défaut d'information du patient, et qu'il devait être indemnisé sur le fondement de la perte de chance. Jusqu'à la fin des années 1990, les hôpitaux publics n'avaient pas l'obligation d'informer leurs patients des risques ayant un caractère exceptionnel – un principe qu'on retrouve dans la jurisprudence administrative¹²⁹.

Seul le défaut d'information portant sur un risque courant pouvait entraîner la recherche de la responsabilité pour faute. Toutefois, cette jurisprudence ne pouvait pas s'appliquer en matière de chirurgie plastique et esthétique, dans la mesure où l'information

¹²⁸ CE, 15 mars 1996, req. n° 136692, M^{lle} Durand, Lebon.

¹²⁹ CE, 9 janvier 1970, Carteron, op. cit., CE, 9 avril 1986, req. n° 47246, Ciesla, Rec., p. 85 ; CE, 1^{er} mars 1989, req. n° 67461, Gélinau, Rec., p. 657.

devait porter sur tous les risques bénins ou rares pouvant résulter du traitement ou de l'intervention¹³⁰.

Il y a lieu de dire qu'en matière d'évolution du droit à l'information du patient, le Conseil d'État a rejoint la Cour de cassation, notamment sur l'étendue de ce droit. L'approche reste la même, bien que le Conseil d'État vise les risques graves de décès ou d'invalidité lorsque les patients se prêtent aux soins qui leur sont proposés, même s'ils ne sont réalisés que de façon exceptionnelle¹³¹.

La Cour de cassation, quant à elle, retient les risques graves, ce qui recouvre les risques des conséquences mortelles et invalidantes. Cette affirmation jurisprudentielle du droit à l'information a été consacrée par le législateur.

Du côté du Mali, la consécration du droit à l'information provient directement de la Charte du malade du 6 octobre 2008 à travers son article 13, alinéa 1, qui stipule que « *le malade a le droit d'être informé de ce qui concerne son état, sauf en cas d'impossibilité absolue de satisfaire cette exigence* ». Hormis cette charte, il n'existe aucune décision jurisprudentielle concernant le droit à l'information.

Cette carence juridique s'explique particulièrement par le fait que le Mali fait toujours face à certains fléaux comme le poids de la communauté, le respect des traditions et l'attachement à celles-ci, l'illettrisme et le manque de culture hospitalière de la population, mais aussi par l'inexistence de document d'information ou de texte législatif concret régissant cette situation. Malgré de nombreuses plaintes pour demander une évolution en la matière, le législateur malien reste toujours indifférent.

Paragraphe 2 - La consécration législative et réglementaire

Traditionnellement considérée comme inégalitaire, la relation du professionnel de santé et de son malade est de plus en plus vue comme une relation qui évolue vers un équilibre, du fait des actions conjuguées du juge et du législateur.

¹³⁰ CE, sect., 5 janv. 2000, req. n° 181899, *Consorts Telle, Lebon, AJDA*, 2000. 180, *AJDA*, 2000. 137, Chron. M. Guyomar et P. Colin ; *RFDA*, 2000. 641, concl. D. Chauvaux.

¹³¹ CAA Paris, 9 juin 1998, req. n° 95PA03660, *Guilbot* ; CE, 5 janvier 2000, req. n° 198530, *Assistance publique de Paris* ; et CE, 5 janvier 2000, req. n° 18199, *Consorts Telle, op. cit.*

En effet, après les initiatives prises par les juges judiciaire et administratif pour affirmer le droit à l'information du patient, les textes consacrent désormais ce qui n'était jusque-là perçu que comme des normes déontologiques. Désormais, le devoir d'information des professionnels de santé donne lieu à des dispositions législatives (A) et à des dispositions réglementaires (B).

A. La consécration législative

Plusieurs dispositions législatives encadrent aujourd'hui la réalisation de certains actes médicaux. Elles fixent notamment les modalités, la qualité et l'étendue de l'information à donner aux patients, les modalités d'information spécifiques des patients, de façon qu'ils puissent appréhender les effets possibles de leur acceptation ou de leur refus.

En France, avant la principale loi du 4 mars 2002, on trouvait quelques lois qui exigeaient l'information préalable du patient. Il en est ainsi, par exemple, de la loi du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes¹³².

Ce texte prévoyait qu'un prélèvement d'organe à des fins thérapeutiques ne pouvait être réalisé qu'avec le consentement de la personne ou de ses représentants légaux pour le cas d'un incapable ou d'un mineur. Il précisait aussi qu'un décret en Conseil d'État déterminait les modalités selon lesquelles le donneur ou son représentant légal était informé des conséquences éventuelles de sa décision et exprimait son consentement.

Il en est encore ainsi dans la loi dite « Huriet »¹³³ de 1988. Dans son article 209-9, celle-ci énonce que préalablement à la réalisation d'une recherche biomédicale sur une personne, le consentement libre, éclairé et exprès de celle-ci doit être recueilli par écrit, après que l'investigateur, ou un médecin qui le représente, lui a fait connaître, par écrit, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme, de son droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité.

Une exception est admise dans le cas d'une personne malade dont le diagnostic n'a pu lui être révélé. Dans cette hypothèse, l'investigateur peut, dans le respect de sa conscience,

¹³² Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976, JO du 23 décembre 1976, p. 7365, loi dite Caillavet.

¹³³ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988, relative à la protection des personnes qui se mettent à la disposition des recherches biomédicales, JO, n° 0298 du 22 décembre 1988, p. 16032.

réserver certaines informations liées à ce diagnostic, avec mention de cette éventualité dans le protocole de recherche¹³⁴.

On citera, dans le même sens, la loi du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal¹³⁵. L'article L. 665-11 dispose que « *le prélèvement du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment* ».

Enfin, pour terminer avec la présentation des textes qui ont précédé la loi du 4 mars 2002, il y a également la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière¹³⁶, qui a inséré l'article L. 710-2 dans le Code de la santé publique. Cet article énonce, à son alinéa 2 : « *Dans le respect des règles déontologiques qui leur sont applicables, les praticiens des établissements assurent l'information des personnes soignées. Les personnels paramédicaux participent à cette information dans leur domaine de compétence et dans le respect de leurs propres règles professionnelles.* »

Au bout du compte, c'est la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui est venue « *amplifier les tendances antérieures de la jurisprudence judiciaire et administrative* », en unifiant du même coup les règles qui s'appliquent à la fois aux activités de prévention, de diagnostic et de soins, sans distinction du régime de droit auquel est soumis le professionnel ou l'établissement de santé. Elle introduit, au sein du Code de la santé publique, un chapitre 1^{er} intitulé « *Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté* ».

Ainsi, depuis son adoption, l'article L. 1111-2 du CSP dispose : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus.* »

¹³⁴ Art. L.1122-1 du Code de la santé publique.

¹³⁵ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, JO du 30 juillet 1994, p. 11060.

¹³⁶ Loi n° 91-748, 31 juillet 1991, portant réforme hospitalière, JO, 2 août 1991, p. 10225.

En plus de l'information sur la santé, la loi du 4 mars 2002 instaure l'exigence d'une information sur les frais de santé¹³⁷ et sur les risques apparus postérieurement à l'acte médical¹³⁸. Les patients tiennent de l'article L. 1111-4 « un droit de codécision » avec le professionnel de santé : « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé, et compte tenu des informations et préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.* »

C'est à ce titre qu'il a été considéré que la loi du 4 mars 2002 consacre la démocratie sanitaire¹³⁹. Avec cette loi, « *l'information est désormais envisagée à la fois comme une obligation incombant au médecin et comme un droit du patient* ». Les textes réglementaires sont venus, au fur et à mesure, préciser les modalités d'application de cette loi.

Au Mali, c'est essentiellement la loi du 22 juillet 2002 portant loi hospitalière qui, après avoir précisé que les praticiens des hôpitaux assurent l'information des personnes prises en charge en tenant compte de leur niveau de compréhension, dans le respect des règles déontologiques, ajoute également que les infirmiers et sages-femmes participent à cette information dans leur domaine de compétence et dans le respect de leurs règles professionnelles (art. 29).

Par ailleurs, en annexe à la loi n° 86-35 / AN-RM du 12 avril 1986 portant institution de l'Ordre national des médecins, le code de déontologie malien prévoit, en son article 27, que « *le médecin ou chirurgien-dentiste appelé à donner des soins dans une famille ou dans une collectivité quelconque doit, après avoir dûment informé les malades et leur entourage, s'efforcer d'imposer les règles d'hygiène et de prophylaxie requises. Il doit au besoin aviser les autorités compétentes des mesures prises ou à envisager* ».

B. La consécration réglementaire

Comme pour les textes législatifs, c'est bien avant la loi du 4 mars 2002 que les textes réglementaires ont commencé à faire allusion au droit à l'information du patient en France. Il s'agira ici surtout des textes qui ont introduit ce droit dans le code de déontologie médicale.

¹³⁷ « *Toute personne a droit à une information sur les frais de santé auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et, le cas échéant, sur les conditions de leur prise en charge et de dispense d'avance des frais.* »

¹³⁸ Article L. 1111-2 du CSP : « *Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit être informée, sauf en cas de l'impossibilité de la retrouver.* »

¹³⁹ BERLLA X., « Le droit à l'information en matière médicale, vers une reconnaissance d'un droit subjectif du patient », *AJDA*, 2012, p. 1991.

L'un de ces textes est le décret du 28 juin 1979¹⁴⁰, qui précise à son article 7, alinéa 1^{er}, que « *la volonté du patient doit être respectée, dans toute la mesure du possible* ». L'alinéa 2 de ce texte ajoute que « *lorsque le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, ses proches doivent, sauf urgence ou impossibilité, être prévenus et informés* ».

Cette disposition constitue une première reconnaissance de la nécessité d'une information du patient. On retrouve cette exigence dans le code de déontologie des sages-femmes, issu du décret du 8 août 1991, à son article 6¹⁴¹.

Citons aussi le décret du 6 septembre 1995 portant code de déontologie¹⁴², dont l'article 35 énonce que « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à sa compréhension* ».

En 1993, un décret est pris pour encadrer la profession des infirmiers et infirmières. Aux termes de l'article 32 de ce texte, l'infirmier ou l'infirmière informe le patient ou son représentant légal, à leur demande, et de façon adaptée, intelligible et loyale, des moyens ou des techniques mis en œuvre¹⁴³.

On va associer à l'ensemble de ces textes la circulaire du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés et comportant la Charte du patient hospitalisé¹⁴⁴. Cette circulaire ministérielle rappelle le devoir d'information du médecin et du personnel paramédical, et l'exigence de faire participer le patient aux choix thérapeutiques qui le concernent.

Aujourd'hui, la version applicable du code de déontologie est celle issue du décret du 29 juillet 2004¹⁴⁵. Son article 7 précise que le médecin doit écouter, conseiller et soigner avec la même conscience toutes les personnes.

¹⁴⁰ Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale, *JO*, 30 juin 1979, p. 1568.

¹⁴¹ Décret n° 91-779 du 8 août 1991 portant code de déontologie des sages-femmes, *JO*, 14 août, p. 10765.

¹⁴² Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, portant code de déontologie médicale, *JO* du 8 septembre 1995, p. 13305.

¹⁴³ Décret n° 93-221 du 16 février 1993, *JO* du 18 février 1993, p. 2646.

¹⁴⁴ Circulaire DGS/DH n° 95-22 du 6 mai 1995.

¹⁴⁵ Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V modifiant certaines dispositions du CSP, *JO*, n° 183 du 8 août 2004.

Au Mali, l'arrêté du 6 octobre 2008 portant Charte du malade dans les établissements hospitaliers¹⁴⁶, en son article 13, prévoit que « *le malade a le droit d'être informé de ce qui concerne son état de santé. C'est l'intérêt du malade qui doit être déterminant pour l'information à lui donner. Cette information doit lui permettre d'obtenir un aperçu complet de tous les aspects médicaux et autres, de son état, et de prendre lui-même les décisions ou de participer aux décisions pouvant avoir des conséquences sur son bien-être* ».

L'évolution que l'on vient de retracer a permis de fixer le contenu et les avancées de ce droit.

SECTION 2 - L'ÉTENDUE DU DROIT À L'INFORMATION DU PATIENT

Le principe selon lequel les patients ont le droit de connaître leur état de santé, les avantages et les risques que présentent les traitements qui leur sont proposés, est aujourd'hui incontesté.

L'étendue de l'information à délivrer au patient a été précisée par la jurisprudence et par les législateurs malien et français. Cette reconnaissance est d'autant plus justifiée que la Cour de cassation française a fait de la réparation du défaut d'information un préjudice autonome, depuis un arrêt de 2010. Le Conseil d'État lui a emboîté le pas, en continuant toutefois à fonder l'indemnisation sur la base de la perte de chance.

*« J'informerai les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences. Je ne tromperai jamais la confiance et n'exploiterai pas le pouvoir hérité des circonstances pour forcer les consciences. »*¹⁴⁷ Ces mots, issus du serment que prononcent les médecins, traduisent le fait que l'étendue de l'information se mesure à l'analyse du contenu de l'information à délivrer (**paragraphe 1**) et au regard de la sanction attachée au manquement à ce devoir (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - La délivrance et le contenu de l'information

Le développement des techniques de communication a rendu l'information médicale accessible à plus de personnes. Cette accessibilité à l'information fait du patient quelqu'un de plus en plus informé, et son niveau d'instruction a considérablement évolué.

¹⁴⁶ Arrêté n° 08-2716 / MS-SG du 6 octobre 2008 portant Charte du malade dans les établissements hospitaliers du Mali.

¹⁴⁷ Serment d'Hippocrate.

Dès lors, les patients, devenus de plus en plus exigeants, veulent bénéficier des soins les plus performants, refusant ainsi le moindre échec¹⁴⁸. Ils ont aujourd'hui acquis le droit d'être informés sur les actes médicaux qui les concernent.

C'est dans cet esprit que la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, dite convention d'Oviedo, du 4 avril 1997, a affirmé la nécessité d'une information des patients. Au niveau interne, l'exigence de cette information a été reconnue comme un droit des patients dont il convient d'envisager tour à tour les modalités de délivrance **(A)** et le contenu **(B)**.

A. La délivrance de l'information

Il existe plusieurs façons de se faire comprendre. Cela dépend souvent des personnes, des circonstances et de la teneur de l'information, des explications. Ici, on peut avoir des explications simples et brèves. Là, elles peuvent être longues et plus savantes. Ailleurs encore, elles peuvent être illustrées en usant d'images, de comparaisons, d'analogies.

En matière d'information du patient, deux thèses se sont souvent opposées : celle qui préconise de mesurer, de limiter au maximum le développement fait au malade, et celle qui considère qu'il existe un véritable devoir d'information à la charge du médecin.

Pour les partisans de la première thèse, il n'est pas question d'aborder les éléments et les notions techniques avec le patient. Ils considèrent que n'étant pas un professionnel médical, il lui sera difficile de les comprendre. Ils redoutent aussi qu'en les évoquant, son équilibre psychique puisse être troublé. Il faut donc s'exprimer le moins possible et compter sur la confiance du patient.

Les partisans de la seconde thèse, au contraire, partent du principe que « *la curiosité des hommes et des femmes ne s'éveille pas seulement quand ils sont malades. Les progrès, les espoirs et les alarmes suscités par la médecine moderne ont profondément impressionné la pensée de nos contemporains* »¹⁴⁹ qui, de ce fait, se posent souvent de nombreuses questions.

¹⁴⁸ GUIENIOT C. et NYS J.-F., « Le système de santé français », *Universalis.edu*.

¹⁴⁹ Sylvie Fortin et Serge Maynard, « Progrès de la médecine, progrès technologiques et pratiques cliniques : les soignants se racontent ».

Le devoir d'information mis à la charge du médecin vise donc à répondre à toutes ces questions. La rétention ou le refus de l'information paraît donc être une position indéfendable, ce à quoi nous adhérons.

Si, étymologiquement, le mot « informer » signifie « donner une forme », on constate que cela correspond à ce que doit faire le médecin après avoir établi le diagnostic : définir et présenter la maladie à son patient. La question qui se pose est celle de savoir sous quelle forme cette présentation doit se faire. À l'évidence, le médecin doit tenir compte de la personnalité du patient et de la nature de la maladie. Il adapte donc l'information et son langage au niveau de compréhension de son patient.

Quelles que soient la définition qu'il donne de la maladie et la façon dont il va l'organiser, il doit le faire même dans l'éventualité où les symptômes présentés par le malade ne permettent pas de diagnostic. Pierre d'Aboulker écrit que « *c'est une marque d'incapacité pour un médecin que de répondre à qui le consulte qu'il n'a rien* »¹⁵⁰.

Et Pierre Pichot d'ajouter que « *le diagnostic et le pronostic du médecin auront deux fonctions contradictoires : ils sont un danger dans la mesure où ils confirment l'état de maladie. Ils sont un espoir car seul le médecin est capable d'apporter une aide* »¹⁵¹. Les problèmes posés par l'information du patient, notamment sa délivrance, se situent donc entre le danger et l'espoir.

Cela étant dit, le droit à l'information en matière médicale est consubstantiel au droit de consentir à un acte médical susceptible de porter atteinte à la dignité de la personne humaine. Si le droit à l'information est aujourd'hui un acquis pour le patient¹⁵², il faut encore savoir qui, parmi les professionnels de santé, est débiteur de cette obligation, sur quoi elle doit porter, et quelles sont les modalités de sa délivrance.

¹⁵⁰ ABOULKER P., *Leçon inaugurale*, Paris, 29 mai 1963.

¹⁵¹ Pierre Pichot, *Histoire de la psychiatrie*, 1983.

¹⁵² Il s'agit là de la conséquence directe de la revalorisation de la place du patient dans sa relation avec le médecin, avec le renforcement de l'autonomie du droit à l'information depuis 2010 : Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, *Bull. civ.*, I, n° 128 ; *Gaz. Pal.*, 2010, jur., p. 1563, concl. A. Legoux ; *D.*, 2010, p. 1522, note P. Sargos ; Cass. civ. 1^{re}, 6 octobre 2011, inédit, pourvoi n° 10-21.241, *RGDM*, 2012, n° 42, p. 462, note M. Girer ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} janvier 2012, inédit, pourvoi n° 10-24.447, *RGDM*, 2012, n° 42, p. 463, note M. Girer ; Cass. civ. 1^{re}, 9 février 2012, inédit, pourvoi n° 10-25.915, *Gaz. Pal.*, 10 mars 2012, p. 37, note F. Bibal.

Au Mali, l'article 13, alinéa 1 de l'arrêté n° 08-2716 du 6 octobre 2008 portant Charte du malade dispose : « *Le malade a le droit d'être informé de ce qui concerne son état. C'est l'intérêt du malade qui doit être déterminant pour l'information à lui donner.* »

C'est aussi ce qu'affirme l'article L. 1111-2, alinéa 1 du CSP : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé.* » Ce qui résulte de ces textes n'est pas une possibilité mais un droit opposable dont dispose le patient vis-à-vis des professionnels et des établissements de santé¹⁵³.

Les deux textes malien et français se rejoignent dans leur objectif. Avant la transposition de l'article 1111-2 du CSP, le droit laissait entrevoir la possibilité pour le médecin de décider du partage ou non de l'information avec le patient.

L'ancien article 35 du code de déontologie médicale autorisait le médecin, en France, à retenir l'information lorsqu'il estimait que cela était dans l'intérêt du patient¹⁵⁴. Aujourd'hui, le pouvoir de décider ou non d'avoir certaines informations appartient au patient. En effet, l'alinéa 4 de l'article L. 1111-2 du CSP énonce : « *La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.* »¹⁵⁵ L'intérêt du malade prime sur la volonté du médecin.

La charge de la délivrance de cette information incombe au professionnel de santé, y compris dans le cadre d'un exercice en société¹⁵⁶. Le code de déontologie médicale français précise que « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état de santé, les investigations et les soins qu'il lui propose* ».

¹⁵³ BERGOIGNAN-ESPER C., « Le consentement médical en droit français », *Laennec*, 2011/4, Tome 59, p. 15 à 23.

¹⁵⁴ Ancien article 35, alinéa 2 du code de déontologie médicale : « (...) *dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic grave, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination.* »

¹⁵⁵ Article. L. 1111-2 du CSP.

¹⁵⁶ L'article R. 4127-64 du CSP indique clairement : « *Lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés ; chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade.* » CE, 28 juillet 2011, n° 331126, souligne qu'il appartient au médecin spécialiste et non au médecin traitant d'informer directement le patient des investigations et des résultats des examens réalisés, notamment lorsque ceux-ci laissent apparaître des risques pour sa santé, sauf si le patient a choisi de se délivrer de ces informations par le biais de son médecin traitant.

On ne retrouve pas la même précision dans le code de déontologie malien, qui se limite à affirmer que « *le médecin ou chirurgien-dentiste appelé à donner des soins dans une famille ou dans une collectivité quelconque doit, après avoir dûment informé les malades et leur entourage, s'efforcer d'imposer les règles d'hygiène et de prophylaxie requises* »¹⁵⁷.

Cette disposition doit cependant être combinée à celle de l'article 29, alinéa 1^{er} de la loi hospitalière, qui précise que « *dans le respect des règles déontologiques qui leur sont applicables, les praticiens des hôpitaux assurent l'information des personnes prises en charge en tenant compte de leur niveau de compréhension* ». L'alinéa 2 de ce texte ajoute que « *les infirmiers et sages-femmes participent à cette information dans leur domaine de compétence et dans le respect de leurs règles professionnelles* »¹⁵⁸.

Pour revenir en France, l'article L.1111-2 du CSP, issu de la loi du 4 mars 2002, est venu préciser que « *l'information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables* »¹⁵⁹.

Comme on peut le remarquer, le devoir d'information incombe à tout professionnel de santé selon son domaine de compétence. Il s'agit à la fois d'un devoir individuel et d'un devoir collectif. Cette exigence vient battre en brèche la conception ancienne du secret professionnel, qui conduisait certains praticiens à refuser à leurs patients la transmission des documents médicaux qui les concernaient.

De même, bien des médecins refusaient de fournir à leurs patients des informations techniques, jugées peu accessibles à leur compréhension, estimant que celles-ci pouvaient être de nature à troubler leur « *équilibre psychique* ». Il fallait donc, selon eux, s'exprimer le moins possible¹⁶⁰.

Par ailleurs, la Charte de la personne hospitalisée impose aux établissements de santé français de « *veiller à ce que l'information médicale et sociale des personnes hospitalisées soit assurée et que les moyens mis en œuvre soient adaptés aux éventuelles difficultés de*

¹⁵⁷ Art. 27 du CSP.

¹⁵⁸ Loi hospitalière du 22 juillet 2002.

¹⁵⁹ Civ. 1^{re}, 14 oct. 1997, n° 95-19.609, P, I, n° 278, D., 1997. 236 ; RDSS, 1998. 62, obs. L. Dubois.

¹⁶⁰ DEBRAY J.-R., « L'information du patient », *Revue des deux mondes*, 15 janvier 1965, p. 207-215. À cette thèse, on a opposé celle qui soutient que le patient est créancier d'une obligation d'information dont est débiteur le médecin.

communication ou de compréhension des patients, afin de garantir à tous l'égalité d'accès à l'information ».

Au-delà de cela, l'article L. 1231-1 du CSP étend l'obligation à un comité d'experts, en ce qui concerne le prélèvement d'organes sur une personne vivante en vue d'un don. Le comité doit informer le donneur des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé.

L'information est dite ici *rationae personae*, car sa délivrance est une obligation personnelle. Tous les professionnels de santé sont soumis à cette obligation dans le cadre des prestations de soins qu'ils proposent ou qu'ils pratiquent, peu importe le lieu et le mode d'exercice de leur activité, dans la limite de leurs compétences.

Au-delà des soins, il y a aussi les prestations financières. Les débiteurs, dans cette hypothèse, sont aussi bien les professionnels de santé que les structures au sein desquelles ils exercent.

S'agissant du créancier de l'obligation d'information, il s'agit bien entendu du patient. C'est à lui, dans le cadre d'un entretien individuel que lui accorde le professionnel de santé, que l'information orale doit être donnée.

Cet échange oral permettra au patient de poser des questions, d'exprimer ses préférences, et au professionnel de santé de s'assurer que ce dernier a bien compris l'information. En ce qui concerne ses proches, dans l'hypothèse où le patient est dans l'impossibilité d'exprimer son consentement, c'est à eux que l'information est donnée. Il peut s'agir des parents ou d'une autre personne de confiance.

B. Le contenu de l'information

Bien informer est difficile et compliqué. Pour les professionnels de santé, il faut savoir quelle information délivrer au patient, et surtout quelle information ne pas oublier. L'information délivrée doit porter sur « *les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les*

risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus »¹⁶¹.

Il s'agit là de l'information préalable, énumérée dans cette disposition de l'article L. 1111-2 du CSP. À la différence de l'information *rationae personae*, l'information concernant les actes médicaux est dite *rationae materiae*.

Il faut distinguer selon que l'information est préalable aux actes de prévention, de diagnostic ou de soins, ou au contraire postérieure à ces actes. S'agissant de l'information préalable, le principe posé est que « *toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé* »¹⁶².

Avant que le contrat de soins ne soit conclu et que le patient ne soit pris en charge, le professionnel de santé doit principalement l'informer sur son état de santé et sur les actes envisagés, conformément à l'état des connaissances et des éléments établis à la date des soins, sur les conditions de sa prise en charge et sur les frais inhérents aux actes projetés.

Ces informations ont pour objet de permettre au patient de choisir entre l'acceptation et le refus de ce qui lui est proposé, avec une connaissance suffisante de son mal, de sa nature et des conséquences possibles de l'intervention, lorsque celle-ci est envisagée.

S'agissant de l'information concernant les soins, le patient doit être mis au courant de la forme sous laquelle ils doivent être administrés. Il doit savoir si ces soins seront ambulatoires, à domicile ou hospitaliers.

Il en est de même des conséquences du choix, qui pourra être porté sur le secteur privé de l'hôpital plutôt que sur le service public, notamment en ce qui concerne l'incidence des rapports entre le patient et son praticien¹⁶³ et les conséquences financières qui en découlent¹⁶⁴.

Il est à noter qu'en certains domaines, l'obligation d'information est renforcée. Ce renforcement concerne un délai de réflexion qui doit être respecté entre le moment où

¹⁶¹ CE, 1^{er} mars 1989, *Gelineau*, Rec., p. 65 ; CE, Sect., 14 févr. 1997, *Centre hospitalier régional de Nice*, Rec., p. 44, concl. M^{me} Péresse, *JCP*, 1997, II, n° 22828, note J. Moreau.

¹⁶² Art. L. 1111-2 du CSP.

¹⁶³ CAA Nancy, 21 oct. 1989, *Munere*, *Lebon T.* 908.

¹⁶⁴ CE, sect., 11 janv. 1991, M^{me} X, req. n° 933348, *Lebon*, *AJDA*, 1991, 479, obs. X. Prétot.

l'information est délivrée et celui auquel les soins peuvent être exécutés. C'est notamment le cas en matière de chirurgie esthétique avec finalité thérapeutique.

L'information doit ensuite porter sur les risques fréquents ou graves, normalement prévisibles, que comportent les actes proposés pour la prise en charge du patient. Jusqu'en 1998, la jurisprudence considérait que le médecin devait seulement informer le patient des risques normalement prévisibles de l'intervention ou du traitement auquel il soumettait ce dernier¹⁶⁵, sauf en matière de chirurgie esthétique où l'obligation d'information portait même sur les risques exceptionnels¹⁶⁶.

En 1998, par deux arrêts, la Cour de cassation a étendu le contenu de l'obligation d'information en énonçant qu'en dehors des situations d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, « *un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement* »¹⁶⁷.

On est bien loin de la position prise par la Cour de cassation dans l'arrêt qu'elle a rendu le 18 décembre 2002, dans lequel elle approuvait une cour d'appel qui avait écarté la responsabilité d'un médecin au motif que les complications dont avait été victime sa patiente étaient totalement imprévisibles.

Sa position est la même dans l'arrêt du 26 septembre 2012, dans lequel elle énonçait que les professionnels de santé n'étaient tenus d'informer leurs patients que sur les risques dont l'existence était connue au moment où cette information devait être délivrée.

Une cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences légales de ces constatations, retenant un défaut d'information, alors qu'il résultait des constatations non contestées du rapport d'expertise que la neurotoxicité de la marcaïne (produit qui avait été utilisé pour la rachianesthésie) était inconnue à la date de l'intervention, de sorte qu'il n'était pas possible d'en informer la patiente.

¹⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998, *D.*, 1998.530, note Laroche-Gisserot.

¹⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 1969, *Bull. civ. I*, n° 347.

¹⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, *JCP*, 1998, II, n° 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos.

En 2005, le Conseil d'État s'est aligné sur la jurisprudence de la Cour de cassation, à travers les arrêts *Consorts Telle* et *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*¹⁶⁸. Par ces deux arrêts, le Conseil pose le principe selon lequel « *la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation* ».

Il en résulte que les risques sur lesquels le patient doit être informé ne sont pas seulement les risques fréquents ou graves normalement prévisibles, tel que prévu par le législateur, mais aussi les risques exceptionnels.

L'information doit aussi porter sur des risques nouveaux, lorsqu'ils sont identifiés, survenant « *postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention* », ainsi que sur les risques consécutifs aux soins qui ont été exécutés¹⁶⁹.

De fait, devant la survenance d'un accident médical, le médecin expert doit souvent se repérer en fonction des éléments liés à la fréquence ou à la rareté d'une complication ou d'un accident, de son caractère classique ou inhabituel, attendu ou imprévisible.

Le curseur ici est celui des données acquises de la science, qui s'apprécie à la date de la prise en charge du patient. Les risques fréquents sont les risques généralement connus, qui présentent une fréquence statistique significative, « *dont la fréquence est établie et pour lesquels la probabilité de survenance est forte* »¹⁷⁰.

Un souci constant anime les médecins et les magistrats : ils ont toujours à cœur de faire en sorte que l'information à donner au patient ne se transforme pas en une espèce de « *catalogue plus ou moins compréhensible dont l'ampleur même aurait pour conséquence une forme de désinformation en ce sens que l'essentiel serait noyé sous l'accessoire* ». Pour la plupart des patients, ce qui importe, c'est de connaître les risques qui peuvent avoir « *un retentissement vital ou invalidant* »¹⁷¹.

En ce qui concerne les risques graves, comme nous l'avons souligné plus haut, ce sont ceux qui retiennent le plus l'attention du patient. Cependant, le législateur n'a pas précisé la notion de gravité. Elle peut toutefois être interprétée à la lumière de la jurisprudence

¹⁶⁸ CE, 5 janvier 2000, n° 198530.

¹⁶⁹ CE, 5 janv. 2000, n° 181899 ; *AJDA*, 2000. 180, chron. M. Guyomar et P. Collin.

¹⁷⁰ Guillaume Promé, *Les risques : définition, types, évaluation et gestion*.

¹⁷¹ BERGOIGNAN-ESPER C. et SORGOS P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, 3^e éd., Dalloz, 2021, p.49.

classique. En effet, selon cette jurisprudence, un risque peut être considéré comme grave lorsqu'il peut entraîner un décès ou une invalidité.

Aux termes de l'article L.1142-1 du CSP, la gravité peut être appréciée « *au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurée en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire* »¹⁷².

Les risques graves ouvrant droit à une indemnisation au titre de la solidarité nationale sont la perte de capacités fonctionnelles d'au moins 24 %, et l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou les gênes temporaires d'au moins six mois, ou un déficit fonctionnel temporaire d'au moins 50 %.

Le patient doit enfin être informé postérieurement aux actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Cette exigence est issue de l'article L.1111-2 du CSP, aux termes duquel, « *lorsque postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver* »¹⁷³. Il s'agit ici surtout de tenir compte de l'évolution des connaissances médicales postérieurement à la date de prise en charge, et de l'apparition de risques nouveaux.

Elle est également nécessaire en cas de dysfonctionnements liés aux soins, notamment pour permettre de joindre matériellement le patient et, le cas échéant, d'entreprendre les recherches à cette fin.

Si le dysfonctionnement constitue un risque pour la santé publique ou pour la personne, l'autorité administrative peut mettre en demeure les professionnels, organismes ou établissements de santé qui ont effectué les investigations, traitements ou actions de prévention de procéder à l'information des personnes concernées, au cas où cette dernière n'aurait pas été délivrée, conformément aux dispositions de l'article L.1111-2 du CSP.

Du côté du Mali, les dysfonctionnements des structures de santé ont été aggravés par la crise humanitaire due aux conflits armés qui touchent le pays dans sa grande majorité.

¹⁷² Art. L. 1142-1 du CSP.

¹⁷³ Art. L. 1111-2 du CSP.

Cette situation a suscité une certaine affluence à tous les niveaux. L'accès aux soins a été considérablement affecté et restreint par la crise, à travers la destruction et le pillage des établissements de santé communautaires, même si la plupart d'entre eux étaient d'ores et déjà dans un état de délabrement total.

Face à ces dysfonctionnements qui peuvent soit toucher le patient directement, soit représenter un danger pour la santé, force est de constater qu'à ce jour, au Mali, il n'existe aucun véritable organe juridique compétent pour statuer en la matière. Par conséquent, engager des réflexions dans ce secteur devient une urgence vitale.

Devant ce vide juridique, il convient d'indiquer tout de même que ces différents cas de dysfonctionnements sont soumis généralement aux règles du droit commun qui régissent en principe ce genre de situation juridique.

Paragraphe 2 - Le manquement à l'obligation d'information

L'information des malades sur leur mal et sur les soins qu'ils reçoivent figure parmi les questions centrales qui traversent les débats sur la place des patients dans le système de soins comme dans la relation thérapeutique.

La question se pose lorsque le médecin doit formuler un diagnostic ou demander le consentement du malade quand celui-ci ne dispose pas des éléments pour en juger. Elle s'articule aussi, quelquefois, avec celle de la vérité. On peut alors être conduit à envisager la notion sous l'angle du mensonge entre médecin et malade.

Ceci nous amène à rappeler que c'est en partie à la suite des divers scandales sanitaires qui ont largement érodé la confiance que les patients plaçaient dans leurs soignants qu'il y a eu une remise en question des médecins et que s'est installé ce qu'il est convenu d'appeler la crise de légitimité de la médecine.

La recherche d'un rééquilibrage dans la relation de soins par les moyens juridiques a abouti à la mise à la charge du médecin d'un certain nombre d'obligations, dont celle d'information, dans le cadre de laquelle des garde-fous sont posés.

Le professionnel de santé, malgré sa volonté de ne commettre aucune erreur, ne peut parfois pas éviter toutes les situations délicates qui peuvent survenir au moment de prodiguer les soins au patient ou de pratiquer une intervention chirurgicale. C'est pourquoi, quelques

exceptions à l'obligation d'information sont admises **(A)**. Mais, le dialogue entre médecin et patient reste une notion majeure. Il arrive souvent que le patient n'ait pas reçu une information complète sur les effets possibles d'une action thérapeutique. Ce défaut d'information peut avoir des conséquences juridiques pour le débiteur de celle-ci et entraîner la mise en cause de sa responsabilité **(B)**.

A. Les exceptions à l'obligation d'information

Les limites de l'obligation d'information sont posées par l'article L.1111-2 du CSP. En effet, ce texte dispose que « *seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent (...) dispenser* » le professionnel de santé de délivrer l'information prévue.

Ce texte énonce aussi le principe selon lequel la volonté de la personne « *d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée* », sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

Le législateur ainsi que la jurisprudence¹⁷⁴ ont donc précisé trois principales exceptions ou limites à l'obligation d'information : l'urgence, l'impossibilité et le refus du patient d'être informé.

En ce qui concerne l'urgence et l'impossibilité d'informer, c'est la Cour de cassation qui les a retenues en premier lieu¹⁷⁵. Certaines personnes sont présentées aux professionnels ou à l'établissement de santé dans des situations nécessitant la mise en œuvre immédiate de soins indispensables à leur survie, justifiant ainsi l'urgence. En effet, l'absence d'une prise en charge immédiate peut avoir pour effet le décès ou l'altération grave de l'état de la personne.

C'est ce qu'avait retenu la cour administrative d'appel de Bordeaux le 16 juillet 2013 concernant le cas d'un patient présentant plusieurs fractures et admis en urgence à l'hôpital. Elle affirmait que la délivrance d'une information sur les trois méthodes possibles pour réduire sa fracture du calcanéum et sur les risques liés à chacune de ces méthodes

¹⁷⁴ Dans l'arrêt *Consorts Telle*, le Conseil d'État, qui a suivi pour cela la cour administrative d'appel de Paris, affirme que « *lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; (...) si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé (...)* ».

¹⁷⁵ Civ. 1^{re}, 22 mai 2002, *Bull. civ.*, 2002, I, n° 142 ; Civ. 1^{re}, 26 oct. 2004, *Bull. civ.*, I, n° 236 ; D., 2005. Pan., obs. J. Penneau.

thérapeutiques n'était pas possible compte tenu de l'urgence qui s'attachait à sa prise en charge médicale.

L'urgence, définie comme le « *caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent* »¹⁷⁶, rend impossible, en droit de la santé, l'information du patient. Cela suppose qu'en l'absence d'information, il ne pourra pas donner son consentement. Devant cette impossibilité, ce sont les proches qui seront informés et qui donneront leur consentement à sa place.

Par ailleurs, l'impossibilité d'informer le patient peut également résulter de son état physique ou psychologique qui ne lui permet pas de comprendre ce dont il souffre ou ce qui lui est dit, s'agissant notamment des soins envisagés.

C'est dans ces conditions que la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait soutenu qu'une exérèse-biopsie s'imposait en urgence pour déterminer la nature d'une tumeur supposée cancéreuse. Celle-ci avait révélé l'existence d'une tumeur nerveuse très rare, dont l'exérèse même partielle, à des fins de biopsie, pouvait entraîner des séquelles nerveuses. La Cour avait donc pu en déduire qu'en l'absence d'éléments en faveur d'une telle tumeur, un praticien n'avait pas commis de faute en n'informant pas préalablement son patient des conséquences possibles de sa découverte éventuelle et de son exérèse, caractérisant ainsi une impossibilité pour ce professionnel de délivrer une information éclairée¹⁷⁷.

Une autre exception au droit à l'information résulte de la possibilité ou faculté qui est laissée au patient de choisir d'être tenu dans l'ignorance. L'article 1111-2, alinéa 4 dispose que « *la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission* »¹⁷⁸.

Ce texte ne précise pas dans quelles conditions le patient peut opposer ce refus d'information. L'article 35 du code de déontologie médicale, abrogé de façon implicite par la

¹⁷⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020.

¹⁷⁷ Civ. 1^{re}, 26 oct. 2004, n° 03-15.120, P. I, n° 236 ; D., 2005.409 ; D., 2005.403, obs. J. Penneau.

¹⁷⁸ Art. L. 1111-2, alinéa 4 du CSP.

loi du 4 mars 2002, et de manière officielle par le décret du 7 mai 2012¹⁷⁹, prévoyait que cela se faisait « *dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes* ».

Toutefois, pour protéger la santé publique, une limite est désormais posée au refus du patient d'être informé, notamment lorsqu'il s'agit d'une maladie transmissible. Il en est ainsi, par exemple, du VIH ou de la Covid-19. Il faut souligner aussi que la limitation à l'obligation d'information ne profite qu'au patient.

Un problème se pose cependant en ce qui concerne les prédispositions ou l'existence d'une maladie génétique grave chez le patient ayant refusé d'être informé. En effet, le Comité consultatif d'éthique a considéré que « *la révélation du port d'une mutation génétique ou d'une anomalie chromosomique peut être vécue non seulement comme traumatisante, mais aussi, parfois, culpabilisante, voire humiliante* »¹⁸⁰.

Même si cela est encore plus difficile pour le patient, il est considéré qu'il lui appartient de prévenir, de façon consciente, les membres de sa famille. Il peut aussi demander au médecin d'informer les membres de sa famille, dans le cas où il ne voudrait pas le faire lui-même.

Au regard de la difficulté de cette démarche, il est désormais prévu que préalablement à tout examen des caractéristiques génétiques d'une personne, le médecin l'informe des risques que son silence pourrait faire courir aux membres de sa famille, dans l'hypothèse où une anomalie génétique grave serait découverte¹⁸¹.

Face au refus du patient d'être informé, se pose alors pour le médecin un problème de preuve. Il lui appartient de trouver un moyen de se constituer une preuve du refus d'information du patient. Il peut s'agir d'un écrit qu'il fait signer au patient ou d'un témoin.

Les présomptions ici ne sont pas exclues, mais elles ne sont pas irréfutables. Dans tous les cas, le refus d'information du patient a pour conséquence l'impossibilité pour le médecin de l'informer, de lui présenter les soins qu'il prévoit, les précautions qu'il doit prendre et les alternatives thérapeutiques possibles face au diagnostic qu'il a posé.

¹⁷⁹ Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale.

¹⁸⁰ Avis n° 76 du 24 avril 2003.

¹⁸¹ Article L.1131-1-2 du CSP issu de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, article 2.

Dans ce cas, le médecin doit insister sur les conséquences du refus d'information du patient relativement au choix des soins et aux alternatives, sachant que chaque choix comporte des risques particuliers potentiels. De ce fait, le refus d'information du patient exonère le médecin de tout défaut d'information et donc de toute responsabilité en la matière.

Au-delà des situations susmentionnées, le Conseil d'État a estimé qu'en cas de manquement à l'obligation d'information d'un patient, la responsabilité de l'hôpital ne pouvait être écartée que si l'intervention était impérieusement requise.

On peut donc ajouter, parmi les exceptions à l'obligation d'information, le caractère « *impérieux de l'intervention* »¹⁸². En l'espèce, une patiente ayant souffert de complications à la suite d'une opération avait introduit un recours indemnitaire contre l'hôpital, au titre d'un manquement à l'obligation d'information sur les risques de l'intervention. Ce recours visait l'arrêt de la cour d'appel qui jugeait qu'au regard de la gêne fonctionnelle croissante dont elle souffrait et de l'absence d'alternative thérapeutique moins risquée, « *il ne résultait pas de l'instruction que la patiente aurait renoncé à l'intervention si elle avait été pleinement informée* ».

Pour sa part, le Conseil d'État a estimé que la cour avait commis une erreur de droit en écartant pour ce motif la responsabilité de l'hôpital, alors qu'il lui appartenait non pas de déterminer quelle aurait été la décision de l'intéressée si elle avait été informée des risques, mais de dire si elle disposait d'une possibilité raisonnable de refus et, dans l'affirmative, d'évaluer cette possibilité et de fixer en conséquence l'étendue de la perte de chance.

Le Conseil d'État a conclu en jugeant « *qu'un manquement des médecins à leur obligation d'information engage la responsabilité de l'hôpital dans la mesure où il a privé le patient d'une chance de se soustraire au risque lié à l'intervention en refusant qu'elle soit pratiquée ; que c'est seulement dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus, que les juges du fond peuvent nier l'existence d'une perte de chance* ».

Au Mali, tout manquement du médecin à son obligation d'information envers son patient peut donner lieu à des poursuites pénales. La responsabilité personnelle du médecin

¹⁸² CE, 24 sept. 2012, req. n° 339285.

peut aussi être engagée, et aucune assurance ne peut le couvrir pour cela. À ce titre, l'article 15 de la Charte du malade hospitalisé énonce : « *Le malade ou son représentant a le droit d'être complètement informé à l'avance des risques que peut représenter toute prestation en vue du diagnostic ou du traitement.* »¹⁸³

B. Le défaut d'information et la responsabilité

L'information du patient concernant son état de santé et les effets des soins qui lui sont proposés est une chose essentielle, dans la mesure où c'est ce qui lui permet de faire son choix.

En dehors des cas où la personne malade n'est pas en capacité de recevoir l'information et de ceux où il n'y a pas d'urgence absolue dans sa prise en charge, le fait de ne pas l'informer sur sa santé et les effets des actes d'investigation et des traitements qui lui sont proposés peut être constitutif d'une faute pouvant lui causer un préjudice¹⁸⁴.

Pendant longtemps, la Cour de cassation a sanctionné le défaut d'information du praticien quant aux risques liés à l'acte médical sur le fondement d'une perte de chance. Elle considérait que ce défaut d'information faisait perdre à la personne malade la possibilité de refuser l'acte auquel elle était soumise et d'éviter le risque à l'origine du dommage qu'elle avait subi¹⁸⁵.

Malgré la disponibilité de l'information médicale par des sources diverses, il reste toujours nécessaire, et même fondamental, d'informer le patient pour le sortir de « *l'obscurité qui encombre son esprit, le replacer sur la voie de ce qui est de l'ordre médical et sanitaire* ».

Aussi, s'il n'est pas nécessaire pour les médecins de soumettre systématiquement leurs patients à des tests aux fins d'apprécier l'étendue de leur culture et de leur capacité intellectuelle, rien ou presque ne « *pourrait les dispenser de reconnaître aux malades la même humanité qu'ils s'accordent à eux-mêmes et les autoriser à les traiter non comme des sujets et des interlocuteurs, mais comme des objets* »¹⁸⁶.

¹⁸³ Charte du malade dans les établissements hospitaliers du Mali, 6 octobre 2008.

¹⁸⁴ CE, 16 déc. 1964, req., n° 60627, *Le Bré, Lebon T*, 1008.

¹⁸⁵ Civ. 1^{re}, 7 févr. 1990, n° 88-14, 797, *D.*, 1991.183, obs. J. Penneau ; *RTD civ.*, 1992, 109, obs. P. Jourdain.

¹⁸⁶ HAIM V., « De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet », *op. cit.*

C'est pourquoi, en 2010, la Cour de cassation française a jugé que « *le non-respect du devoir d'information cause à celui auquel l'information était légalement due un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation* »¹⁸⁷. Cette décision a donné lieu à un débat concernant la nature du préjudice à réparer.

Deux thèses sont alors apparues au sein de la doctrine : l'une soutenait que le droit à l'information étant un droit subjectif nouveau, le préjudice subi par le patient était un préjudice moral ; tandis que l'autre y voyait un préjudice « d'impréparation »¹⁸⁸.

Pour notre part, nous adhérons à cette dernière thèse qui a par ailleurs été confirmée par la Cour de cassation française¹⁸⁹. En effet, en 2019, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé qu'il était nécessaire pour le médecin de se conformer à son obligation d'information, même si cela consistait seulement à alerter le patient sur certains risques, en l'espèce, les risques d'un accouchement naturel.

Concrètement, *a priori*, il s'agit là de retenir, à travers la décision de la Cour de cassation, la condamnation du médecin praticien sur la base du manquement à son obligation d'information en présence de risques inhérents à l'accouchement de sa patiente.

La cour d'appel a condamné le praticien à réparer l'ensemble des préjudices consécutifs à l'absence fautive de réalisation d'une césarienne, alors même que la macrosomie fœtale l'imposait. Cependant, elle a refusé toute réparation au titre du défaut d'information, considérant que puisque celui-ci « *a porté sur les risques inhérents, non pas à un acte de soins qui aurait été pratiqué sans le consentement éclairé de la patiente, mais à un accouchement par les voies naturelles en présence d'une macrosomie fœtale, il ne saurait être à l'origine (...) d'un préjudice moral autonome d'impréparation (...)* ». Par la suite, la cour d'appel a décidé que ce préjudice était associé aux complications de l'accouchement dues à

¹⁸⁷ Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *Dalloz actualité*, 21 juin 2010, obs. I. Gallmeister ; *AJDA*, 2010. 2169, note C. Lantero.

¹⁸⁸ JOURDAIN P., « Préjudice réparable en cas de défaut d'information médicale : la Cour de cassation réoriente sa jurisprudence », *RTD civ.*, 2014. 379.

¹⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2019, n° 18-10709 ; s'appuyant sur les articles 16 et 16-3, alinéa 2, du Code civil et L. 1111-2 du CSP, la Haute Juridiction en matière civile a cassé l'arrêt qui a rejeté une demande formée au titre d'un préjudice d'impréparation : « (...)Attendu que le non-respect, par le professionnel de santé, de son devoir d'information sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles que comportait un accouchement par voie basse ou non, cause à celui auquel l'information était due, lorsque l'un de ces risques s'est réalisé, un préjudice moral distinct des atteintes corporelles subies, résultant d'un défaut de préparation à l'éventualité que ce risque survienne ; qu'il incombe aux juges du fond d'en apprécier l'étendue au regard des circonstances et des éléments de preuve soumis (...). »

l'absence de césarienne ;il n'était donc pas lié au défaut d'information mais plutôt à la faute du médecin.

Ainsi, bien qu'un préjudice corporel ait été indemnisé sur le fondement de la perte de chance, la réparation d'un autre préjudice peut être cumulée au premier sans porter atteinte au principe de réparation intégrale.

Au Mali, les textes qui régissent le secteur de la santé ne traitent presque pas du défaut d'information du professionnel de santé à l'égard du patient. En l'absence de cas d'espèce, on est tenté de penser qu'une défaillance de cet ordre est traitée sous l'angle de la faute par négligence. À cet effet, ce serait par exemple l'article 125 de la loi du 29 août 1987 portant régime général des obligations en République malienne¹⁹⁰ qui pourrait être appliqué.

Ce texte dispose que « *toute personne qui, par faute, même d'imprudence, de maladresse ou de négligence, cause à autrui un dommage est obligée de le réparer* ». Ces dispositions correspondent à celles des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil français de 1804, devenus articles 1240 et 1241 à la suite de la révision du 10 février 2016.

Ici, la question est toujours de savoir si une information correcte du patient sur les risques des soins aurait entraîné, de sa part, une renonciation à ces soins¹⁹¹. Cependant, le séjour en réanimation se distingue par la fréquente impossibilité de fournir l'information au patient lui-même, du fait de l'urgence de la situation.

Dans les pays en voie de développement en général, et particulièrement au Mali, le poids des traditions, l'illettrisme, la carence de la culture hospitalière des populations et l'absence de documents d'information et de textes législatifs précis sur la question représentent souvent des freins puissants au développement de cette pratique.

Par ailleurs, nous avons mené une étude prospective au Mali auprès d'un certain nombre de patients. 57,8 % d'entre eux n'ont pas obtenu une information satisfaisante sur les risques de complications thérapeutiques.

¹⁹⁰ Loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987.

¹⁹¹ CE, sect., 5 janv. 2000, *Cts T.*, req. n° 181899.

L'absence d'explication sur l'évolution de la maladie restait une des préoccupations majeures pour 36 familles interrogées. 69 parents, soit 76,7 %, estimaient que la périodicité des visites était satisfaisante.

Cependant, au cours de cette étude, aucune contradiction n'a été enregistrée dans les informations apportées chez 87 (soit 96,7 %) parents de patients. 88 % des patients interrogés ont indiqué ne pas avoir été satisfaits de la courtoisie du personnel à l'accueil. 54 % des parents de patients, soit 60 %, affirmaient ne pas avoir été impliqués dans la prise en charge thérapeutique du malade. 41 % des parents de patients, soit 45,6 %, ne faisaient aucune différence entre les rôles des différents soignants. 45 % des parents la jugeaient inconfortable. Tout de même, 51 % des proches ont été satisfaits de l'information reçue.

Cette étude laisse voir clairement l'absence de cadre normatif d'information dans le parcours de soins des patients au sein des établissements de santé. Nous recommandons plus d'efforts et de stratégies afin d'améliorer la communication d'informations aux patients et à leurs proches.

Il serait bon d'établir un document écrit, personnalisé, c'est-à-dire adapté au cas précis du malade (et non un banal formulaire standardisé), de façon à présenter la réalité d'une information « éclairée » et laisser un temps de réflexion. Sur cet aspect, il ne s'agit pas de mettre en place une réglementation précise, mais plutôt de faire preuve de bon sens.

Plus le traitement est complexe et difficile, plus le délai de réflexion doit être long. Mais, force est de constater que la pratique de nombreux médecins en France comme au Mali, particulièrement ceux qui réalisent des gestes à risque (anesthésie, chirurgie, endoscopie), consiste à remettre aux patients des documents écrits et à leur faire signer des déclarations de remise de documents d'information. Cela ne saurait constituer une présomption irréfragable de la prise de connaissance et de la compréhension des conséquences de l'acte médical envisagé.

En présence de contestation, le juge ne se limitera pas à cette seule preuve écrite, mais appréciera l'ensemble des éléments du dossier et particulièrement la qualité de l'information donnée et de la relation établie.

Comme le soulignait le procureur général Burgelin, « *ce serait une erreur de focaliser toute l'attention sur le document que le médecin remettrait au patient avant d'intervenir,*

document sur lequel figureraient tous les risques possibles et imaginables encourus. Il sera le plus souvent trop long, illisible ou non compris. Je ne suis pas sûr que les tribunaux en tireraient, le cas échéant, la conclusion que le malade a été informé au sens de la jurisprudence contemporaine ».

Ce droit fait partie de la catégorie des principes sur lesquels reposent les droits de l'homme (les principes d'autonomie et de dignité humaine). Quoiqu'il en soit, lorsque naît un litige entre le professionnel de santé et le patient ou ses ayants droit, ledit professionnel est tenu de prouver l'exécution de son obligation d'information¹⁹².

C'est la même solution qu'a affirmée le Conseil d'État à partir de l'année 2000, lorsqu'il a énoncé qu'il appartenait à l'hôpital d'établir que le patient avait été informé des risques de décès et d'invalidité de l'acte médical¹⁹³.

Selon les dispositions de l'article L. 1111-2 du CSP, « *en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé. Cette preuve peut être apportée par tout moyen* ».

Est ainsi consacré le revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'État et la Cour de cassation, antérieurement à la loi du 4 mars 2002 qui a introduit cette disposition dans le Code de la santé publique.

Ainsi que nous le soulignons plus haut, la Cour de cassation avait en effet affirmé, dans le cadre de l'arrêt *Hédreul* : « *Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation.* »

Ainsi, c'est au juge du fond qu'il appartient d'apprécier, au cas par cas et au vu des éléments de l'espèce, si le professionnel ou l'établissement de santé s'est acquitté de son devoir d'information, ou si la situation dans laquelle il se trouvait rendait l'exécution de ce devoir impossible.

¹⁹² Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, P. I, n° 75 ; D., 1997. 319, obs. J. Penneau ; RDSS, 1997. 288, obs. L. Débous. Auparavant, la Cour de cassation avait mis à la charge des patients la preuve du manquement au devoir d'information par le médecin (Civ. 1^{re}, 29 mai 1951, P. I, n° 162 ; Civ. 1^{re}, 21 févr. 1961, P. I, n° 115 ; Civ. 1^{re}, 8 oct. 1974, n° 73-11.820, P. I, n° 255).

¹⁹³ CE, sect., 5 janv. 2000, n° 181899.

Pour leur appréciation, les juges du fond, reconnaissons-le, sont dans une situation délicate, compte tenu le plus souvent de l'ancienneté des actes. Ils pourront se fonder par exemple sur les consultations préalables, le délai de réflexion laissé au patient, les annotations datées portées au dossier médical restituant les modalités et le contenu de l'information, les fiches écrites qui décrivent l'acte médical envisagé et les risques encourus, les courriers adressés au médecin traitant qui peuvent avoir été établis en présence du patient. Tous ces éléments peuvent donc permettre de restituer une information qui a été donnée oralement.

En revanche, les seuls formulaires types pré-imprimés dans lesquels le patient reconnaît avoir été informé des risques pouvant survenir, même lorsqu'ils ont été signés par lui, sont insuffisants pour établir que l'information lui a bien été délivrée¹⁹⁴.

En 2015, le Conseil d'État a précisé que ces règles particulières de preuve du défaut d'information ne s'appliquaient pas en l'absence de toute contestation, par le patient concerné, de la réalité de l'information fournie sur son état de santé¹⁹⁵.

En ce qui concerne la responsabilité, le principe en est posé par l'article L. 1111-1 du CSP, aux termes duquel : « *Les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose.* »

Par ailleurs, il convient de préciser que la responsabilité en matière de droit à l'information du patient est soit civile, soit administrative. Il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de permettre au patient ou à ses ayants droit d'obtenir réparation du ou des préjudices liés au défaut d'information, lorsque s'est réalisé un risque qui aurait dû être signalé.

Il faut dire qu'ici, comme sur d'autres points, le droit à l'information du patient connaît une évolution depuis l'arrêt *Teyssier* du 28 janvier 1942. Cette réparation peut être obtenue sur le fondement de la perte de chance ou de l'impréparation. Il s'agit d'une évolution au niveau des fondements de la responsabilité, notamment au niveau de l'indemnisation du préjudice.

¹⁹⁴ Civ. 1^{re}, 6 févr.2013, n° 12-17.423, P. I, n° 10 ; D.,2013. 433 ; Civ. 1^{re}, 12 juin 2012, n° 11-18.928, P.I, n° 130 ; D.,2012.1610 ; CE, 10 mai 2017, req. n° 397840, *CHU de Nice, Lebon T* ; *AJDA*, 2017.1025 ; *RDSS*, 2017.764, obs. D. Cristol.

¹⁹⁵ CE, 10 mai 2015, req. n° 363985, *M. Borelli, Lebon T* ; *AJDA*, 2015.1190.

La perte de chance est une notion issue de la jurisprudence civiliste et reprise par le juge administratif aux alentours des années 1920¹⁹⁶. Le juge administratif l'utilisera toutefois en premier en matière de responsabilité hospitalière¹⁹⁷.

Lorsque le juge judiciaire a suivi le juge administratif sur ce point, cela a donné lieu à une vive réaction de la doctrine, qui considérait qu'il y avait dans cette démarche « *une volonté affichée d'assouplir l'exigence d'un lien de causalité pour admettre la réparation du dommage* ».

En ce sens, M. Deguergue estime que l'utilisation de la notion de perte de chance en matière de responsabilité médicale a pour but d'établir « *le montant de l'indemnisation en mettant en balance la situation finale du patient telle qu'elle résulte de l'enchaînement des faits ayant entraîné le dommage et la situation dans laquelle il devrait normalement se trouver* »¹⁹⁸.

En clair, la perte de chance prive le patient de la possibilité soit de voir se réaliser une situation favorable, soit d'échapper à une situation défavorable. C'est pourquoi, traditionnellement, en droit administratif, en présence d'éléments probants, ce qui sera réparé est la non-réalisation de la situation favorable ou la réalisation de la situation défavorable. Ce qui est ainsi réparé, ce n'est pas la chance perdue en tant que telle, mais la situation dommageable subie. Si cette situation n'est pas jugée sérieuse, elle ne donnera pas droit à réparation.

Progressivement, le Conseil d'État a adopté la même démarche que la Cour de cassation, à savoir, celle de réparer la perte de chance à hauteur d'une fraction de la situation dommageable effectivement subie et correspondant à la probabilité qu'avait la victime d'y échapper¹⁹⁹.

Il a été admis, depuis l'arrêt *Teyssier*, une réparation intégrale des dommages corporels. En 1986, la Cour de cassation avait retenu, dans le cas de la réalisation d'un risque

¹⁹⁶ CE, 14 janv. 1921, *Sieur Rabé, Lebon*, 49 ; CE, sect., 3 sept. 1928, *Bacon, Lebon*, 1038.

¹⁹⁷ CE, 24 avr. 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron, Lebon*, 259.

¹⁹⁸ DEGUERGUE M., « La perte de chance en droit administratif », in G.-J. GULIELMI, *L'égalité de chance*, La Découverte, 2000, p. 198.

¹⁹⁹ CE, sect., 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, req. n° 289328 ; *AJDA*, 2008.135, *chron.* Boucher et Bourgeois-Machureau ; *RFDA*, 2008. 1023, note Boussard ; Civ. 1^{re}, 27 mars 1974, II. 17643, note Savatier ; Civ. 2^e, 9 avr. 2009, *Lamy Dr Civ.*, juin 2009, n° 3455.

de paralysie faciale inhérent à une intervention, que la survenance du dommage dont il était demandé réparation constituait la réalisation du risque qui aurait dû être signalé, que le manque d'information avait été la cause exclusive du dommage, et que la responsabilité des médecins concernés était engagée pour l'intégralité du préjudice subi²⁰⁰.

Cependant, à partir des années 1990 pour la Cour de cassation²⁰¹, et 2000 pour le Conseil d'État²⁰², la réparation de la perte de chance n'a plus été admise que partiellement, en précisant ensuite progressivement les modalités de fixation de ce préjudice parfois simplement moral. La Cour de cassation²⁰³ et le Conseil d'État ont reconnu l'existence d'un préjudice moral spécifique résultant du défaut d'information du patient.

Le Conseil d'État a particulièrement affirmé que le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques encourus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles²⁰⁴.

Il a précisé en 2016 que s'il appartenait au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultaient du fait qu'il n'avait pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il avait endurée

²⁰⁰ Civ. 1^{re}, 11 févr. 1986, n° 84-10.845, P. I, n° 24.

²⁰¹ Civ. 1^{re}, 7 févr. 1990, n° 88-14.797, P. I, n° 39 ; *D.*, 1991. 183, obs. J. Penneau ; *RTD civ.*, 1992. 109, obs. P. Jourdain. Dans une affaire concernant un risque d'atteinte à la vue qui s'était réalisé, la Cour de cassation a retenu que le défaut d'information privait seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constituait un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de l'acte médical réalisé.

²⁰² Dans son arrêt du 5 janvier 2000, le CE a affirmé que la faute commise par les praticiens d'un hôpital au regard de leur obligation d'information du patient n'entraînait, pour ce dernier, que la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé, que la réparation du dommage résultant de cette perte devait être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice, qui tenait compte du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'acte médical et, d'autre part, les risques encourus en cas de renoncement à cet acte. Pour le Conseil d'État, lorsque la réparation partielle des conséquences des dommages d'un accident était reconnue à un patient du fait de la perte de chance résultant du manquement des praticiens à leur devoir d'information, il convenait pour le juge de déterminer le montant total du dommage puis de fixer la fraction de ce dommage mise à la charge de l'hôpital au titre de cette perte de chance.

²⁰³ Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, P. I, n° 128 ; *AJDA*, 2010. 2169, note C. Lantero ; *D.*, 2010.1522, obs. I. Gallmeister, note P. Sargos.

²⁰⁴ CE, 24 sept. 2012, req. n° 339285, préc.

lorsqu'il avait découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention devait, quant à elle, être présumée²⁰⁵.

Avant lui, c'est la Cour de cassation qui avait considéré que le défaut d'information causait un préjudice moral à la victime, en limitant toutefois sa réparation aux cas dans lesquels le risque se réalisait et où ce préjudice était caractérisé. Les hautes juridictions, se rejoignant sur ce point, ont aussi exigé que la réparation du préjudice soit sollicitée par le patient.

On retiendra que le juge apprécie s'il y a eu manquement du médecin à l'obligation d'information qui lui incombe en fonction de certains critères propres à l'activité médicale, notamment les difficultés rencontrées, mais aussi les moyens qu'il lui était possible de mobiliser.

²⁰⁵ CE, 16 juin 2016, req. n° 15-13.081, NP ; Civ. 1^{re}, 15 juin 2016, n° 15-11.339, NP. ; *AJDA*, 2016. 1264 ; *D.*, 2016. 1501, obs. F. Violla.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Le droit à l'information est aujourd'hui reconnu comme un véritable droit subjectif du patient. Cette reconnaissance s'illustre par le fait que la jurisprudence a fait du défaut d'information un préjudice autonome²⁰⁶, alors que s'y greffait souvent la notion de perte de chance.

C'est à partir de l'arrêt du 3 juin 2010 qu'il a été établi que le manquement par un médecin à son obligation doit être nécessairement réparé, même si les conditions d'une indemnisation pour perte de chance ne sont pas remplies. Dès lors, la responsabilité du médecin pour manquement à son obligation d'information a désormais, sans conteste, un fondement délictuel.

Dans sa série de recommandations de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé de mai 2012, la Haute Autorité de santé s'était fixé comme objectif d'aider le médecin à dispenser au patient une information pertinente, de qualité et personnalisée. C'est seulement à ce « prix » que le consentement donné par le patient serait libre et éclairé.

²⁰⁶ Dans Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, la première chambre civile a jugé que le non-respect « *du devoir d'information qui en découle cause à celui auquel l'information était légalement due* » un préjudice réparable sur le fondement de l'article 1382. Cette solution est justifiée par le fait que le droit d'information du patient résulte du respect du principe de la dignité de la personne humaine tel que prévu par les articles 16 et 16-3, alinéa 2 du Code civil.

CHAPITRE III

LE DROIT DE CONSENTIR AUX SOINS

En droit, le consentement est une notion fondamentale qui constitue un principe général en droit de la santé. Son absence empêche tout acte médical, à l'exception des situations dans lesquelles ils sont permis.

Le consentement dont il s'agit ici n'est pas celui de la personne juridique dans une situation contractuelle, mais celui d'une personne humaine²⁰⁷. Il doit être recherché par tout professionnel de santé avant tout acte de diagnostic, de prévention et de soins, ou toute intervention sur le corps de la personne malade. Il constitue, avec certains autres, une condition que doit respecter le professionnel de santé avant de réaliser tout acte à visée médicale²⁰⁸.

Rappelons que le consentement a été inscrit dans le Code de Nuremberg à l'article 1^{er}, à propos de l'expérimentation sur l'homme. Cependant, malgré cette inscription, des débordements ont pu être constatés durant la Seconde Guerre mondiale en Allemagne et aux États-Unis.

En France, la cour d'appel de Paris avait jugé une affaire dans laquelle un médecin traitant avait inclus une patiente camerounaise dans un protocole, sans auparavant recueillir son consentement par écrit et au mépris des règles posées par le laboratoire pharmaceutique promoteur.

La patiente avait reçu plusieurs placebos avant de s'apercevoir que la réglementation n'avait pas été appliquée. Elle a porté plainte pour défaut d'information et délivrance de traitement sans consentement.

²⁰⁷ Le patient peut être vu comme sujet de droit passant un accord avec un médecin, si l'on se réfère à l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936, dans une sorte de contrat synallagmatique avec pour les deux les droits et les obligations réciproques. Il peut aussi être considéré comme un individu soumis aux règles de droit pénal, notamment lorsque le médecin est tenu d'intervenir sur son corps, dans la mesure où il sera porté atteinte à son intégrité physique, à sa personne. Dans le premier cas, le consentement obéit aux règles du Code civil et est générateur d'obligations. Chaque acte médical est dans ce cas soumis à une acceptation.

²⁰⁸ THOUVENIN D., « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Méd. & Droit*, 1994, n° 6, p. 57.

Les magistrats ont retenu que l'infraction était constituée mais n'ont pas condamné le médecin traitant et les autres professionnels de santé qui étaient impliqués dans la procédure, car l'auteur réel de la prescription de placebo n'avait pu être identifié.

Consacré en droit français en 1994 à l'article 16-3 du Code civil, le consentement apparaît comme une condition de respect de la personne humaine, et donc de l'intervention du médecin.

Le principe du consentement dans le Code de la santé publique est posé par l'article L. 1111-4, alinéa 1^{er} : « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* » (**section 1**). Son alinéa 2 ajoute que « *toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement (...)* »²⁰⁹. Forts de cette affirmation, nous aborderons la question de la prise en charge de la douleur et des soins palliatifs (**section 2**).

SECTION 1 - LE CONSENTEMENT : CONDITION D'INTERVENTION DU PROFESSIONNEL DE SANTÉ

Au cœur de toute pratique médicale, la notion de consentement s'impose comme un préalable à toute intervention. Il est par conséquent indispensable de le considérer pour la bonne prise en charge du patient.

L'article L. 1111-4, alinéa 1 du CSP dispose en ce sens que « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* ». L'alinéa 4 de ce texte précise qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et [que] ce consentement peut être retiré à tout moment* »²¹⁰.

Le Conseil d'État a affirmé en 2001 que le consentement à un traitement médical revêtait le caractère d'une liberté fondamentale²¹¹. Si ces premiers alinéas de l'article 1111-4 du CSP posent clairement le principe du recueil du consentement de la personne malade (**paragraphe 1**), les autres dispositions de ce texte, quant à elles, prévoient certaines situations

²⁰⁹ Art. L. 1111-4, alinéa 1^{er} du CSP.

²¹⁰ Art. L. 1111-4, alinéa 1 du CSP.

²¹¹ CE, ass., 26 oct. 2001, req. n° 198546, *M^{me} Senanayake, Lebon* ; *AJDA*, 2002.259, note Deguergue ; *D.*, 2001.3253 ; *RFDA*, 2002. 146, concl. D. Chauvaux.

qui peuvent en justifier l'absence(**paragraphe 2**). Puis, nous parlerons de la preuve et de la sanction du consentement (**paragraphe 3**).

Paragraphe 1 - Le recueil du consentement

Deux textes majeurs posent fermement le principe du consentement du patient. Le premier, contenu dans le Code civil, à portée générale, aborde la question sous l'angle du respect du corps humain en affirmant qu'il ne peut être porté atteinte à son intégrité qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel, dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Le second, issu du CSP, fonde le principe du consentement préalable aux soins et offre au patient plusieurs possibilités : s'en remettre à l'avis médical, recourir à différents stades gradués de codécision et/ou prendre une décision personnelle différente de la proposition des soignants.

En retraçant la genèse de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, Claudine Bergoignan Esper nous enseigne qu'entre autres raisons qui expliquent le contenu de ce texte et particulièrement la prise en compte du consentement du patient, il y a l'apparition, au début des années 1980, du VIH. Elle a poussé les patients à partir à la quête de l'information pour chercher à comprendre cette nouvelle infection. Par conséquent, les professionnels de santé ont dû adapter leur comportement à cette nouvelle situation en informant les patients et en recueillant l'expression de leur volonté.

À cette situation résultant de la nouvelle infection, l'auteur associe l'action des associations de patients, animées de la même volonté de voir les personnes malades être informées et leur désir pris en compte.

Enfin, elle cite l'association des usagers du système de santé à la rédaction de la loi, ceux-ci ayant fait valoir leurs droits, notamment celui de comprendre et celui de consentir²¹². L'exigence et le recueil du consentement du patient avant tout acte de prévention ou de soins visent à faire respecter la dignité de la personne humaine.

²¹² BERGOIGNAN-ESPER C., « Le consentement médical en droit français », Actes du colloque, *Laennec*, n° 4, 2011, p. 16.

Dès 1942, avec l'arrêt *Teyssier*, la Cour de cassation affirmait que le respect de la personne humaine imposait au médecin, avant toute intervention, de recueillir le consentement de la personne ; la violation de cette exigence constituait une atteinte grave aux droits du malade et un manquement à ses devoirs médicaux²¹³.

Le principe du consentement posé par l'article L. 1111-4 du CSP s'applique donc de manière générale à tous. Il convient d'abord d'analyser le principe général en matière de recueil de consentement (A). Des règles particulières visant certaines catégories ou certaines situations ont également été prévues (B).

A. Principe général en matière de recueil de consentement

Faire application des règles en matière de santé, particulièrement en ce qui concerne le consentement, n'est pas toujours chose aisée. Claude Roy écrit, dans *la Fleur du temps*, que « (...) si la révélation à un malade de la gravité de son état aggrave encore celui-ci, impose au patient une souffrance morale qui l'affaiblit davantage, n'aide en rien à le soigner et à le guérir, mais au contraire l'enfonce, il est évidemment criminel de lui assener la vérité »²¹⁴.

Cette réflexion traduit le dilemme devant lequel peuvent se trouver les soignants qui ont obligation d'informer et d'obtenir le consentement du patient et le souci de le préserver de toute nouvelle pouvant dégrader sa santé.

Il y a toutefois, dans cette réflexion, une part de paternalisme qui place entièrement le poids de la décision médicale entre les mains du médecin. Or, aujourd'hui, la consécration du principe de l'autonomie de la volonté du patient donne à celui-ci le droit d'exprimer sa volonté, marque de son acceptation ou de son refus.

Par exemple, la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie prévoit que les traitements ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Elle autorise une personne en phase terminale à décider que les traitements qui lui sont administrés seront limités ou arrêtés²¹⁵.

²¹³ BERGOIGNAN-ESPER C., SARGOS P., *GADS*, 3^e éd., Dalloz, déc. 2020, p. 3.

²¹⁴ ROY Claude, *la Fleur du temps*, 1983-1987.

²¹⁵ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005.

Les exigences posées par les différents textes en matière de consentement ont souvent été qualifiées de judiciarisation des pratiques par une partie de la doctrine²¹⁶. Pourtant, les choses ne sont pas si simples.

On est conduit à penser que le médecin a toujours été animé par le désir de mettre en pratique le principe de bienfaisance, qui lui impose d'agir conformément au bien du patient, particulièrement pour sa santé. Mais souvent, à vouloir bien faire, le médecin se retrouve en train de choisir à la place du patient.

Or, le patient occupe une place centrale dans la relation de soins qui naît à partir d'une demande d'aide de sa part à son médecin. Toutefois, malgré sa position de demandeur, le patient ne doit pas être placé dans une situation de nature à instaurer un rapport de domination au profit du médecin.

Lorsqu'il sollicite les services d'un médecin, il vise avec celui-ci son bien. Les compétences objectives, voire subjectives du médecin lui servent à conseiller le patient, et non à choisir ce qui est bien à sa place.

Ce qui doit toujours être recherché, c'est la mise en œuvre du principe *primum non nocere*, qui veut dire « d'abord ne pas nuire ». En effet, si la pratique médicale doit avant tout veiller à ne pas nuire au patient, elle ne peut que prendre en compte sa volonté et sa conception du bien.

Il en résulte que si la connaissance de ce dont souffre le patient passe par la compétence du médecin, c'est au patient qu'il appartient de choisir ou non les solutions thérapeutiques qui lui sont proposées.

Aussi, la règle qui prévoit que le patient donne un consentement en toute connaissance de cause après avoir reçu des informations sur les risques de l'intervention, et que celle-ci ne peut être pratiquée qu'après qu'il y a donné son consentement éclairé, ne souffre aujourd'hui aucune contestation.

Sollicité avant l'adoption de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la

²¹⁶ DIBOS-LACROUX S. et VALLAS-LENERZ, *Patients, faites respecter vos droits !*, Paris, Prat, 2003 ; MARZANO M., *Je consens, donc je suis...*, *Éthique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2006, p.77.

vie et de la santé avait donné un avis qui mettait l'accent sur la nécessité d'une évolution, compte tenu de l'état de la législation à l'époque en matière d'information. L'objectif était de rendre plus égalitaire, sur le plan éthique, la relation soignant/soigné. Il y avait aussi une volonté de voir la décision partagée entre les deux, en associant la compétence et la responsabilité du médecin à l'information complète du patient sur les options qui s'offraient à lui par rapport à sa maladie²¹⁷.

Le consentement aux soins constitue, avec certains autres droits, une des marques de l'émancipation du patient face au « pouvoir » et aux « compétences » du médecin, devenant ainsi une nécessité éthique fondamentale.

Le Comité national d'éthique relevait, dans son rapport de juin 1998 (n° 58) : « *Toute personne doit être présumée capable a priori de recevoir des informations et de donner un consentement "libre et éclairé" à un acte médical qu'on lui propose, à moins qu'il n'ait été établi que cette capacité lui fait défaut. Il incombe au médecin de l'informer de façon suffisamment claire et adaptée pour qu'elle soit en mesure d'exercer sa liberté de jugement et de décision. L'information doit être actualisée pour tout nouvel acte diagnostique ou thérapeutique.* »²¹⁸

Il en résulte que, comme l'exige l'article L. 1111-2 du CSP, le droit à l'information en matière médicale est consubstantiel au droit de consentir à un acte de prévention, de diagnostic ou de soin susceptible de porter atteinte à la dignité de la personne et du corps humain. L'information permet au patient « d'exercer sa liberté de jugement et de décision ».

Le consentement est donné pour un acte ou un traitement précis. Il ne peut donner lieu à l'exécution d'une autre intervention ou d'un autre traitement que celui auquel a consenti le patient.

C'est pourquoi, le Conseil d'État avait retenu un défaut de consentement pour un chirurgien qui n'avait pas suivi l'exigence d'une patiente ayant accepté de subir une cure

²¹⁷ CCNE, avis du 12 juin 1998, n° 58, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche ».

²¹⁸ Comité national d'éthique, rapport de juin 1998 (n° 58).

chirurgicale d'une hernie inguinale uniquement à la condition que l'intervention soit précédée d'un traitement anticoagulant²¹⁹.

Le consentement du patient doit être libre et éclairé. Se pose souvent la question de savoir si le patient garde toute sa liberté lorsqu'il est affaibli par la maladie. Dans tous les cas, la question de la liberté et de la clarté du consentement se pose lors de la discussion entre le médecin et son patient concernant l'acte médical et ses conséquences²²⁰.

Elle trouve sa réponse dans le serment d'Hippocrate, considéré comme l'un des textes fondateurs de la déontologie médicale. On peut lire dans ce texte le serment suivant : « (...) *Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions. - J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité. Même sous la contrainte, je ne ferai pas usage de mes connaissances contre les lois de l'humanité. - J'informerai les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences. - Je ne tromperai jamais leur confiance et n'exploiterai pas le pouvoir hérité des circonstances pour forcer les consciences(...).* » Ce texte, bien que n'ayant aucune valeur juridique, favorise indéniablement le développement d'une éthique du soin.

Par ailleurs, recueillir le consentement du patient suppose qu'il a bien compris l'information qui lui est préalablement fournie, conformément aux dispositions de l'article L. 1111-2 du CSP. Le consentement est dit éclairé lorsqu'il est donné en toute connaissance de cause, sur la base d'une information loyale, claire et adaptée au degré de compréhension du patient.

Si l'on se réfère au droit des contrats, le Code civil prévoit que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* »²²¹.

Avant son abrogation le 1^{er} octobre 2016, l'article 1109 ancien disposait : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.* »

²¹⁹ CE, 17 fév. 1998, req. n° 76417, M^{me} Morette Bourny, Lebon.

²²⁰ PELICIER N., « Un consentement pleinement libre et éclairé ? », *Laennec*, 2011/4, Tome 59, p. 24-30.

²²¹ Version en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016.

Pour faire écho à cette disposition, en droit de la santé, le patient doit prendre sa décision sans contrainte ou pression de quelque nature que ce soit. L'article 1111-4, alinéa 2 du CSP lui donne le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. En plus d'être libre et éclairé, le consentement est donc révocable.

Les dispositions des articles 16-1 et 16-3 du Code civil mettent un accent particulier sur l'intangibilité de l'intégrité du corps humain. Il ne peut être dérogé au principe qu'il consacre qu'avec le consentement de la personne, chacun ayant droit au respect de son corps et à l'inviolabilité de celui-ci.

Plusieurs textes internationaux soulignent la nécessité du consentement préalable de la personne avant tout acte de prévention, de diagnostic ou de traitement. Il en est de même pour les personnes qui doivent se soumettre à une activité de recherche biomédicale.

Il en est ainsi de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, de la Convention de sauvegarde des droits des patients en Europe de 1950, de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine de 1996, de la déclaration de Lisbonne de 1995, de la Charte européenne du malade usager de l'hôpital, et enfin, de la Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe de 1994.

Notons que certains actes médicaux spécifiques sont soumis au recueil préalable du consentement de la personne. C'est notamment le cas de l'interruption volontaire de grossesse (IVG) encadrée par la loi du 17 janvier 1975²²², de la loi du 20 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes²²³ et de celle du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales²²⁴.

Au Mali, en la matière, la loi du 26 juin 2009 organise toutes les questions relatives aux greffes d'organes, de tissus et de cellules²²⁵. Par conséquent, l'article 11 de ladite loi dispose : « *Le prélèvement d'éléments et la collecte d'organes, de tissus et de cellules humains à des fins thérapeutiques ou scientifiques sont soumis aux règles de sécurité sanitaire.* »²²⁶

²²² Loi n° 75-17, 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, *JO*, 18 janvier 1975, p. 739.

²²³ Loi n° 76-1181, 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes, *JO*, 23 décembre 1976, p. 7365.

²²⁴ Loi n° 88-1138, 20 décembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *JO*, 22 décembre 1988, p. 16032.

²²⁵ Loi n° 09-017 du 26 juin 2009, relative aux greffes d'organes, de tissus et de cellules.

²²⁶ Art. 11 de la loi du 26 juin 2009.

Cela étant, il est important d'évoquer également l'existence d'autres règles qui sont prévues pour certains cas spécifiques.

B. Les règles spécifiques à certains cas

Il s'agit des règles spécifiques à certaines personnes bénéficiant de mesures de protection, notamment les mineurs et les majeurs protégés, ainsi qu'à certains actes médicaux dont la réalisation est encadrée.

Le fait est que chaque fois que l'on doit faire un choix qui implique directement la vie d'autres personnes, il se met en place un processus de prise de décision plus ou moins complexe ne pouvant se résumer à un calcul mathématique des avantages, risques ou conséquences.

Bien que le rapport bénéfices/risques s'impose pour chaque acte médical que l'on souhaite réaliser, il est tout aussi nécessaire de prendre en compte les attentes des proches du patient et leurs peurs, sans oublier que certains paramètres échappent à l'attention de l'évaluateur, et que certaines conséquences demeurent imprévisibles.

Les mineurs et les majeurs protégés sont des personnes qui, en raison de leur vulnérabilité, ne peuvent pas accomplir seules certains actes de la vie civile, exercer leurs droits personnels ou gérer leur patrimoine. C'est pourquoi, une mesure de protection est décidée par le juge pour faire face aux éventuels risques d'actes malencontreux. Quotidiennement, il n'est pas rare de voir des confusions naître autour de la capacité de compréhension et de la capacité juridique.

Il n'est pas rare non plus de voir des personnes sous mesure de protection et frappées d'une incapacité juridique être capables de prendre des décisions, particulièrement dans le domaine de la santé, si elles ont été clairement et loyalement informées.

Ces décisions sont toutefois encadrées par le législateur à travers les textes contenus dans les différents codes : Code civil, Code de la santé publique, Code de l'action sociale et des familles, Code de la sécurité sociale et code de déontologie médicale. Le juge n'hésite pas à sanctionner toute irrégularité.

S'agissant du mineur, le principe est que pour les soins, traitements et opérations qu'exige l'état de santé d'un enfant mineur non émancipé, il appartient aux parents de choisir ou de décider des soins à lui administrer.

Le consentement requis est donc, en principe, celui des parents qui sont égaux en droits et devoirs, dans la mesure où ils disposent tous les deux des mêmes pouvoirs : ceux que leur confère l'autorité parentale qu'ils exercent conjointement.

Ainsi, il en résulte que pour toutes les décisions concernant la santé de l'enfant, le principe est celui de l'accord des deux parents. En effet, l'exercice de l'autorité parentale est conjoint et non concurrent pour les actes qui ne sont pas usuels²²⁷.

Cependant, aux termes de l'article 372-2 du Code civil, chacun des parents est réputé agir, à l'égard des tiers de bonne foi, avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à l'enfant. Cela suppose que chacun des parents peut accomplir seul « *un acte usuel* »²²⁸ de l'autorité parentale, en ce qui concerne la vie de l'enfant²²⁹. L'article 372-2 du Code civil pose une présomption simple qui ne s'applique qu'à l'égard des tiers de bonne foi. C'est une présomption qui est réfragable lorsqu'il est établi que l'acte concerné est non usuel.

C'est notamment le cas pour la circoncision, qui n'est pas considérée comme un acte usuel. En effet, le tribunal de grande instance de Paris avait retenu, dans une affaire où une mère reprochait au père de son enfant et au médecin d'avoir procédé à sa circoncision sans avoir recueilli son consentement, que l'intervention chirurgicale était relativement bénigne et que le père pouvait prendre seul la décision au regard du caractère médical de l'acte, déboutant ainsi la mère de sa demande²³⁰.

²²⁷ GALLMEISTER I., « Le principe de coparentalité », *AJ fam.*, 2009. 148.

²²⁸ Par acte usuel, on peut entendre tout acte du quotidien, sans gravité, « *qui n'engage pas l'avenir de l'enfant ou qui s'inscrit dans la continuité d'une pratique antérieure contrairement à un acte important qui peut avoir une grave incidence sur la vie, l'avenir, la santé ou la sécurité de l'enfant* ». Voir aussi CORNU G., *La famille*, 5^e éd., Montchrestien, 1996, n° 83 ; FULCHIRON H., *Rep. civ. Dalloz*, « Autorité parentale », n° 146. Par exemple, l'inscription de l'enfant à un sport, une intervention chirurgicale comportant des risques graves.

²²⁹ Signalons la situation particulière de la licéité de la circoncision rituelle, notamment celle pour motif religieux. En effet, le 7 mai 2012, le tribunal de grande instance de Cologne (TGI Cologne, 7 mai 2012, LIBCHABER R., « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.*, 2012. 2044) a jugé que la circoncision d'un enfant pour motif religieux était constitutive d'une blessure corporelle passible de condamnation.

²³⁰ TGI Paris, 6 nov. 1973, *Gaz. Pal.*, 1974, 1, Jur., p. 299, note P. Barbier, *RD Sanit. Soc.*, 1975, p. 116, obs. P. Raynaud.

Cependant, la cour d'appel de Paris, tirant les conséquences de la qualification juridique de la circoncision rituelle, a considéré qu'il s'agissait d'une « décision grave » pour laquelle le consentement des deux parents devait être recueilli. La cour a accordé des dommages et intérêts à la mère qui s'opposait à l'opération, mais, de manière plus remarquable, également à l'enfant²³¹.

Un arrêt de la cour d'appel de Lyon de 2011, statuant sur la demande d'une mère de plusieurs enfants tendant, entre autres, au retrait de l'autorité parentale du père de ceux-ci, en raison de la circoncision faite à un enfant âgé d'environ cinq ans au moment des faits, a rejeté par deux fois cette demande.

Elle a jugé, dans sa première décision, que l'opposition de la mère à la pratique de la circoncision rituelle n'était pas établie et que par conséquent, la violation par le père de l'exercice commun de l'autorité parentale ne l'était pas non plus. Dans sa seconde décision, la cour a motivé son choix en considérant que la circoncision que le père avait fait pratiquer sur l'enfant ne constituait pas des « faits graves ».

Toujours sur le même sujet, la cour d'appel de Lyon avait refusé d'autoriser la circoncision d'un enfant à la demande de l'un des deux parents. Le juge civil avait à cet effet précisé qu'un tel acte, lorsqu'il intervenait sans nécessité médicale, supposait l'accord des deux parents mais aussi le consentement de l'enfant. La cour d'appel a considéré qu'un tel acte constituait une atteinte à l'intégrité physique du corps de l'enfant²³².

Cette position a été confirmée par la cour d'appel de Poitiers, qui a considéré que la circoncision étant « *une atteinte directe au corps de l'enfant petit* » et que l'opération ayant un caractère « *définitif et symbolique* », le père ne pouvait décider seul sans consultation et accord exprès de la mère²³³. Le non-respect de cette règle peut engager la responsabilité du parent et du tiers, notamment le père et le médecin²³⁴.

Cela revient à dire que dans toute situation de partage d'autorité parentale, le tiers qui traite avec un seul des titulaires de ce pouvoir partagé peut subir les conséquences de cette reconnaissance de droits à l'autre titulaire de l'autorité parentale, et voir sa

²³¹ CA Paris, 29 sept. 2000, *Juris-Data* n° 2000-125029.

²³² CA Lyon, 25 juillet 2007, *Juris-Data* n° 200 – 346158 ; *RG*, n° 07/00186, *RTD civ.*, 2008. 99, obs. J. Hauser.

²³³ CA Poitiers - ch. 04, 11 mai 2011, n° 10/04570.

²³⁴ *Civ.*, 1^{re}, 27 févr. 2007, n° 06-14.273, P. I, n° 78 ; *RTD civ.*, 2007. 327, obs. J. Hauser.

responsabilité engagée soit en raison de sa mauvaise foi, lorsqu'il connaissait l'opposition de l'autre parent à l'acte, soit en raison du caractère non usuel de l'acte.

À l'âge de 18 ans, celui qui était mineur pourra en principe, en accédant à la majorité, exercer tous les droits civils, sauf mesure de protection justifiée par l'altération de ses facultés mentales, physiques ou corporelles.

Toutefois, l'article L. 1111-4 du CSP précise que le consentement du mineur « *le cas échéant sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». Par exemple, lorsque le représentant légal du mineur refuse un traitement et que la santé de celui-ci est menacée, le médecin délivre les soins indispensables²³⁵.

Il en est de même pour le majeur protégé qui a un représentant légal : son consentement doit être obtenu s'il est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection (ou consultation de la personne de confiance)²³⁶.

Lorsqu'il est placé sous curatelle, concernant sa santé, il doit recevoir une information claire, précise et adaptée à son état de compréhension. Il ne s'agit pas d'essayer de rassurer la personne protégée pour éviter l'angoisse du diagnostic, mais de lui permettre de décider en toute connaissance de cause.

Dans l'hypothèse où les conséquences prévisibles des choix du majeur sous curatelle en matière de soins constituent une menace grave pour sa santé, le curateur peut saisir le juge des tutelles qui, s'il l'estime nécessaire, peut transformer la mesure en tutelle.

Ainsi, lorsque la personne n'est pas apte à exprimer sa volonté, c'est à celle chargée de la mesure de protection juridique avec représentation de donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée. En cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision.

²³⁵ C'est notamment le cas pour une transfusion sanguine indispensable, pratiquée pour la survie du mineur malgré l'opposition de ses parents pour des raisons religieuses.

²³⁶ FAVIER Y., « Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées », *RDSS*, 2015.4, p.702.

Pour le majeur sous tutelle, il doit recevoir une information sur son état de santé conforme à ses capacités de compréhension, et participer, comme toute personne, aux décisions concernant sa santé d'une manière adaptée à ses facultés de discernement.

Conformément aux dispositions de l'article L. 1111-2 du CSP, le tuteur doit toujours recevoir une information complète en rapport avec les décisions diagnostiques et thérapeutiques envisagées.

Si la personne sous tutelle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché afin de lui permettre de participer à la décision concernant sa santé.

C'est seulement à cet effet, et sous la direction du juge des tutelles, que le tuteur donne l'autorisation de pratiquer les soins. En l'absence d'urgence médicale, s'agissant des actes graves qui portent atteinte à l'intégrité corporelle, l'autorisation d'administrer les soins est donnée par le juge des tutelles.

À cette fin, le tuteur doit présenter au juge une requête concernant l'acte projeté sur la personne du majeur protégé. Cette requête doit être accompagnée du consentement écrit du majeur protégé, ou d'un certificat médical de son médecin traitant. À ce certificat du médecin traitant, le tuteur doit, en outre, joindre celui du médecin qui va pratiquer l'acte médical.

Signalons enfin la dérogation à l'article 371-1 du Code civil par l'article L.1111-5 du CSP en matière de consentement du mineur. Cet article dispose en effet que le médecin ou la sage-femme peut se dispenser d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale lorsqu'une personne mineure s'oppose à la consultation de celui-ci, pour sauvegarder sa santé.

Le texte pose deux conditions : d'une part, le médecin ou la sage-femme doit d'abord tout faire pour obtenir le consentement du mineur pour consulter le ou les titulaires de l'autorité parentale ; d'autre part, le mineur doit se faire accompagner d'une personne majeure de son choix, s'il s'oppose toujours à cette consultation²³⁷.

²³⁷ C'est par exemple le cas pour une mineure non émancipée qui demande une interruption volontaire de grossesse.

Par ailleurs, au-delà des cas des mineurs et des majeurs protégés en général, certains actes médicaux font l'objet d'un encadrement spécifique en raison de leur finalité, des risques et conséquences qu'ils font courir aux patients. Il en est ainsi, par exemple, pour une interruption volontaire de grossesse (IVG) pour motif médical.

Les dispositions de l'article L. 2131-4 prévoient dans ce cas que le médecin qui exerce son activité dans un centre pluridisciplinaire doit attester que la poursuite de la grossesse met en péril la santé de la femme ou qu'il y a une forte probabilité que l'enfant qu'elle porte soit atteint d'une pathologie particulièrement grave et incurable au moment du diagnostic. Dans cette hypothèse, il est exigé que le couple donne son consentement par écrit.

On peut aussi citer l'exemple d'une personne qui se prête à une recherche biomédicale²³⁸. Les articles L. 1122-1-1 et suivants exigent que la personne reçoive, préalablement, une information écrite très détaillée et donne un consentement libre et éclairé, recueilli par écrit.

Si la personne est dans l'impossibilité d'exprimer son consentement par écrit, la personne de confiance ou un membre de la famille pourra l'attester. La condition est que la personne de confiance, le membre de la famille ou le proche concerné soit indépendant de l'investigateur et du promoteur de la recherche, conformément aux dispositions de l'article L. 1122-1-1 du CSP.

Enfin, certains actes requièrent un délai de réflexion pour le consentement écrit, ou encore la présence d'un magistrat pour le recueil du consentement. Il en est ainsi pour le délai de réflexion en matière d'assistance médicale à la procréation.

En ce qui concerne la présence d'un magistrat, l'hypothèse est celle du prélèvement d'organes sur une personne vivante en vue d'un don. En matière de prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse ou du sang périphérique chez les mineurs ou chez les majeurs protégés, l'acte médical est soumis à une autorisation du comité d'experts et/ou du juge des tutelles. L'absence de cette autorisation, comme celle du consentement, est susceptible d'engager la responsabilité de la personne qui a méconnu cette exigence.

²³⁸ La nécessité et la légalité de la recherche biomédicale ne sont plus, en principe, sujettes à caution, dans la mesure où la finalité poursuivie à travers l'expérimentation humaine est aujourd'hui considérée comme étant noble (LAUDE A., « La réforme de la loi sur les recherches biomédicales », *D.*, 2009, Point de vue, 1150), car elle laisse espérer la réduction de la souffrance et l'amélioration de la santé.

Au Mali, dans le même ordre d'idées, l'article 22 de la loi du 26 juin 2009 dispose : « *Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues par la présente loi est puni de 5 à 10 ans de réclusion et de 1 000 000 à 12 500 000 FCFA d'amende.* »²³⁹

Par ailleurs, l'alinéa 2 du même article ajoute : « *Est puni des mêmes peines le fait de prélever un tissu ou des cellules ou du moins de collecter un produit sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues par la présente loi.* »²⁴⁰

Paragraphe 2 - L'absence de consentement

Dans l'affaire *Codarcea c. Roumanie*²⁴¹, la requérante se plaignait de l'inefficacité de la procédure qu'elle avait engagée devant les juridictions roumaines pour obtenir réparation des « *préjudices très graves* » qui lui avaient été causés par une série d'erreurs médicales commises dans un hôpital public. Faisant application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), avec ses dispositions relatives au respect de la vie privée et familiale, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que « *tout patient doit être informé des conséquences d'une intervention médicale et doit pouvoir y consentir ou pas en toute connaissance de cause* ».

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « *toute personne a droit au respect de la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». La CEDH considère que « *les questions liées à l'intégrité physique et morale des personnes ainsi qu'à leur consentement aux actes médicaux qui leur sont prodigués* » entrent dans le champ d'application de cet article²⁴².

Il en est de même des questions liées à leur participation au choix des actes médicaux qui leur sont prodigués, à leur consentement à cet égard²⁴³ ainsi qu'à des informations leur permettant d'évaluer les risques sanitaires auxquels elles sont exposées²⁴⁴.

²³⁹ Art. 22 de la loi du 26 juin 2009.

²⁴⁰ Art. 22, alinéa 2 de la loi du 26 juin 2009.

²⁴¹ CEDH, note d'information sur la jurisprudence de la Cour, n° 120 ; arrêt du 2 juin 2009, section III, 31675/04.

²⁴² Arrêts *Raninem c. Finlande* du 16 décembre 1997, §63, *Botta c. Italie* du 24 février 1998, § 32.

²⁴³ Arrêts *Herczegfalvy c. Autriche* du 24 septembre 1992, série A, n° 244, § 86 et 82- 83, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02 du 29 avril 2002, CEDH, 2002 – III, § 63.

Dès lors, l'expression du consentement par le patient signifie que celui-ci a été mis en situation de pouvoir exercer une liberté fondamentale consistant à accepter ou à refuser qu'une atteinte puisse être portée à son intégrité corporelle, avec les conséquences que cela comporte.

Toutefois, si consentir aux soins est un principe fondamental en droit de la santé, il existe des situations qui expliquent que le patient ait été pris en charge sans qu'il ait exprimé son consentement. Parmi ces situations, il y a le cas du patient se trouvant dans l'incapacité de donner son consentement (A) et aussi l'urgence (B).

A. L'incapacité du patient de donner son consentement

Il convient d'abord de rappeler que certains soins peuvent être imposés et sont donc exclusifs du consentement de la personne qui en est le bénéficiaire. Ils sont imposés aux personnes pour des raisons d'ordre public, pénal ou sanitaire. Ces injonctions thérapeutiques ou de soins sans consentement sont souvent adressées aux toxicomanes²⁴⁵ ou aux délinquants sexuels²⁴⁶. Il en est de même pour les soins psychiatriques non consentis, par exemple, les soins psychiatriques demandés par un tiers ou décidés par le représentant de l'État²⁴⁷.

Les actes thérapeutiques ou de soins non consentis sont en général justifiés par la nécessité de protéger la collectivité. C'est notamment le cas lorsque la vaccination est rendue obligatoire.

En effet, selon les dispositions de l'article L. 3111-1 du CSP, « *la politique de vaccination est élaborée par le ministre chargé de la santé qui fixe les conditions d'immunisation, énonce les recommandations nécessaires et rend public le calendrier des*

²⁴⁴ Arrêts *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, *Rec. des arrêts et décisions*, 1998-I, § 60, *Roche c. Royaume-Uni* du 19 octobre 2005, n° 32555/96, CEDH, 2005-X, § 155.

²⁴⁵ L'article 3423-1 du CSP dispose : « *Le procureur de la République peut enjoindre à la personne ayant fait un usage illicite de stupéfiants de se soumettre à une mesure d'injonction thérapeutique prenant la forme d'une mesure de soins ou de surveillance médicale dans des conditions prévues par les articles L. 3413-1 à L. 3413-4.* »

²⁴⁶ Selon les dispositions de l'article 131-36-4 du Code pénal : « *Sauf décision contraire de la juridiction, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du Code de la santé publique, s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale ordonnée conformément aux dispositions du Code de procédure pénale.* »

²⁴⁷ CA Amiens, 15 décembre 2020, n° 21/00005 ; CA Caen, 8 mars 2021, n° 21/ 00563 ; CA Grenoble, 28 février 2020, n° 20/00028.

vaccinations après avis de la Haute Autorité de santé ». Ces mesures ont pour fondement le devoir constitutionnel de protéger la santé des populations qui incombe à l'État²⁴⁸.

Dans d'autres cas, c'est la protection de la personne elle-même qui est visée. Dans cette hypothèse, les professionnels de santé peuvent, lorsqu'ils les jugent nécessaires, imposer des soins à des personnes privées de liberté.

Ainsi, en application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il appartient aux autorités médicales de décider, sur la base des règles reconnues de leur science, des moyens thérapeutiques à employer, au besoin de la force, si ces soins sont nécessaires pour préserver la santé physique et mentale des détenus. Agir ainsi n'est, pour la Cour, ni inhumain ni dégradant²⁴⁹.

Toujours dans la catégorie des actes qui peuvent être pratiqués sans consentement, il y a ceux qui sont imposés par la justice. Alors même qu'ils ne sont pas justifiés par une nécessité thérapeutique ou par l'ordre public, des soins médicaux peuvent être pratiqués pour des raisons judiciaires.

De façon générale, l'intervention médicale est pratiquée contre la volonté d'un suspect en vue d'obtenir la preuve de sa participation à une infraction. Elle n'est réalisée que si les circonstances et la gravité de l'infraction concernée le justifient. Les conditions de l'intervention ne doivent pas faire courir au suspect le risque d'un préjudice durable pour sa santé ou lui infliger des souffrances physiques²⁵⁰.

S'agissant particulièrement du patient qui est hors d'état de manifester sa volonté, l'incapacité de fait née de cette situation crée une impossibilité matérielle qui ne permet pas de recueillir son consentement.

L'hypothèse est celle d'un patient qui est hors d'état de manifester sa volonté, et dont la personne de confiance qu'il a désignée, ainsi que ses proches, ne peuvent être consultés,

²⁴⁸ Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC, *RDSS*, 2015. 364, obs. Cristol.

²⁴⁹ CEDH, 10 févr. 2004, req. n° 42023/98, § 112, *RSC*, 2005. 630, obs. Massias ; CEDH, 8 juill. 2014, req. n° 14092/06, §49.

²⁵⁰ CEDH, 11 juill. 2006, *Jalloh c. Allemagne*, req. n° 54810/00, § 70-72 : administration d'un émétique aux fins de recueillir des stupéfiants ingérés par le suspect sans attendre leur élimination par les voies naturelles.

conformément aux dispositions du CSP. De ce fait, le médecin peut s'affranchir de son obligation de rechercher le consentement du patient.

La jurisprudence pose toutefois quelques conditions pour que cette exemption opère. La jurisprudence tolère cette dispense au professionnel en cas d'urgence ou de réelle impossibilité de consulter les personnes désignées.

C'est ainsi que la Cour de cassation a rejeté le moyen tiré du défaut de consentement, dès lors que l'urgence résultait, à l'évidence, de l'écoulement de matière cérébrale par deux trous de trépan, et que l'épouse du patient, avisée, ne s'était pas opposée à l'intervention²⁵¹.

De même, il a été jugé qu'un médecin qui procède à une expérimentation sur un patient se trouvant en état végétatif chronique, sans essayer de prévenir les proches de celui-ci, commet une faute par violation de l'article R. 4127-36 du CSP. Selon ce texte, la volonté du malade doit dans tous les cas être recherchée et respectée, et si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté, ses proches doivent, sauf urgence ou impossibilité, être prévenus et informés²⁵².

Dans le même ordre d'idées, le tribunal administratif de Rennes a jugé en 2012 que le fait qu'une patiente soit hospitalisée sur décision du représentant de l'État, et dans le cadre d'un contrôle judiciaire décidé par le juge d'instruction, est sans incidence sur la nécessité de recueillir son consentement à un traitement. En effet, il n'était pas contesté que cette patiente était en état de l'accorder ou de le refuser²⁵³.

Toutes ces situations font penser à un débat juridique et philosophique sur le libre arbitre de l'individu. Ce débat oppose, d'une part, les tenants de sa nécessaire protection contre lui-même au nom du principe de dignité de la personne humaine (qui tolère, dans certains cas, certains actes médicaux sans consentement – conception relativiste du consentement) et, d'autre part, les partisans d'une liberté individuelle inconciliable avec certaines restrictions de l'autonomie de la volonté (conception absolutiste du consentement,

²⁵¹ Civ. 1^{re}, 30 juin 1950, *Bull. civ.*, I, n° 343.

²⁵² CE, 4 oct. 1991, *Milhaud c/ Cons. nat. Ordre médecins*, req. n° 103045, *D.*, 1991. IR 242.

²⁵³ TA Rennes, 18 juin 2012, *M^{me} A*, n° 1202373, *JCP Adm.*, 2012. 2321, note Péchillon.

considéré comme le pouvoir que chaque personne peut avoir sur elle-même). Un auteur est allé jusqu'à dire qu'en droit de la santé, le consentement est exalté²⁵⁴.

En 1994, la CJUE a eu à rappeler, à propos d'une affaire relative à une prise de sang effectuée sur un candidat fonctionnaire en vue de rechercher la présence éventuelle d'anticorps VIH, qu'un tel examen « *constitue une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé et ne peut être pratiqué sur un candidat fonctionnaire qu'avec le consentement éclairé de celui-ci* ».

La Cour souligne par ailleurs qu'un tel principe doit être respecté en totalité²⁵⁵. Ces principes posés pour le respect de la personne, de sa dignité et de son corps sont donc tempérés lorsque la nécessité médicale s'impose.

Par exemple, le principe de l'indisponibilité du corps humain, inséré dans le Code civil français depuis la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, veut que celui-ci soit inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent ainsi faire l'objet d'un droit patrimonial.

Toutefois, l'article 16-3 du même code prévoit qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Insérée dans le Code civil français par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, l'exception au principe de l'indisponibilité du corps humain est cantonnée à la nécessité médicale, qui n'exclut toutefois pas la recherche du consentement de la personne ou de ses proches.

En tout état de cause, l'examen des hypothèses dans lesquelles il est possible pour le médecin de poser des actes médicaux non consentis montre que si la volonté du malade doit toujours être respectée, elle l'est souvent dans la mesure du possible.

Rappelons que lorsqu'une personne est hors d'état de manifester sa volonté, le médecin consulte la personne de confiance lorsqu'elle a été désignée, ou un membre de sa famille, ou encore un de ses proches.

²⁵⁴ BROSSET E., « Le consentement en matière de santé et le droit européen », *Hal-00872135*, 2013, p. 4.

²⁵⁵ CJUE, 5 oct. 1994, *X c. Commission*, aff. C-404/92 P., Rec. I – 128.

Il s'agit dans ce cas d'une simple consultation, car le médecin n'est pas tenu par l'avis de la personne consultée. *In concreto*, après avoir consulté le proche, le membre de la famille ou la personne de confiance, et à défaut de pouvoir recueillir le consentement du malade, c'est au médecin qu'il appartient de prendre la décision d'agir pour le bien du patient.

S'agissant du Mali, le code de déontologie médicale et la Charte du malade hospitalisé (articles 14 et 15 de la Charte du malade hospitalisé et 138 des codes harmonisés de déontologie et d'exercice des médecins dans l'espace CEDEAO)²⁵⁶ indiquent clairement que le médecin contacte les personnes proches du malade concerné directement. Cependant, le sujet n'est pas évoqué clairement et en profondeur, comme c'est le cas dans le droit français.

Par ailleurs, il a été constaté, à travers le paternalisme médical qui est toujours appliqué au Mali, une certaine liberté offerte *de facto* au médecin d'agir selon son bon vouloir en se passant de la volonté du patient lors d'une intervention, selon les dispositions de la Charte du malade hospitalisé (articles 14 et 12)²⁵⁷.

B. En cas d'urgence

Lorsqu'on parle d'urgence dans le contexte actuel, on pense tout de suite à l'état d'urgence sanitaire qui a marqué l'actualité, en ces temps où le *corona virus* a dicté sa loi à l'humanité. Ce régime d'exception, qui déroge au droit commun, a permis la prise en charge, dans des conditions exceptionnelles, des personnes atteintes de diverses formes de Covid-19 (grave ou simple, asymptomatique...).

Le Code de la santé publique ne définit pas l'urgence. Toutefois, l'urgence dont il s'agit ici est la situation dans laquelle se trouverait toute personne dont la vie est en péril, c'est-à-dire, comme le définit le Larousse, une « *situation pathologique dans laquelle un diagnostic et un traitement doivent être réalisés très rapidement* ».

Le Code de la santé publique prévoit les situations dans lesquelles les professionnels de santé doivent agir dans l'immédiat sans prendre le temps de recueillir un consentement éclairé de la personne et sans consultation de son entourage. Cette action doit être commandée par l'état de nécessité que présente la situation de la personne.

²⁵⁶ Articles 14 et 15 de la Charte du malade hospitalisé du Mali et 138 des codes harmonisés de déontologie et d'exercice des médecins dans l'espace CEDEAO.

²⁵⁷ Charte du malade hospitalisé du Mali, art. 14 et 12.

Cet état de nécessité impose aux professionnels de santé d'agir et leur confère des droits et des devoirs spécifiques. Le cadre de leur action est fixé par l'article L. 1111-4 du CSP et par les articles R. 4127-36 et R. 4127-41 issus du code de déontologie médicale.

C'est aux médecins qu'il appartient d'apprécier la situation et, le cas échéant, de pouvoir la justifier. En principe, l'exécution de soins sans le consentement du patient est une faute. Le patient doit consentir non seulement au principe même des soins, mais encore à leurs modalités²⁵⁸.

Mais, comme nous l'avons dit, l'état du patient peut empêcher celui-ci d'exprimer sa volonté. Dans ce cas, l'urgence à réaliser un acte peut permettre d'exécuter les soins et d'écarter la faute pour défaut de consentement du patient²⁵⁹. C'est ce qui explique que la jurisprudence refuse de qualifier de faute l'exécution de soins en méconnaissance de la volonté exprimée par le patient lorsque ceux-ci présentent un caractère indispensable, vital²⁶⁰.

Avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 1111-4 du CSP, la jurisprudence administrative avait traité le cas de Témoins de Jéhovah qui refusaient de consentir à d'éventuelles transfusions pouvant devenir indispensables lors d'une intervention chirurgicale. Elle énonçait que si l'obligation de sauver la vie ne prévalait pas de manière générale sur celle de respecter la volonté du malade, compte tenu de la situation extrême dans laquelle il se trouvait, les médecins qui choisissaient, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, ne commettaient pas de faute²⁶¹.

En 2002, une ordonnance en référé du Conseil d'État a décidé « *que le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale ; que toutefois les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale, telle qu'elle est protégée par les dispositions de*

²⁵⁸ CE, 17 févr. 1988, *M^{me} Morette-Bourny*, req. n° 76417, *Lebon 73*, s'agissant d'un patient n'ayant accepté de subir une intervention qu'à la condition que celle-ci soit précédée d'un traitement anticoagulant.

²⁵⁹ CE, 31 janv. 1964, *M^{lle} Druchet*, *Lebon 71* : s'agissant d'actes autres que ceux initialement envisagés et auxquels le patient avait donné son consentement, rendus indispensables en cours d'opération chirurgicale, en raison de difficultés imprévues.

²⁶⁰ CE, ass., 26 oct. 2001, *M^{me} S...*, req. n° 198546, *AJDA*, 2002. 259, note M. Deguegue ; *D.*, 2001. 3253 ; *RFDA*, 2002. 146, concl. D. Chauvaux, s'agissant de la réalisation d'une transfusion sanguine à laquelle le patient était opposé, indispensable à sa survie.

²⁶¹ CE, 26 oct. 2001, *M^{me} Senanayake*, préc.

l'article 16-3 du Code civil et celles de l'article L. 1111-4 du CSP, une atteinte grave et manifestement illégale lorsque, après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que le recours, dans de telles conditions, à un acte de cette nature n'est pas non plus manifestement incompatible avec les exigences qui découlent de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment de son article 9 ».

En l'espèce, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon enjoignait aux médecins du centre hospitalier universitaire de Saint-Étienne de s'abstenir de procéder à des transfusions sanguines sur une patiente. Ici, l'ordonnance attaquée indiquait que cette injonction cesserait de s'appliquer si l'intéressée venait à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu son pronostic vital.

À cet effet, le juge des référés du Conseil d'État a ajouté qu'il incombait au préalable aux médecins du centre hospitalier, d'une part, de tout mettre en œuvre pour convaincre la patiente d'accepter les soins indispensables, et d'autre part, de s'assurer que le recours à une transfusion était un acte essentiel à sa survie et proportionné à son état²⁶².

Il en résulte que pour que le médecin passe outre le consentement du patient, l'acte projeté doit être vital pour la personne, proportionné à son état de santé et accompli dans le but de la sauver.

De façon particulière, l'urgence permet aux professionnels de santé de prodiguer des soins à un mineur ou un majeur protégé, sans avoir besoin d'un consentement préalable de leurs représentants légaux. Ainsi, l'article R. 4127-42 du CSP, issu du code de déontologie médicale, relatif au recueil par le médecin du consentement des parents ou du représentant légal, dispose qu'en cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le professionnel de santé doit prodiguer les soins nécessaires au patient.

On retrouve la même dérogation dans les articles R. 4127-236, R. 4127-330, R. 4321-84 et R. 4312-14, issus respectivement des codes de déontologie des chirurgiens-dentistes, sages-femmes et masseurs-kinésithérapeutes. Il est également reconnu aux établissements

²⁶² CE, réf., 16 août 2002, *M^{me} Feuillatay*, req. n° 249552, *GDAS*, 2^e éd., 2016, Dalloz, n° 9 ; *JCP*, 2002. II. 10184, note Mistretta ; *RD publ.*, 2003. 1419, note Pariente.

de santé publics la possibilité de procéder à une intervention chirurgicale en urgence, sans le consentement du représentant légal du mineur.

Dans le même ordre d'idées, l'article 8 de la Convention européenne sur la biomédecine précise que lorsqu'en situation d'urgence, le consentement approprié ne peut pas être obtenu, « *il pourra être procédé immédiatement à toute intervention médicale indispensable pour le bénéfice de la santé de la personne concernée* ».

Le juge a utilisé cette disposition pour approuver le dispositif anglais qui faisait obligation aux médecins, en cas d'objection parentale à un traitement médical proposé pour un enfant, de solliciter l'intervention de la justice.

En résumé, lorsqu'on envisage la relation de soins sous l'angle contractuel, il apparaît que le consentement n'est pas la condition exclusive de la validité du contrat médical.

L'on peut considérer, avec Patricia Hennion-Jacques, qu'il existe une exigence sans laquelle le consentement ne saurait justifier l'intervention du praticien : il s'agit de la nécessité médicale telle que prévue à l'article 16-3 du Code civil²⁶³.

Il résulte des dispositions de l'article L. 1111-5²⁶⁴ du CSP que l'acte médical ne doit pas faire courir de risques disproportionnés au patient par rapport aux effets bénéfiques escomptés. C'est pourquoi, on peut considérer que l'état de nécessité légitime l'atteinte au corps humain dans la mesure où l'acte accompli en considération de cette nécessité doit viser la sauvegarde d'un intérêt supérieur, dès lors que la santé du patient et, à plus forte raison, sa vie, semblent concernées.

Ainsi, la nécessité médicale peut être envisagée comme une condition de validité du contrat médical et une cause objective d'irresponsabilité pénale, du fait que la finalité de l'acte qui fonde l'obligation du médecin doit être médicale ou, exceptionnellement, thérapeutique, pour que la cause subjective du contrat soit licite. Cela en fait le préalable indispensable à toute atteinte au corps humain²⁶⁵.

²⁶³ HENNION-JACQUES P., « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.

²⁶⁴ L'article L. 1111-5 du Code de la santé publique.

²⁶⁵ *Op. cit.*

L'urgence est un fait justificatif de la réalisation d'un acte médical sans consentement. Elle l'est dès lors que la santé ou la vie du patient est en jeu et qu'il est hors d'état d'exprimer son consentement.

Par conséquent, ici, on ne peut pas parler de la formation du contrat médical dans la mesure où il n'y a pas de rencontre de volonté. Cependant, l'urgence est, dans cette hypothèse, une cause objective d'irresponsabilité par référence à la loi pénale, le médecin ayant l'obligation de porter secours à la personne en péril. L'acte médical est donc imposé dans l'intérêt d'autrui, pas forcément par la nécessité médicale. En effet, en cas d'urgence ou lorsque le patient est exposé à un danger de mort, le médecin ne peut s'abstenir d'intervenir sous peine, dans certains cas, d'être poursuivi pour non-assistance à personne en danger.

Par ailleurs, on peut se retrouver dans l'urgence lorsque, hors d'état d'exprimer son consentement, le patient refuse par avance les soins alors que ceux-ci s'imposent. Le médecin peut-il, dans ces conditions, accomplir l'acte médical refusé à l'avance en se fondant sur la nécessité médicale ? La réponse est en principe négative. Cependant, la jurisprudence considère que lorsque le pronostic vital est engagé, les soins paraissent légitimes.

À cet effet, la nécessité médicale va primer sur l'exigence du consentement. Le médecin pourra ainsi imposer au patient une intervention effectuée pour préserver un intérêt supérieur à tout autre, la vie humaine. En cas de litige, le professionnel de santé doit apporter la preuve que le consentement du patient a bien été recherché, à défaut de quoi, sa responsabilité pourrait être engagée.

Au Mali, si le médecin est en face d'un malade qui ne peut exprimer librement son consentement à une intervention, la Charte du malade hospitalisé prévoit qu'il appartient au praticien et à son équipe médicale de prendre les décisions qui s'imposent tout en informant les proches du patient (article 12)²⁶⁶.

Paragraphe 3 – La preuve et la sanction du consentement

La recherche du consentement du patient avant tout acte de prévention, de diagnostic ou de soin est une obligation qui pèse sur tout professionnel de santé. Comme toute obligation, la preuve de son exécution doit être rapportée par son débiteur (A). En l'absence

²⁶⁶ Art. 12 de la Charte du malade hospitalisé du Mali.

d'une telle preuve, des sanctions allant jusqu'à la mise en jeu de la responsabilité du professionnel peuvent être prononcées (B). En dernier lieu, il sera question d'étudier le refus du patient de consentir aux soins (C).

A - La preuve du consentement

Brigitte Bouquet fait remarquer que consentir, c'est adhérer, autoriser, acquiescer, donner son assentiment, y compris en exprimant une résistance ou une résignation. Le consentement, lui, désigne un accord, une conformité ou une uniformité d'opinions²⁶⁷.

La preuve dont il s'agit ici est donc celle de l'accord donné par la personne malade pour les actes de diagnostic et de prévention et le traitement à lui administrer, conformément aux informations qu'elle a reçues du médecin.

Notons que juridiquement, « *la preuve est un acte ou un fait juridique versé au soutien d'une prétention pour fonder les allégations des parties au litige* ». C'est donc aux parties qu'il appartient de prouver ce qu'elles allèguent. L'article 1315 ancien du Code civil, aujourd'hui article 1353, précise que c'est à celui qui allègue un fait d'en apporter la preuve.

Au sens commun, prouver, c'est le fait d'établir et de faire reconnaître que ce que l'on dit est vrai, que telle chose est réelle ou certaine. La preuve est donc finalement « *la démonstration de la réalité d'un fait, d'un état, d'une circonstance ou d'une obligation* ».

C'est en général dans le cadre d'un procès que la preuve s'apprécie. À cet égard, son administration ne se fait pas en toute liberté. L'administration de la preuve est donc réglementée.

En France, c'est l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit du contrat, du régime général et de la preuve des obligations qui réglemente l'administration de la preuve. Si le choix des preuves appartient aux parties, la manière dont elles sont produites dépend des règles édictées à cet effet. C'est au juge qu'il appartient, d'une part, de décider de leur admissibilité et, d'autre part, d'apprécier leur valeur probante.

Dans son article L. 1111- 2 (IV), le Code de la santé précise, en matière d'information préalable, qu'« *en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé*

²⁶⁷ BOUQUET B., « Consentement et contrainte : des notions polysémiques », *Vie sociale*, 2021/1, n° 33, p. 16.

d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen ».

Autrement dit, la preuve de l'existence d'un consentement libre et éclairé ou, dans certains cas, d'une situation qui empêche de le recueillir, incombe en principe aux professionnels et aux établissements de santé, aux organismes ou services de santé.

La Cour de cassation²⁶⁸ et le Conseil d'État²⁶⁹ avaient auparavant adopté une position contraire, qui exigeait que le patient apporte la preuve que les soins avaient été réalisés sans son consentement, ou que celui-ci n'avait pas été suffisamment éclairé.

S'agissant clairement du praticien, le Conseil national de l'Ordre estime que c'est au professionnel de santé d'apporter la preuve de la mise en œuvre de l'obligation d'information et du consentement exprimé par la personne malade²⁷⁰.

Nous pensons que c'est pour cette raison que la cour d'appel a décidé de retenir, en 2017, une faute de la part de l'Assistance publique (AP-HP) pour absence de consentement à des arrachements dentaires, en se focalisant sur le fait qu'il n'était pas établi que le patient avait donné son consentement²⁷¹. Cela étant, force est de constater que le manque de réaction du législateur dans ce domaine n'a pas contribué à résoudre rapidement le problème.

L'article L. 1111- 4 du Code de la santé publique se contente d'indiquer qu'aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être administré en dehors du consentement libre et éclairé de la personne, et que ce dernier peut être retiré à tout moment²⁷².

S'agissant par ailleurs de la preuve, il est envisageable de supposer que la preuve du consentement du patient peut être établie de différentes manières en dehors des moyens

²⁶⁸ Civ., 29 mai 1951, *D.*, 1952. 53 : elle a retenu qu'un malade qui se soumet à une intervention en pleine lucidité doit rapporter la preuve que le professionnel de santé n'a pas respecté son obligation contractuelle d'obtenir son consentement en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération projetée et en ne recherchant pas son consentement. Civ., 7 juillet 1964, *D.*, 1964. 625 : elle a considéré qu'il appartenait au malade d'établir que l'intervention avait été pratiquée sans son consentement ou sans que son consentement ait été suffisamment éclairé.

²⁶⁹ CE, 9 jan. 1970, req. n° 73067.

²⁷⁰ CNOM, 10 mars 2016, n° 12345.

²⁷¹ CAA Paris, 16 févr. 2017, req. n° 15PA01828, *M. Madjour* ; CAA Versailles, 7 févr. 2017, req. n° 15VE01447, CH Sud Francilien, selon lequel, la preuve du recueil du consentement du patient incombe à l'établissement hospitalier.

²⁷² Article. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

évoqués par le législateur. C'est le cas précisément de l'information préalable, où il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement l'existence d'un consentement, à travers l'étude des informations qui sont mises à sa disposition, c'est-à-dire, les écrits, dès lors que ces derniers sont imposés et exprimés.

Il ne peut être déduit que le patient était consentant simplement parce qu'il s'est mis dans la position requise pour un examen²⁷³. De la même manière, si un patient a accepté une intervention donnée et qu'une autre a été réalisée, il est admis que la preuve du consentement à une intervention autre que celle qui a été pratiquée marque, en principe, une absence de consentement²⁷⁴.

Toutefois, il faut rappeler que si le patient a exprimé un consentement qui prévoit la possibilité de pratiquer d'autres actes médicaux pendant l'intervention, ou du moins si ceux-ci interviennent au cours de sa réalisation, cela pourrait changer la donne.

Cela peut expliquer peut-être la position de la Cour de cassation qui a jugé que la responsabilité du chirurgien ne pouvait pas être retenue dans la mesure où, en cours d'opération, il s'était vu obligé de changer le projet opératoire, en estimant que le consentement préalablement exprimé par le malade prévoyait indirectement celui d'effectuer d'autres interventions curatives qui se révéleraient indispensables.

Cela étant, il reviendra toujours aux juges du fond d'apprécier en toute souveraineté si le praticien, au cours de son intervention, a commis une faute liée au défaut d'information et ayant entraîné un risque réel, ou qui caractérise en réalité une absence de consentement à l'acte au sein d'un établissement, d'un service ou d'un organisme de santé.

²⁷³ CNOM, 17 mai 2016, n° 12700, qui a retenu, pour une patiente qui contestait avoir consenti à une anoscopie, que le praticien ne l'avait pas informée qu'il s'apprêtait à effectuer cet acte et que la circonstance selon laquelle celle-ci avait accepté de se mettre dans la position nécessaire à l'examen et qu'il tenait à la main un anoscope ne suffisait pas à établir que, préalablement à l'examen, il lui aurait donné une information suffisante et aurait obtenu son consentement.

²⁷⁴ CE, 24 sept. 2012, req. n° 306223 ; CAA Versailles, 7 févr. 2017, req. n° 15VE01447, qui a retenu un défaut de consentement dans le cas de la réalisation d'une intervention substantiellement différente de l'intervention initialement prévue, après avoir relevé que la patiente avait indiqué, dans le cadre des opérations d'expertise, que le chirurgien lui avait fait part de sa décision de changer de technique opératoire à son entrée au bloc opératoire, alors qu'elle était préméditée, et que le chirurgien indiquait ne pas se souvenir précisément du moment auquel il avait informé sa patiente de sa décision.

Tout de même, dans tous les cas, il y aura droit à réparation, qu'il s'agisse d'une absence d'information ou d'un défaut de consentement sur la base des arguments différents en la matière.

De même, au Mali, le manquement du médecin à son devoir d'information peut donner lieu à des poursuites judiciaires qui peuvent générer une réparation du préjudice au profit du malade concerné²⁷⁵.

Toutefois, il convient de souligner qu'à ce jour, au Mali, aucune décision judiciaire n'a été rendue concernant ce genre d'affaire, compte tenu de la rareté des plaintes à l'égard des médecins dans les établissements hospitaliers. Cela s'explique par la méconnaissance, de la part des victimes, des possibilités de poursuites judiciaires pour engager ce genre d'action, mais aussi par le poids de la culture locale et traditionnelle associée à la religion islamique qui est très ancrée dans les habitudes de la population malienne.

De façon générale, les patients qui sont victimes d'un manquement de la part d'un médecin décident le plus souvent de ne pas le poursuivre et affirment explicitement qu'ils s'en remettent à Dieu.

B- Les sanctions et les responsabilités

En principe, la responsabilité d'un établissement, d'un service ou tout particulièrement d'un organisme de santé peut être engagée sur la base des actes de soins administrés sur un patient en l'absence du recueil de son consentement en amont ou de celui de ses principaux représentants légaux. Cela concerne surtout les cas où les conditions de dispense du respect de cette exigence ne sont pas établies, ou du moins ceux où le consentement du patient n'a pas été reçu selon les critères fixés par la loi (1). Devant ce genre de situation, des sanctions de nature administrative, disciplinaire ou pénale peuvent aussi être prononcées contre le fautif (2).

1. Les sanctions

Concrètement, pour ce qui concerne les sanctions administratives, si le praticien d'un établissement de santé réalise sur un patient un acte médical sans que ce dernier n'exprime valablement et préalablement son consentement, selon la gravité de la faute, ledit praticien

²⁷⁵ Art. 27 de la Charte du malade hospitalisé du Mali, 6 octobre 2008.

peut voir son permis d'exercer retiré ou suspendu. Il peut aussi perdre les moyens techniques avec lesquels il pratique des soins, selon les dispositions de l'article L.61223-13 du Code de la santé publique²⁷⁶.

Par ailleurs, dans le domaine des sanctions disciplinaires, tout acte de prévention, de diagnostic ou de soin en dehors du consentement de la personne malade concernée ou de ses représentants légaux est perçu comme un manquement grave aux exigences imposées par l'exercice et la mission des professionnels de santé, hormis les cas permettant une dispense à cet égard.

C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil national de l'Ordre des médecins a puni un médecin ayant approuvé la recommandation d'une consœur qui lui a envoyé une patiente, en l'absence de tout caractère urgent, alors même qu'elle se trouvait déjà au bloc opératoire et prémédiquée²⁷⁷.

Le même principe s'impose pour un praticien stomatologiste qui effectue un arrachage de dents de sagesse chez une personne mineure, sous calmant, sans avoir recueilli en amont le consentement éclairé de ses père et mère qui sont ses représentants légaux²⁷⁸.

Dans une décision rendue le 29 juillet 1994, le Conseil d'État a estimé justifiée une sanction disciplinaire à l'endroit d'un médecin qui, bien que la personne ait rejeté une intervention chirurgicale ou de radiothérapie, avait choisi de la soigner avec des traitements illusoire qui l'avaient empêchée d'avoir une chance de guérison ou de survie²⁷⁹.

Cette même situation est valable aussi pour un médecin qui a autorisé la présence d'un technicien pendant un examen intime alors que sa patiente l'avait refusée, sur la base des articles R. 4127-35 et R. 4127-36 du Code de la santé publique concernant l'obligation d'information du praticien et la prise en compte du consentement de son patient²⁸⁰.

²⁷⁶ Article L. 61223-13 du Code de la santé publique.

²⁷⁷ CNOM, 30 nov. 2016, n° 12850.

²⁷⁸ CNOM, 3 nov. 2015, n° 12192 ; avant, il y avait le cas d'un praticien qui s'était contenté de la demande de la mère d'un mineur pour procéder à l'ablation de dents de sagesse, en l'absence de preuve que la situation matrimoniale du père aurait été portée à la connaissance du praticien (CNOM, 14 déc. 2012, n° 11430).

²⁷⁹ CE, 29 juillet 1994, req. n° 146978.

²⁸⁰ CE, 19 sept. 2014, req. n° 36534, *M. Huyhn, Lebon T, AJDA*, 2014. 1800 ; *D.*, 2014. 2053, obs. E. Martinez ; CEDH, 9 oct. 2014, req. n° 37873/04, *Konovalova c/ Russie* : elle a retenu que la présence d'étudiants en médecine dans une salle d'accouchement sans le consentement de la parturiente constituait une atteinte à sa vie privée ; *D.*, 2015. 1007.

En tenant compte de la gravité de l'acte médical, une telle situation peut effectivement entraîner une procédure disciplinaire de la part de l'employeur exerçant dans le domaine public et privé, à l'endroit du professionnel mis en cause.

Sur le plan judiciaire et particulièrement pénal, un praticien qui donne des soins sans recueillir le consentement de la personne concernée porte explicitement atteinte à l'intégrité physique de cette dernière, selon les dispositions des articles 222 et suivants du Code pénal, surtout en présence d'un caractère intentionnel²⁸¹.

D'un point de vue plus spécifique, force est de constater que plusieurs actes ayant une nature médicale sont sanctionnés par la loi pénale lorsqu'ils sont faits sans le consentement libre et éclairé de la personne ou des titulaires de l'autorité parentale, du tuteur ou du moins de toute autre autorité ou tout autre organisme approprié en la matière.

Il en est de même dans le domaine de la recherche effectuée sur une personne qui n'a pas donné valablement son consentement ou qui a tout simplement décidé de le retirer pour cette intervention ou dans le cadre d'une interruption de grossesse.

On retrouve des infractions du même genre dans le Code civil et le Code de la santé publique. Ainsi, l'article 16-11 du Code civil interdit particulièrement de distinguer la personne à travers ses données génétiques pour des fins médicales ou de recherche, ou de faire des prélèvements de ses informations biologiques à titre d'ascendant, descendant ou collatéral en vue de l'établissement de son identité²⁸².

Dans les conditions indiquées à l'article L. 1231-1 du CSP, on peut aussi penser au fait de prélever un organe sur une patiente vivante, y compris dans un but thérapeutique, sans que son consentement n'ait été retenu selon la loi. Il en est de même quand il s'agit d'effectuer une recherche sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires sans avoir recueilli le consentement écrit et l'autorisation prévue à l'article L. 2151-5 du CSP.

²⁸¹ Crim., 6 févr. 2001, n° 00-82.434, P., n°33 ; D., 2001.2351, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE. La Cour de cassation casse un arrêt ayant retenu qu'un chirurgien avait volontairement porté atteinte à l'intégrité physique d'une patiente présentant un risque d'embolie pulmonaire, en procédant à une stérilisation tubaire qui n'était pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat, sans s'être assuré de son consentement libre et éclairé, alors qu'il résultait des constatations de la cour d'appel que la patiente avait seulement fait part de son refus d'être stérilisée au médecin chargé de la consultation pré-anesthésique, qui n'avait pas communiqué cette information à son confrère, de sorte que l'élément intentionnel faisait défaut.

²⁸² Article. 16-11 du Code civil.

La Cour de cassation avait décidé d'aller dans le même sens qu'une cour d'appel, notamment à travers l'application des dispositions de l'article 223-8 du Code pénal, sanctionnant les recherches biomédicales effectuées sans le consentement libre, éclairé et exprès de la personne²⁸³.

Dans cette espèce, une cour d'appel avait retenu la responsabilité d'un médecin qui avait effectué des recherches biomédicales non consenties sur une patiente qui était dans un état de faiblesse et manifestement incapable de donner un consentement digne de ce nom, c'est-à-dire libre, éclairé et exprès²⁸⁴.

Par ailleurs, au Mali, il n'existe à ce jour aucune décision de justice condamnant un médecin pour ce genre de pratique médicale. Face à ce type de situation, c'est la médiation entre les parties qui permet de régler le problème ; cela est dû le plus souvent au poids de la tradition et au manque de culture judiciaire de la population.

2. Les responsabilités

Concrètement, il sera question ici de la responsabilité civile et administrative. À partir du moment où un patient subit un acte de diagnostic, de prévention et surtout de soin sans qu'il ne pose son consentement, cette situation donne lieu en principe à une réparation pour tous les troubles qui en résultent.

Cependant, il existe des cas dans lesquels le professionnel de santé se trouve devant une situation d'urgence avec une impossibilité pour la personne malade d'exprimer son consentement. Ici, le préjudice résultant de l'exécution d'un acte médical effectué sans le consentement de la personne peut entraîner un trouble moral ou corporel. Ce préjudice peut être uniquement moral en l'absence de consentement, alors même que les soins ont donné les effets positifs espérés.

Il est tout à fait normal que la réparation totale du préjudice s'impose dès lors que la personne concernée subit un dommage corporel. Cela étant, le patient peut également exiger

²⁸³ Article. 223-8 du Code pénal.

²⁸⁴ Crim., 24 févr. 2009, n° 08-84.436, P., n° 45, D., 2009. 2087, note P.-J. Delage ; D., 2010. 604, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat.

la réparation simultanée des deux préjudices²⁸⁵. Le Conseil d'État a d'ailleurs adopté cette position dans le cadre d'une affaire concernant un acte très différent de celui que le patient avait accepté.

Dans le domaine administratif, la Haute Juridiction a affirmé que les établissements de santé ont l'obligation de réparer non seulement le préjudice moral subi par la personne, mais aussi d'autres actes dommageables en raison de l'absence d'information²⁸⁶.

Ainsi, dans la situation où l'acte chirurgical n'a pas produit d'effet positif, l'établissement de santé doit réparer tous les dommages qu'il a causés, même dans le cas où l'intervention consentie a occasionné des troubles similaires. Il convient d'ajouter aussi qu'une réparation sera également exigée à la suite de l'échec de l'intervention, rendant impossible toute évolution postérieure²⁸⁷.

Cependant, force est de constater que le droit à réparation lié à l'absence de consentement est beaucoup plus large que celui provenant du manque d'information, en raison des risques engendrés ; c'est-à-dire que dans ce cas précis, ce droit est surtout ouvert sur la base de la perte de chance. D'où la question que pose le professeur Louis Dubouis : « *Qui du patient ou du médecin doit arbitrer entre la vie et Dieu ?* »²⁸⁸ Concrètement, il s'interroge sur le refus de soins, qui est une difficulté majeure lorsqu'on prévoit l'extension de l'obligation qui s'applique au médecin de respecter le choix du patient.

La Charte du malade hospitalisé du Mali indique que si le médecin fait face au refus de soins du patient, il doit respecter le choix de ce dernier, qui assume pleinement toutes les conséquences qui peuvent en découler. Il s'agit d'un droit fondamental du malade dans son rapport avec le médecin (art. 12, alinéa 1 de la Charte du malade hospitalisé du Mali)²⁸⁹.

²⁸⁵ CE, 17 févr. 1988, req. n° 76417, *M^{me} Morette Bourny, Lebon*. Dans cette décision, le Conseil d'État met à la charge du centre hospitalier la réparation des conséquences d'une embolie pulmonaire intervenue à la suite de la réalisation d'une intervention sans le consentement de la patiente et en l'absence d'urgence.

²⁸⁶ CE, 24 sept. 2012, req. n° 306223.

²⁸⁷ CE, 16 déc. 2016, req. n° 386998, *M^{me} Benaoudia*, NP, *AJDA*, 2017, 331.

²⁸⁸ Louis Dubouis, professeur de droit public, Université d'Aix-Marseille.

²⁸⁹ Charte du malade hospitalisé du Mali, art. 12, alinéa 1.

C- Le refus du patient de consentir aux soins

En principe, le refus de soins est perçu comme « *un aspect central du problème de l'accès aux soins, lui-même étant une des conditions premières de l'efficacité des politiques de santé publique et de la construction de la démocratie sanitaire* »²⁹⁰. Les évolutions juridiques qui aspirent à tenir compte de ce problème visent des buts parfois incohérents et sont tiraillées entre plusieurs finalités.

C'est le cas pour la liberté thérapeutique et contractuelle face aux droits du patient. Cela étant dit, il convient de ne pas mélanger la notion de refus de soins et celle du renoncement aux soins à cause de certaines limites, entre autres économiques, qui empêchent le demandeur d'y accéder.

Il importe de préciser que le refus de soins est la conclusion du droit d'exprimer son consentement aux soins. Ce droit en engendre forcément un autre : celui de les refuser. Encore faut-il qu'il soit étayé par des éléments en amont qui permettent au patient d'en mesurer les conséquences.

Dans le cadre des soins pratiqués, il faut signaler que même en présence d'une volonté manifeste du professionnel de santé de donner son maximum pour le bien-être du patient, un acte thérapeutique non maîtrisé n'est pas à exclure tout au long de son intervention ; cela pourra engendrer des dommages pour ce dernier. Il y a donc un rapport dissymétrique entre le soignant et le patient.

Pratiquement, c'est pour cette raison que tout acte réalisé sur le corps d'une personne exige toujours, d'une manière ou d'une autre, une confiance totale. Il s'agit particulièrement d'un accord qui découle de mesures éthiques avec comme priorité l'intérêt de cette personne.

Parmi les obligations qui reposent sur le médecin, il y a la prise en compte du refus de soins exprimé par un patient. Le contenu de cette obligation présente quelques contradictions parce que, aujourd'hui, les professionnels de santé font de plus en plus face à des cas mêlant les problèmes médicaux, psychologiques et sociaux qui ne leur permettent pas d'attribuer cette priorité à la personne.

²⁹⁰ BRISSY S., LAUDE A., TABUTEAU D. (dir.), « Refus de soins et actualités sur les droits des malades », cités par LAFORE R., *RDSS*, 2012, p. 1157.

Cette situation peut entraîner des difficultés à saisir la portée du choix de la personne, même si le respect de ce droit est le fondement sur lequel est basée la relation de soins. Par conséquent, l'inobservation de ce droit pourra être appréhendée comme de la maltraitance, du mépris ou un refus de reconnaître le droit au respect de la dignité et de la vie privée du patient.

Dès lors, la personne peut adopter une posture de réticence, qui peut aller jusqu'à refuser le traitement proposé dans le but de conserver une certaine maîtrise de sa vie. Ce refus du patient d'exprimer son consentement aux soins trouve son origine dans l'autonomie et la liberté de décision qui lui est accordée.

Clairement, ce fondement nous apprend beaucoup sur le principe du respect de la volonté du patient. Il est donc important d'étudier cette notion de respect du choix de la personne malade (1). Il faut tout de même souligner un certain nombre d'exceptions dans cette affaire. Notamment, la situation des personnes majeures et des mineurs protégés représente un cas particulier (2). L'absence de considération et de respect du droit du patient de refuser les soins expose le soignant à des sanctions qui peuvent entraîner la mise en œuvre de sa responsabilité (3).

1 - La notion de respect du choix de la personne malade

En droit de la santé, le consentement de la personne représente une valeur fondamentale. Elle est la pierre angulaire de la relation de soins. Même quand il est question d'agir dans son propre intérêt, le principe est toujours celui de rechercher la volonté de la personne malade (a).

Il ya tout de même des situations qui expliquent spécifiquement que, de façon pratique, la mise en œuvre de ce principe soit contre-productive. C'est pourquoi, ce principe de respect de la volonté du patient comporte quelques exceptions (b).

a). La notion de choix de la personne malade

L'autonomie, le refus de soins et la liberté de décision sont des notions le plus souvent connexes, à travers des solutions qui sont envisagées pour résoudre les problèmes de santé de la personne. C'est-à-dire que le choix est une prise en compte de la volonté de la personne malade tout en considérant son environnement, son état et divers autres éléments.

Dans le cadre de l'administration des soins, l'intérêt de la personne concernée revêt un caractère prioritaire. La place accordée à cette priorité est établie dans les codes et les textes de lois, ce qui se remarque concrètement de nos jours.

Il existe aujourd'hui des justifications disponibles dans le pacte de confiance qui concerne la relation entre le patient et le médecin quant à la soumission à l'acte de soins. Son élément fondamental est le consentement du patient dans le cadre de sa prise en charge.

L'idée de ce consentement légitime a comme conséquence éventuelle le droit au refus de soins. En effet, l'activité médicale est l'un des secteurs ayant connu le plus d'évolutions. Ces dernières engendrent notamment une certaine augmentation des propositions thérapeutiques, donnant aux personnes malades une plus grande liberté dans le domaine des soins, en exigeant dorénavant un consentement explicite.

Par ailleurs, dans le champ réglementaire, le décret du 28 novembre 1955 précise, dans son article 29, qu'« *après avoir formulé un diagnostic et posé une indication thérapeutique, le médecin doit s'efforcer d'obtenir l'exécution du traitement, lorsque la vie du malade est menacée* ». En cas de refus du patient, le médecin peut décider de cesser les soins, selon l'article 36 du code de déontologie médicale. Cela veut dire qu'il peut se soustraire à sa mission à condition de ne pas porter préjudice à son patient, de faire en sorte que la continuité des soins soit maintenue, mais aussi de fournir à cet égard les renseignements indispensables au patient²⁹¹.

Ensuite, le décret du 30 juin 1979 précise, dans son article 7, que « *la volonté du malade doit toujours être respectée dans la mesure du possible* »²⁹². Puis, il y a eu le décret du 6 septembre 1995. L'article 36 du code de déontologie médicale, paraphrasé à l'article R.4127-36 du Code de la santé publique, dispose que « *lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences* »²⁹³.

²⁹¹ Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955, abrogeant et remplaçant le décret n° 06-1947, portant code de déontologie médicale.

²⁹² Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale, *JO* du 30 juin, p. 1568.

²⁹³ Article. R. 4127-36 du Code de la santé publique.

Dans le domaine législatif, la loi du 4 mars 2002 donne au patient un droit de codécision²⁹⁴ et lui permet de devenir un acteur de sa propre santé et particulièrement un partenaire du professionnel de santé, pour une meilleure prise en charge de sa maladie.

Ainsi, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, tiré de cette loi, dispose que « *le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables* »²⁹⁵.

La loi du 2 février 2016 est venue renforcer davantage les droits du patient en précisant que « *toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement* »²⁹⁶. Elle oblige la personne qui refuse le traitement à reformuler ce refus dans un délai convenable.

En présence d'un refus du patient de donner valablement son consentement, le professionnel doit s'y conformer tout en tenant compte des informations et précisions adéquates qui vont avec cette décision ; pour avoir plus de garantie, il peut prendre l'avis d'un collègue.

Même en face d'une démarche décisionnelle partagée, une offre de soins nécessaire et consensuelle peut être rejetée par le patient. Dès cet instant, il faut considérer que le processus de soins commence à partir du moment où le consensus n'est plus envisageable.

Par ailleurs, le refus de soins s'apparente à une revendication ayant pour origine des pressions du milieu social et culturel, pouvant parfois être extrêmement contraignant. Cela se remarque aisément de nos jours, à travers les différentes actions des « anti-vaccins ».

La quête d'un bénéfice supplémentaire peut être la motivation principale de la personne. La question est de savoir s'il s'agit, pour la personne malade, d'un choix librement éclairé, intégrant toutes les conséquences qui peuvent en découler, même si celles-ci sont graves.

²⁹⁴ L'article L. 1111-4 du CSP dispose que « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préoccupations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* ».

²⁹⁵ Article. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

²⁹⁶ Loi du 2 février 2016, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

C'est ainsi que nous nous interrogeons par exemple sur les Témoins de Jéhovah, qui s'opposent à toute transfusion sanguine même lorsque leur pronostic vital est en jeu ; à ce propos, le professeur Louis Dubouis se demande : « *Qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et le bon Dieu ?* »²⁹⁷

Par ailleurs, une décision du Conseil d'État du 26 octobre 2001 concerne M. X. (arrêt *Senanayake*)²⁹⁸, qui avait indiqué par écrit son refus de recevoir une transfusion sanguine plusieurs jours après son séjour à la clinique. Étant conscient, et en tant que Témoin de Jéhovah, il reste sur cette décision au prix de l'aggravation de sa situation. Quant aux médecins, ils estiment que la transfusion sanguine ou l'utilisation d'un des procédés du sang est la seule possibilité de sauver sa vie.

Avec l'aggravation de sa situation, M. X. a été amené à l'hôpital où il a réitéré et confirmé verbalement son refus au médecin et à l'infirmière qui l'ont pris en charge. Ainsi, plusieurs jours après, les médecins ont passé outre sa volonté, en arguant que des transfusions sanguines étaient la seule possibilité de guérir l'affection rénale dont il souffrait.

Le patient continue de refuser de se soumettre à cette transfusion sanguine en toute connaissance de cause, bien qu'elle semble cruciale pour sa vie. Cela montre à suffisance que le patient, dans ce contexte, fait usage de son droit de consentir ou de ne pas consentir au traitement, malgré la gravité de la menace qui pèse sur sa santé.

Madame X. n'a pas eu le droit de rester près de son époux. Cette interdiction a valu à l'Assistance publique (AP-HP) une amende de 5 000 francs. En consultant le dossier médical de son époux, Madame X. a appris qu'il avait bien reçu une transfusion sanguine malgré son refus. Par la suite, elle a réclamé une somme de 100 000 francs en guise de réparation du préjudice moral en découlant. Elle a été déboutée de sa demande d'indemnisation par le tribunal administratif de Paris, ainsi qu'en appel également²⁹⁹.

Pour continuer son combat judiciaire, elle décide de saisir le Conseil d'État, qui va confirmer la décision de la cour d'appel tout en précisant spécifiquement les caractéristiques

²⁹⁷ DUBOUIS L., « Le refus de soins : qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu ? », *RDSS*, 2002, p. 41, note sous CE, 26 octobre 2001, *Madame X.*, *AJDA*, 2002.259, note M. Deguegue, *RFDA*, 2002.156, note D. de Béchillon et concl. D. Chauvaux.

²⁹⁸ Arrêt *Senanayake* du 26 octobre 2001.

²⁹⁹ TA Paris, 25 octobre 1995 ; CAA Paris, 9 juin 1998, *Madame Senanayake, D.*, 1999.227, G. Pélissier ; *RG publ.*, 1999.235, J.-M. Auby ; *RFD adm.*, 1998, p. 1231, concl. Heers M.

inhérentes à l'affaire et en se basant sur un principe autre que celui sur lequel celle-ci s'était focalisée.

Notons que la notion de refus de soins est « *l'une des plus difficiles qu'un juge puisse être conduit à trancher* »³⁰⁰. Tout en restant attaché à l'affaire de Madame X., le commissaire du gouvernement Chauvaux a fait remarquer que celle-ci s'apparentait à un cas d'école, car elle mettait en lumière la contradiction qui pouvait exister entre des principes juridiques qui, en l'espèce, s'opposaient³⁰¹.

Ainsi, au moment des faits (1991), la question du consentement aux soins, qui représente de nos jours la pierre angulaire de la condition du malade, n'avait pas spécialement la valeur qu'on lui donne depuis son affirmation par l'article 16-3 du Code civil à travers la loi du 29 juillet 1994, et ce, malgré les prises de position renouvelées de la jurisprudence en sa faveur³⁰².

La consécration de ce principe a été réitérée en second lieu par la loi du 9 juin 1999 à travers l'article 1111-2 du CSP. Il est perçu par le Conseil constitutionnel comme une des conséquences du principe de dignité de la personne humaine³⁰³.

À ce niveau, le débat juridique réside dans la perspective qu'en droit français, certains d'entre eux pouvaient être abordés à travers les principes constitutionnels, ainsi que ceux contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme et associés aux traitements inhumains ou dégradants, ou à la liberté et à la sûreté.

Ce principe n'a pas été retenu dans l'affaire de Madame X. par le Conseil d'État et la cour d'appel administrative de Paris. Mais, avec un peu de recul, on constate que le respect du consentement du patient et la liberté religieuse sont des principes majeurs. On se demande d'ailleurs si le comportement des médecins ne représente pas une violation de la liberté religieuse de M.X. Cette liberté est en fait l'un des éléments sur lesquels veille la Cour européenne des droits de l'homme³⁰⁴.

³⁰⁰ PELLISSIER G., note sous CAA Paris, 9 juin 1998, *D.*, 1999, 277.

³⁰¹ Didier Chauvaux, commissaire du gouvernement.

³⁰² Loi du 29 juillet 1994.

³⁰³ Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343-344 DC.

³⁰⁴ GONZALEZ G., *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Economica, 1997.

Dans cet élan, le Conseil d'État n'a pas retenu la liberté religieuse dans l'affaire de Madame X. comme motif pour légitimer l'action, en reconnaissant tout de même que le refus de M. X. était fondé sur un motif religieux. Sur la base d'une directive anticipée, les lois du 22 avril 2005³⁰⁵ et du 2 février 2016³⁰⁶ disposent clairement qu'un malade a la possibilité de refuser les soins.

On a pu constater, avec l'affaire *Lambert*³⁰⁷, que lorsque l'équipe médicale a décidé d'arrêter les soins, un litige relatif au respect de la volonté du malade a opposé son épouse à ses parents. Alors que la première soutenait qu'il ne souhaitait pas la poursuite des soins, les seconds disaient le contraire. Dans cette affaire, le Conseil d'État a estimé que la décision d'interrompre les soins avait une origine médicale³⁰⁸. Les parents de Vincent Lambert ont saisi la CEDH qui a décidé de donner raison aux autorités françaises qui approuvaient la décision médicale.

En somme, dans le domaine médical, si la décision d'arrêter les soins revient au médecin, il doit prendre en compte aussi la volonté du malade qui a son mot à dire. Pour autant, la jurisprudence et le législateur prévoient des situations qui restreignent le refus de soins.

La Charte du malade hospitalisé du Mali prévoit des cas dans lesquels le médecin peut passer outre le refus (article 14) de soins du malade, notamment pour lui sauver la vie. Il s'agit concrètement de quatre circonstances qui sont les situations d'urgence, l'impossibilité d'informer le patient, le refus du patient d'être informé et l'intérêt thérapeutique ou moral³⁰⁹.

b). Les exceptions à la règle de respect du choix de la personne malade

Ces exceptions concernent notamment les actes nécessaires à la survie d'un patient et le cas d'un refus opposé dans des situations spécifiques. Il appartient à l'équipe médicale et au médecin de prendre la décision dans le cadre des actes médicaux indispensables à sa survie.

³⁰⁵ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005.

³⁰⁶ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016.

³⁰⁷ CEDH, 5 juin 2015, aff. 46043/14, *Lambert et a. c/ France*.

³⁰⁸ CE, 24 juin 2014, n° 375081, *JCP G*, 2014, 825, note Violla F.

³⁰⁹ Art. 14 et 12 de la Charte du malade hospitalisé du Mali, 6 octobre 2008.

Face à un refus de soins, le médecin peut se retrouver devant un vrai problème. Concrètement, il doit tenir compte de la volonté du patient, mais aussi de son obligation de l'aider pour protéger sa santé, comme le préconise sa mission de soins.

Par ailleurs, il est certes admis que la responsabilité du médecin ne peut en principe être engagée lorsqu'il tient compte de la volonté de la personne malade, comme cela avait été le cas dans l'affaire de Madame X. Toutefois, on peut se demander si la responsabilité de l'établissement ou du médecin ne peut pas être directement recherchée à partir du moment où il décide de ne pas respecter le refus du patient et de lui donner les soins que nécessite son état.

Cependant, le Conseil d'État, à travers son juge des référés, a eu à se prononcer notamment dans des espèces concernant des Témoins de Jéhovah dont la situation de santé requerrait des transfusions sanguines, effectuées malgré le refus des patients.

Cette position a été soutenue par la Haute Juridiction, qui a estimé que compte tenu de l'état critique dans lequel le malade se trouvait, les professionnels de santé avaient décidé, pour tenter de le maintenir en vie, de réaliser des actes indispensables proportionnés à sa situation. Par conséquent, il a été constaté que ces professionnels n'avaient pas commis de faute qui entraînerait l'engagement de la responsabilité de l'établissement, la Haute Juridiction ayant jugé qu'ils avaient agi dans le sens de leur mission.

Compte tenu de la gravité de l'anémie dont souffrait le patient, le Conseil d'État a estimé que le choix d'effectuer des transfusions sanguines s'imposait comme unique solution pour lui sauver la vie. Ainsi, ces transfusions ne peuvent pas être considérées comme un traitement inhumain ou de nature dégradante, et encore moins comme un manque de respect de la liberté au regard des dispositions des articles 3 et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³¹⁰.

Dans cette optique, le juge des référés du Conseil d'État estime, dans une affaire concernant une patiente demandant que l'établissement hospitalier n'effectue plus aucune nouvelle transfusion, que *« le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale ; que toutefois les médecins ne portent pas une atteinte grave et*

³¹⁰ CE, ass., 26 octobre 2001, préc.

manifestement illégale lorsque, après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que le recours, dans de telles conditions, à un acte de cette nature n'est pas non plus manifestement incompatible avec les exigences qui découlent de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment de son article 9. »

Cependant, le juge des référés a aussi précisé qu'avant de recourir directement à une transfusion sanguine, les médecins doivent, d'une part, tout faire pour convaincre la personne malade afin qu'elle accepte les soins nécessaires et, d'autre part, s'assurer qu'un tel acte est proportionné et indispensable à sa survie³¹¹.

Cela étant, avec l'entrée en vigueur de l'article L. 1111-4 du CSP, on pouvait imaginer que cette position allait être remise en cause, mais force est de constater qu'il n'en est rien. En effet, il reviendra toujours au médecin, en toute conscience, de décider de respecter la volonté de son patient et d'apprécier à cet effet si le soin est indispensable à sa survie et proportionné à son état de santé.

Il revient toujours aux professionnels de santé de prendre, en toute connaissance de cause, la mesure de la situation pour définir le cadre de leur intervention afin de faire face au refus de soins dans des contextes spécifiques. C'est le cas notamment lorsque le malade souffre gravement, ce qui affecte directement sa volonté, ou lorsqu'il se trouve dans un état suicidaire, ou encore lorsqu'une maladie mentale le pousse à décliner toute forme de soins.

Dans les situations où la vie de la personne est directement menacée, ou si sa santé est mise en péril, il peut être souhaitable d'envisager des soins psychiatriques sans forcément prendre en compte son consentement. Pour cela, le praticien doit aussi vérifier si son état de santé permet de recourir à un régime de protection.

Dans cette hypothèse, s'impose un devoir de soins et d'assistance du patient si ses proches, sollicités préalablement, l'acceptent. Au nom de la nécessité thérapeutique, sur la base des mesures médicales disponibles, cette intervention, en principe, ne saurait être perçue comme inhumaine ou dégradante, comme l'a précisé la CEDH.

³¹¹ CE, réf., 16 août 2002, req. n° 249552, *Feuillathey, Lebon* ; D., 2004.602, obs. J. Penneau ; *RFDA*, 2003. 528 ; *RTD civ.*, 2002. 781, obs. J. Hauser.

Par ailleurs, lorsque le professionnel de santé se conforme au refus de l'acte de soins opposé par le patient pour des raisons religieuses ou autres, on se demande si cette décision passive ne peut pas être assimilée à une forme d'omission de porter secours à une personne en danger.

Cependant, à titre de rappel, la jurisprudence reconnaissait, avant la loi du 4 mars 2002, que le refus de soins ne concernait pas la conscience du péril et notamment la question de l'omission de porter secours à une personne en danger à l'encontre du médecin³¹².

Concrètement, la reconnaissance du droit de la personne malade de consentir ou de refuser tout acte ou traitement constitue clairement une liberté fondamentale pour laquelle le juge des référés pourra, en cas d'urgence, indiquer toutes les mesures indispensables pour faire en sorte que l'administration n'y porte pas, dans l'accomplissement de l'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement contraire à la loi³¹³.

La mise en jeu directe du pronostic vital aggravant considérablement la situation de la personne malade entraînera en principe une nouvelle transfusion sanguine³¹⁴, à condition évidemment que le médecin ait mis en œuvre tous les moyens qu'il a à sa disposition pour persuader le patient d'accepter les soins indispensables ; mais il faudra aussi que cette transfusion soit un acte nécessaire à sa survie et proportionné à son état³¹⁵.

C'est dans cette optique que le doyen Carbonnier dit, dans son *Introduction au droit*, que le droit, en tout cas celui des États francophones, exalte la volonté des hommes. Plus concrètement, il pense que « *le Code civil apparaît comme une triple exaltation de l'égalité, de la liberté, de la volonté de l'homme* »³¹⁶. La place accordée à la volonté s'est fortifiée à travers les années et les réformes législatives.

On constate, avec ce mouvement, que le droit de la santé n'a pas échappé à cette évolution, à tel point que « *l'exigence du respect de la volonté de la personne s'est imposée*

³¹² Notamment Cass. crim., 3 janv. 1973, n° 71-91.820, *Bull. crim.*, n° 2, D., 1973, p. 220, qui a exclu le délit d'omission de porter secours à l'encontre d'un médecin parce que la thérapeutique adéquate qu'il avait ordonnée n'avait pas été appliquée du fait du refus obstiné et même agressif du malade de se soumettre aux soins prescrits, refus constaté par un certificat signé par le malade.

³¹³ LAUCHAUD Y., « Le droit au refus de soins depuis la loi du 4 mars 2002 : première décision de la juridiction administrative », *Gaz. Pal.*, 2002, 2, doct., p. 1729.

³¹⁴ TA Lyon, réf., 9 août 2002, *Gaz. Pal.*, 2002, 2, p. 1345, note Pansier J.

³¹⁵ CE, ord., 16 août 2002, n° 249552, D., 2004, p. 602, obs. Penneau J. ; *JCP G*, 2002, II, n° 10184, note Mistretta P. ; *Gaz. Pal.*, 2002, 2, p. 1346, note Pansier J.

³¹⁶ CARBONNIER J., *Introduction au droit civil*, PUF, 2017, p. 124.

comme la seule clé qui permette d'interdire ou de légitimer une atteinte à l'intégrité physique de l'individu sans porter atteinte à sa dignité »³¹⁷.

Cette évolution, petit à petit, gagne également le Mali à travers une nette amélioration de la situation sanitaire, de façon sporadique, dans certaines zones géographiques du pays. Mais il reste encore beaucoup de progrès à faire pour changer davantage les choses pour la population générale. La santé est toujours perçue, par celle-ci, comme une question collective et familiale, et par conséquent, le chemin choisi n'est pas toujours celui voulu par le malade lui-même.

Depuis l'arrivée de la démocratie au Mali, qui est considéré comme l'un des pays les plus pauvres du monde, la santé communautaire est vue comme la meilleure garantie pour assurer l'accès aux soins à la majorité de la population.

Il est important à présent d'étudier le refus de consentir concernant les mineurs et les majeurs protégés.

2- La situation particulière du refus des soins chez les mineurs et les majeurs protégés

En principe, les professionnels de santé ont le devoir d'enregistrer et de respecter en amont le consentement du patient dans le cadre d'une prise en charge médicale. Cette volonté peut être positive, par exemple avec la formule « je veux », ou négative, c'est-à-dire « je ne veux pas » ou « je refuse ».

Cette affirmation par la personne de sa volonté de consentir librement devient facile quand elle est en pleine possession de ses capacités. Cependant, cela n'est pas toujours le cas en général pour le mineur (a) et pour le majeur protégé (b).

a)-Le cas du mineur

Est considéré comme mineur selon la loi « *l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* ». Par conséquent, ce mineur est appréhendé comme une personne privée de ses droits civiques à cause de son statut, mais qui bénéficie

³¹⁷ GROSSET M., « Étude sur les directives anticipées et la personne de confiance : le rôle du tiers dans l'expression de la volonté du sujet empêché », *D.*, 2019, p. 1947.

en principe de la jouissance de ses droits civils. Il convient de noter tout de même que certains actes patrimoniaux et extrapatrimoniaux sont interdits ou encadrés.

Par exemple, il ne peut se marier (sauf dispense du procureur de la République) ni conclure un PACS. Le mineur non émancipé ne peut pas non plus contracter, sauf pour les actes de la vie courante qui sont annulables pour simple lésion.

Dans le domaine de la santé, il est admis que si le mineur est en capacité d'assimiler et de comprendre une information, alors, dans ce contexte, il doit en bénéficier, et son consentement doit, autant que possible, être considéré dans le cadre de tous les actes médicaux³¹⁸.

Plusieurs textes, par ailleurs, sont venus réaffirmer le droit du mineur concernant les décisions qui touchent sa santé, ainsi que la prise en compte de son choix et de sa volonté à travers son point de vue³¹⁹. S'il est constaté que le mineur en question est mature et que son âge le permet, selon ces textes, il est indispensable de le solliciter systématiquement.

La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, dite d'Oviedo, énonce à l'article 6 que « *l'avis du mineur [doit être] pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité* »³²⁰.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé introduit l'article L.1111-4 dans le CSP, prévoyant que « *le consentement du mineur (...) doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* »³²¹.

³¹⁸ Il y a lieu de rappeler qu'en droit français, l'obligation de recueillir le consentement du mineur est réservée à certaines situations. C'est notamment le cas pour le changement de nom et de prénom, tout comme pour l'adoption. Le consentement exigé ici se distingue de celui envisagé en matière médicale. Alors que pour le changement de nom et l'adoption, l'adhésion du mineur à la décision projetée doit être recherchée, en ce qui concerne les actes médicaux, cela implique seulement que le consentement de l'enfant soit recherché, mais non qu'il soit obtenu.

³¹⁹ Ce consentement du mineur est sollicité en même temps que celui des parents. Il est considéré comme étant requis dans tous les contrats portant sur les droits de la personnalité du mineur : droit à l'image (Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 1990, *Bull. civ.*, 1, n° 72), droit d'auteur, etc.

³²⁰ Convention d'Oviedo, article 6.

³²¹ Article 1111-4 du CSP.

Le code de déontologie médicale précise, à l'article R. 4127-42 du CSP, que « *si le mineur est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, son consentement doit également être recherché* »³²².

La recherche de la volonté de consentir du mineur atteste la valeur de son statut en tant que personne spéciale qui ne doit pas voir sa liberté individuelle limitée dans le cadre de ses intérêts, en fonction évidemment de son degré de maturité et d'assimilation. S'il est admis que le mineur peut ainsi consentir à un acte médical, il importe également d'ajouter qu'il lui est reconnu le droit de le refuser.

Les représentants légaux ou le mineur lui-même peuvent refuser les soins. Ces représentants mettent en œuvre l'ensemble des droits qui ont « *pour finalité l'intérêt de l'enfant, droits qui constituent ce qu'il est convenu d'appeler autorité parentale* »³²³.

En présence d'un enfant immature, craintif ou tout simplement incapable de prendre une décision médicale, ce dernier doit se faire aider nécessairement par des personnes habilitées à bien défendre ses intérêts dans le cadre d'un acte médical.

Ainsi, le consentement du mineur « *doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». Cependant, le « degré de maturité » et l'« aptitude à la décision » sont très souvent difficiles à apprécier ou à appréhender et sont variables selon les mineurs³²⁴.

Ainsi, en vertu du code de déontologie médicale, il revient au médecin d'apprécier la volonté de consentir du mineur, c'est-à-dire « *dans toute la mesure du possible* ». Les critères d'un consentement libre et éclairé, tels que prévus par les textes légaux, nécessitent que le patient mineur, en fonction de son âge et de son degré de maturité, ait au préalable la possibilité de consentir ou de refuser les soins. Mais, généralement, ce sont les représentants légaux qui prennent la décision pour le compte du mineur³²⁵.

³²² Article R. 4127-42 du CSP.

³²³ ANESM.

³²⁴ Article L. 1111-4 du CSP.

³²⁵ Code de déontologie médicale.

Lorsque les représentants légaux font état de leur refus³²⁶, celui-ci est perçu comme un droit, sous certaines conditions, à partir du moment où il est tout à fait possible de délivrer les soins nécessaires au mineur et de saisir le procureur de la République afin que ce dernier ouvre une procédure d'assistance éducative pour son compte.

Ainsi, à travers ce principe, les titulaires de l'autorité parentale bénéficient du droit de consentir à un acte de prévention, de diagnostic ou de soin concernant le mineur, et aussi, en théorie, de celui de s'y opposer³²⁷.

Les soins, traitements et opérations rendus nécessaires par l'état de santé de l'enfant relèvent, en principe, de l'autorité des parents. Par ailleurs, ceux-ci seraient dans leur bon droit s'ils préféraient s'adresser à un autre professionnel de santé que celui qui leur propose des soins qu'ils refusent, ou recourir à d'autres modalités de traitement. En effet, il leur appartient de choisir un traitement, de demander l'admission de l'enfant et de décider des soins qui peuvent lui être administrés, conformément aux dispositions des articles L. 1111-2 et suivants du CSP³²⁸.

Nous pouvons ici citer l'arrêt *Hanzelkovi c/République tchèque*, à travers lequel la Cour européenne des droits de l'homme a tenu pour responsables les autorités tchèques pour avoir obligé une mère à se soumettre à une hospitalisation pendant trois jours lors de la naissance de son nouveau-né. Cette décision a été assimilée à une forme d'ingérence dans la vie privée et familiale de la mère et de l'enfant³²⁹.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dispose « *que si les droits du malade mineur, notamment son droit d'être informé et de consentir à l'acte médical, sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale, le mineur doit être associé à la décision* »³³⁰, conformément aux dispositions de l'article 371-1 du Code civil, selon lequel « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* »³³¹.

³²⁶ DUPONT M., REY-SALOMON C., « L'enfant et l'adolescent à l'hôpital : règles et recommandations applicables aux mineurs », Hors coll., Presse de l'EHESP, 2014, p. 11 et s.

³²⁷ CEDH, 9 mars 2004, req. n° 61827/00, *Glassc/Royaume-Uni*.

³²⁸ Articles L. 1111-2 et suivants du CSP.

³²⁹ CEDH, 11 déc. 2014, préc.

³³⁰ Loi du 4 mars 2002.

³³¹ Article 371-1 du Code civil.

Dans le cadre d'une interruption volontaire de grossesse (art. L. 2212-7 du CSP) et du prélèvement de moelle osseuse au profit d'un frère ou d'une sœur (art. L. 1241-3 du Code de la santé publique), le consentement du patient doit être obligatoirement pris en compte au regard de ces situations³³².

Par ailleurs, dans ces deux cas de figure, le refus de soins représente un frein à l'intervention médicale. Pour cette raison, le médecin qui fait face à ce refus est obligé de tenir compte de la volonté du mineur ainsi que de ces représentants légaux, en les informant des conséquences de leur choix tout en essayant de les convaincre afin qu'ils puissent changer d'avis. Il pourra se faire aider, le cas échéant, par un collègue tout en veillant à assurer la continuité des soins. Force est de constater qu'il s'agit là d'une obligation procédurale qui est couramment mise en œuvre en droit, à partir du moment où le législateur est confronté à des difficultés pour trancher.

Concrètement, si le droit est confronté à des difficultés qui rendent compliquée la possibilité de trancher, il élaborera, à ce moment-là, une procédure de décision en tenant compte du fait que la décision adéquate n'est pas nécessairement celle qui est bien avérée, en considération du consentement ou du principe de la nécessité médicale. Cette décision ressemblera plutôt à celle qui avait été prise à la suite d'une procédure récente.

Des soins douloureux, contraignants, durs et perpétuels peuvent conduire le patient à un refus de traitement ou d'un diagnostic établi. En présence d'un cas de maladie grave, ce refus de diagnostic peut aller jusqu'au déni.

Lorsque les mineurs souffrants se sentent dans une relation de confiance totale, ils ont tendance à accepter les traitements et les diagnostics proposés. Cependant, sur ce point, la confiance qui est accordée a souvent comme fondement la réputation du médecin et les liens qui se sont établis à travers les consultations.

Par ailleurs, en tenant compte des informations fournies, on sait que si le mineur souffrant accepte le diagnostic, cette décision ne sous-entend pas nécessairement « qu'il l'accepte dans sa tête ». Le fait d'admettre le diagnostic ne veut pas dire non plus qu'il acceptera le traitement, parce que le niveau d'acceptation de l'acte médical par le mineur est souvent rattaché à sa pathologie.

³³² Art. L. 1241-3 du Code de la santé publique.

Cela étant, le mineur a souvent besoin d'un moment de réflexion pour accepter un diagnostic posé, surtout quand il se trouve dans une situation d'obésité, d'addiction, de diabète ou de maladie grave. L'état de maturité psychologique du mineur malade est lié nécessairement au degré d'acceptation du diagnostic.

C'est la raison pour laquelle le droit encadre dorénavant l'autorité parentale et l'incapacité de la personne mineure en lui accordant, dans certaines situations et de façon limitée, la possibilité de ne pas être simplement sujet passif de droit, mais de participer au processus de soin et particulièrement de donner son avis.

Cependant, il faut noter que le droit des parents, des tuteurs ou des représentants légaux est confronté à des limites qui ont pour objectif l'intérêt du mineur. Par la suite, l'autorité parentale exercée par les représentants légaux a pour but de protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, afin d'assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

En principe, le respect de la personne du mineur concerne en premier lieu son intégrité physique et mentale. À ce niveau, la diffusion d'une information adéquate et le recueil du consentement jouent tout autant, pour satisfaire les besoins d'un individu au prix d'une sensibilité et d'opinions personnelles. Ainsi, les parents doivent être rassurés avec des informations précises et le mineur doit, autant que nécessaire, être associé aux explications et aux décisions.

Par conséquent, l'incapacité juridique et la fragilité de son état de santé ne peuvent pas être un prétexte pour écarter le mineur de la décision le concernant. La nature du droit qui revient aux parents est perçue comme celle d'un « droit fonction » qui ne peut s'exercer au détriment du mineur³³³.

Ainsi, la décision de refuser les soins est liée au fait que les personnes qui jouissent de l'autorité parentale exercent un accompagnement permanent et attentif basé sur des changements possibles de la santé de l'enfant. Le droit des titulaires de l'autorité parentale n'est pas assimilable au droit d'absence de soins, particulièrement lorsque l'état de santé du mineur l'impose.

³³³ BONFILS P., GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Dalloz, 2007, p. 62.

On se demande très souvent si ce qui serait mieux pour les représentants légaux ou les parents ne serait pas mieux aussi pour l'enfant. Concrètement, cette affirmation n'est pas évidente à assimiler, car les droits dont jouissent les parents et les représentants comportent une atténuation qui repose sur la nécessité médicale.

Cela dit, au fil des années, l'émergence des droits de l'enfant, dans beaucoup de domaines de la vie collective, se traduit de façon concrète dans les textes législatifs ou réglementaires et notamment dans son quotidien.

Grâce à cette évolution, la faculté d'agir et de décider en personne libre et autonome est reconnue au mineur, toujours en tenant compte, bien évidemment, de son degré de maturité et de son âge. En principe, par nécessité médicale, les professionnels de santé peuvent décider de ne pas tenir compte de la volonté des représentants légaux pour ne pas porter atteinte au corps de l'enfant et à son intérêt, notamment celui de sa santé.

En principe, s'il est souvent admis que la volonté du patient est associée à la nécessité médicale, elle peut également s'en détacher pour justifier un acte non consenti. Sur le plan pratique, ce sont les conditions exceptionnelles, constitutives d'un état de nécessité particulier, qui peuvent pousser le professionnel à écarter l'exigence du consentement. Compte tenu de ces situations, le recueil du consentement devient presque impossible.

Dans cette optique, les principes établis à ce niveau connaissent néanmoins une limite soulignée par l'article L.1111-5 du Code de la santé publique. Celui-ci dispose en effet que « *le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé* »³³⁴.

Il est question ici, particulièrement, de la consécration du secret médical concernant le mineur plutôt que d'un réel pouvoir de décision sur sa santé. Partant de ce constat, le législateur fait usage du verbe « pouvoir » afin d'indiquer la possibilité offerte au médecin de se passer du consentement des parents.

³³⁴ Article L. 1111-5 du CSP.

Dans le but de protéger les mineurs d'une réaction familiale virulente face à la raison de l'hospitalisation, ce texte a été adopté dans le cadre de la consommation de drogues, des agressions sexuelles, voire des actes sexuels et contaminations sexuelles, pouvant entraîner un danger potentiellement plus élevé que celui d'une intervention thérapeutique.

Cela facilite aussi le travail des équipes médicales qui reçoivent de plus en plus de mineurs en rupture d'écoute ou de confiance avec leurs proches, notamment dans les services d'urgences habilités à accueillir les blessés de la vie comme de la route.

On ne peut contourner l'autorité parentale que de trois manières, à savoir :

- Le médecin s'efforce d'obtenir le consentement du mineur pendant la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale.
- Dans cette prise en charge, le mineur doit se faire aider par la personne de son choix.
- L'acte médical ou l'intervention doit viser la protection et la garantie de la santé du mineur.

Cette disposition trouve application à travers les mesures prises dans le domaine de l'IVG et de la contraception d'urgence. En matière d'IVG, l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique³³⁵, dans sa rédaction tirée de la loi du 4 juillet 2001³³⁶, dispose que « *si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin doit s'efforcer d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal soient consultés* »³³⁷.

Face à une situation de refus d'interruption volontaire de grossesse, les actes médicaux ainsi que les soins rattachés peuvent être dispensés en cas de demande de l'intéressée. Dans cette situation, la personne non émancipée se fera aider par une personne majeure de son choix³³⁸.

Si le médecin se trouve directement face à un cas d'urgence qui concerne une personne mineure malade, blessée ou lourdement touchée, jusqu'à l'engagement de son pronostic vital mettant en jeu son intégrité physique, il doit sans attendre intervenir. Dans ce

³³⁵ CSP, art. L.5134-1 pour la contraception.

³³⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001.

³³⁷ Article L. 2212-7 du Code de la santé publique.

³³⁸ REDON M., « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice interposé du droit parental », *D.*, 2001, chron. p. 1194.

cas de détresse, il pourra tout à fait se passer de l'autorisation des représentants et titulaires de l'autorité parentale, voire contourner le refus du patient.

Cela étant dit, si le médecin n'intervient pas, il pourra être poursuivi pénalement pour omission de porter secours, prévue à l'article 223-6 du Code pénal français³³⁹.

Afin de pouvoir justifier son acte ultérieurement, le médecin en charge des soins indiquera dans le dossier du mineur en question qu'il était indispensable d'intervenir même en cas d'absence de consentement ou de difficulté d'obtenir l'accord des titulaires de l'autorité parentale. Par la suite, ce document, qui comporte cette mention, doit être signé par lui-même et par un représentant de l'établissement hospitalier de préférence, qui pourra ainsi prouver cette impossibilité.

Par ailleurs, pour ce genre de situation au regard de la législation malienne, la Charte du malade hospitalisé indique que le médecin peut prendre la décision la plus adéquate pour la personne malade compte tenu de son état de santé. Concrètement, il le fait avec le concours de l'ensemble de l'équipe médicale.

b)- L'expression du choix des majeurs protégés

En principe, les personnes qui sont dans l'impossibilité d'accomplir seules des actes ou des opérations à cause de l'altération de leurs facultés mentales ou corporelles, qui empêche l'expression d'un consentement libre et éclairé, jouissent à ce titre d'une mesure de protection juridique résultant de la protection future ou d'une décision de justice³⁴⁰.

Il est courant de confondre la capacité juridique et la capacité de compréhension. En principe, les personnes sous tutelle ou sous protection ne jouissent pas de la capacité juridique mais sont aptes le plus souvent à prendre des décisions dans le domaine de la santé, à condition qu'on leur explique les principaux éléments de la situation, fondés sur un certain nombre de textes intégrés dans les différents codes.

La loi de bioéthique de 1994 fait état des différentes mesures de protection concernant les majeurs protégés en matière de don d'organe, à travers notamment quelques

³³⁹ Article 223-6 du Code pénal.

³⁴⁰ RODRIGUEZ K. (dir.), DUTHEIL P.-H., « Constitution de l'association », *Juris Corpus des associations et fondations*, 2016, 5.68.

articles. En dehors de cette loi, nous pouvons citer aussi la Charte du patient hospitalisé, qui aborde différemment ces points en fonction de la nature de la protection du majeur.

Cependant, il convient de souligner que le majeur sous tutelle est le plus généralement appréhendé comme un mineur, ce qui permet clairement d'apporter une distinction avec les autres majeurs protégés. Cela étant dit, on constate également que les deux situations sont souvent cumulées³⁴¹.

On remarque aussi souvent, dans certains domaines médicaux, que les patients sont retenus contre leur volonté au nom des mesures de protection juridique. Cela peut concerner en particulier un patient atteint de la maladie d'Alzheimer qui n'est pas visé ou pas encore visé par ces mesures.

Par ailleurs, l'article 459 du Code civil, introduit par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, dispose que « *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* »³⁴². Ainsi, le juge, ou le conseil de famille une fois habilité à intervenir, peut demander l'assistance de la personne chargée de sa protection, par la transformation de la mesure en tutelle, à partir du moment où son état le nécessite.

La personne responsable pourra prendre toute mesure nécessaire pour mettre un terme au danger que l'individu ferait courir à lui-même. Il faut, à ce niveau, chercher à savoir si le majeur est sous curatelle ou tutelle.

Le majeur, une fois soumis à la curatelle, comme toute personne en état de capacité, a droit à une information claire, libre, précise et adaptée à sa compréhension au regard de son état de santé.

Le curateur peut demander à saisir le juge chargé de la tutelle qui, en cas de besoin, changera la mesure en tutelle, si les conséquences visibles de ses choix en lien avec les soins compromettent sérieusement sa santé.

³⁴¹ MOISDON-CHATAIGNER S., « Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables ? Analyse de l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 », *Revue Juridique Personnes et Familles*, n° 5, 1^{er} mai 2020.

³⁴² Loi du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Pour ce qui concerne la situation du majeur sous tutelle, il doit recevoir, concernant son état de santé, une information répondant à ses capacités de compréhension et concourant aux décisions diagnostiques et thérapeutiques, conformément à ses facultés de discernement.

La personne chargée de la tutelle doit aussi recevoir une information complète et totale sur la base des dispositions de l'article L. 1111-2 du CSP. Par la suite, le consentement de la personne sous tutelle doit être recherché afin de savoir si elle est en état d'exprimer sa volonté et surtout de participer à la décision en lien avec sa santé. Ainsi, il revient au tuteur de donner l'autorisation pour les soins.

En 1996, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt³⁴³, a estimé que s'il revient à l'administrateur légal de s'occuper des soins de la personne protégée, il n'agit que sous le regard du juge des tutelles qui a la charge des décisions importantes affectant cette dernière. Ainsi, l'administrateur légal recueille à cet effet l'avis du juge des tutelles pour les actes médicaux graves, englobant des risques sérieux³⁴⁴, ou même pour demander le départ de l'hôpital si le majeur sous tutelle veut sortir contre avis médical.

Si le refus du tuteur représente un risque qui pourrait créer des conséquences graves pour la santé du majeur sous tutelle, le praticien continue de donner les soins indispensables³⁴⁵.

La personne chargée de représenter le majeur protégé peut aussi être réticente vis-à-vis des soins proposés et demander une autre prise en charge.

L'autorisation de donner les soins est accordée par le juge des tutelles concernant les actes graves qui portent atteinte à l'intégrité physique du majeur en l'absence d'urgence médicale. Pour cette raison, le tuteur doit fournir au juge une demande pour l'acte prévu sur

³⁴³ Cour d'appel de Paris, 15 mars 1996.

³⁴⁴ « Les actes de soins pratiqués sur le tuteur », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, juin 2020, 244-127.

³⁴⁵ L'article L. 1111-4 du CSP, issu de la loi du 4 mars 2002, prévoit que « dans le cas où le refus d'un traitement (...) par le tuteur (...) risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur sous tutelle (...), le médecin délivre les soins indispensables ». Étant donné que la protection du majeur a pour finalité son intérêt (article 415 du Code civil français), cette protection ne peut constituer un obstacle aux soins dont il a besoin. En cas de danger, le juge des tutelles peut, d'office ou à la demande d'un membre de son entourage, du procureur de la République agissant d'office ou à la demande d'un tiers, modifier la mesure. Les carences dans la prise en charge des personnes protégées peuvent être considérées comme des mauvais traitements pénalement sanctionnés. C'est pourquoi, il est permis aux tiers de signaler au procureur de la République toute situation dangereuse à laquelle est exposée une personne sous mesure de protection.

la personne du majeur protégé. Cette demande doit systématiquement être suivie du consentement écrit de la part du majeur soumis à la tutelle, ou tout simplement d'un certificat du médecin traitant disant que celui-ci n'est pas en état d'exprimer sa volonté.

Le tuteur doit associer à cette demande un certificat du médecin qui fera l'intervention pour laquelle est sollicitée l'autorisation du juge. Ce document, établi par le médecin, précisera le genre d'acte prévu et en quoi il est indispensable pour la santé du majeur sous tutelle.

Concrètement, s'il est constaté que l'acte de soin est lourd ou destructeur, le consentement du majeur protégé doit, en se basant sur les dispositions de l'article 459 du Code civil, être suivi d'une autorisation du juge des tutelles ou du juge des contentieux de la protection³⁴⁶, ou du conseil de famille. Ceci ne retire pas au professionnel de santé l'obligation de rechercher la volonté du patient, en dehors du défaut de capacité juridique ou d'absence de discernement.

Dictée par le respect de la dignité de la personne, cette recherche doit être faite avant toute intervention. Dès lors que le tuteur donne son accord, le refus du titulaire ne devrait pas constituer un problème pour l'exécution des soins. Face à un cas d'urgence, le médecin continue de donner les soins nécessaires en l'absence de toute autorisation du juge des tutelles.

Rappelons tout de même que le refus du majeur protégé représente en principe l'exercice d'un droit et fait obstacle à l'accomplissement des actes de prévention, de diagnostic ou de soins. C'est le cas lorsqu'il donne son accord seul ou jouit seulement d'une mesure d'assistance, ou encore lorsqu'un droit d'opposition lui est systématiquement reconnu, par exemple, dans le cadre d'une recherche qui le concerne, sur la base de l'article L. 1122-2 du CSP³⁴⁷.

Par ailleurs, l'hospitalisation sous contrainte concerne les personnes souffrant d'une pathologie mentale, qui peuvent tomber sous le coup de la mesure de protection. Contre leur gré, il peut arriver qu'elles soient hospitalisées, tout en considérant deux circonstances principales. D'une part, leur vie peut être mise en danger du fait de leur maladie mentale,

³⁴⁶ Loi du 1^{er} janvier 2020, relative au juge des contentieux de la protection.

³⁴⁷ Article L. 1122-2 du CSP.

particulièrement en présence d'un risque de suicide. On parle alors d'hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT). Elle nécessite la présence d'un tiers (parent, voisin) qui formule cette demande d'hospitalisation, qui est mise en place par un collège de deux médecins qui rédigeront des certificats médicaux approuvant l'utilité d'hospitaliser le majeur contre sa volonté³⁴⁸. D'autre part, la vie des autres peut être en danger à cause de la maladie psychiatrique. On mentionne ici l'hospitalisation d'office (HO). Dans ce genre de situation, il revient au préfet de prendre la décision, sur le fondement d'un certificat médical circonstancié³⁴⁹.

Cela étant dit, deux conditions en principe peuvent permettre l'hospitalisation d'une personne souffrant de troubles psychiatriques contre son gré à la demande d'un tiers, sur la base de l'article L. 3212-1 du CSP :

1. Ses troubles empêchent la délivrance de son consentement.
2. Son état de santé exige des soins immédiats, accompagnés d'une vigilance et d'une surveillance perpétuelle dans le secteur hospitalier.

S'agissant d'une personne majeure sous tutelle, une hospitalisation à la demande de son tuteur peut être décidée contre son gré au sein d'un service psychiatrique. La personne faisant l'objet de cette mesure sera traitée en placement libre.

Postérieurement, la loi du 5 juillet 2011 régissant les droits et la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et les modalités de leur prise en charge³⁵⁰ a changé la nature de l'hospitalisation sans consentement. Elle a réformé les modalités d'application des différentes procédures et remplacé notamment le terme d'« hospitalisation » par celui de « soins ». Elle a mis en place une nouvelle procédure de SPI, en mentionnant l'obligation de notifier au patient la mesure d'hospitalisation et en renforçant le contrôle des procédures par le juge des libertés et de la détention (JLD). Celui-ci est désormais automatique dans les cas d'hospitalisation complète dans un délai de 15 jours au

³⁴⁸ Art. L. 3212-1, alinéa 6 du CSP. Voir CA Rouen, ord. du 15 novembre 2011, EEP. G., n° 11/5127 ; CA Paris, pôle 2, ch. 12, ord. du 24 juillet 2020, REP. G., n° 20/00252.

³⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 29 janvier 2020, n° 90, pourvoi n° 1911.386, casse partielle la décision de la cour d'appel en ce qu'elle a confirmé la décision du juge des tutelles de mise sous tutelle « *sans constater l'existence d'un avis conforme du médecin inscrit se prononçant sur ce point* ».

³⁵⁰ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO, 6 juillet 2011.

maximum à partir de l'admission (alors qu'auparavant, il n'intervenait que de manière facultative, en cas de demande de mainlevée).

Quant au Mali, il manque considérablement de ressources humaines spécialisées dans le domaine psychiatrique. Des soins sont dispensés uniquement dans la capitale Bamako et en milieu hospitalier, alors que les besoins sont ressentis sur le reste du territoire, surtout en milieu rural, où se trouve la majorité de la population.

Cela étant, il faut indiquer également que les personnes atteintes de troubles psychiatriques sont généralement mal comprises, une situation qui les expose à plusieurs formes de rejets et d'exclusion sociale. En principe, selon la Charte du malade hospitalisé : « *Toute personne malade a le droit d'accepter ou de refuser l'hospitalisation ou toute prestation de diagnostic ou de traitement, si cette décision ne met pas en danger sa vie ou l'intérêt public.* »³⁵¹

3 - Les sanctions et les responsabilités

Concrètement, les actes effectués en l'absence de consentement restent envisageables, mais ils sont rares dans la pratique. C'est le cas de produits sanguins destinés à des Témoins de Jéhovah et administrés contre leur volonté, ou d'activités médicales effectuées sans le consentement du patient, dans la lignée des autres actes qu'il avait acceptés.

Alors même que les différends sont généralement basés sur un défaut d'information, notons tout de même qu'en l'absence de preuve de l'existence d'un consentement libre et éclairé du patient, ou dans des cas rendant difficile le recueil de ce consentement, des sanctions peuvent être décidées **(a)**. Des patients et des ayants droit peuvent par ailleurs mettre en œuvre des actions qui ont pour but la recherche de la responsabilité civile ou administrative des professionnels, établissements et services de santé, afin de demander réparation du préjudice dû à l'absence de consentement **(b)**. Pour finir, nous traiterons **le sort de la confidentialité du patient pendant sa prise en charge (c)**.

³⁵¹ Charte du malade hospitalisé du Mali.

a- Les sanctions en cas de non-respect de la volonté du patient

De façon générale, tout médecin qui prend en charge une personne malade doit pouvoir apporter la preuve qu'il a recueilli ou reçu le consentement de cette dernière, ou démontrer l'impossibilité pour lui de le faire. Dans cette situation, il appartient au professionnel de santé d'en apporter la preuve en cas de conflit³⁵².

Les éléments de preuve sont presque identiques à ceux admis dans le domaine de l'information préalable ; autrement dit, la preuve du consentement peut être rapportée par tous les moyens.

Cependant, il revient au juge de constater la réalité de l'existence du consentement au regard des principaux éléments qui lui sont remis. Par conséquent, le consentement ne peut être déduit du seul fait que le patient s'est placé dans une position adéquate pour faciliter l'examen litigieux³⁵³.

Ce sont toujours les juges du fond qui évaluent si la faute reprochée au professionnel de santé concerne un défaut d'information ayant entraîné le risque qui s'est réalisé ou ressemble en pratique à une absence de consentement donnant droit directement à une indemnisation fondée sur des arguments différents.

Concernant la nature des sanctions, elles peuvent être administratives, disciplinaires ou pénales. Le défaut de recueil du consentement d'une personne malade peut provoquer, sur le plan administratif, des conséquences allant jusqu'au retrait ou la levée de l'autorisation d'exercer, voire la fermeture provisoire ou définitive de l'établissement ou de l'organisme en question.

L'article L. 6122-13 II du Code de la santé publique dispose en effet qu'« *en cas d'urgence tenant à la sécurité des patients ou du personnel ou lorsqu'il n'a pas été satisfait, dans le délai fixé, à l'injonction prévue au I, le directeur général de l'Agence régionale de santé peut prononcer la suspension immédiate, totale ou partielle, de l'autorisation de l'activité de soins concernée, d'une des pratiques thérapeutiques spécifiques mentionnées au deuxième*

³⁵² La Cour de cassation et le Conseil d'État ont d'abord affirmé, en matière d'information, qu'il appartient au patient de prouver que les soins lui ont été administrés sans son consentement ou sans que celui-ci ait été suffisamment éclairé (CE, 9 janv. 1970, req. n° 73067).

³⁵³ CAA Paris, 16 févr. 2017, req. n° 15PA01828, *M. Madjour*.

alinéa de l'article L. 6122-7 ou l'interruption immédiate du fonctionnement des moyens techniques de toute nature nécessaires à la dispensation des soins »³⁵⁴.

Les professionnels de santé sont soumis, sur le plan disciplinaire, au code de déontologie médicale. Ils doivent, à ce titre, se conformer à un certain nombre de règles liées à l'accomplissement de leur mission. En cas de non-respect de ces règles, des sanctions disciplinaires peuvent être prononcées.

Parallèlement, il est constamment admis que le professionnel de santé qui pratique des actes de diagnostic, de prévention ou de soins en dehors du consentement du patient ou de ses représentants légaux, et en l'absence de toute situation l'obligeant à passer outre, commet une faute grave relative aux exigences qu'il doit respecter dans le cadre de sa mission de soin. Ainsi, le médecin qui accepte d'administrer des soins palliatifs malgré un refus catégorique de la personne malade ne manque pas aux obligations liées à l'accomplissement de sa mission.

C'est ainsi que le Conseil d'État a jugé, dans une espèce, que « le fait pour un médecin de se contenter des soins palliatifs, le malade ayant obstinément refusé les choix médicaux du médecin, ne constituait pas une faute disciplinaire qui pouvait tomber sous le coup d'une sanction. Dès lors, la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins s'est vu reprocher d'avoir commis une erreur de droit pour avoir décidé le contraire »³⁵⁵.

Cependant, sur le plan pénal, quand les soins sont administrés en l'absence de consentement de la personne, cela est perçu comme une atteinte délibérée à son intégrité physique et peut donner lieu à une poursuite pénale sur la base des articles 222-1 à 222-67 du Code pénal relatifs aux atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne, et des articles 222-1 à 222-18-3 relatifs aux atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, c'est-à-dire, lorsqu'elles présentent un caractère intentionnel.

L'appréciation des circonstances aggravantes est nécessaire dans le domaine de la qualification des violences, dans la grande diversité des faits. Il sera toujours question de situer un élément matériel, un élément intentionnel et un élément légal, comme dans toute infraction pénale.

³⁵⁴ Art. L. 6122-13 II du Code de la santé publique.

³⁵⁵ CE, 6 mars 1986, *Pech, Lebon*, 133, *RDSS*, 1981.407, note Dubouis, concl. Labetoulle.

Concernant la preuve de l'élément matériel, il peut s'agir de coups violents, autrement dit, d'une confrontation directe entre la victime et l'auteur, mais aussi de voies de fait en dehors de tout contact, hormis le choc émotionnel.

Le plus important dans la prise en compte de l'élément matériel sera la conséquence de l'atteinte (physique ou psychologique). Il faudra un certificat médical pour constater le degré d'affectation.

La distinction des violences volontaires et involontaires sera constatée par l'élément intentionnel. Cependant, les violences involontaires font partie du domaine des infractions spécifiques comme la négligence et l'imprudence. Quant à l'élément intentionnel, la définition donnée par la Cour de cassation est « *le fait d'avoir voulu l'acte* » mais pas forcément les résultats. Il concerne précisément le fait d'avoir choisi d'exercer une violence. Le fondement légal est tiré des dispositions du Code pénal relatives aux atteintes physiques ou psychologiques de la personne.

Antérieurement, il était admis que le médecin qui se conformait au refus de soins opposé par le malade après sa proposition de traitement, respectant ainsi la volonté de ce dernier, établie par écrit et sans ambiguïté, ne pouvait être accusé d'homicide involontaire ou de non-assistance à personne en danger³⁵⁶.

Plusieurs années après, le Conseil d'État a décidé de rejeter le pourvoi concernant une décision de nature disciplinaire qui avait incriminé un praticien qui s'était limité uniquement à l'administration de soins palliatifs devant le refus de traitement actif d'une patiente. Notons ici que le praticien avait juste décidé de lui administrer des remèdes basiques, et surtout, qu'il avait attendu le moment critique de la maladie pour l'envoyer auprès d'un autre spécialiste³⁵⁷.

Il convient de préciser que lorsqu'on invoque le consentement, « *on pense qu'il s'agit souvent d'un accord de volontés d'une personne qui contracte. En droit de la santé, il est parfois question de la volonté d'une personne humaine, c'est-à-dire, le consentement qui doit être recherché par le médecin afin qu'il intervienne sur le corps du patient, ou parce qu'il est une condition parmi d'autres que le médecin doit respecter pour toucher au corps d'un autre* »

³⁵⁶ Crim., 3 janv. 1973, *Bull. crim.*, n°2.

³⁵⁷ CE, 29 juill. 1994, req. n° 146978, *RDSS*, 1995.57, note Dubouis ; *Gaz. Pal.*, 1995. 2. 367, note Garay.

*individu qu'il soigne*³⁵⁸. En droit pénal, même si ce droit est par hypothèse un droit d'ordre public, le consentement ne signifie rien d'autre que cet accord de volontés existantes et intègres »³⁵⁹.

Sur le plan pénal, la volonté de la victime joue un rôle crucial. Si elle est souvent un obstacle à l'exercice des poursuites, c'est en tant que fait justificatif qu'elle est invoquée en matière médicale. Cela étant dit, force est de constater que certaines infractions, à travers leurs éléments constitutifs, comportent l'inexistence de consentement de la personne, au point que si cette dernière donne son accord, le plus souvent, on ne parlera pas d'infraction.

Au-delà des affirmations ci-dessus, il ne faut pas perdre de vue les exceptions qui accompagnent ce principe. Même si le consentement de la victime ne constitue pas en principe un justificatif en soi, cela peut être perçu comme une exception lui faisant barrage.

Pendant longtemps, il a été admis par exemple que des infractions pouvaient être commises en plein exercice de l'art médical, et on les expliquait par l'accord que donnait le patient au médecin pour l'accomplissement de tout acte. C'est pour cette raison que tout acte de soin ou de diagnostic effectué en dehors du consentement de la personne malade peut engager la responsabilité du professionnel de santé, surtout si cela entraîne un dommage.

Dans le même ordre d'idées, au Mali, la Charte du malade hospitalisé prévoit que « *si le malade reçoit le soin sans son consentement, c'est-à-dire lorsqu'il est complètement ou partiellement incapable de donner son consentement dans le cadre d'une hospitalisation, il revient en principe à ses proches ou à une personne légalement désignée d'exercer ce droit* »³⁶⁰.

b- La responsabilité en cas de non-respect de la volonté du patient

En principe, quand le patient est dans une situation qui lui permet d'exprimer librement sa volonté et de donner un consentement digne de ce nom, le professionnel de santé est tenu de respecter sa volonté. Dans plusieurs affaires, le juge a enregistré une demande de réparation relative à une atteinte au droit au respect de la volonté d'une

³⁵⁸ THOUVENIN D., « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Méd. & Droit*, 1994, n° 6, p. 57.

³⁵⁹ SALVAGE P., « Le consentement en droit pénal », *RSC*, 1991, p. 699.

³⁶⁰ Charte du malade hospitalisé du Mali, 6 octobre 2008.

personne malade, en notant que cette volonté pouvait prévaloir sur l'obligation pour le médecin de sauver une vie³⁶¹.

L'application d'un acte de diagnostic, de prévention ou de soin malgré le refus du patient ouvre droit, de façon pratique, en dehors du cas d'urgence ou d'impossibilité de donner son consentement, à la réparation de tous les préjudices que cela pourrait entraîner.

Généralement, le trouble se transforme uniquement en préjudice moral quand les soins, bien que non voulus, ont créé l'effet positif qui pouvait être espéré. Dans le cas contraire, le préjudice corporel subi doit être totalement réparé.

La pratique des soins en dehors du consentement du patient apparaît sans doute comme une faute et donnera lieu, en principe, à une réparation du préjudice moral né du non-respect de sa volonté, même si cela soulèvera quelques difficultés. Cela concerne également le trouble moral survenu lors d'un acte médical non désiré par le patient, indépendamment du préjudice corporel.

D'un point de vue technique, il s'agira de savoir si l'acte médical a été effectué de manière correcte et satisfaisante. Dans une telle hypothèse, on se demandera si la responsabilité du médecin pourra être engagée ou pas, tout en sachant que ce dernier est passé outre ses obligations d'humanisme, même s'il a donné au malade le résultat qu'il espérait.

La grande majorité de la doctrine classique a exprimé une certaine hostilité concernant la réparation du préjudice moral³⁶². Classiquement, elle disait que « *l'exclusion de la réparation du préjudice moral se fondait sur deux arguments principaux* ».

La première affirmation concerne particulièrement une absence de faute du médecin³⁶³. Aujourd'hui, cette position vis-à-vis de cette question est obsolète, voire

³⁶¹ CE, 17 févr. 1988, *Epx Camara, Lebon*, 72, s'agissant du prélèvement d'organes après décès ; CE, ass., 26 oct. 2001, *M^{me} X.*, req. n° 198546, *AJDA*, 2002.259, note Deguegue, *RFDA*, 2002. 156, note Béchillon.

³⁶² CARBONNIER J., note sous CA Paris, 7 mars 1952, *JCP*, 1952, II, n° 7210 ; DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, n° 520 et s. ; KOMPROBST L., *La responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Flammarion, 1951, p. 437 et s. ; RAJBAUT B., *Le rôle de la volonté en matière médicale*, thèse, Paris XII, 1981, p. 286.

³⁶³ ALT-MAES F., « L'information du patient, au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RD sanit. soc.*, 1994, p. 381 ; BARBIERI J.-F., « Défaut d'information et responsabilité médicale : les principes de droit privé », *PA*, 4 janv. 1995, p. 10 ; GARRAUD P. et LABORDE-LACOSTE M., « Le rôle de la volonté du médecin et du malade », *Revue gén. droit*, 1926, p. 129 et 193.

dépassée, même s'il s'agit de la base de « l'impérialisme médical », le médecin étant tenu d'une « *obligation de science et de conscience* »³⁶⁴.

La seconde affirmation est tirée de l'inexistence de préjudice. Dans ce cas, on retient que l'intervention non désirée ayant été bien exécutée, et l'état physique du malade s'étant par supposition amélioré, ce dernier ne saurait revendiquer un quelconque préjudice donnant droit à réparation, ce qui écarte *de facto* la mise en œuvre de la responsabilité du médecin.

Il est à noter que si l'expression de la volonté du patient se limite uniquement à la prise en compte de son intégrité corporelle, de son état physique, on exclut de ce fait toute possibilité d'une atteinte à ses sentiments. Alors que si l'on définit le préjudice moral comme étant « *toute lésion des sentiments* », on admet que celui-ci puisse être évoqué par le patient dont la volonté a été ignorée, dans la mesure où le médecin a méconnu sa liberté de choix et, par là même, la sauvegarde de son autonomie dans la relation de soins.

Très atteint dans sa dignité, le malade sera donc en état de demander une réparation du préjudice, même si ce dernier aura un caractère extrapatrimonial qui, techniquement, ne peut être écarté. Cependant, il faudra tout de même retenir que ce préjudice ne sera pas à l'origine du déclenchement d'un dommage corporel.

En présence de ces différents arguments établis, à supposer que la responsabilité du médecin soit engagée et qu'il soit condamné à réparer le préjudice moral subi par le patient, la question sera de savoir si cette condamnation est légitime ou pas.

Il serait inopportun d'exclure toute forme de responsabilité du médecin en l'absence de préjudice physique, car cela peut conduire à annihiler l'autonomie de l'obligation au respect de la volonté de la personne malade qui ne serait, en pratique, sanctionnée que sur la base d'une atteinte corporelle. On peut admettre aussi qu'il est sévère de sanctionner un médecin sur la base de la méconnaissance de la volonté du patient, alors même qu'il lui a permis de guérir. Cette situation montre à suffisance la rareté d'une telle décision de justice³⁶⁵.

³⁶⁴ Avocat général MATTER, concl. sur Cass. civ., 2 mai 1936, *D.*, 1936, I, p. 88.

³⁶⁵ CA Rouen, 10 déc. 1958, *D.*, 1959, somm., p. 60 ; CA Paris, 15 oct. 1963, *D.*, 1964, somm., p. 20 ; Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1969, *JCP*, 1070, II, n° 16507, note R. Savatier ; Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, I, p. 342, note P.-J. Doll ; CA Paris, 20 févr. 1992, *D.*, 1993, somm., p. 30, obs. J. Penneau.

Les décisions allant notamment dans ce sens concernent pratiquement les phases de diagnostics ou l'exécution de l'acte médical, dans la mesure où celui-ci cause un préjudice corporel au patient et que le juge refuse la réparation pour des raisons fondées sur l'existence d'un rapport de causalité.

Dans la situation où le juge décide d'accéder à la demande d'indemnisation du préjudice extrapatrimonial survenu à la suite du non-respect du consentement de la personne malade, et cela, en dehors d'une atteinte physique, on peut s'interroger, dans ce contexte, sur la nature de la responsabilité.

Cependant, si le médecin a été condamné, on peut estimer que cette décision est dictée par l'idée de sauvegarder les droits du malade ou de punir l'attitude fautive du praticien en tenant compte de la nature de peine privée de la responsabilité civile dans son caractère punitif et normatif³⁶⁶.

Tout en illustrant la notion de préjudice relativement au droit violé, la responsabilité civile implique nécessairement des variations traditionnelles. Si on admet que le but premier de la responsabilité est la réparation du préjudice, il n'est pas aisé de comprendre que cette démarche est liée au préjudice moral. Elle est la seule qui permet d'affirmer par ailleurs une vraie autonomie de l'obligation sur la base du consentement du patient. Notons tout de même qu'il y a des rapports étroits avec la sauvegarde de l'intégrité physique. Cela étant dit, il est toujours justifié de privilégier la réparation du préjudice même si l'acte de soin effectué n'est pas consenti.

Au titre des dommages et intérêts, la somme qui pourra être allouée ne sera pas importante. Cette situation peut amener le malade à demander aussi la réparation d'une autre sorte de préjudice comme la perte de chance.

Par ailleurs, le refus du malade est un droit fondamental qui lui est reconnu par la loi. En conséquence, ce droit est considéré comme une obligation qui pèse sur le professionnel de santé et, de surcroît, l'amène à tenir compte du consentement libre et éclairé du patient. De ce fait, si le médecin ne respecte pas ce droit, il empêche le patient de décider librement dans le cadre d'un acte de soin.

³⁶⁶ CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995 ; CRÉMIEUX M., *Réflexion sur la peine privée moderne*, Mélanges Kayser, t. I, p. 261.

Il y a toutefois une certaine incertitude qui complique la distinction entre la faute potentielle du médecin et le dommage corporel que cela engendre. Cela dit, la réparation de l'ensemble du dommage corporel subi dans le cadre de l'acte médical non désiré se frotte à l'exigence juridique d'un rapport de causalité entre la faute et le préjudice, sauf à supposer ce lien³⁶⁷.

L'hypothèse d'une faute du médecin ressemblerait à une sorte d'abstention ou encore d'absence de consentement. En effet, cet élément ressort indubitablement de l'appréciation du rapport de causalité, dans la mesure où le juge est obligé non pas de considérer l'origine du dommage, mais de déterminer si la démarche qui a occasionné le préjudice pouvait être évitée.

Dans le cadre d'une faute d'abstention, ce qui est reproché à l'auteur, c'est le fait de ne pas intervenir pour mettre un terme au processus causal qui déclencherait le dommage. Alors que pour considérer le rapport de causalité entre l'absence de consentement et l'ensemble du dommage corporel, il y a lieu de prouver que le malade, après avoir été correctement informé, a refusé l'intervention, et que le fait dommageable, c'est-à-dire l'exécution de l'acte médical non accepté, est à la base du préjudice corporel. Dans la pratique, il sera difficile d'apporter la preuve d'une telle affirmation.

Lorsqu'on prend en compte le comportement que le malade pourrait adopter en cas de respect par le médecin de son devoir, cela conduit à réfléchir sur la nature de l'acte de soin programmé.

Dès lors, si on prend en compte le caractère inéluctable ou non de l'intervention, on peut présumer que le patient, même mieux informé, se serait résigné à la subir. De même, l'attitude du médecin consistant en une abstention n'ayant conduit à la commission d'aucune faute technique, toute responsabilité le concernant pour le préjudice corporel devra donc être écartée.

Pour revenir à la perte de chance, il faut insister sur le fait que le choix de recourir à un traitement ou une intervention apparaît en effet dicté, au-delà de considérations rationnelles,

³⁶⁷ GUIGUE J. et ESPER C., « Le juge judiciaire et le juge administratif se prononcent sur l'information du malade : convergences ou divergences jurisprudentielles », *Gaz. Pal.*, 1997, 2, doct., p. 1348 ; SARGOS P., rapp. sur Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, *Gaz. Pal.*, 1997, I, p. 274.

par des éléments essentiellement subjectifs, que le juge ne peut, le plus souvent, déterminer de façon certaine.

On retrouve ici les caractéristiques classiques de la perte de chance³⁶⁸, qui est un préjudice autonome visant à réparer la privation d'une espérance future dont, du fait d'un tiers, il est impossible de savoir dans quel sens elle se serait réalisée.

Le fait ici est que le malade avait une chance de ne pas subir l'intervention et d'échapper au dommage que cette dernière lui a causé. L'inobservation par le médecin de la volonté du patient est la cause juridique de la disparition de cette chance qui, seule, doit faire l'objet d'une indemnisation.

La jurisprudence reste stricte en ce qui concerne l'admission du préjudice réparable né du non-respect de la volonté du malade. Une partie de la doctrine avait suggéré, en la matière, d'adopter une conception assouplie de la causalité, permettant une indemnisation de l'intégralité du préjudice corporel subi par le patient à l'occasion de l'acte médical non consenti. Mais, la jurisprudence ne semble pas suivre cette voie et n'a pas conféré à la faute une fonction palliative.

Ce qui semble certain, c'est qu'il y a une diversification des hypothèses de faute présumée, admises dans un souci de simplification de la tâche des victimes. Pour cela, il arrive que les juges se contentent de tenir pour établie la faute médicale sur l'existence d'indices.

De cette manière, certaines victimes peuvent ne plus avoir à supporter la charge de la preuve de la faute, dans la mesure où elle est présumée. Dès lors, il suffit à la victime de rapporter la preuve du lien de causalité entre l'acte incriminé et le dommage subi. C'est d'abord le juge administratif qui a entamé cette démarche à la fin des années 1950, en introduisant la faute présumée dans le contentieux de la responsabilité hospitalière³⁶⁹.

³⁶⁸ BORE J., « L'indemnisation pour chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP*, 1974, I, n° 2620 ; CHARTIER Y., *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983, n° 22 ; VACARIE I., « La perte de chance », *RRJ*, 1987, p. 904.

³⁶⁹ CE, ass., 7 mars 1958, *D., Rec. CE*, 1958, p. 153 ; *RD publ.*, 1958, p. 1088, concl. B. Jouvin. Dans cette espèce qui concerne la contraction d'une infection par un enfant après une vaccination, la Haute Juridiction administrative a considéré qu'au regard « des circonstances », l'infection contractée par l'enfant « révèle un fonctionnement défectueux du service public ». Le juge s'est appuyé sur certains faits connus, notamment l'apparition de l'abcès tuberculeux postérieurement à la vaccination, sa localisation au point d'injection, sur sept enfants au cours d'une même séance de vaccination, les considérant comme autant d'indices permettant de déduire l'existence d'une faute médicale.

La présomption de faute, d'abord limitée aux dommages causés par les vaccinations obligatoires, réparés par la suite sur le fondement de la responsabilité sans faute, a été étendue aux dommages graves causés « *par des actes de soins courants et bénins* » par le juge administratif³⁷⁰.

En emboîtant le pas au juge administratif, le juge judiciaire s'est fondé lui aussi sur l'accumulation de certains indices pour présumer la faute³⁷¹. À partir de là, les juges administratif et judiciaire ont admis la faute présumée en cas d'infection contractée à l'occasion des soins³⁷², avant que la charge de la réparation de ce type de dommage ne revienne à la solidarité nationale.

Cependant, depuis la loi du 4 mars 2002, l'article L. 1142-1 du CSP, modifié par l'article 112 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, consacre la faute comme fondement de la responsabilité médicale pour les actes accomplis à compter du 5 septembre 2001.

Selon ce texte, à l'exception des cas où la responsabilité est encourue en raison du défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé ainsi que tous les établissements, services ou organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences de ces actes qu'en cas de faute.

Par conséquent, il sera toujours nécessaire pour le patient d'apporter la preuve du manquement par le professionnel ou l'établissement de santé à ses obligations, pour obtenir indemnisation du dommage né du non-respect de sa volonté.

Par ailleurs, la Charte du malade hospitalisé du Mali énonce : « *Si la personne malade ou ses ayants droit estiment avoir subi un préjudice, lors de son séjour dans l'établissement, ils peuvent saisir le directeur de l'établissement en vue d'obtenir réparation.* »³⁷³L'alinéa 2 du même article stipule que « *si celle-ci n'aboutit pas comme il le souhaite, soit que la demande soit rejetée, soit que l'hôpital garde le silence pendant plus de 30 jours, l'auteur de la*

³⁷⁰ CE, 23 févr. 1963, M, *Rec. CE*, 1962, p. 122 ; CE, 9 juillet 1988, n° 67720, *CHR Montpellier*.

³⁷¹ Cass 1^{re} civ., 12 nov. 1968, L, *Bull. civ.*, 1968, I, n° 271.

³⁷² CE, 9 déc. 1988, C, *Rec. CE*, 1988, p. 431 ; CE, 14 juin 1991, n° 6549, M, *Juris-Data* n° 1991-043321, *Rec. CE*, 1991, p. 1185 ; Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1996, B, *c/Sté Clinique Bouchard*, *Bull. civ.*, 1996, I, n° 219.

³⁷³ Art. 27 de la Charte du malade hospitalisé du Mali 6 octobre 2008.

réclamation dispose de droit de recours contentieux ». Tout de même, il lui revient d'apporter la preuve à cet effet.

C- Le sort de la confidentialité du patient pendant sa prise en charge

Le droit au secret et à la confidentialité fait partie des droits généraux du malade. Une résolution du Parlement européen, intitulée « Charte européenne des droits du patient », rappelle encore ce droit à la confidentialité.

Ce principe est aussi repris dans une déclaration de l'Organisation mondiale de la santé, en 1994, sur la promotion des droits du malade. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'instar des dispositions de l'article 9 du Code civil, fixe l'existence d'un droit à la protection de la vie privée, dont le secret médical n'est en réalité qu'un des éléments.

Pour garantir l'exercice serein de la profession et ne pas décourager la confiance mutuelle, la loi doit nécessairement protéger la confession du particulier à une personne qui est un « confident nécessaire » par sa profession ou sa mission.

Cette question de confidentialité a bien évidemment une importance majeure pour les professionnels, les cadres dirigeants des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux. Elle a pour but essentiel de protéger les informations de nature personnelle concernant l'identité du patient, sa maladie, ses problématiques personnelles et familiales, son accompagnement et son suivi, favorisant le respect de l'individu.

Très clairement, nous remarquons que cette notion de confidentialité est reconnue dans de nombreux textes tels que la Déclaration des droits de l'homme, le code de déontologie, la Charte des patients, etc. Elle œuvre à préserver leurs intérêts dans le respect de leur volonté. Ceci concerne tous les professionnels des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux dans leurs rapports au quotidien avec des patients particulièrement fragiles.

Le terme recouvre alors les notions juridiques de secret médical, de secret professionnel, de discrétion professionnelle, de devoir de réserve de la part des professionnels des établissements de santé en général.

Ce concept s'applique à l'ensemble des professionnels ayant accès aux informations individuelles concernant le patient. Ils doivent l'adopter comme une obligation professionnelle (dossier médical, thérapeutique, éducatif ; courriers ; décisions de justice ; paroles et confessions de la personne et de ses proches, mais aussi visites de la famille).

Par ailleurs, si le domaine de la confidentialité a un contenu particulièrement large et se distingue par la transversalité des points à considérer dans la prise en charge en établissement sanitaire, social et médico-social, sa traduction la plus aboutie, la plus complète et la mieux définie se retrouve dans le secret médical.

Le secret professionnel peut se définir comme un savoir caché à autrui, qui possède deux dimensions : celle d'un savoir partagé au sens de communication et de transmission de l'information, et celle d'un savoir protégé qui nécessite un rapport de confiance.

À titre d'exemple, lorsque le médecin prête serment, il jure notamment : « *Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même en dehors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir de grand cas* » (serment d'Hippocrate).

En principe, les différents codes de déontologie (médecins, sages-femmes, chirurgiens-dentistes...) et les décrets réglementant l'exercice des professions paramédicales ou celles des travailleurs sociaux encadrent leurs responsabilités au regard de l'obligation de secret professionnel. Ils connaissent bien les contraintes qui leur sont imposées en la matière.

Un professionnel n'a à connaître et à transmettre que ce qui lui est nécessaire pour diriger ou conduire, dans sa spécialité, un soin ou une prise en charge de qualité du patient. Par ce constat, nous remarquons clairement que le professionnel n'a pas totalement la main libre.

Cela étant, cette question de la protection de la confidentialité n'est pas uniquement l'affaire des professionnels. En effet, il relève également de la responsabilité de l'établissement et de son représentant légal, le directeur, de tout mettre en œuvre afin que la confidentialité soit protégée (aménagement des locaux, règles de circulation des dossiers, information des usagers sur leurs droits).

En ce qui concerne son contenu et son champ d'application, l'article L. 1110-4, alinéa 1 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, affirme 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.

Le principe de liberté indiqué par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'associe au droit au respect de la vie privée. De plus, le respect de la confidentialité des informations qui concernent cette vie privée est une imposition fondamentale de toute société qui aspire à la démocratie. De ce fait, toutes les informations liées à l'état de santé d'une personne – sa pathologie, son handicap, ses antécédents, etc. – doivent être protégées.

Dès lors, il convient de dire que le champ d'application est assez large et que son contenu, en considération des dispositions suivantes (CSP, art. L. 1110-4, al.2), est tout aussi immense.

Ce principe de confidentialité est appréhendé notamment comme étant une obligation reconnue qui s'applique à tout professionnel du domaine sanitaire, social et médico-social. L'établissement, représenté par le directeur, est considéré comme le garant de son respect dans la prise en charge des patients.

Pour autant, le fonctionnement en réseau pose le problème de la confidentialité des informations médicales du patient. La loi intègre cette réalité s'agissant des réseaux de santé. En effet, l'essor de la prise en charge, la spécialisation et la nécessité de conforter les réseaux de soins entraînent une augmentation importante des échanges d'informations concernant le malade entre les professionnels.

Il faut souligner aussi que dans le secteur hospitalier, la prise en charge est collective et générale. En effet, la pluridisciplinarité des équipes soignantes, les missions d'enseignement ou les activités liées à la médicalisation du système d'information font que différents professionnels de santé ont à connaître des informations concernant le patient, qui sont théoriquement couvertes par le secret.

L'alinéa 4 paraît donc important dans la mesure où il offre la possibilité du partage du secret entre professionnels, mais à la double condition que, d'une part, ces informations leur

soient indispensables et que, d'autre part, l'échange d'informations ait pour but l'efficacité et la continuité de la prise en charge.

Toutefois, il convient de préciser que le patient aura toujours les moyens de s'y opposer. Dans l'établissement de santé, ces informations sont réputées confiées à l'équipe de soins, conformément d'ailleurs à la jurisprudence du Conseil d'État aux termes de laquelle, dans ce cas, « *c'est à l'ensemble du personnel médical que, sauf prescription particulière de la part de ce malade, le secret médical est confié* ».

Forts de cette précision, nous avons jugé utile d'évoquer l'importance du secret des informations (1), avant d'aborder la question de l'accès au dossier médical du patient (2).

1) - L'importance du secret des informations

En France, dans la sphère médicale, le secret des informations est juridiquement très protégé et encadré. Pourtant, la multiplication des données médicales et l'immense richesse des documents médicaux tels que les certificats, les carnets de santé et/ou de vaccination, ainsi que les créations de fichiers informatisés font dire à Jacques Deval que « *plus un secret a de gardiens, mieux il s'échappe* »³⁷⁴.

De nombreux professionnels estiment qu'au-delà de l'information délivrée, l'accent doit être mis sur la communication, et ils introduisent, dans ce sens, la notion d'éthique dans le respect de la confidentialité.

L'exercice de la médecine repose sur ce principe cardinal qui s'applique à tous les professionnels de santé, en vertu non seulement des codes de déontologie et des règles d'exercice de leur profession, mais également de la loi et plus particulièrement du Code pénal dont l'article 226-13 punit le non-respect des secrets protégés par la loi.

Toutefois, il faut rappeler que l'article L. 1110-4, alinéa 1 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 et modifié récemment par la loi du 26 janvier 2016, dispose 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 qui la concernent.

³⁷⁴ Jacques Deval.

Dans son champ d'application, l'obligation de confidentialité se trouve élargie par le nouveau texte, car elle ne se cantonne plus au personnel apportant son soutien à la délivrance des soins mais s'applique à tout membre du personnel des établissements ou organismes concernés et à toute autre personne en relation, par ses activités, avec lesdits établissements ou organismes.

Nous remarquons donc une extension indispensable de l'obligation qui s'applique en premier lieu aux nombreux collaborateurs occasionnels du service public, notamment les bénévoles d'associations qui apportent leurs services aux malades admis dans des établissements hospitaliers (aide aux repas, par exemple) ou qui leur rendent visite, ainsi que les membres des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières.

Cette obligation s'applique aux tiers, comme les visiteurs, les membres de la famille de la personne hospitalisée et la personne de confiance, pouvant avoir accès aux informations concernant non seulement leur proche, mais souvent aussi d'autres patients à l'occasion d'une visite à l'hôpital. Ces derniers peuvent consulter librement les informations concernant non seulement leur parent, mais aussi d'autres malades.

Par ailleurs, d'autres fournisseurs de l'établissement, les membres extérieurs des différents conseils, les représentants des cultes ou les officiers ministériels intervenant auprès des personnes hospitalisées sont assujettis à cette obligation. Il s'agit de toute personne qui dispose d'une information à caractère secret, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission provisoire (article 226-13 du Code pénal).

Ainsi, toute personne intervenant dans un établissement de santé peut être passible d'une sanction pénale d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende pour la révélation d'une information à caractère secret.

Il y a lieu de rappeler également que le professionnel encourt une sanction disciplinaire de type administratif s'il est agent public et/ou une sanction ordinaire s'il est membre d'une profession organisée en ordre, et cela, sans préjuger d'une éventuelle action en réparation engagée par la personne qui s'estime lésée.

S'agissant du contenu de la confidentialité, l'article L.1110-4 dispose que le secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne, venues à la connaissance du personnel et autres. Il s'agit tout d'abord des informations à caractère médical mais aussi

administratif. À celles-ci s'ajoutent les informations qui, sans être médicales, ne concernent pas moins la vie privée de la personne comme, par exemple, les habitudes alimentaires, les préférences sexuelles, les usages familiaux, les manies et autres comportements qui restent habituellement dans la sphère privée et qui se trouvent, du fait de l'hospitalisation, exposés à la vue de tiers.

D'une manière générale, nous pouvons admettre que le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du professionnel ou même de l'équipe dans l'exercice de leur profession, c'est-à-dire non seulement ce qui leur a été confié, mais aussi ce qu'ils ont vu, entendu ou compris (article R.4127-4).

De ce fait, tout patient hospitalisé a droit à la confidentialité de son courrier, de ses communications téléphoniques, de ses entretiens avec des visiteurs et avec des professionnels de santé.

Un patient hospitalisé a le droit de refuser toute visite et de demander que sa présence ne soit pas divulguée (articles R. 1112-45 et R. 1112-47 du CSP). Dans certains cas, l'anonymat peut être organisé par des mesures particulières prévues dans les établissements publics de santé.

C'est ainsi qu'en faveur des femmes enceintes, pour sauvegarder le secret de la grossesse ou de la naissance, l'article 1112-28 du Code de la santé publique permet à la personne concernée de demander le bénéfice du secret de l'admission, dans les conditions prévues par l'article L.222-6 du Code de l'action sociale et des familles. Pour cela, aucune pièce d'identité n'est exigée et aucune enquête n'est effectuée.

L'anonymat peut être organisé également au bénéfice des toxicomanes qui se présentent spontanément dans un établissement afin d'y être traités. À leur demande expresse, ils peuvent bénéficier de l'anonymat dès leur admission, et celui-ci ne peut être levé que pour des causes autres que la répression de l'usage illicite de stupéfiants (CSP, art. 1112-38).

Le respect de la confidentialité est confronté à une certaine limite à un moment donné, ce qui peut notamment s'expliquer par le fait que le secret médical étant perçu comme un principe absolu, le patient ne peut délier ou décharger lui-même un médecin de son obligation en la matière. Seule la loi peut instaurer des dérogations au secret ; ces

dérogations sont établies soit par le Code de la santé publique, soit par le Code pénal. La loi autorise l'échange d'informations entre professionnels dans l'intérêt du patient ou la divulgation de données à des tiers.

L'article L. 1110-4, alinéa 3 organise le secret partagé. Il admet la possibilité du partage du secret entre professionnels, à la condition néanmoins que l'échange d'informations permette d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible et que la personne dûment avertie ne s'y oppose pas. Cette affirmation constitue une limite importante de la confidentialité.

Peu importe le mode de correspondance, le partage ne doit pas porter atteinte au caractère général et absolu du secret médical. Le principe reste que l'atteinte au secret fera l'objet de sanctions disciplinaires ordinaires lorsqu'elle n'est ni fondée ni légitime. Cela pourrait également donner lieu à des mises en cause et éventuellement à une poursuite devant les juridictions civiles ou pénales, comme le prévoient les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.

Concernant une atteinte tirée d'une correspondance entre médecins, la base ou la légitimité du partage sera évaluée et déterminée par les juges au cas par cas, c'est-à-dire en considération des faits de l'espèce.

Cette décision, déjà discutée par les juges européens, est particulièrement démonstrative à cet égard. À l'heure des comptes judiciaires, le sort de celui qui est mis éventuellement en cause va relever du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, avec toutes les incertitudes que cela peut éventuellement comporter.

Cela permet de réserver le partage de l'information médicale aux seules circonstances dérogatoires qui touchent l'intérêt du patient ou une règle impérative, notamment celles relatives aux prérogatives des organismes de protection sociale.

Cela permet d'affirmer aussi l'intérêt de bien évaluer le champ de l'information à partager. C'est dire également que le médecin trouvera sans doute avantage à remettre au malade les correspondances qu'il échange avec un confrère, afin que lui-même intervienne dans le transfert de l'information.

Le simple fait de remettre une lettre décachetée à un patient pour transmission à un confrère pourrait cependant encore justifier une mise en cause si le porteur démontre n'avoir contribué à la transmission qui a conduit au dommage invoqué que dans la mesure où il a été insuffisamment informé de ce qui allait être partagé.

Les informations sont réputées confiées à l'équipe de soins, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, selon laquelle « *c'est à toute l'équipe médicale que, sauf prescription spéciale de la part du patient, le secret médical est attribué* ».

Est également évoqué, à l'avant-dernier alinéa du même article, le partage des informations avec les proches. Ainsi, pour des cas de diagnostic ou de pronostic grave, ce secret médical n'est pas en contradiction avec le fait que la famille et les proches du patient ou de la personne de confiance obtiennent les informations indispensables leur permettant de lui apporter un concours direct, sauf opposition manifeste de sa part.

Ce texte constitue une reprise et un élargissement de la règle déontologique selon laquelle un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec discrétion ou prudence, même si les proches ont le droit d'être prévenus, sauf cas d'exception ou si le patient a préalablement défendu cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite (CSP, art. 4127-35, al. 3).

En outre, une autre limite se dessine : il s'agit ici de véritables dérogations au principe du secret, limitativement énoncées par la loi et dont le fondement repose soit sur la protection de la personne elle-même, soit sur la protection de la société.

Ainsi, selon les articles L. 1110-4, alinéa 2 du Code de la santé publique et 226-14 du Code pénal, deux types de dérogations sont possibles : les dérogations impératives et les dérogations permises.

Par ailleurs, les révélations à proprement parler concernent en principe, d'une part, l'état civil (déclaration de naissance et de décès), et d'autre part, les raisons de santé publique (déclaration des maladies contagieuses visant des affections qui nécessitent une intervention urgente ou dont la surveillance est utile à la santé publique) (CSP, art. L. 3113-1).

Elles concernent aussi le maintien de l'ordre. L'admission sans le consentement du patient, sur demande d'un tiers ou décision préfectorale en soins psychiatriques, se fait à

partir de certificats médicaux nominatifs et circonstanciés décrivant les troubles (CSP, art. L. 3212-1 et L. 3213-1). Il s'agit de donner la possibilité à une personne de faire valoir ses propres intérêts : indemnisation d'un préjudice devant la commission de conciliation et d'indemnisation qui peut recevoir communication de tout document, y compris médical, afin d'émettre un avis (CSP, art. L. 1142-9) ; déclarations d'accidents de travail et de maladies professionnelles établies à partir de certificats et descriptifs pour que les personnes puissent faire valoir leurs droits. Il s'agit aussi de permettre la protection de la personne : signalement au procureur de la République de patients faisant l'objet de soins psychiatriques qui ont besoin d'être protégés dans les actes de la vie civile afin de les placer sous sauvegarde de justice (CSP, art. 3211-6, al. 2).

Concernant les dérogations autorisées, on peut citer d'ores et déjà les dérogations solides établies dans le but de permettre la protection de la personne, comme le prévoit l'article 226-14 du Code pénal dans les hypothèses suivantes :

Celle faite aux autorités judiciaires, médicales ou administratives concernant des privations ou des sévices, y compris des atteintes ou mutilations sexuelles infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique.

L'acte par lequel le médecin, en accord avec son patient, signale au procureur de la République des violences ou privations qu'il a constatées, sur le plan physique ou psychique, et qui lui permettent de présumer que des sévices physiques, sexuels ou psychiques de toute nature ont été commis. Dès lors que la victime est mineure ou qu'il s'agit d'une personne qui, en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, n'est pas en mesure de se protéger, son consentement n'est pas nécessaire.

Il s'agit également des informations venant des professionnels de santé ou de l'action sociale, destinées au préfet, concernant le caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles possèdent une arme ou qu'elles ont exprimé leur intention d'en acquérir une. Il est aussi question d'autorisation de communiquer des informations dans un but de protection de la santé publique.

Par ailleurs, le législateur permet aux membres des professions de la santé de transmettre des données nominatives aux responsables de programmes de recherche (loi

n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, JO du 2 juillet 1994), d'organiser le traitement des données personnelles de santé pour des raisons d'évaluation ou d'analyse des activités de soins et de prévention (loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création de la CMU-art.41) et de justifier, aux fins de surveillance de l'état de santé d'une population, la transmission de données, parfois nominatives, à un praticien de l'Institut de veille sanitaire (CSP, art. L.1413-5).

Cela dit, ils sont tenus par une exigence fondamentale. Dans le domaine sanitaire et social, elle concerne toutes les personnes qui ont en charge de connaître, dans le cadre professionnel, des informations à caractère secret au sens de l'article 226-13 du nouveau Code pénal.

La Charte du malade hospitalisé du Mali, à travers son article 16, dispose clairement que « *le malade a le droit, dans la mesure où les conditions matérielles de son environnement le permettent, à la protection des informations le concernant* »³⁷⁵. À ce titre, le caractère confidentiel de l'information et du contenu des dossiers le concernant, notamment sur le plan médical, doit être garanti³⁷⁶.

Par ailleurs, l'article 1 de la loi du 21 mai 2013 dispose que « *l'État du Mali assure à toute personne, physique ou morale, publique ou privée, la protection de ses données à caractère personnel, sans distinction de race, d'origine, de couleur, de sexe, d'âge, de langue, de religion, de fortune, de naissance, d'opinion, de nationalité ou autre* ». L'alinéa 2 du même article ajoute que « *la loi garantit que tout traitement, sous quelque forme que ce soit, respecte les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques. Elle prend également en compte les prérogatives de l'État, les droits des collectivités territoriales, les intérêts des entreprises et de la société civile* »³⁷⁷.

2) - L'accès au dossier médical du patient

C'est à partir 1994 qu'a été instauré le « dossier de suivi médical » dans l'intérêt de la santé publique, afin de privilégier la qualité, la coordination et la continuité des soins. Ensuite, l'expression « dossier médical » a été utilisée dans le Code de la santé publique par l'effet de la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, pour reconnaître un droit d'accès indirect du patient relatif à ses droits et à la qualité du système de santé.

³⁷⁵ Charte du malade hospitalisé du Mali, 6 octobre 2008.

³⁷⁶ Article 16, alinéa 2 de la Charte du malade hospitalisé du Mali.

³⁷⁷ Loi du 21 mai 2013 sur la protection des données en République du Mali.

Définir la notion de dossier médical n'est pas chose aisée : il peut être perçu « *comme la mémoire de la santé de chacun* » ou comme le coffre-fort des données de santé des patients. Il « *réunit, sous des matérialités très diverses, les informations médicales, cliniques et paramédicales, biologiques et sociales établies au cours d'un suivi médical, à partir desquelles on peut constituer l'histoire médicale du sujet, et tirer des conclusions de diagnostics et/ou de pronostics* »³⁷⁸.

Il semble qu'on « *sépare volontiers ce dossier en données objectives et données subjectives* », les premières étant constituées par des éléments tels qu'une intervention chirurgicale et ses conséquences, le résultat d'une analyse de laboratoire ou d'un examen, etc., les secondes consistant en des commentaires ou appréciations personnelles des différents médecins ayant participé à la prise en charge du patient.

Ainsi, selon les professionnels de santé, le dossier constitue d'abord un instrument de travail et d'échanges avec les autres professionnels consignant la démarche diagnostique, thérapeutique ou préventive, et un support d'informations indispensables pour améliorer les connaissances en santé et les pratiques dans le respect des règles en vigueur.

Les missions du dossier médical sont en effet de permettre la traçabilité et la continuité des soins, la mise à disposition d'informations nécessaires à la prise en charge et au suivi, la traçabilité de l'information donnée au patient et du recueil de son consentement.

Il représente également un moyen de preuve éventuel en cas d'action de recherche en responsabilité (CNOM, « Fiche pratique », mars 2017, tenue de conservation et accès au dossier médical). Ce moyen de preuve est indispensable pour la suite des actions.

Cependant, il convient de savoir que le dossier médical n'est pas le seul document rassemblant des données de santé. La Haute Autorité de santé, dans ses différentes injonctions de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information s'agissant de la santé d'une personne, explique pour cette raison que le terme « dossier » est utilisé « *par facilité d'écriture pour désigner l'ensemble des informations de santé concernant une personne donnée, même si dans la pratique actuelle le dossier ne les comprend pas toujours toutes* ». En outre, « *le mot dossier ne doit pas être envisagé de manière restrictive, car toutes les*

³⁷⁸Loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière au Mali.

informations formalisées détenues par un professionnel, un établissement de santé ou un hébergeur en dehors du dossier sont communicables ».

Il faut préciser que le dossier médical se différencie d'abord de la fiche d'observation personnelle, possédée par le médecin et sous sa responsabilité, pour chaque patient. Cette fiche est confidentielle et contient des éléments actualisés, nécessaires et indispensables aux décisions diagnostiques et thérapeutiques.

Elle est également bâtie indépendamment du dossier de suivi médical prévu par la loi. Elle peut concerner des notes manuscrites ou dactylographiées. La Haute Autorité de santé estime que c'est « *dans la mesure où certaines des notes des professionnels de santé ne sont pas destinées à être sauvegardées, réutilisées ou le cas échéant échangées, parce qu'elles ne peuvent participer à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou à une action de prévention, qu'elles peuvent être considérées comme personnelles et ne pas être communiquées : elles sont alors intransmissibles et inaccessibles à la personne concernée comme aux tiers, professionnels ou non* »³⁷⁹.

Le dossier médical du patient se distingue aussi du carnet de santé, qui est donné gratuitement et remis par l'officier d'état civil au moment de la déclaration de naissance. Ainsi, il doit être obligatoirement mentionné, dans ce carnet, les résultats des examens médicaux prévus aux articles L. 2132-2 et L. 2132-2-1 du Code de la santé publique, ainsi que toutes les constatations importantes concernant la santé de l'enfant jusqu'à sa majorité.

Le dossier médical ne se confond pas non plus avec le dossier médical partagé (DMP), qui consiste en un carnet de santé numérique qui n'est pas obligatoire, et qui est créé avec le consentement du patient et géré par l'assurance maladie.

Il se distingue également du dossier pharmaceutique, qui est aussi facultatif, et créé par le pharmacien avec le consentement du patient, en vue de conserver les données relatives à la dispensation des médicaments et autres produits et objets de santé.

Le dossier pharmaceutique peut être effacé sur simple demande du patient et dans toute pharmacie équipée du dispositif, sans obligation de s'adresser à celle où le dossier a été

³⁷⁹ Haute Autorité de santé, note du 20 mai 2020.

créé. Un récépissé de clôture du dossier pharmaceutique est alors remis indispensablement au patient.

En outre, le dossier médical se distingue aussi du dossier spécifiquement créé dans le cadre de la médecine du travail, mais aussi du dossier médical de santé au travail.

Concrètement, il n'existe donc pas de dossier médical unique, les données médicales étant consignées chez les différents professionnels ou établissements de santé consultés. Elles figurent rarement dans un même lieu. Ainsi, de nos jours, un patient est susceptible d'avoir plusieurs dossiers médicaux : à l'hôpital, dans une clinique privée, auprès d'un spécialiste, de son médecin traitant, du réseau de pharmacies ou encore de la médecine du travail.

La Cour des comptes soulignait, en 2008, cette diversité des dossiers médicaux, pour la plupart cloisonnés, ainsi que la « dispersion des initiatives » en la matière, un exemple étant celui de l'information du carnet de vaccination.

Actuellement, il n'existe pas de dossier médical de synthèse, ce qui peut s'avérer problématique, notamment à partir de la reconnaissance d'un accès direct du patient à son dossier : cela pose le problème de la centralisation des informations le concernant en un même lieu.

Ce dossier médical partagé, créé en principe avec le consentement du patient et tenu par l'assurance maladie, permet dorénavant de faciliter matériellement le partage des informations médicales avec l'ensemble des professionnels participant à la prise en charge. Il sert aussi à retracer l'historique médical instantanément, dans le respect de la confidentialité et sous le contrôle du patient.

Avant toute chose, il convient de rappeler que jusqu'à la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, les règles relatives à l'accès du patient à son dossier médical étaient disponibles dans le code de déontologie médicale et dans le Code de la santé publique. Elles ne reconnaissaient pas au patient le droit d'accéder directement à ce document.

Pour autant, le code de déontologie médicale prévoit que « *tout médecin doit, à la demande du patient ou avec son consentement, ou à ceux qu'il entend consulter, les*

informations et documents nécessaires et utiles à la continuité des actes de soins » et « qu'il en va de même lorsque le patient porte son choix sur un autre médecin traitant ».

Plus loin, il précise également que *« lorsque la loi dispose qu'un patient peut avoir accès à son dossier par l'intermédiaire d'un médecin, celui-ci doit remplir cette mission d'intermédiaire en tenant compte des seuls intérêts du patient et se récuser si les siens sont en jeu »,* et que *« sous réserve des mesures applicables aux établissements de santé, les dossiers médicaux sont conservés sous la responsabilité du médecin qui les a établis »*³⁸⁰.

Nous pouvons retenir que l'accès du patient à son dossier médical n'était pas la règle, même s'il était possible, par la médiation d'un praticien, pour le dossier détenu par un établissement public. Les usagers du service de santé revendiquaient depuis longtemps un changement de la réglementation en ce domaine. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 leur a donné satisfaction là-dessus.

Le dossier du patient est le lieu de recueil et de conservation des informations administratives, médicales et paramédicales, formalisées et actualisées, enregistrées pour tout patient accueilli, à quelque titre que ce soit, dans un établissement de santé.

Les informations administratives nécessaires au dossier du patient sont issues du dossier administratif. Elles comportent l'identification exacte du patient et de ses données médicales. Les informations médicales et paramédicales sont regroupées dans le dossier du patient ainsi que celles recueillies par les professionnels de santé.

Le dossier du patient assure la traçabilité de toutes les actions effectuées. Il est un outil de communication, de coordination et d'information entre les acteurs de soins et avec les patients. Il permet de suivre et de comprendre le parcours hospitalier du patient ; il reflète la valeur ajoutée par l'intervention des professionnels de santé à la restauration, la protection ou l'amélioration de sa santé.

Le dossier du patient favorise la coordination des soins qu'impose l'évolution de l'organisation des soins du fait du raccourcissement des durées de séjour, de la multiplicité des intervenants dans le processus de prise en charge, de la complexification des soins, de

³⁸⁰ Art. 35 du code de déontologie médicale.

l'accroissement du risque iatrogène et du nombre d'intervenants, et de la plus grande technicité des actes.

Outil de partage des informations, il est un élément primordial de la qualité des soins en permettant leur continuité dans le cadre d'une prise en charge pluriprofessionnelle et pluridisciplinaire. Le rôle et la responsabilité de chacun des différents acteurs pour sa tenue doivent être définis et connus.

Le dossier répond à une réglementation précise ; dans des conditions définies, il est accessible aux soignants, à d'autres professionnels mais aussi aux patients, sans aucune difficulté.

Il est conservé dans des conditions permettant son accessibilité, son intégrité et la préservation de la confidentialité des informations qu'il comporte. Le dossier et son archivage sont indissociables ; la qualité de l'un rétroagit sur la qualité de l'autre.

La bonne tenue du dossier contribue à la continuité, la sécurité et l'efficacité des soins. Elle est le reflet de la pratique professionnelle et de sa qualité. Le dossier permet aussi d'effectuer des actions d'évaluation et d'amélioration de la qualité des soins.

Le dossier du patient est un outil central de l'organisation des soins dans un établissement de santé ; sa qualité et son utilisation doivent être régulièrement évaluées pour être améliorées et conduire ainsi à une meilleure prise en charge du patient et à l'optimisation du fonctionnement de l'établissement.

Ce document est destiné à apporter aux professionnels des établissements de santé un outil d'évaluation de la qualité de la tenue de leurs dossiers à l'aide de la méthode de l'audit clinique. L'audit passe par la sélection de critères pertinents établis à partir de la réglementation et de recommandations. Cette phase indispensable est souvent délicate pour les professionnels. Elle constitue la première partie du document, avant que soit abordé l'audit lui-même, avec les méthodes d'amélioration utilisables à l'issue de l'audit.

Le dossier est un élément dynamique constitué pour être le support de l'ensemble des informations recueillies à l'occasion de la prise en charge du patient. Ses composantes administratives et soignantes intègrent des éléments communs et partagés.

Le dossier regroupe des informations pertinentes ; c'est un outil de réflexion et de synthèse médicale et paramédicale, en vue de la démarche préventive, diagnostique et thérapeutique. Les informations qu'il comporte favorisent la coordination de la prise en charge du patient au cours et à l'issue de son contact avec l'établissement de santé dans lequel il est admis.

Le dossier médical du patient est compris comme ayant un rôle de mémoire du patient et des professionnels, de communication et de coordination ; ses fonctions sont multiples :

- mise à disposition d'informations nécessaires et utiles à la prise en charge et au suivi ;
- traçabilité des soins et des actions entreprises vis-à-vis du patient ;
- continuité des soins ;
- aide à la décision thérapeutique par son contenu ;
- lieu de recueil du consentement éclairé du patient, de l'analyse bénéfices/risques et de la traçabilité de la décision ;
- évaluation de la qualité des soins et de la tenue du dossier ;
- enseignement et recherche ;
- extraction des informations nécessaires à l'analyse médico-économique de l'activité, et notamment à la médicalisation du système d'information (PMSI) et à ses contrôles de qualité ;
- rôle juridique important dans le cas d'une recherche de responsabilité.

Le dossier administratif encadre le dossier du patient avec tous les principaux éléments permettant d'identifier le patient, sa situation administrative, sa couverture sociale, ainsi que, si nécessaire, les différentes autorisations requises par la réglementation, à savoir, les autorisations d'opérer un patient mineur (arrêté interministériel du 11 mars 1968 et décret du 14 janvier 1974), le refus d'autoriser une autopsie ou un prélèvement d'organes sur une personne décédée (article R. 671-7-6 du CSP), les décharges pour sortie contre avis médical.

Au Mali, chaque soignant et institution de soins doit en principe tenir un dossier pour chaque patient ; c'est une obligation légale imposée par la Charte du malade hospitalisé. L'article 19 de cette charte assure au malade pris en charge par un professionnel l'accès à son dossier médical³⁸¹. Le patient a le plein droit de consulter son dossier. Il peut s'en faire remettre l'original ou une copie. Les frais de copie sont à sa charge. Si le soignant le souhaite, il peut exiger d'être présent lors de la consultation du dossier.

Dans la pratique, le dossier médical est divisé ; le patient en a un chez son dentiste, un chez son médecin généraliste, un dans tel hôpital, etc. Le soignant peut y retirer ses notes personnelles ainsi que les informations confidentielles que des tiers lui auraient confiées.

L'expression « démocratie sanitaire » qui s'applique aujourd'hui au droit de la santé conduit indubitablement à ce que les patients et les usagers du système de santé puissent disposer des informations relatives à leur santé et aient accès à leur dossier médical.

Cependant, si le droit à la transparence est une véritable avancée dans le droit français, il serait regrettable que sa mise en place et la multiplication des acteurs amenés à partager les informations enregistrées portent atteinte au caractère confidentiel de l'information.

Concrètement, le secret médical doit son avènement et son existence à l'intérêt exclusif du patient ; cela étant, ni le médecin, ni l'administration hospitalière, ni l'établissement détenteur de son dossier lorsqu'il a été hospitalisé ne peuvent le lui opposer.

Le droit d'accès du patient à son dossier résultait, pour les dossiers médicaux tenus par les établissements de soins publics et privés, de la loi hospitalière n° 91-748 du 31 juillet 1991.

Concernant les dossiers détenus par les médecins libéraux, le code de déontologie médicale, à l'article 45, disposait : « *Tout médecin doit, à la demande du patient ou avec son consentement, transmettre aux médecins qui participent à sa prise en charge ou à ceux qu'il entend consulter, les informations et documents utiles à la continuité des soins.* »³⁸²

³⁸¹ Article 19 de la Charte du malade hospitalisé du Mali.

³⁸² Art. 45 du code de déontologie médicale.

Les différentes associations de malades ont contesté ce droit d'accès du patient, notamment celles qui pensaient qu'un accès direct au dossier lui permettrait d'obtenir plus facilement un deuxième avis médical et de s'assurer que toutes les informations lui avaient été données, ou encore lui offrirait, le cas échéant, des éléments de preuve pour faire appliquer ses droits.

Considérant ces revendications, la loi du 4 mars 2002 a instauré une innovation capitale en instituant, au profit du patient, un droit à la transparence de l'information, en accordant à toute personne un accès direct à l'ensemble des informations concernant sa santé. Ce point est très important, car désormais, le patient a le droit de choisir le mode de consultation de son dossier médical. Souvent, le praticien peut recommander la présence d'une tierce personne, qui peut être un autre médecin ou non, pour des raisons tenant aux risques que la connaissance des informations sans accompagnement ferait courir au patient concerné.

Mais aussi, de façon exceptionnelle, la consultation des informations recueillies dans le cadre d'une admission en soins psychiatriques peut être subordonnée à la présence d'un médecin désigné par le demandeur en cas de risques d'une gravité particulière. Si le demandeur refuse, la commission départementale des soins psychiatriques est saisie et son avis s'impose au détenteur des informations comme au demandeur.

Le patient, sur le plan pratique, manifeste un grand intérêt pour le dossier médical. Celui-ci est tout aussi important pour le professionnel, pour lequel il constitue un instrument de travail et d'échanges avec les autres professionnels de santé, consignnant la démarche diagnostique, thérapeutique ou préventive, ainsi que les soins dont la personne a bénéficié.

Le dossier médical, compte tenu de son importance, se transforme non seulement en un outil d'information pour le patient, mais également en un outil de formation et d'évaluation pour améliorer les connaissances en santé et les pratiques médicales.

Avant l'arrivée de la loi du 4 mars 2002, ce droit d'accès dont disposait le patient par l'intermédiaire d'un médecin portait expressément sur son « dossier médical » particulièrement.

La loi du 4 mars 2002 n'a pas pris en compte ce terme ; elle a préféré introduire une énumération des informations à transmettre. C'est ainsi que l'article L. 1111-7, alinéa 1 du

CSP dispose que « toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé, à l'exception des informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers ».

Les conseils de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information concernant la santé d'une personne, donnés par la Haute Autorité de santé et homologués par arrêté du ministre chargé de la santé, montrent que ces « informations de santé formalisées » doivent être comprises « au plus simple ».

Cela concerne les informations sous forme de support (enregistrement, photographie, écrit) dans l'intention de les conserver, et sans lequel elles seraient objectivement inaccessibles. Toutes ces données sont destinées à être réunies dans ce qu'il est habituel d'appeler le dossier de la personne.

Selon le Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM), à travers une fiche pratique rédigée en mars 2017 sur la tenue, la conservation et l'accès au dossier médical, un dossier médical doit être établi pour chaque patient.

Toutefois, en dehors de la liste fixée à l'article L.1111-7 du Code de la santé publique, il n'existe pas de texte mentionnant expressément le contenu des dossiers établis par les médecins qui exercent leur profession à titre libéral, hors établissement de santé (concernant le contenu du dossier en établissement de santé).

De plus, ce dossier médical contient les éléments nécessaires à la prise en charge du patient, tels que les antécédents et facteurs de risques, les rapports de l'évaluation clinique initiale, les comptes rendus et résultats d'examens, les ordonnances prescrites, etc.

Cependant, les notes personnelles du médecin, qui sont déconseillées fortement par le Conseil national de l'Ordre des médecins, ne font pas partie intégrante du dossier et ne sont ni transmissibles, ni accessibles au patient et aux tiers.

Par conséquent, il recommande de faire figurer dans le dossier du patient (art. R. 4127-45) les informations suivantes : les informations anamnestiques, les antécédents, allergies, facteurs de risques, le groupe sanguin, les vaccinations, la mention des actes transfusionnels pratiqués sur le patient, les examens à prévoir et, le cas échéant, la copie de la fiche d'incident transfusionnel indiquée au deuxième alinéa de l'article R. 1221-40 du Code de la santé publique.

Il faut notamment ajouter les données formalisées recueillies pendant des consultations ou des visites, les traitements en cours et antérieurs, les prescriptions, les correspondances échangées avec d'autres médecins ou professionnels de santé, les comptes rendus des examens complémentaires, des examens de laboratoire, d'imagerie, d'opérations, d'hospitalisations...

Doivent être pris en compte aussi les consentements divers et écrits du patient pour les situations où ce consentement est requis sous cette forme par voie légale ou réglementaire, ainsi que les directives anticipées indiquées à l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique ou, le cas échéant, la mention de leur existence et les coordonnées de la personne qui en est détentrice.

L'agencement du dossier médical du patient n'est défini que pour ceux qui sont tenus par les établissements de santé. Toutefois, il doit offrir, dans tous les cas, les bonnes conditions pour le recueil et la conservation des informations qui y sont incluses.

La prise en charge du dossier médical doit permettre de répondre à toute demande de consultation ou de transmission d'informations venant de professionnels de santé comme de la personne. Ainsi, lorsque ce dossier est agencé, exploitable et lisible, et en particulier lorsqu'il possède des synthèses régulières, la compréhension en est facilitée.

Tout professionnel de santé a de ce fait l'obligation de veiller à la qualité de cet outil. Le statut des informations qu'il contient et leur évolutivité prouvent une hiérarchisation de nature à clarifier leur usage et à privilégier l'appropriation de données souvent complexes et provisoires.

Par ailleurs, en ce qui concerne la durée de la conservation du dossier médical dans le domaine libéral, en l'absence de dispositions spéciales en la matière, le CNOM recommande de s'aligner, pour la forme, sur la base de l'article R. 1112-2 du Code de la santé publique.

Ceci vaut également en ce qui concerne la durée de conservation des données par le médecin travaillant en libéral, le CNOM préconisant l'alignement sur le délai prévu pour le dossier du patient en établissement de santé, soit pour une période de 20 ans à partir de la dernière consultation. Toutefois, il convient de préciser que lorsque la durée de conservation du dossier d'un patient mineur s'achève avant ses 28 ans, sa conservation est prorogée jusqu'à cette date.

Si le patient décède moins de dix ans après la dernière consultation, le dossier est conservé pendant dix ans à partir de la date du décès (Code de la santé publique, art. R. 1112). L'article R. 1112-7 du Code de la santé publique précise la durée de la conservation du dossier médical tenu par un établissement de santé. En effet, il doit être conservé pendant une durée de vingt ans à compter de la date du dernier passage du patient au sein de l'établissement ou de la dernière consultation externe en son sein.

En cas d'achèvement de la durée de conservation d'un dossier, en application des dispositions qui suivent, avant le 28^e anniversaire de son titulaire, cette conservation est allongée jusqu'à cette date.

Cela étant, si la personne titulaire du dossier décède moins de dix ans après son dernier passage au sein de l'établissement, son dossier est gardé pendant une durée de dix ans à compter de la date du décès.

Par ailleurs, tous ces délais sont suspendus par l'introduction de tout recours gracieux ou contentieux tendant à mettre en cause la responsabilité médicale de l'établissement de santé ou de professionnels de santé en raison de leurs interventions au sein de l'établissement.

Puis, à l'expiration de ce délai de conservation et après, le cas échéant, restitution à l'établissement de santé des données ayant fait l'objet d'un hébergement en vertu de l'article L. 1111-8 du Code de la santé publique, le dossier médical peut être « éliminé », sur décision du directeur de l'établissement, après avis du médecin responsable de l'information médicale. Cette élimination est toutefois conditionnée au visa de l'administration des archives, qui désigne ceux de ces dossiers dont elle entend assurer la conservation indéfinie pour des raisons d'intérêt scientifique, statistique ou historique au sein des établissements publics de santé et des établissements de santé privés autorisés.

Le non-respect du secret médical est clairement sanctionné par le juge administratif, car « *c'est du malade seul que dépend le sort des secrets qu'il a confiés à son médecin ou que celui-ci a pu déduire de son examen* ». D'ailleurs, le secret médical s'oppose à ce que soient affichées ou divulguées des informations à caractère médical sans l'accord du patient. Un établissement public hospitalier ne peut pas légalement communiquer à un tiers le dossier d'un patient sans le consentement ou l'accord de ce dernier.

En donnant le dossier médical d'un patient au médecin expert de la compagnie d'assurance de ce dernier sans qu'il ait donné son autorisation pour cette transmission, un établissement public hospitalier commet une faute de nature à engager sa responsabilité. En effet, le juge considère que la violation du secret médical auquel le patient était en droit de prétendre lui a occasionné un préjudice moral.

Il est important de rappeler qu'à côté des informations communicables comme « *l'ensemble des informations concernant la santé du patient* », le critère de la formalisation de l'information se cumule avec celui de la pertinence de l'information, celle qui est nécessaire pour établir le diagnostic et proposer le traitement.

Ainsi, il a été décidé ce qui suit : « *Viole le secret médical protégé par l'article R. 4127-4 du Code de la santé publique (CSP) le médecin qui délivre à un tiers un certificat dans lequel il fait état d'éléments relatifs à l'état de santé d'un patient, même si ce document ne comporte aucune indication relevant du diagnostic médical.* »³⁸³

Pour autant, le Conseil d'État, dans un arrêt du 7 décembre 1990, estime que « *la production d'une feuille de soins comprenant des mentions obligatoires ne constitue pas, par elle-même, une violation du secret médical tel qu'il est protégé par l'article 378 du Code pénal* »³⁸⁴.

Cependant, l'article 378 du Code pénal s'applique à toute personne dépositaire dudit secret, quelle que soit sa profession et sans qu'il soit fait exception du cas où cette profession est exercée illégalement.

L'utilisation de fiches nominatives, portant des indications de caractère médical, par l'agent chargé de faire la vérification de comptabilité d'un médecin expulsé de l'Ordre, mais

³⁸³ Art. R. 4127-4 du CSP.

³⁸⁴ Conseil d'État, arrêt du 07/12/1990.

continuant à effectuer des actes médicaux, est de nature à entacher d'irrégularité la procédure et à provoquer la décharge des impositions. En effet, lesdites fiches ne sont pas au nombre des documents comptables que le contribuable est tenu d'avoir, en vertu de l'article 99 du Code général des impôts (CGI).

Dans une décision du 13 janvier 1999, le Conseil d'État a estimé : « *La violation du secret médical commise par un médecin en divulguant, sans occulter préalablement les noms des patients mentionnés, une copie du registre de ses interventions en bloc opératoire à son avocat, qui l'a transmise au conseil de la partie adverse, pour les besoins de sa défense dans un litige porté devant le conseil de prud'hommes, ne présente pas, eu égard à la bonne foi de l'intéressé, le caractère d'un manquement à l'honneur. Cette faute n'est donc pas exclue du bénéfice de l'amnistie.* »

Cette notion d'information formalisée mérite sans doute d'être précisée. Elle peut être comprise comme les « *informations auxquelles est donné un support (écrit, photographie, enregistrement...) avec l'intention de les conserver et sans lequel elles seraient objectivement inatteignables* ». Une importante précision quant au contenu de ces informations est apportée à propos du patient hospitalisé dans un établissement de santé public ou privé.

Le dossier médical est organisé en trois parties comprenant : les informations formalisées recueillies lors des consultations externes dispensées dans l'établissement, lors de l'accueil au service des urgences ou au moment de l'admission et au cours du séjour hospitalier ; les informations formalisées en fin de séjour hospitalier ; et enfin, les informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant de tels tiers.

Certaines informations sont exclues du droit à la communication ; *a priori*, les personnes qui ne sont pas des professionnels ciblés, dont notamment les psychologues, ou les informations possédées par des structures de soins qui n'entrent pas dans la sphère visée par le texte ne sont pas incluses dans le champ du droit à l'information.

En pratique, la communication de certaines informations soulève des interrogations, telles par exemple les notes personnelles des professionnels de santé. D'ailleurs, la CADA a estimé que des documents manuscrits contenus dans un dossier médical, « *qui sont inclus dans un dossier hospitalier sous cette forme, sont des documents communicables de plein*

droit au patient qu'ils concernent ou à ses ayants droit, en application de l'article L. 1111-7, introduit dans le Code de la santé publique par la loi du 4 mars 2002, dans la mesure où ils ont contribué à l'établissement du diagnostic, même si les médecins n'ont pas jugé utile de les formaliser davantage ».

La cour administrative d'appel de Paris a jugé que les notes manuscrites du médecin traitant qui ont contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement de l'intéressé, et qui ont été conservées par l'hôpital, font partie du dossier médical.

Par ailleurs, les recommandations de bonnes pratiques relatives à l'accès aux informations élaborées par la HAS en 2005 mentionnaient : « *Dans la mesure où certaines notes des professionnels de santé ne sont pas destinées à être conservées, réutilisées ou le cas échéant échangées, parce qu'elles ne peuvent contribuer à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou à une action de prévention, qu'elles peuvent être considérées comme personnelles et ne pas être communiquées, elles sont alors intransmissibles et inaccessibles à la personne concernée comme aux tiers, professionnels ou non.* »

La loi du 31 janvier 2007, en élargissant la notion d'informations communicables et en considérant que « *toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé, détenues à quelque titre que ce soit* », vient étendre largement la catégorie des notes que les professionnels de santé doivent conserver et communiquer.

Cette exclusion des notes personnelles à la communication et à l'accès du patient présente certains risques. Le premier de ces risques est que le médecin prétende qu'un document donné n'est qu'une simple note préparatoire alors que le patient défend le contraire.

Ensuite, le deuxième risque est que se généralise, comme cela semble être le cas notamment en psychiatrie, la tenue de deux dossiers parallèles, l'un communicable au patient, l'autre contenant des informations sensibles et destinées aux seuls professionnels de santé.

Par ailleurs, la jurisprudence a notamment pris en compte le fait « *que les échantillons de matière organique prélevés sur le corps (...) ne peuvent être regardés comme des informations formalisées* ».

Pour finir sur ce sujet, on rappellera que « *les informations indiquant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers* »³⁸⁵ n'ont pas non plus à être communiquées. Quand il s'agit de protéger les tiers qui ont pu donner des informations concernant le patient mais aussi sur leur vie privée, cette mesure est justifiée.

En outre, l'accès direct au dossier médical est souvent présenté comme une mutation importante permise par la loi du 4 mars 2002, symbolisant le droit de regard des patients sur les informations relatives à leur santé.

Chaque patient dispose d'un dossier médical à son avantage ; par ce fait, le secret médical existe dans l'intérêt du patient. Par conséquent, ni le médecin, ni l'administration hospitalière, ni l'établissement détenteur de son dossier lorsqu'il a été admis à l'hôpital ne peuvent le lui opposer.

Au Mali, l'article 31 issu de la loi hospitalière du 22 juillet 2002 dispose également qu'un dossier médical doit être constitué pour chaque malade pris en charge. L'article 4, alinéa 1^{er} de la même loi indique également que tout malade hospitalisé a le droit d'obtenir, par l'intermédiaire d'un médecin de son choix, les informations contenues dans son dossier médical.

Ainsi, la loi organise l'accès au dossier du patient en déterminant son contenu. C'est ainsi que selon les articles L.1112-1 et R.1112-2 du Code de la santé publique, un dossier médical est constitué pour chaque patient hospitalisé dans un établissement de santé public ou privé.

En plus des informations de caractère administratif permettant d'identifier le patient et le cas échéant la personne de confiance qu'il aura désignée (CSP, art.1112-3), le dossier du patient comporte des informations obligatoires dont l'article R.1112-2 du Code de la santé publique dresse la liste selon trois catégories :

- Les informations formalisées recueillies lors des consultations externes dispensées dans l'établissement, lors de l'accueil au service des urgences ou au moment de l'admission et au cours du séjour hospitalier, avec également les éléments suivants : la lettre du médecin qui

³⁸⁵ CADA, avis du 30 avril 2021.

est à l'origine de la consultation ou de l'admission ; les motifs d'hospitalisation ; la recherche d'antécédents et de facteurs de risques ; les conclusions de l'évaluation clinique initiale ; le type de prise en charge prévu et les prescriptions effectuées à l'entrée ; la nature des soins dispensés et les ordonnances établies au cours de la consultation externe ou du passage aux urgences ; les informations relatives à la prise en charge pendant l'hospitalisation ; l'état clinique, les soins reçus, les examens paracliniques, notamment d'imagerie ; les informations sur la démarche médicale adoptée dans les conditions prévues à l'article L. 1111-4, à savoir, le dossier d'anesthésie, le compte rendu opératoire ou d'accouchement, le consentement écrit du patient pour les situations où il est nécessaire sous cette forme, par voie légale ou réglementaire, la mention des actes transfusionnels exercés sur le patient, et le cas échéant, la copie de la fiche d'incident transfusionnel indiquée au dernier (second) alinéa de l'article R. 1221-40 ; les éléments relatifs à la prescription médicale, à son exécution et aux examens complémentaires ; le dossier de soins infirmiers ou, à défaut, les informations relatives aux soins infirmiers ; les informations relatives aux soins dispensés par les autres professionnels de santé ; les correspondances échangées entre professionnels de santé ; les directives anticipées inscrites à l'article L. 1111-11 ou, dans le cas contraire, la mention de leur existence ainsi que les coordonnées de la personne qui en est propriétaire.

- Les informations formalisées établies à la fin du séjour qui sont, entre autres : le compte rendu d'hospitalisation et la lettre rédigée à l'occasion de la sortie, la prescription de sortie et les doubles d'ordonnance de sortie, les modalités de sortie, la fiche de liaison infirmière.

- Les informations indiquant qu'elles ont été reçues auprès de tiers qui n'entrent pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant de tels tiers.

Cette même loi organise également les modalités de communication du dossier à l'intéressé lui-même et aux éventuels ayants droit.

La jurisprudence admet que la perte du dossier conservé par la clinique constitue un fait fautif imputable à celle-ci, qui entraîne une perte de chance pour le patient d'être indemnisé du préjudice.

La cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt du 7 avril 2001, condamne une clinique sur le terrain de la perte de chance à la suite de la perte des archives médicales d'un patient (CA Toulouse, 7 avril 2001, n° 2000/1819).

Cette procédure est engagée à l'endroit de l'établissement puisqu'il est de la responsabilité du directeur de veiller à la bonne communication du dossier, à charge ensuite pour l'établissement d'engager une action récursoire contre le médecin responsable.

Cependant, la perte d'archives médicales due à une infiltration d'eaux pluviales dans un entrepôt dont le toit s'est partiellement rompu n'est pas constitutive d'une faute de la part de la clinique, mais résulte d'une cause étrangère.

Il est important de rappeler que les seules informations susceptibles d'être communiquées sont entre autres énumérées précédemment, à savoir que chaque pièce du dossier est datée et comporte l'identité du patient avec son nom, son prénom, sa date de naissance ou son numéro d'identification, ainsi que l'identité du professionnel de santé qui a reçu ou produit les informations. Par ailleurs, ses prescriptions médicales sont effectivement datées avec indication de l'heure et signées ; le nom du médecin signataire est indiqué en caractères lisibles et compréhensibles pour faciliter la tâche du patient.

Au nom du principe de la transparence, une bonne tenue du dossier médical est exigée pour la sécurité du patient et de l'établissement. C'est ainsi que le fait de ne pas avoir mentionné, dans le dossier médical d'un patient, une allergie antérieure aux produits iodés constitue une faute de nature à engager la responsabilité d'un établissement public de santé.

Devant l'indisponibilité du compte rendu d'examen dans le dossier médical, un certificat établi bien après les faits en cause ne saurait être nécessairement opposé par un établissement de santé auquel incombe alors la preuve de l'inexistence de toute faute de sa part.

Concernant la santé des patients, les informations sont soit gardées au sein de l'établissement de santé qui les a constituées, soit déposées par cet établissement à côté d'un hébergeur qualifié en application de l'article L. 1111-8 du Code de la santé publique.

Plus loin, il convient de souligner que l'égaré d'un dossier médical est constitutif d'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, susceptible d'engager la responsabilité d'un hôpital.

Ainsi, de nouvelles règles de conservation du dossier médical ont été adoptées en 2006. L'article R. 1112-7³⁸⁶ du Code de la santé publique dispose désormais que le dossier médical est conservé pendant une durée de vingt ans à compter de la date du dernier séjour de son titulaire dans l'établissement ou de la dernière consultation externe en son sein.

Lorsque cette durée de conservation se termine avant le vingt-huitième anniversaire de son titulaire, la conservation du dossier est prorogée jusqu'à cette date afin de faciliter la démarche.

Si la personne titulaire du dossier meurt moins de dix ans après son dernier passage dans l'établissement, dans tous les cas, le dossier est conservé pendant une durée de dix ans à partir de la date de sa mort.

Le recours gracieux ou contentieux fait suspendre ces délais à cause du fait que ces recours ont tendance à mettre en cause la responsabilité médicale de l'établissement ou du professionnel de santé y intervenant.

Quand ce délai de conservation touche à sa fin et après, le cas échéant, restitution à l'établissement de santé des données ayant fait l'objet d'un hébergement, le dossier médical peut être écarté. Cette décision est prise par le directeur de l'établissement après avis du médecin responsable de l'information médicale. Toutefois, dans les établissements publics et privés participant au service public hospitalier, cette élimination est conditionnée au visa de l'administration des archives qui distingue ceux de ces dossiers dont elle entend assurer la conservation indéfinie pour des raisons scientifiques ou statistiques³⁸⁷.

Le médecin peut se voir appliquer une sanction disciplinaire en cas de mauvaise gestion des dossiers. Le Conseil d'État, saisi d'un conflit concernant un médecin ayant conservé par-devers lui des comptes rendus opératoires et ne les ayant pas joints au dossier médical de chacun de ses patients hospitalisés, a jugé qu'il avait commis une faute justifiant une sanction au plan disciplinaire.

En principe, pour des raisons de confidentialité, seul l'intéressé a droit à la communication d'informations à caractère nominatif le concernant. Par conséquent, seul le patient lui-même (ou le titulaire de l'autorité parentale) peut accéder à l'ensemble des

³⁸⁶ Art. R. 1112-7 du Code de la santé publique.

³⁸⁷ CNIL, 11 octobre 2005, art. 6, 5 de la loi du 6 janvier 1978.

informations concernant sa santé. Toutefois, nous précisons ici que dans certaines circonstances, en cas de décès du malade, l'accès des ayants droit à son dossier médical reste possible dans le cadre des conditions établies par la loi.

Voilà pourquoi l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique dispose que « *toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé à quelque titre que ce soit, détenues par des professionnels et établissements de santé, dès lors que ces informations sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé* »³⁸⁸.

La CADA et le juge administratif ont eu à déterminer, notamment en cas d'inexistence de définition légale, si les notes personnelles des médecins présentaient ou non un caractère légal et avaient de ce fait ou non à être communiquées au demandeur.

Pendant les débats parlementaires, le ministre de la Santé, Bernard Kouchner, a semblé exclure de la communication les notes personnelles des médecins, les observations des étudiants en médecine et les hésitations des praticiens entre plusieurs hypothèses. La CADA, la juridiction administrative, a ensuite répondu favorablement à la communication des notes personnelles des médecins.

La cour administrative d'appel de Paris a estimé que « *les notes manuscrites du médecin traitant qui ont contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement de l'intéressée (...) et qui ont été conservées par l'hôpital font partie du dossier médical* ».

Le décret du 7 mai 2012 se veut une interprétation limitative en modifiant l'article 45 du code de déontologie, qui supprime cette obligation de communication des notes personnelles. À partir de là, toujours selon cet article : « *Indépendamment du dossier médical prévu par la loi, le médecin tient pour chaque patient une fiche d'observation qui lui est personnelle : ladite fiche est confidentielle et comporte les éléments actualisés, indispensables aux décisions diagnostiques et thérapeutiques.*

Toutefois, ces notes personnelles du médecin ne sont ni transmissibles ni accessibles au patient et aux tiers. Les documents sont gardés dans tous les cas sous la responsabilité du médecin.

³⁸⁸ Art. L. 1111-7 du CSP.

Si le patient en fait la demande, le médecin peut transmettre aux médecins qui participent à la prise en charge ou à ceux qu'il entend consulter les informations et documents utiles à la continuité des soins. Il en va de même lorsque le patient porte son choix sur un autre médecin traitant. »

La communicabilité des pièces du dossier médical est donc entendue dans un sens assez large, plutôt bénéfique au patient. Sont exclues de celles-ci les informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant de tels tiers³⁸⁹.

Le dossier et les informations médicales qui y sont contenues sont confidentiels et relèvent du secret professionnel. Les informations médicales ne peuvent être partagées qu'entre les professionnels de santé intervenant dans la prise en charge et la continuité des soins du patient. La seule qualité de médecin ou de professionnel de santé n'autorise pas ce partage. Il en va de même *a fortiori* pour le personnel administratif de l'établissement.

Cependant, le secret médical n'est pas opposable au patient lui-même. Lorsque le patient a désigné un tiers de confiance, celui-ci a accès aux informations délivrées par le médecin mais pas à son dossier ; il est tenu de respecter la confidentialité des informations de santé concernant la personne qu'il accompagne, sous peine d'encourir une sanction pénale.

Dans tous les établissements de santé, quel que soit leur statut, le directeur veille à ce que toutes les dispositions soient prises pour assurer la conservation des dossiers dans l'établissement et leur confidentialité (article R. 1112-7 du CSP). La loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, accroît les droits des personnes à la protection de leur vie privée.

Comme la Cour européenne des droits de l'homme a pu l'énoncer, la confidentialité des dossiers médicaux est cruciale, non seulement pour le respect de la vie privée des patients au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi pour la préservation de la confiance dans le corps médical et dans les services de santé en général.

³⁸⁹ Art. L. 1112-2-3° du CSP.

Selon la Cour, la possibilité de demander une indemnisation pour la divulgation illégale du dossier médical, notamment sur le fondement d'une atteinte à la vie privée ou d'une violation du secret professionnel, n'est pas suffisante pour protéger la vie privée. Il importe d'assurer, dans la pratique, une protection effective, excluant *a priori* toute possibilité d'un accès non autorisé.

Cependant, il est rappelé que les professionnels de santé, les établissements de santé, les structures sanitaires et médico-sociales et les hébergeurs détenant les informations doivent veiller à ce que les modalités d'accès au dossier assurent la préservation indispensable de la confidentialité vis-à-vis de tiers, qu'il s'agisse de la famille, de l'entourage, de l'employeur, du banquier ou de l'assureur.

Sa violation expose l'auteur à des sanctions pénales, civiles, administratives et professionnelles. Le secret professionnel est général et absolu. La mort du malade ne délivre pas le médecin de cette obligation.

La disparition de l'un des acteurs en présence (le patient, l'établissement de santé ou le médecin) ne doit pas altérer la préservation des données du dossier du patient, le secret professionnel et éventuellement, si la situation du malade l'exige, la qualité de la continuité des soins et son libre choix.

C'est compte tenu de l'importance de la communication des pièces du dossier que la loi organise désormais l'accès direct du patient à son dossier médical. Cet accès au dossier médical ne pouvait auparavant avoir lieu que par l'intermédiaire d'un médecin désigné à cet effet.

Même si plusieurs commentateurs admettent l'existence de nombreux avantages à cet accès indirect, ce droit d'accès direct au dossier médical était une revendication des associations d'usagers et de malades, particulièrement relayée lors des états généraux de la santé en 1999, et à propos duquel le Conseil économique et social avait émis un avis favorable dès 1996.

La loi permet aux patients un droit d'accès direct, et cela, que le dossier soit détenu par des professionnels de santé, des établissements de santé publics ou privés ou un hébergeur agréé. Cependant, la possibilité de recourir à l'intermédiaire d'un médecin est maintenue par la loi, qui l'impose même parfois. Le médecin peut aussi souvent

recommander la présence d'un tiers lors de la consultation de certaines informations, les ayant établies ou en étant dépositaire, pour des motifs tenant aux risques que leur connaissance sans accompagnement ferait courir à la personne en question ; le refus de cette dernière n'empêchera pas la communication de ces informations.

Cependant, au cours d'une admission en soins psychiatriques, sur demande d'un tiers ou sur décision préfectorale, la consultation des informations recueillies peut être conditionnée à la présence d'un médecin choisi par le demandeur en cas de risques d'une gravité particulière ; en présence d'un refus du demandeur, la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie et peut exiger la présence d'un médecin.

Souvent, la présence d'un médecin peut être exigée par la personne mineure aux titulaires de l'autorité parentale (CSP, art. L. 1111-5, al. 5). Il convient de savoir que l'accès direct du mineur n'a pas été organisé par le législateur ; si les soins ont été dispensés sans le consentement des titulaires de l'autorité parentale et si le mineur s'est expressément prononcé contre la consultation de ces derniers, l'accès leur est refusé, et l'accès du mineur également.

En principe, il est impossible d'organiser, sauf en cas de recours de l'autorité judiciaire, un accès direct du mineur à son dossier. La CADA, s'agissant des patients sous tutelle ou curatelle, a précisé les différences dans les modalités d'accès à leur dossier médical.

La communication du dossier médical au curateur d'une personne a été frappée d'un avis défavorable par la commission. Cela signifie donc que la personne sous curatelle peut se faire communiquer directement son dossier médical, alors que la personne sous tutelle ne peut y avoir accès : il revient à son tuteur d'exercer ce droit.

Il est important de souligner qu'un mineur ne peut s'opposer à la communication de son dossier médical aux titulaires de l'autorité parentale que dans les cas où les soins qu'il a reçus ont été donnés sans leur consentement ou sans qu'ils ne s'en rendent compte.

Un simple malentendu entre les titulaires de l'autorité parentale ou entre le mineur et l'un des titulaires de l'autorité parentale ne peut pas justifier, par lui-même, un refus de communication. Il revient aux parents d'un enfant mineur d'être perçus comme détenteurs et exerçant l'autorité parentale sur ce dernier ; ils peuvent seuls avoir accès au dossier médical de leur enfant.

Quant aux grands-parents de ce dernier, qui n'ont pas d'autorité parentale directe sur lui et qui, même s'ils représentent de façon légale le père ou la mère, n'ont pas ambition à l'exercer en leur nom, ils n'ont aucun droit d'accès à ce dossier.

En ce qui concerne les patients qui ne sont pas en état d'exprimer leur volonté, la CADA a d'abord rappelé qu'en aucun cas, ils ne peuvent être assimilés à des patients décédés au sens de la loi du 4 mars 2012.

Par ailleurs, il est impossible pour les proches d'un patient qui se trouve dans un coma neurovégétatif (c'est-à-dire qui ne se réveille pas et dont le système nerveux fonctionne encore pour assurer les fonctions vitales du corps humain), ou dans toutes autres situations ayant pour conséquence son incapacité d'exprimer sa volonté, de faire valoir un droit d'accès à son dossier.

La CADA a accepté cependant que la personne de confiance, bien qu'elle ne puisse se substituer au patient pour la demande d'accès au dossier médical, reçoive un compte rendu opératoire qui lui est nécessaire pour jouer son rôle tel qu'il est défini par l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique.

Enfin, la CADA a reconnu que le dossier médical pouvait être communiqué au père d'une jeune fille majeure, tétraplégique et incapable de parler et d'écrire, dès lors qu'en clignant des paupières, elle avait donné son consentement à cette communication.

Par ailleurs, le Conseil d'État a admis la faculté, pour toute personne concernée, d'accéder à son dossier médical en recourant, dans les conditions du droit commun, à un mandataire, dès lors que ce dernier peut prouver son identité et dispose d'un mandat exprès.

Toutefois, pour la CADA, l'interprétation du Conseil d'État ne résout pas le cas de la personne qui n'est plus en état d'accéder directement à ses informations médicales ni de montrer un tel mandataire.

Elle a également considéré que le droit de toute personne au respect du secret des informations médicales la concernant, garanti par le 1^{er} alinéa de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, s'oppose à ce que ces informations soient communiquées à un tiers qui ne disposerait pas d'un mandat clairement justifié.

En outre, il a été indiqué qu'un mandat général qui donne pouvoir à une personne d'accomplir des actes pour le compte d'un patient ne constitue pas un mandat exprès, légalement autorisé, afin d'accéder aux informations concernant la santé de celui-ci.

Parallèlement à l'article L. 1110-2 qui autorise que le droit d'accès du patient sous tutelle soit exercé par le tuteur, un rapprochement avec l'article L. 1111-6, à certaines conditions, permet la divulgation d'informations à la famille, aux proches ou à la personne de confiance, en reconnaissant le droit d'information de la famille sur l'état de santé d'un patient en vertu de l'alinéa 4 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. Ainsi, la CADA admet qu'une épouse puisse obtenir la communication des informations médicales relatives à son époux ; mais en l'absence de mandat exprès, elle ne peut accéder à l'intégralité du dossier médical de ce dernier.

De façon globale, la CADA accepte que si le patient est dans l'impossibilité de faire lui-même la demande de communication de son dossier médical, il puisse néanmoins donner son accord pour qu'un proche le demande à sa place, lequel accord peut être obtenu par tout moyen tel qu'un contact visuel ou un clignement d'œil dûment constaté devant témoins.

En ce qui concerne le cas des ayants droit, les articles L. 1110-4 et L. 1111-7 du Code de la santé publique disposent que les ayants droit d'une personne décédée ont accès à son dossier médical afin de connaître les causes de sa mort, pour défendre sa mémoire ou pour faire valoir leurs droits, et à la condition que la personne n'ait pas exprimé son opposition avant sa mort³⁹⁰.

En principe, le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les détails des informations concernant une personne décédée soient communiqués à ses proches, « *dans la mesure où elles leur sont indispensables et nécessaires pour leur permettre de savoir les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant sa mort* »³⁹¹.

Deux limites existent donc au droit d'accès des ayants droit : la nécessité et l'absence de volonté contraire du défunt. Il faut également ajouter que les rapports d'autopsie sont,

³⁹⁰ CADA, avis du 18 juillet 2018.

³⁹¹ *Ibid.*

pour la Commission d'accès aux documents administratifs, des informations médicales (CADA, avis n° 20123718, 22 nov.2012).

Concrètement, en cas de décès d'une personne mineure, les dépositaires de l'autorité parentale gardent leur droit d'accès à la totalité des informations médicales la concernant, à l'exception des éléments relatifs aux mesures médicales pour lesquelles elle s'est opposée à l'obtention de leur consentement, dans les conditions établies aux articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 du Code de la santé publique.

S'agissant de l'accès au dossier médical d'un patient par des tierces personnes, le principe qui doit être souligné est celui du droit du patient au respect de sa vie privée et du secret des informations le concernant.

Mis à part dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne et qui sont connues par le professionnel de santé ou tout membre du personnel des établissements de santé, services ou organismes, et toute autre personne en relation, en raison de ses activités, avec ces organismes ou établissements.

Nous pouvons aisément retenir que c'est un principe qui s'impose à tous. Toutefois, si les mesures relatives au secret professionnel, comme désormais celles relatives au droit au secret médical reconnu au patient, font obstacle à ce que l'identité d'un malade et ses données de santé soient communiquées sans son consentement, toute partie qui se prétend victime d'un dommage doit pouvoir faire effectivement valoir ses droits en justice.

Il serait important aussi de trouver un juste équilibre entre la confidentialité des données médicales, protégée notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et les garanties découlant du droit à un procès équitable, issues de l'article 6 de ladite Convention.

D'ailleurs, à travers de nombreux avis et conseils, la CADA a eu l'occasion de rappeler ce qu'il faut comprendre par la notion d'ayant droit : il s'agit, conformément au Code civil, de tous les successeurs légaux et testamentaires du défunt. Elle a précisé que cette qualité d'ayant droit et l'existence de liens de parenté ne vont pas forcément ensemble. C'est ainsi que pour un frère, qui n'est pas systématiquement l'ayant droit de sa sœur, la CADA a émis

des avis aussi bien défavorables à la communication au requérant du dossier médical de sa sœur que favorables dans d'autres cas.

Également, les bénéficiaires d'une assurance sur la vie ou d'une assurance décès souscrite par le défunt ne présentent pas à ce seul titre la qualité d'ayant droit au sens de l'article L.1110-4 du Code de la santé publique.

La CADA a également estimé que le notaire en charge de la succession de la personne décédée ou l'exécuteur testamentaire ne peuvent, par leur fonction, prétendre être assimilés aux ayants droit. En effet, depuis la loi « Kouchner » du 4 mars 2002, nous constatons que non seulement le patient lui-même, mais également ses ayants droit, notamment en cas de décès, sont autorisés à accéder directement au dossier médical le concernant.

Reste à savoir maintenant de façon large si le patient peut, en lieu et place, mandater un tiers, et en particulier un avocat, pour accéder à son dossier, et si le champ des informations du défunt qui sont accessibles est ou non illimité.

En principe, chaque ayant droit peut, sauf refus de la personne avant sa mort, pratiquer son droit d'accès ; il n'est pas nécessaire que les autres ayants droit aient donné leur accord. Cependant, il convient de savoir que l'accès au dossier médical n'est pas pour autant total. En effet, seules les informations indispensables à la réalisation de l'objectif recherché par ces ayants droit, soit la connaissance des causes de la mort, la défense de la mémoire du défunt ou la protection de leurs droits, leur sont communicables.

Par un arrêt du 26 septembre 2005, le Conseil d'État, dans un considérant dépourvu de toute ambiguïté, rejette la requête concernant la demande en annulation du troisième alinéa du chapitre IV des recommandations de l'ANAES, ainsi rédigé : « *Les informations de santé peuvent être communiquées à une personne mandatée par le patient, par ses ayants droit en cas de décès, dès lors que la personne dispose d'un mandat exprès et peut justifier de son identité.* »

La personne mandatée ne peut avoir de conflit d'intérêts et défendre d'autres intérêts que ceux du mandant (la personne concernée par les informations de santé). Il est recommandé de rappeler au mandant le caractère personnel des informations qui seront communiquées à la personne mandatée.

Par conséquent, il convient de retenir que n'importe quel ayant droit d'un patient décédé peut avoir directement accès, sans passer par l'intermédiaire d'un médecin, aux informations concernant la santé du défunt qui sont détenues par le professionnel ou l'établissement de soins dans lequel il a été hospitalisé.

Les mécanismes de communication sont les mêmes qu'il s'agisse de la procédure à suivre ou des délais exigés en ce qui concerne un patient vivant. Le champ d'application de cette communication aux ayants droit ou à un mandataire est précisé par le texte qui dispose que les informations médicales ne sont transmissibles que dans un objectif bien précis.

Ce droit d'accès au profit des ayants droit doit être nécessairement lié à la preuve de cette qualité, mais également à la motivation de la requête qui reste enfermée dans une énumération exhaustive. En d'autres mots, ces informations sur la santé ne sont accessibles à l'ayant droit que s'il manifeste son souhait de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir ses droits devant la justice.

Il revient à la CADA de rechercher les objectifs poursuivis et de donner un avis favorable à la communication des éléments non transmis mais utiles à ces objectifs, ou, à l'inverse, un avis défavorable en cas de demande de communication dans ce sens.

Selon cette commission, l'objectif qui concerne les causes de la mort n'appelle pas de précisions complémentaires de la part du demandeur. En revanche, la simple évocation des deux autres objectifs ne suffit pas à ouvrir le droit à transmission des documents médicaux, et le demandeur doit préciser les circonstances qui le poussent à défendre la mémoire du défunt ou la nature des droits qu'il souhaite faire valoir.

Par ailleurs, il a été admis que commet une faute de nature à engager sa responsabilité l'établissement de santé qui refuse de communiquer à l'ayant droit d'une personne décédée en son sein des éléments du dossier médical de celle-ci, qui lui auraient permis de connaître les causes de sa mort. La CADA a aussi admis que les ayants droit ont la possibilité de désigner un mandataire en vue d'exercer le droit d'accès au dossier médical du patient décédé.

Il y a tout de même des conditions de délais qui s'appliquent à la communication du dossier médical ou de certains de ses éléments, au plus tard dans les huit jours suivant la demande, et au plus tôt après qu'un délai de réflexion de quarante-huit heures aura été observé.

Ce délai est ramené à deux mois lorsque les informations médicales remontent à plus de cinq ans, ou lorsque la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie.

Les articles R. 1111-1 à R. 1111-8 du Code de la santé publique précisent que les établissements de santé sont tenus d'assurer l'information des personnes hospitalisées sur leur droit d'accès au dossier médical à travers le livret d'accueil qui leur est donné.

S'agissant de la demande de communication, elle est adressée au responsable de l'établissement à la personne qu'il a désignée à ce titre et dont le nom est porté à la connaissance du public.

Toutefois, si le demandeur a la qualité d'ayant droit, cette demande n'a pas à être motivée. La personne concernée par la communication doit s'assurer de l'identité du demandeur et s'informer, en cas de besoin, de la qualité de médecin de la personne désignée comme intermédiaire.

En ce qui concerne cette communication, elle peut se faire sur place ou par l'envoi de la copie des documents demandés, ou encore, si les dispositifs techniques de l'établissement l'autorisent, par voie électronique.

Il faut rappeler que cette consultation est gratuite lorsqu'elle est faite sur place ; lorsque le demandeur souhaite des copies, les frais de délivrance de celles-ci sont laissés à sa charge, sans qu'ils puissent excéder le coût de la reproduction et l'envoi des documents.

Les recommandations de bonnes pratiques relatives à cet accès et à cet accompagnement établies par la HAS ont été homologuées par un arrêté ministériel ; ainsi, l'arrêté du 3 janvier 2007, portant modification de l'arrêté précédent du 5 mars 2004, a homologué la version modifiée des recommandations de l'ex-ANAES. Cette communication de pièces concernant le dossier médical peut se faire aussi par voie électronique.

Quant à la question du dossier médical au Mali, nous rappelons qu'il n'existe, dans aucun centre de santé communautaire, un dossier individuel du patient rendant possible un suivi ou un accompagnement médical global de la personne. Cependant, grâce à l'arrivée des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) au Mali, Data Santé met en place un dossier médical partagé (DMP). Concrètement, il s'agit d'un ensemble de

moyens d'informatisation des unités de soins de premier niveau, qui permettra non seulement d'améliorer la qualité des soins par un travail coordonné de l'équipe médicale qui prend en charge le patient et d'accéder à la documentation et à la formation continue en adéquation avec les besoins réels, mais aussi d'analyser les activités, d'élaborer et de suivre les protocoles de soins.

Data Santé permet et propose désormais un seul dossier médical qui suit la personne tout au long de son parcours de santé, curatif ou préventif. Dans un intranet sécurisé et performant, chaque professionnel ou médecin peut facilement avoir accès au dossier médical partagé en ce qui concerne son activité.

Ainsi, les rapports trimestriels sont automatiquement produits à partir de la base de données locale par le traitement des données anonymes. Le médecin, par la suite, valide les données produites qui, après télétransmission sur un serveur externe, pourront alimenter le système d'information sanitaire de la région.

Pour ce qui concerne l'accès aux données médicales par l'expert, le dossier médical de chaque patient est couvert par le secret médical, qui est fondamental dans la relation entre le professionnel et le patient. Il représente non seulement un droit essentiel destiné à protéger la vie privée des personnes, mais aussi l'un des aspects du secret professionnel au regard des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.

Cependant, force est de constater que ce secret n'est pas absolu ; il ne peut toutefois y être dérogé qu'en présence d'un motif impératif et sérieux, autrement dit, motivé et adapté au but à atteindre.

Dans le cadre d'un contentieux dans lequel se pose la question du secret médical et de son articulation avec le droit de la preuve, clairement, le contenu d'un dossier médical peut être perçu comme étant à la portée de l'autorité judiciaire pour l'établissement d'un fait, la détermination d'un préjudice et l'intérêt de la défense des parties.

Toutefois, cet accès est limité doublement car, d'une part, il fait appel au truchement d'un homme de l'art, choisi comme expert par le juge et, d'autre part, il exige surtout le consentement de la personne concernée.

En cas de refus du patient pour la consultation de son dossier médical par l'expert, ce dernier ne faillit pas à sa mission en ne s'appropriant pas des radiographies numériques, en dépit de l'injonction en ce sens du juge chargé du contrôle des expertises. Dès lors, les parties n'ayant pas été enjointes de se les procurer elles-mêmes, l'expert n'a aucune copie à leur transmettre ni à attendre d'elles.

Il s'avère toutefois que si le refus du patient d'accorder l'accès à son dossier médical n'est dicté que par le souci de faire dégager un élément de preuve, le juge peut de ce fait tirer toutes conséquences, notamment en ce qui concerne l'appréciation de l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle, par exemple, de la part dudit patient. La Cour de cassation a accepté dans un premier temps que l'expert choisi par le juge puisse avoir accès à l'ensemble du dossier médical du patient.

Le principe du droit à un procès équitable n'était pas ignoré, « *nonobstant les mesures ordonnées à bon droit par la cour d'appel pour empêcher la révélation de l'identité des patients* », en interdisant à l'expert de divulguer ces informations aux parties et dans son rapport.

La Cour de cassation a estimé que les parties au litige possèdent la faculté de choisir un médecin qui, au cours des opérations d'expertise, pourra prendre connaissance des documents comportant les renseignements d'ordre médical observés par l'expert.

Puis, en second lieu, on assiste à un revirement de la Cour qui estime que « *si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne en question ou ses ayants droit s'y sont opposés [...]; il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence* »³⁹².

³⁹² Cour de cassation, chambre civile, 15 juin 2004.

S'agissant du contentieux des accidents du travail et des maladies professionnelles, l'accès au dossier médical par l'expert est prévu dans les dispositions du CSS (art. L. 142-6, L. 142-7, L. 142-10, L. 142-10-1)³⁹³.

Dans cette optique spécifiquement, la Cour de cassation a ainsi pu suivre le raisonnement des juges du fond qui avaient considéré que l'expert n'avait pas été en mesure de remplir totalement sa mission consistant à déterminer les soins et arrêts de travail imputables à l'accident de travail initial, car la caisse n'avait pas participé loyalement à la mesure d'instruction comme elle en avait l'obligation.

Dès lors, en ne communiquant pas l'intégralité des documents médicaux qui avaient servi de base à sa décision de prise en charge de tous les arrêts de travail jusqu'à la date de consolidation, elle ne permettait pas l'établissement, dans les procès, des principes du contradictoire et de l'égalité des armes entre les parties, nécessaires à la mise en œuvre d'un procès équitable.

Par ailleurs, il faut rappeler légitimement que « *le secret médical [n'est] pas opposable à un expert judiciaire même si les règles de sa levée ne sont pas expressément prévues par la loi pour le contentieux général, contrairement au contentieux de l'incapacité* »³⁹⁴.

Cela dit, les articles L.143-10 et L.141-2-2 du CSP « *visent à concilier le respect du secret médical et celui du principe du contradictoire et garantissent que les informations seront seulement communiquées à des médecins, tout en permettant à la procédure contradictoire de se dérouler normalement devant les tribunaux* ».

Par conséquent, si ces différentes dispositions n'exigent pas du juge qu'il ordonne une expertise ou une consultation, le législateur a directement admis que la caisse n'était pas en mesure de fournir au juge des détails suffisants sans que l'on puisse lui reprocher une carence dans l'administration de la preuve.

Par ailleurs, s'agissant du dossier médical partagé (DMP), ce dernier ne se substitue pas au dossier que tient chaque établissement ou professionnel de santé, quel que soit son mode d'action, dans le cadre de la prise en charge d'un patient (art. R. 1111-28 du Code de la santé publique).

³⁹³ Modifié et créé par l'ord. n° 2018-358, 16 mai 2018, JO, 17 mai (CSS, anc. art. L. 143-10 et L. 141-2-2).

³⁹⁴ MANAOUIL Cécile, *Le secret professionnel du médecin*.

Ainsi, à partir du moment où le patient qui bénéficie d'une assurance maladie consent à la création de son dossier médical partagé, il ne peut, sauf cause légitime, s'opposer à ce que les professionnels de santé qui le prennent en charge y injectent les informations utiles à la prévention, la continuité et la coordination des soins qui lui sont ou seront délivrés.

L'article R. 1111-30 du Code de la santé publique établit la liste des données contenues dans le dossier médical partagé et par conséquent, il rend également inaccessibles certaines informations par son titulaire (art. L.1111-15, al. 4).

Le contenu du dossier médical partagé est ainsi précisé :

-toutes les informations relatives au bénéficiaire de l'assurance maladie concerné par le dossier médical partagé, et notamment :

les informations relatives à l'identité et à l'identification du patient,

- les informations relatives à la prévention, à l'état de santé et au suivi social et médico-social que les professionnels de santé jugent utile de joindre au DMP, afin de servir la coordination, la qualité et la continuité des soins, y compris en urgence.

Ensuite, toutes ces informations doivent être mentionnées dans le dossier médical partagé le jour de la consultation, de l'examen ou de son résultat à l'origine de leur production et au plus tard le jour de la sortie du patient après une hospitalisation.

L'article L. 1111-15 du Code de la santé publique prévoit que chaque professionnel de santé reporte dans le dossier médical partagé, à l'occasion de chaque acte ou consultation, les éléments diagnostiques et thérapeutiques nécessaires à la coordination des soins du patient pris en charge. Cela est tout aussi valable à l'occasion du séjour d'une personne prise en charge, mais aussi pour les professionnels de santé compétents des établissements de santé, qui reportent un résumé des principaux détails de ce séjour au sein de l'hôpital.

En principe, le médecin traitant en charge du patient établit périodiquement un rapport, au moins une fois par an, en application de l'article L. 162-5-3 du Code de la santé publique. Il peut prendre notamment l'une des formes suivantes :

- les informations concernant l'état des vaccinations ;

- les rapports médicaux concernant le patient ;

- les courriers échangés (article L. 1112-1) ;
- toutes informations concernant les comptes rendus de biologie médicale, d'examens d'imagerie médicale, d'actes diagnostiques et thérapeutiques, et les traitements prescrits ;
- les informations enregistrées dans le dossier par le titulaire lui-même ;
- toutes informations nécessaires à la coordination des soins provenant des procédures de remboursement ou de prise en charge, en possession de l'organisme d'assurance maladie obligatoire dont dépend chaque bénéficiaire.

Pour cette raison, la CPAM met à disposition, pour l'ensemble des bénéficiaires de l'assurance maladie ayant créé un DMP, un traitement de données à caractère personnel visant à recevoir et organiser les données précisées par la loi.

Ensuite, sont concernées aussi les informations relatives à la dispensation de médicaments, provenant du dossier pharmaceutique (CSP, art. L. 1111-23), ainsi que les données liées au don d'organes ou de tissus.

Il faut également citer les données relatives aux directives anticipées, le cas échéant, les informations sur l'identité et les coordonnées des représentants légaux et des personnes en charge de la mesure de protection juridique.

Doivent aussi être prises en compte, dans ce registre, les informations concernant l'identité et les coordonnées de la personne de confiance, mais également celles des proches du titulaire à prévenir en cas d'urgence.

À cela s'ajoutent aussi les listes régulièrement mises à jour des professionnels de santé ayant déclaré être autorisés à accéder au dossier médical partagé et de ceux auxquels le titulaire a interdit l'accès.

Il s'agit en outre des données concernant l'identité et les coordonnées du médecin traitant et des informations relatives au recueil des consentements pour la création et les accès au dossier médical partagé (article L. 162-5-3).

Pour la traçabilité des interventions, il convient de noter que toutes les actions effectuées sur le dossier médical partagé, quel qu'en soit l'auteur, y sont tracées et

conservées, à savoir la date, l'heure et l'identité de la personne qui a créé ou modifié ledit dossier (Code de la santé publique, art. 1111-31).

Ces différentes traces sont tout à fait accessibles au titulaire du dossier, au médecin traitant (Code de la santé publique, art. 162-5-3), aux professionnels de santé et à l'auteur des informations les concernant.

Par ailleurs, le décret du 16 novembre 2016 autorise la création d'un traitement de données à caractère personnel, dénommé « dossier médical partagé », pour les catégories de données à caractère personnel exploitées par ce traitement.

Il prend toute sa valeur dans des domaines bien précis, à savoir : toutes les informations concernant l'identifiant du dossier médical partagé (art. R. 1111-33 du Code de la santé publique) ; tous les bénéficiaires de l'assurance maladie et les informations de rattachement de l'assuré à un organisme d'assurance maladie obligatoire ; les informations de contact de l'assuré, c'est-à-dire ses adresses postales et électroniques et ses numéros de téléphone pour tous les titulaires d'un DMP, et les données mentionnées à l'article R. 1111-30 du CSP.

S'agissant de la durée de conservation des données du dossier médical partagé d'un titulaire, les informations qui y sont incluses et les données de gestion associées sont gardées jusqu'à sa fermeture. Ces données sont par la suite conservées dans les conditions établies à l'article R.1111-34 du Code de la santé publique. Ceci n'implique aucun préjudice des règles applicables par chaque professionnel de santé pour la conservation des dossiers médicaux qu'il possède individuellement sur ses patients.

En ce qui concerne les recours gracieux ou contentieux, le dossier médical partagé reste néanmoins à la portée du patient. En cas d'absence d'accès postérieur, le DMP est détruit dix ans après sa fermeture ; sinon, il est détruit complètement dix ans après le dernier accès (art. 1111-34, al. 3).

S'agissant de la perte du dossier médical, la première chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur ses conséquences et, partant, sur celle de l'absence de communication d'informations médicales en découlant. Elle a estimé, dans un arrêt rendu en 2014, qu'en l'absence dans le dossier, par la faute d'un gynécologue-obstétricien dont la responsabilité était recherchée, d'éléments relatifs à l'état de santé et à

la prise en charge d'un nouveau-né entre le moment de sa naissance, où une hémorragie avait été constatée, et celui de son hospitalisation, « *il appartenait au médecin d'apporter la preuve des circonstances sur la base desquelles cette hospitalisation n'avait pas été précoce, un retard injustifié étant de nature à engager sa responsabilité* »³⁹⁵.

Il faut dire cependant que la cassation était encourue à partir du moment où, en inversant la charge de la preuve (en violation des articles 1353 et 1231-1 du Code civil portant réforme du droit des contrats), la cour d'appel avait jugé que, d'une part, l'expert n'avait pu mettre en évidence ni l'origine traumatique de l'accident vasculaire cérébral, ni même l'imputabilité d'une telle origine au médecin obstétricien, et que, d'autre part, il n'était pas justifié d'un retard fautif de diagnostic : « *Le dossier médical, même correctement renseigné, n'aurait pas été de nature à constituer un élément de preuve susceptible d'engager la responsabilité [du médecin], le lien de causalité entre les omissions fautives et le dommage faisant défaut.* »³⁹⁶

Puis, en l'absence de faute reprochée au médecin dans la conservation du dossier médical, « *seule de nature à inverser la charge de la preuve* », une cour d'appel, qui n'est pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, peut déduire de ses constatations que l'existence d'une faute du praticien n'est pas établie, mais qu'« *en l'absence de communication d'informations médicales relatives à la prise en charge du patient (...), il incombe à la clinique d'apporter la preuve que les soins [ont] été appropriés à son état de santé* »³⁹⁷.

Par ailleurs, la tenue du dossier constituant une obligation déontologique pesant sur l'établissement et les professionnels, force est de constater que tel n'est plus le cas, avec certitude, depuis un arrêt du 26 septembre 2018, sur le fondement de la perte de chance.

Après avoir rappelé que les professionnels et les établissements de santé engagent leur responsabilité en cas de faute, sur le fondement de l'article L. 1142-1, I, alinéa 1^{er} du Code de la santé publique, la Cour de cassation énonce que « *lorsqu'ils exercent leur activité à titre libéral, les premiers répondent personnellement des fautes qu'ils ont commises ; que les seconds engagent leur responsabilité en cas de perte d'un dossier médical dont la*

³⁹⁵ Cour de cassation, chambre civile, 9 avril 2014.

³⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 9 avril 2014 n° 13-14.964.

³⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 février 2017, n° 16-11.527.

conservation leur appartient ; qu'une telle perte, qui caractérise un défaut d'organisation et de fonctionnement, met le patient ou ses ayants droit dans l'impossibilité d'accéder aux informations de santé concernant celui-ci et, le cas échéant, d'établir l'existence d'une faute dans sa prise en charge ; que dès lors, elle conduit à inverser la charge de la preuve et à imposer à l'établissement de santé de démontrer que les soins donnés ont été appropriés »³⁹⁸.

Par conséquent, « lorsque l'établissement de santé n'a pas ramené une telle preuve et que se trouve en cause un acte accompli par un praticien exerçant à titre libéral, la faute reprochée à cet établissement fait perdre au patient la chance de prouver que la faute du praticien est à l'origine de tout le dommage corporel subi ; que cette perte de chance est souverainement évaluée par les juges du fond »³⁹⁹.

SECTION 2 - LE FOCUS SUR LA PRISE EN CHARGE DE LA DOULEUR ET DES SOINS PALLIATIFS

La prise en charge des patients accueillis et hospitalisés est un objectif capital de tout établissement de santé, et par conséquent, celle-ci doit être de bonne qualité (CSP, art. L. 1112-2). De ce point de vue, il semble difficile d'écarter de cette catégorie la prise en charge de la douleur.

En premier lieu, nous pensons à la douleur physique qui peut être diminuée, voire supprimée, grâce à certains traitements. Toujours dans le même ordre d'idées, il convient d'ajouter à cela la douleur morale et psychique d'une personne qui n'a plus aucun espoir d'échapper à une mort imminente.

À ce propos, Claude Évin souligne que la prise en charge de la douleur de la personne souffrante et celle de la personne en fin de vie sont « *deux moments dans la situation de maladie qui ne sont pas nécessairement liés. On peut souffrir de ne pas être à la veille de la mort. On peut être en fin de vie et ne pas souffrir* »⁴⁰⁰. Il n'est donc pas étonnant que le droit commun les traite séparément, bien que la douleur y soit naturellement incorporée.

Nous étudierons la question de la prise en charge de la douleur du patient (**paragraphe 1**), avant d'évoquer son droit d'accéder aux soins palliatifs (**paragraphe 2**). Et par la suite nous

³⁹⁸ Cour de cassation, chambre civile 1, 26 septembre 2018.

³⁹⁹ Cour de cassation, chambre civile 1, 26 septembre 2018, *Bull.*, 2018, I, n° 161.

⁴⁰⁰ Claude Évin, rapport sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

parlerons de la jouissance du patient de ses libertés au sein de l'établissement (**paragraphe 3**). Ainsi que Les différentes conditions de sortie de l'établissement (**paragraphe 4**).

Paragraphe 1 - La prise en charge de la douleur du patient

Quel que soit le stade de la maladie, la douleur est presque systématique pour les patients. Au début de la maladie, la douleur peut servir d'alerte, mais la culture locale ne permet pas toujours aux patients d'oser l'exprimer. Or, cela fait partie de leurs droits. Cela peut participer à un retard de diagnostic très préjudiciable. Les syndromes douloureux constituent au Mali le premier motif de consultation et d'appel des médecins.

La douleur représente un motif de recours fréquent aux urgences. Selon la définition de l'OMS (l'Organisation mondiale de la santé), la douleur est une expérience sensorielle et émotionnelle désagréable, associée à une lésion tissulaire réelle ou potentielle ou décrite en termes évoquant une telle lésion.

Au Mali, la notion de prise en charge de la douleur est un réel problème pour les professionnels de santé en général. Nous avons remarqué que la morphine est très peu utilisée par ces derniers ; elle est aussi très mal reconnue comme antalgique adapté aux souffrances des patients.

Nous avons également constaté, au cours de nos investigations, une représentation négative de ce médicament pour la majorité des prescripteurs, du personnel infirmier mais aussi des patients et de leurs proches. La morphine a une connotation négative car elle est considérée comme dangereuse et addictive.

Il s'agit donc d'une notion subjective, complexe et multidimensionnelle, associant d'emblée des éléments sensoriels et affectifs. C'est le premier symptôme de la plupart des affections en orthopédie et traumatologie.

Plusieurs études ont été réalisées concernant la prise en charge de la douleur (douleur péri-opératoire et postopératoire, abdomens aigus chirurgicaux, douleurs anales, problématique et perspective...). Ces études, en conformité avec celles citées ci-dessus, conviennent qu'il y a une insuffisance dans la prise en charge de la douleur. Cette insuffisance remet en cause la pratique quotidienne de prise en charge de la douleur.

Au Mali, les acquis de la lutte contre la douleur de l'enfant sont encore fragiles et mal assurés, malgré les progrès tant dans l'information et l'évaluation du niveau de la douleur que dans l'éventail des moyens mis à disposition des professionnels.

L'absence de prise en charge systématique de la douleur, plus particulièrement de la douleur postopératoire en chirurgie pédiatrique, s'explique notamment par la difficulté d'avoir une voie veineuse. La douleur est le maître symptôme en postopératoire ; elle retentit sur le mode de vie quotidien en altérant le confort et la qualité de vie.

Il existe des disparités dans la prise en charge de la douleur entre les établissements, voire au sein d'un même hôpital. Elle peut être excellemment traitée dans certains établissements ou services et négligée dans d'autres.

En Europe, 64 % des hôpitaux ne disposent pas de services pour la prise en charge de la douleur aiguë. En France, 30 % des services de pédiatrie ont des protocoles écrits de prise en charge de la douleur postopératoire.

Au Mali, aucun service de pédiatrie ne dispose de protocoles pour la prise en charge de la douleur postopératoire, d'où une absence de prise en charge systématique de celle-ci, plus particulièrement de la douleur postopératoire en chirurgie pédiatrique.

L'administration dès l'induction anesthésique des analgésiques est préférable chez l'enfant, car l'endormissement fait disparaître « l'effet blouse blanche ». L'association du paracétamol et de l'acide niflumique (médicament utilisé contre les douleurs musculaires et articulaires) procure une analgésie de qualité par voie rectale.

La survenue de douleurs intenses en postopératoire est un phénomène relativement stable depuis plus de 10 ans dans les pays développés ; une douleur postopératoire insuffisamment soulagée est retrouvée chez 50 à 75 % des patients.

Cette constatation est paradoxale. C'est pourquoi, la prise en charge de la douleur postopératoire reste un problème chez les patients hospitalisés. Les recommandations internationales ont établi les buts de l'analgésie postopératoire : la réduction de l'incidence et de la sévérité de la douleur postopératoire, l'éducation des patients pour évaluer et signaler leur douleur, le renforcement du confort et de la satisfaction des patients, avec pour résultat une diminution des complications postopératoires et une réduction de la durée de séjour. Il y

a eu peu d'études sur la prise en charge de la douleur des patients dans notre pays. Nous avons remarqué, au cours de notre étude, une fréquence élevée des douleurs postopératoires.

La prise en charge de la douleur postopératoire connaît des lacunes importantes au sein du CHU du Point G (hôpital public), et les insuffisances concernent tous les niveaux. Il y a des limites certaines des connaissances du personnel en algologie et une absence totale d'organisation autour de la prise en charge de la douleur postopératoire.

L'introduction de l'enseignement de la prise en charge de la douleur dans notre faculté et la formation spécifique postuniversitaire sur le traitement des douleurs en général et des douleurs postopératoires en particulier pourraient améliorer la qualité des soins dans nos structures.

La lutte contre la douleur est une priorité criante ressentie par l'ensemble des praticiens présents. Ce combat doit nécessairement être collectif pour être efficace. Les inégalités d'accès aux médicaments ne sont pas tolérables.

Cette situation a entraîné la mise en place du Comité national malien de la douleur, composé des chefs de départements ; c'est un appui indispensable et incontournable pour les plaidoyers auprès des responsables gouvernementaux.

Ce groupe dynamique et de terrain doit pouvoir apporter le changement et la transformation des modes de soins au profit des patients. Il doit préconiser l'harmonisation des actions de lutte contre la douleur dans les trois hôpitaux de Bamako. Il doit devenir un référent, un relais. Il sera en charge de déterminer l'échelle d'évaluation adaptée au pays et au peuple malien. Il devra également se pencher sur le changement de paradigme et améliorer les pratiques professionnelles.

Néanmoins, de nos jours, force est de constater que la prise en charge de la douleur au sein des établissements hospitaliers se pratique aujourd'hui dans une sphère juridique et législatif à travers plusieurs articles du code de déontologie médicale du Mali⁴⁰¹.

S'agissant du contexte français, la loi du 9 juin 1999, spécialement dédiée aux soins palliatifs, reconnaît le droit de toute personne en fin de vie d'accéder à des soins palliatifs et

⁴⁰¹ Code de déontologie médicale du Mali.

de s'opposer à toute investigation ou tout traitement. Cette loi rappelle encore une fois le droit reconnu à la personne de recourir aux soins, mais aussi de s'y opposer. Il y a lieu de citer également la loi du 4 mars 2002 qui a instauré l'article L.1110-5 dans le Code de la santé publique, selon lequel « *toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée* ».

Ainsi, par cette considération, et comme pour les autres droits de la personne humaine antérieurement analysés, le droit positif ne se limite plus à imposer des obligations aux professionnels de santé et aux établissements, mais il érige la prise en charge de la douleur en une sorte de droit de créance pour les personnes souffrantes.

Toutefois, il s'agit ici d'une lente progression des textes qui s'infiltrer dans la tradition médicale française longtemps relative à l'administration de produits de nature à combattre la douleur. Cette reconnaissance suit directement l'affirmation du principe fondamental du respect de la dignité de la personne humaine, un principe très important qui s'associe aux autres droits qui s'appliquent à cette personnalité.

Ce principe de dignité de la personne humaine souffrante ne saurait être assuré sans son corollaire au préalable, c'est-à-dire cette part d'humanité qui consiste à alléger, à diminuer la souffrance. À partir de ce principe, la personne souffrante peut exiger ce droit et profiter des méthodes et produits nécessaires pour soulager sa douleur ou sa souffrance. D'ailleurs, une brochure intitulée « Contrat d'engagement contre la douleur » doit désormais être donnée à chaque patient hospitalisé.

Comme le rappelle la Charte de la personne hospitalisée, l'essor des connaissances scientifiques et techniques ainsi que la mise en place d'organisations spécifiques permettent d'apporter, dans la quasi-totalité des cas, un soulagement des douleurs, qu'elles soient chroniques ou non, et qu'elles soient ressenties par des enfants ou des adultes.

Cependant, force est de constater que ce droit ne trouve à s'appliquer que lorsque les professionnels et établissements en sont les débiteurs principaux. Le code de déontologie médicale, dans sa version de 1995, qui équivaut à l'ancien article 37, exigeait du médecin de soulager ou de diminuer les souffrances de son malade.

Voilà pourquoi l'article R. 4127-37, issu du décret du 29 janvier 2010, réaffirme cette obligation en précisant cependant que si, en toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade et l'assister moralement, il doit le faire par les moyens appropriés à son état.

Il incombe au médecin d'être extrêmement attentif à son patient et informé des derniers produits et protocoles susceptibles d'être administrés afin de soulager sa douleur, ce qui rappelle autant le devoir d'humanisme médical que l'obligation de formation continue.

Ainsi, dans le cadre de l'hospitalisation, le respect du droit du malade à la prise en charge de sa douleur resterait vain si l'établissement n'était pas lui-même obligé de mettre au service des professionnels des moyens propres à la traiter.

Par ailleurs, le combat contre la douleur est susceptible d'engager la responsabilité de l'hôpital. Depuis la loi du 4 février 1995, les établissements sont tenus d'adopter de tels moyens et d'intégrer ces derniers dans leurs projets d'établissement.

L'article L. 1112-4 exige que les centres hospitaliers et universitaires assurent la formation initiale et continue des professionnels de santé et diffusent les connaissances assimilées en vue de permettre l'exécution des objectifs en la matière, aussi bien en ville que dans les établissements.

Pour soutenir les équipes et les établissements, le ministère de la Santé s'est engagé par des plans de lutte contre la douleur depuis 1998 (1998-2000 ; 2002-2005 ; 2006-2010). Il apparaît qu'un quatrième plan est présentement à l'étude ; la publication de ce futur programme d'action a été reportée au cours de l'année 2013.

Cinq priorités ont jusqu'à présent été précisées : impliquer les usagers en les informant sur la prise en charge de la douleur ; améliorer l'accès du patient souffrant de douleurs chroniques à des structures spécialisées ; améliorer l'information et la formation des professionnels de santé ; inciter les établissements de santé à s'engager dans un programme de prise en charge de la douleur ; renforcer le rôle de l'infirmier dans la prise en charge de la douleur.

Nous rappelons que le Centre national de ressources de lutte contre la douleur, créé à l'occasion du plan quadriennal 2002-2005, assure la continuité de l'engagement des pouvoirs

publics en recueillant et en diffusant les informations relatives à la prise en charge de la douleur et en apportant un soutien logistique aux professionnels de santé.

L'une des composantes des soins palliatifs est également la prise en charge de la douleur. Cependant, ceux-ci vont au-delà de la seule prise en charge de la douleur, car ils constituent « tout ce qu'il reste à faire quand il n'y a plus rien à faire ».

Paragraphe 2 - Le droit d'accéder aux soins palliatifs

En ce qui concerne la question des soins palliatifs, il convient tout d'abord d'en donner une définition. Ce sont tout simplement des soins de dernier recours ayant pour seul but de continuer à soigner quand on ne peut plus guérir, en acceptant son impuissance et en restant, quoi qu'il arrive, avec la personne pour l'accompagner dans sa fin de vie.

Les soins palliatifs sont essentiels pour pouvoir offrir aux patients une qualité de vie humainement acceptable.

Mais aujourd'hui, au Mali, il n'existe pas d'unités ou de services de soins palliatifs, selon nos sources.

Cette question est évoquée dans l'article L.1110-9 du Code de la santé publique qui dispose que « *toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement* ».

Selon l'article L. 1110-10 du Code de la santé publique, les soins palliatifs sont des soins actifs et continus, pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils ont pour but de soulager la douleur, d'apaiser la souffrance psychique, de sauvegarder la dignité de la personne malade et de soutenir son entourage.

Les objectifs associés à ces soins palliatifs et à cette définition en font non pas des actes curatifs, mais essentiellement des actes de confort « *sur des personnes atteintes de maladies graves, évolutives ou mettant en jeu le diagnostic vital ou en phase avancée ou terminale* ».

Ils considèrent le patient comme un être vivant, et sa mort comme un processus normal. Ils ne hâtent ni ne retardent le décès. Leur objectif est de préserver la meilleure

qualité de vie possible jusqu'à la mort. « *Ils s'accordent à prendre en compte et à soulager les douleurs physiques ainsi que la souffrance psychologique, morale et spirituelle.* »⁴⁰²

Ces soins palliatifs répondent largement aux besoins de la personne en fin de vie, qui sont multiples et complexes. L'ANAES les considère comme des besoins de confort, de communication, d'information, d'affection, d'intimité, de sécurité, de spiritualité, de transmission.

Ils réclament une grande disponibilité et une formation adaptée du personnel plutôt que des équipements lourds et sophistiqués. De ce fait, cet accompagnement de la fin de vie doit être mis en œuvre selon des modalités qui assurent le respect de la dignité, avec des moyens garantissant ce droit.

En ce qui concerne la mise en œuvre de ces soins palliatifs, dans notre société, l'accompagnement des personnes en fin de vie est plus qu'un droit ; il est devenu un véritable devoir, sans quoi le mourant est de plus en plus isolé.

C'est un devoir qui incombe aux établissements, aux professionnels et dans une certaine mesure aux proches et à l'ensemble de la société. C'est la raison pour laquelle l'existence des unités de soins palliatifs est une nécessité majeure.

Une circulaire du 26 août 1986 a facilité la création, au sein des établissements de santé, d'unités de soins palliatifs, avant que le législateur n'en fasse une mission légale des établissements assurant le service public hospitalier.

C'est ce qui explique d'ailleurs que les établissements publics de santé ainsi que les établissements de santé privés participant au service public hospitalier organisent la délivrance de soins palliatifs en leur sein ou dans le cadre de structures de soins alternatives à l'hospitalisation (CSP, art. L.6112-7).

Il s'agit donc, à partir de ce constat, d'une mission de service public qui peut être confiée à tout établissement de santé en vertu de l'article L. 6112-2 du Code de la santé publique, issu de la loi du 21 juillet 2009. Cependant, une autre circulaire du 19 février 2002 précise les missions et modalités de fonctionnement des équipes à domicile dans le cadre notamment de la constitution de réseaux de soins palliatifs. Elle définit les notions de places

⁴⁰² SFAP : Société française d'accompagnement et de soins palliatifs.

d'hospitalisation à domicile et de lits identifiés de soins palliatifs dans le cadre du projet de service ou d'établissement.

En outre, la circulaire du 25 mars 2008 pose clairement les orientations de la politique de soins palliatifs, basée sur le développement de la démarche palliative. Cette circulaire donne aussi des référentiels d'organisation des soins pour chacun des dispositifs hospitaliers de la prise en charge palliative et précise à cet effet le rôle du bénévolat d'accompagnement.

Il y a également la loi Leonetti de 2005, qui a cherché à aller dans le sens du développement de ces soins, encore insuffisamment administrés, par une série de mesures destinées à renforcer la démarche de soins palliatifs en établissement. Il revient au Comité national de suivi, créé par un arrêté du 9 février 2006, d'évaluer cette politique.

Dans le but de rendre plus pertinente cette organisation, le législateur exige son intégration, d'une part, dans le projet d'établissement qui doit être compatible avec les principaux objectifs fixés par le SROS et, d'autre part, dans les contrats pluriannuels qui permettent de déterminer les services au sein desquels sont dispensés des soins palliatifs. Ils définissent, pour chacun d'entre eux, le nombre de référents en soins palliatifs qu'il convient de former ainsi que le nombre de lits qui doivent être identifiés comme des lits de soins palliatifs (CSP, art. L. 6114-2).

Les établissements qui ont une structure d'hospitalisation à domicile pratiquant les soins palliatifs ont la possibilité de faire appel à des professionnels de santé exerçant à titre libéral. C'est le cas particulièrement des médecins qui sont tenus, par l'article R.4127-38, d'accompagner le mourant jusqu'à ses derniers instants, de lui assurer, par des soins et mesures appropriés, la qualité d'une vie qui prend fin, de sauvegarder sa dignité et de reconforter ses proches.

Par ailleurs, le législateur a aussi organisé cet accompagnement par le recours aux bénévoles, en sachant que la mort est le propre de l'homme et que la fin de vie renvoie à des questions éthiques et sociales.

Il est utile de savoir que s'il s'agit d'un membre de la famille ou d'un proche, ce dernier peut bénéficier d'un congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie, accordé à tout salarié dont un ascendant, descendant ou une personne partageant son domicile fait

l'objet de soins palliatifs (C. trav., art. L. 3142-16 à L. 3142-21). Le recours aux bénévoles d'association est encadré par l'article L. 1110-11 du Code de la santé publique.

Lesdits bénévoles doivent être formés à l'accompagnement en fin de vie, appartenir à une association ayant conclu une convention avec l'établissement et être sélectionnés par cette dernière. Ces bénévoles ne peuvent intervenir qu'avec l'accord du malade ou de ses proches, et sans interférer dans la pratique des soins médicaux et paramédicaux. Il s'agira donc d'un soutien moral, psychologique et parfois spirituel.

Concernant le recours au bénévolat d'accompagnement, compte tenu de l'importance des questions éthiques et sociales auxquelles renvoie la fin de vie, le législateur a organisé cet accompagnement jusqu'au dernier souffle du patient.

Les personnes en fin de vie peuvent être accompagnées, si elles le désirent, soit par leur famille ou leur entourage, soit par des personnes de leur choix, comme une personne de confiance par exemple, et éventuellement, par des bénévoles qui interviennent au sein de l'établissement.

Le salarié dont un ascendant, un descendant, un frère, une sœur ou tout simplement une personne partageant le même domicile souffre d'une pathologie engageant son pronostic vital ou est en situation avancée ou terminale d'une affection suffisamment grave et incurable, peu importe la cause, a le droit de bénéficier d'un congé de solidarité familiale (C. trav., art. L. 3142-16 à L. 3142-21).

Par ailleurs, l'article L. 1110-11 du Code de la santé publique encadre le recours aux bénévoles d'association. Ils doivent être formés à l'accompagnement d'une personne en fin de vie, faire partie d'une association ayant conclu une convention avec l'établissement et être sélectionnés par cette dernière. Ensuite, ils ne peuvent intervenir que si le malade ou ses proches sont d'accord, et cela, sans interférer dans la pratique des soins médicaux et paramédicaux. Concrètement, ils se limitent à apporter leur soutien à l'équipe de soins en participant à l'ultime accompagnement du malade et en améliorant l'environnement psychologique et social de celui-ci et de ses proches. Il faut préciser qu'il est question ici d'une aide morale, psychologique et parfois spirituelle. Enfin, lors de leur intervention, les bénévoles ont l'obligation de respecter les principes institués par une charte adoptée par les associations. Dans ces principes figurent le respect des opinions philosophiques et religieuses

de la personne accompagnée, le respect de sa dignité et de son intimité, la discrétion, la confidentialité, l'absence d'interférence dans les soins.

La circulaire de la DHOS du 25 mars 2008 complète ces dispositions en précisant les orientations de la politique des soins palliatifs ; elle fournit des référentiels d'organisation des soins pour chacun des dispositifs de prise en charge palliative et s'attarde sur le rôle du bénévolat d'accompagnement.

Paragraphe 3- La jouissance du patient de ses libertés au sein de l'établissement

La question de la liberté publique semble être assez imprécise dans le droit français. En effet, plusieurs définitions existent par rapport à cette notion de liberté et des libertés, qui ne sont pas forcément synonymes de droits.

La définition ontologique des libertés consiste à dire qu'elles correspondent à des pouvoirs que l'homme exerce sur lui-même, n'imposant à autrui qu'une attitude de non-entrave afin qu'elles puissent s'exercer. Elles s'identifient ici à des droits qui, le plus souvent, exigent d'autrui un comportement positif et pas seulement une abstention.

Ces libertés qui sont appliquées au patient hospitalisé se distinguent des droits dont la personne dispose et qui nécessitent soit une attitude particulière des professionnels, génératrice d'obligations (obligation d'information, de recueil du consentement, de secret ou d'accès à l'information), soit la mise en place de certains protocoles sans lesquels ces droits disparaissent (droits à la prise en charge de la douleur et à l'accès aux soins palliatifs).

Par ailleurs, le Conseil d'État, dans son avis du 13 août 1947, énumère deux types de libertés : les libertés individuelles dont la personne humaine peut jouir individuellement, isolément, et les libertés collectives qui ne sont pas limitées au seul individu mais comportent l'action de coparticipants ou l'appel au public.

Sur le plan de l'hospitalisation, on compte trois sortes de libertés publiques : le respect de la vie privée (A), la liberté d'aller et venir (B) et la liberté religieuse (C). Elles retiennent principalement l'attention, et le patient devrait pouvoir les utiliser.

A- La préservation de la vie privée et de l'intimité du patient au sein de l'établissement

Le patient a droit au respect de sa vie privée. La Charte de la personne hospitalisée réitère et persiste sur le fait que « *l'intimité du patient doit être préservée lors des soins, des toilettes, des consultations et des visites médicales* ».

Un patient hospitalisé peut demander que sa présence dans l'établissement ne soit pas divulguée. De même, la chambre du patient est assimilée par la jurisprudence à un lieu privé. Le patient peut donc naturellement refuser des visites.

Il est important de savoir que ce respect s'applique également à la confidentialité du courrier, des communications téléphoniques et des entretiens avec des visiteurs ou des professionnels de santé, qui doit être garantie. Les journalistes, photographes, démarcheurs et représentants n'ont pas accès aux patients, sauf acceptation de ceux-ci et du directeur de l'établissement.

Les informations disponibles dans le dossier médical du patient ne sont pas les seules concernées par le respect de sa vie privée tout au long de son parcours. Celui-ci va au-delà ; il est encore plus large et exige une application spécifique et particulière dans les établissements de santé où les personnes admises sont souvent dans une situation de grande vulnérabilité, propice à la violation de leur vie privée, c'est-à-dire exposées aux regards des autres et à un risque de négligence ou d'absence de vigilance.

Les obligations imposées aux établissements de santé ont pour objectif d'assurer le strict respect de la vie privée et de l'intimité des personnes hospitalisées ou admises en consultation. Elles trouvent leur origine, d'une part, dans les règles de droit commun et, d'autre part, dans les règles propres aux établissements publics de santé.

Ainsi, dans le même ordre d'idées, l'article 9 du Code civil dispose que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou à cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée.

Par ailleurs, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) consacre également ce droit au respect de la vie privée, découlant aussi des traditions constitutionnelles communes aux États membres.

Il a été jugé, d'ailleurs, que le règlement intérieur d'une unité psychiatrique fermée interdisant de manière générale aux patients hospitalisés, sans leur consentement, d'avoir des relations sexuelles entre eux était contraire aux dispositions de l'article 8 de la Convention.

Ce droit au respect de la vie privée est perçu comme l'un des droits les plus fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union européenne, et une personne possède la faculté et le droit de tenir son état de santé secret.

De façon explicite, ce principe est acté et inséré clairement dans le Code de la santé publique par la loi du 4 mars 2002, dont l'article L. 1110-0 dispose 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* ». Il s'agit là d'une disposition très importante qui assure une meilleure prise en charge du patient dans son rapport avec le professionnel.

L'intimité de l'être humain à travers ses divers éléments, notamment ce qui touche sa vie familiale, est entendue en principe comme étant sa vie privée, sa vie sentimentale, son domicile, son image, sa maternité, dans une certaine mesure sa pratique religieuse, ses correspondances et son état de santé, autant d'éléments qui doivent être respectés en ce qu'ils ont trait à l'aspect le plus secret et sacré de la personne.

En ce qui concerne son état de santé, une personne est en droit de s'opposer à ce qu'il soit commenté dans un article qui a pour but de susciter la curiosité du public et d'exploiter sa vie privée à des fins commerciales.

Pour le cas des personnes publiques, il a été admis, à propos de la divulgation de l'internement psychiatrique d'un maire sortant, qui était candidat aux élections municipales, que « *la diffusion de l'information du placement en hôpital psychiatrique est perçue comme une atteinte à l'intimité de la vie privée, caractérisée par une violation du secret attaché à l'état de santé, que ne légitime aucune nécessité de l'information du public* ».

Il existe, dans le domaine de la santé, une certaine proximité entre violation du secret médical et atteinte à la vie privée ou à l'intimité, l'une ou l'autre, voire les deux, pouvant constituer des atteintes. Tel a été le cas dans l'affaire *Mitterrand*, à propos de la parution d'un ouvrage écrit par le médecin traitant du président Mitterrand après le décès de celui-ci.

La cour d'appel de Paris a d'ailleurs jugé que « *la présence d'un médecin auprès d'un ancien président de la République n'ayant eu d'autre cause que sa fonction de médecin traitant, tous les éléments qu'il relate dans son livre, appris ou constatés à l'occasion de l'exercice de sa profession, relèvent du secret médical auquel il est tenu envers son patient, même s'ils peuvent également constituer, par ailleurs, une atteinte à la vie privée ou à l'intimité de celle-ci* »⁴⁰³.

Il est utile de dire que vie privée et intimité ne s'associent pas exactement au regard des textes, de la pratique et de la jurisprudence. Cette atteinte à l'intimité d'une personne, si elle peut être perçue comme une atteinte à sa vie privée, se différencie des cas précédemment énoncés en ce qu'elle peut porter, notamment en matière de santé, sur l'intimité du corps.

Par ailleurs, Johanne Saison Demars fait justement remarquer que dans les établissements de santé, « *l'inventaire des effets personnels des malades, la mise à nu du corps pendant la toilette et les soins, les intrusions répétées dans la chambre ou encore les visites d'une équipe de soignants au complet sont autant de transgressions possibles de l'intimité de la personne : les toilettes réalisées en laissant la porte de la chambre ouverte et en dénudant totalement le corps de la personne sont encore fréquentes* »⁴⁰⁴. La chambre du patient mérite donc une protection.

Il a été d'ailleurs jugé que la chambre dans laquelle le patient est admis constitue pour ce dernier un domicile protégé en tant que tel par la loi, qu'il occupe à titre provisoire mais certain et privatif et qui, de ce fait, n'est autorisée à personne sauf accord de son occupant.

Cette personne admise à l'hôpital peut, en conséquence, recevoir dans sa chambre les visites de son choix en respectant en bon terme l'intimité et le repos des autres personnes hospitalisées.

⁴⁰³ Code de déontologie médicale, février 2021.

⁴⁰⁴ AP-HP.

Ce patient hospitalisé a droit à la confidentialité de son courrier, de ses communications téléphoniques, de ses entretiens avec des visiteurs et avec les professionnels de santé.

Les visites de journalistes, photographes, démarcheurs publicitaires et représentants de commerce auprès des personnes hospitalisées ne peuvent avoir lieu qu'avec l'accord exprès des personnes concernées, dans la limite du respect des autres patients et aussi avec l'autorisation écrite donnée par le directeur de l'établissement.

Cet accès proprement dit doit être utilisé avec précaution afin d'éviter tout abus à cause d'une éventuelle vulnérabilité des patients. Ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ; ce droit de protection de la vie privée se rattache à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui fait de la liberté un droit naturel et imprescriptible de l'homme, laquelle implique le respect de la vie privée.

Il appartient aux professionnels de santé, dans un premier temps, selon la loi ou leurs obligations déontologiques, de respecter et de faire respecter les droits des malades, en l'occurrence, tout ce qui concerne le droit à la confidentialité, à l'intimité et à la vie privée.

Cela étant, l'article L. 1111-4, alinéa 7 du Code de la santé publique dispose que l'examen d'une personne dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable. Les étudiants bénéficiant de cet enseignement doivent être informés de la nécessité de respecter les droits des malades.

Nous précisons que cette disposition s'applique non seulement dans tous les établissements où, par accord avec l'université et les instituts de formation, des élèves et étudiants sont admis à faire des stages en milieu hospitalier et à bénéficier d'un enseignement clinique, mais également à tous les élèves et étudiants, quels que soient leurs études (médicales ou paramédicales, par exemple) et leur niveau de formation et de responsabilité.

L'article R. 4127-51 du Code de la santé publique affirme aussi que « *le médecin ne doit pas s'immiscer sans raison professionnelle dans les affaires de famille, ni dans la vie privée de ses patients* ». Cela revient à dire que le praticien est obligé de respecter fondamentalement ce principe.

Il doit aussi faire en sorte que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment (CSP, art. R. 4127-72). Ceci est très important et permet une bonne pratique de la profession médicale, au grand bonheur des principaux concernés.

Cette complicité entre l'atteinte au secret médical et la vie privée fait naître des faits qui peuvent constituer les deux atteintes ; cela nous amène donc à penser que le médecin doit tout faire pour s'assurer du respect de cette obligation au sens large du terme.

En effet, dans le milieu hospitalier, les médecins travaillent en équipe avec le personnel soignant, notamment infirmier, auquel ces mêmes obligations sont imposées par les règles d'exercice professionnel qui lui servent en réalité de code de déontologie.

Par ailleurs, l'article R. 4312-4 du Code de la santé publique nous rappelle encore toute la valeur de l'obligation du secret professionnel et exige avec autorité, à l'égard des infirmiers, le même devoir d'instruire leurs collaborateurs de ces obligations et de faire en sorte qu'ils s'y conforment.

En outre, le statut d'agent public ou de fonctionnaire et particulièrement l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 imposent aux fonctionnaires de faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Est concerné plus précisément le personnel qui travaille dans les établissements publics de santé.

Il convient de souligner que cette obligation se détache du secret professionnel qui s'applique également aux fonctionnaires. Le même article 26 affirme que ces derniers ont l'obligation de respecter le secret médical dans le cadre des règles imposées par le Code pénal. Cette obligation de discrétion professionnelle ne doit permettre que des poursuites disciplinaires contre l'agent ; il y a lieu de retenir que la méconnaissance du secret professionnel peut entraîner des condamnations pénales et disciplinaires.

Il a été admis qu'un infirmier psychiatrique ayant donné au réalisateur d'un court-métrage tourné par des lycéens des informations permettant d'entrer en relation avec une patiente dépendant du centre hospitalier n'a pas respecté l'obligation de secret professionnel. Même s'il n'a pas dévoilé à l'équipe de tournage des informations médicales qui concernent la patiente, il n'a pas respecté l'obligation de secret professionnel en

permettant à des tiers de s'adresser à cette dernière et d'apprendre d'elle les faits dont il est question dans le film.

Au sein des établissements publics de santé, il est donc clair que c'est l'ensemble du personnel médical, soignant, technique et administratif qui est assujetti à ces deux obligations.

Quant au directeur, il lui incombe de veiller et de s'assurer que les droits des malades sont respectés et que le personnel placé sous son autorité respecte également ses obligations en la matière. Pour lui permettre de faire face à cette mission avec effectivité, il dispose de moyens juridiques contraignants.

Outre le pouvoir d'enclencher une procédure disciplinaire à l'encontre des agents dont il est le supérieur hiérarchique (cf. *infra*, n° 543), il dispose d'un pouvoir de police administrative opposable tant aux usagers qu'aux tiers dans l'enceinte de l'établissement. Il ressort de la compilation des textes et de la jurisprudence administrative que le directeur de l'hôpital dispose d'un pouvoir d'organisation du service et d'un pouvoir général de police au sein de son établissement.

À travers l'article L.6143-7 du Code de la santé publique, le directeur conduit la politique générale de l'établissement. Il est donc, au sens de la jurisprudence *Jamart*, le chef de service public, et il peut prendre toutes les mesures nécessaires au fonctionnement et à l'organisation du service placé sous son autorité. C'est un pouvoir qui s'exprime et se manifeste sous la forme d'un « *pouvoir général de police sur les locaux dans lesquels sont installés les services placés sous l'autorité des organes dirigeants* »⁴⁰⁵.

À ce titre, le directeur d'établissement est chargé de la discipline interne au sein de l'hôpital et de l'accès des personnes étrangères à l'établissement, en application du règlement intérieur et des attributions fixées par l'ancien décret de 1974, désormais codifiées aux articles R.1112-1 et suivants du Code de la santé publique. Plus spécifiquement, il peut prononcer l'expulsion d'un visiteur et lui interdire toute visite qui présente un caractère troublant le repos des malades ou qui gêne le fonctionnement des services.

⁴⁰⁵ François Dietsch et François Meyer, janvier 2019.

Par ailleurs, il y a lieu de préciser encore une fois que les médias, notamment les journalistes, les photographes et autres démarcheurs n'ont pas accès aux malades, sauf accord de ceux-ci et autorisation écrite donnée par le directeur (CSP, art. R. 1112-47)⁴⁰⁶.

Au sein de l'établissement psychiatrique, le directeur peut toutefois décider, pour des raisons de sécurité, qu'un médecin généraliste extérieur à l'établissement ne pourra s'entretenir avec un patient hospitalisé d'office que sous la surveillance visuelle d'un infirmier. Cependant, il ne peut pas décider d'interdire dans l'établissement psychiatrique, pendant huit ans, toute visite d'un oncle à son neveu, hébergé en hospitalisation libre, sinon, il tombe sous le coup de la violation du droit à une vie familiale normale. La vie privée et l'intimité doivent, dans certains cas, être indispensablement respectées.

Dans les autres situations de protection, en ce qui concerne celle des mineurs, les conditions de traitement, l'obligation d'information et le recueil du consentement seront impérativement adaptés à sa situation ; il en sera de même des conditions de son séjour à l'hôpital.

Dans le but d'offrir les meilleures chances de guérison et de faire en sorte de ne pas perturber ou troubler la scolarité d'un enfant ou d'un adolescent, il va de soi que sa vie affective comme sa vie sociale doivent être préservées. Concrètement, c'est le régime des visites qui doit être aménagé afin que l'hospitalisation n'isole pas davantage le mineur, tout en lui garantissant le respect de sa vie privée et de son intimité.

Il est bon de retenir que la plupart des principes généraux régissant les droits et devoirs des personnes hospitalisées peuvent s'appliquer également aux cas des mineurs. Cependant, l'établissement doit les adapter au sein de son règlement intérieur.

S'il y a lieu de mettre en place des visites organisées, celles-ci doivent nécessairement permettre au mineur, surtout s'il s'agit d'un enfant, d'être entouré de l'un de ses parents et de pouvoir accueillir sa famille ; cela vaut également pour les autres jeunes de son âge.

En ce qui concerne les frères et sœurs, camarades et autres parents, ils sont acceptés, en nombre limité et sous l'autorité de l'équipe responsable, peu importe leur âge et à toute heure raisonnable de la journée, et si possible dans une autre chambre aménagée. Ces

⁴⁰⁶ Art. R.1112-47 du Code de la santé publique.

visiteurs doivent appliquer un certain nombre de règles nécessaires afin de les amener à respecter la tranquillité et l'intimité des autres patients, et par conséquent, ils se voient interdire l'introduction de denrées, de boissons ou encore d'animaux domestiques.

La scolarisation, qui est perçue comme étant un droit fondamental, doit être assurée. Ainsi, l'article L. 1110-6 du Code de la santé publique, créé par la loi du 4 mars 2002, dispose que « *dans la mesure où leurs conditions d'hospitalisation le permettent, les enfants en âge scolaire ont droit à un suivi scolaire adapté au sein des établissements de santé* ».

Par conséquent, il revient à la direction de l'établissement soit d'organiser ce suivi scolaire par voie de convention avec l'éducation nationale, soit d'autoriser des associations de bénévoles à assurer des enseignements à l'hôpital. Quel que soit leur statut (enseignant titulaire, enseignant bénévole), ils doivent tous collaborer avec les équipes médicales ; celles-ci sont maîtresses de l'aptitude de l'enfant à suivre un enseignement, et les enseignants sont maîtres du contenu pédagogique.

En ce qui concerne l'hospitalisation sous anonymat, d'emblée, les personnes hospitalisées peuvent demander qu'aucune indication ne soit donnée sur leur présence dans l'établissement ou sur leur état de santé, selon l'article L. 1112-45 du Code de la santé publique, sauf pour le cas des mineurs placés sous l'autorité parentale et sous condition qu'ils s'opposent à l'information du titulaire de cette dernière.

Toutefois, il faut dire que cette mesure n'est pas expressément un anonymat, l'établissement ayant connaissance de tous les éléments d'identité de la personne hospitalisée. Elle permet quand même de passer sous silence son hospitalisation vis-à-vis des tiers.

Le droit organise en revanche deux types d'anonymat à l'hôpital. Le premier est l'accouchement sous X. Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé (article 222-6 du CASF).

Il a été accepté qu'en permettant à une femme d'accoucher sous X et par conséquent en privant l'enfant du droit de savoir qui sont sa mère et son père, la France ne viole ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale), ni l'article 14 (non-discrimination) .

En vue de sauvegarder le secret de la grossesse ou de la naissance, aucune pièce d'identité n'est demandée (CSP, art.1112-28)⁴⁰⁷. C'est au service de l'aide sociale à l'enfance du département d'implantation de l'hôpital de régler les frais de séjour dans un tel cas (CASF, art. 222-6, al. 2).C'est une procédure qui permet de garantir à la femme qu'aux yeux de la loi, elle n'a jamais accouché.

Le second type d'anonymat concerne les toxicomanes qui viennent spontanément dans un établissement afin d'y être traités. Ils peuvent, s'ils le demandent expressément, bénéficier de l'anonymat au moment de l'admission. Cet anonymat ne peut être levé que pour des causes autres que la répression de l'usage illicite de stupéfiants. Cependant, ils peuvent demander aux médecins qui les ont traités un certificat nominatif mentionnant les dates, la durée et l'objet du traitement (CSP, art. 1112-38).

Au Mali, la prise en charge du patient dans un établissement hospitalier est basée généralement sur la pratique courante des activités médicales, c'est-à-dire qu'il ne fait l'objet d'aucun régime spécial pour ce qui concerne la sauvegarde de son anonymat lors de son passage à l'hôpital.

Tout de même, force est de constater qu'il existe une certaine discrimination fondée sur la distinction clairement remarquable en ce qui concerne le traitement des patients dans les établissements hospitaliers. Cette différence de traitement est souvent décriée par les patients qui pointent du doigt le plus souvent la corruption, la négligence et le relationnisme des professionnels de santé. Par conséquent, ces pratiques mettent à mal les conditions de sauvegarde de leur admission dans l'établissement de santé.

B- La liberté d'aller et venir du patient

La liberté d'aller et venir découle de la liberté individuelle, et elle est appréhendée comme étant l'un de ses éléments ; elle a une importance notoire car c'est une des libertés publiques les plus vieilles de notre droit.

On peut se référer à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et le Conseil constitutionnel considère ce principe comme ayant une valeur constitutionnelle.

⁴⁰⁷ Art. L. 1112-38 du Code de la santé publique.

Le principe voudrait que toute personne hospitalisée soit libre d'aller et venir, de rester ou de partir. Mais il convient, d'une part, de considérer cette liberté fondamentale avec bon sens, car la liberté du patient de se mouvoir est liée à son état de santé, et, d'autre part, d'associer avec intérêt le respect de cette liberté avec le mode d'organisation de l'établissement de santé.

Au moment de l'admission libre du malade dans un établissement, en principe, il est supposé accepter l'hospitalisation que son état de santé requiert et, sous réserve de l'information et du consentement requis, les soins qui lui sont donnés dans ce dernier. À partir de ce moment, il se conforme au règlement intérieur de l'établissement ; il est aussi soumis à la responsabilité dudit établissement.

Toutefois, les déplacements des patients doivent être contrôlés et surveillés, et souvent autorisés en fonction du fait qu'ils ont lieu à l'intérieur ou à l'extérieur de l'établissement, mais aussi de leur durée. En effet, il faut que les équipes médicales soient sûres du respect des traitements et de l'absence de mise en danger du malade, et au besoin puissent rapidement intervenir. Pour autant, même quand ces déplacements sont à la limite d'être compatibles avec l'état du patient, ils restent libres. Cela nous amène en conséquence à mettre l'accent sur deux points principaux.

Le premier est la permission de sortie. Il convient de souligner que l'établissement de santé n'est pas appréhendé comme une prison où la personne serait privée de sa liberté. Il ne serait pas judicieux d'interdire à la personne hospitalisée de quitter sa chambre, le service où elle a été admise, voire l'établissement.

En principe, et de façon plus générale, la personne hospitalisée peut se mouvoir librement dans les espaces réservés au public (bibliothèque, cafétéria, lieu de culte, etc.) et les espaces verts, après en avoir informé le cadre du service et s'être assurée que son déplacement est réalisable afin de jouir de cette liberté indispensable.

Toutefois, des limites peuvent être apportées par le personnel médical pour des raisons médicales et de sécurité. Le patient est censé comprendre et accepter ces mesures qui peuvent restreindre ses déplacements aux seuls lieux compatibles avec son état, si elles sont clairement expliquées et prennent la forme d'une évidence totale.

En revanche, les choses peuvent se compliquer lorsque le patient souhaite quitter ou s'absenter momentanément de l'établissement, soit pour effectuer des actes de la vie civile au-dehors (formalité, exercice du droit de vote), soit pour accomplir des tâches qui relèvent des événements familiaux ou religieux, soit encore pour ne pas subir la monotonie de la vie dans ledit établissement. Dans ce cas, il doit obtenir une permission de sortie.

L'état du patient, en principe, rend utile l'hospitalisation, et il quitte l'établissement si cette dernière s'avère inutile. Par conséquent, la permission de sortie devient un aménagement de sa situation en vue de lui donner la possibilité d'aller et venir librement hors de l'établissement.

Il convient, par cette démonstration, de retenir ici que l'état de santé du patient est le seul élément pouvant permettre ou juger une décision qui l'autorise à sortir de l'établissement où il est hospitalisé.

Au sein des établissements publics de santé, les hospitalisés peuvent, compte tenu de la longue durée de leur séjour et de leur état de santé, bénéficier, à titre exceptionnel, d'autorisations de sortie qui sont données, sur avis favorable du médecin responsable du pôle ou de l'unité, par le directeur.

Par ailleurs, les modalités de l'article R. 1112-56 prévoient que si le patient autorisé à partir de l'établissement ne rentre pas dans le délai qui lui a été assigné, l'administration le déclare sortant ; il ne peut être accepté de nouveau que selon les conditions prévues dans le même article.

S'agissant des établissements privés, le Code de la santé publique ne prévoit pas de dispositions particulières. Ces établissements doivent se référer aux dispositions s'appliquant aux établissements publics, car ils sont responsables de la sécurité des personnes hospitalisées.

Concernant les médecins exerçant à titre libéral, ils sont personnellement responsables de leurs malades et doivent par conséquent veiller à ce qu'ils respectent les traitements.

Le second point est l'autorisation de sortie. Le directeur, sur proposition du médecin responsable du pôle ou de l'unité dans les établissements publics (CSP, art. R. 1112-58), et

selon les modalités propres aux structures privées, prononce la sortie d'une personne hospitalisée lorsque son état de santé ne nécessite plus son maintien dans leurs services.

En principe, dans la grande majorité des cas, cette sortie ne pose pas de problème ou de difficulté particulière, parce qu'elle est synonyme d'une amélioration de son état (hors transfert, fin de vie ou mort). De ce fait, cette sortie est donc autorisée et prononcée par les responsables désignés, et elle fait rarement l'objet d'une contestation.

Il peut arriver cependant que le patient demande à sortir. Dans ce cas, comme le souligne la Charte du malade hospitalisé, une personne hospitalisée peut à tout moment quitter l'établissement ; hors cas particulier (mineur, hospitalisation sous contrainte), une personne ne peut être empêchée ou retenue par l'établissement.

Cependant, lorsque la demande de sortie engendre un danger pour la santé de la personne et est jugée comme improvisée ou prématurée par le médecin, celle-ci doit signer une attestation établissant qu'elle a eu connaissance des dangers que cette sortie présente pour elle. Si elle refuse de signer, soit ce refus est consigné dans un procès-verbal de refus pour les établissements publics (CSP, art. R. 1112-62, alinéa 3), soit un document interne est rédigé (charte annexée à la circulaire du 2 mars 2006).

S'agissant de l'hospitalisation sous contrainte (mis à part le cas d'un prisonnier dont l'état de santé nécessite une hospitalisation et qui est, du fait de sa détention, privé de la liberté d'aller et venir), lorsqu'il est hospitalisé sans son consentement, soit à la demande d'un tiers, soit sur décision préfectorale, le malade hospitalisé est privé de cette liberté.

Les limites à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être aménagées et s'avérer nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement adéquat (CSP, art. L. 3211-3). Il est à préciser que des autorisations de sortie peuvent être accordées soit pour des motifs thérapeutiques, soit pour faciliter certaines démarches.

Ces autorisations sont différentes de celles accordées aux personnes admises librement, aux personnes hospitalisées sans leur consentement soit pour des raisons thérapeutiques, soit pour des démarches extérieures s'avérant nécessaires (CSP, art. 3211-11-1).

Dans un premier temps, il s'agit d'une sortie de courte durée. Celle-ci ne peut dépasser douze heures et est autorisée par le directeur de l'établissement après avis favorable du psychiatre responsable de la structure médicale concernée. Pendant toute la durée de la sortie, le patient est assisté par un ou plusieurs membres du personnel de l'établissement, par un membre de sa famille ou par la personne de confiance qu'il a désignée.

En cas d'hospitalisation sur décision préfectorale, le préfet du département dispose du pouvoir de s'y opposer. Pour cela, il a un délai de quarante-huit heures pour faire connaître sa décision. Le directeur de l'établissement transmet au préfet les éléments d'information relatifs à la demande d'autorisation, comportant notamment l'avis du psychiatre. À la fin de ce délai de quarante-huit heures, en l'absence d'opposition du préfet, une sortie accompagnée peut être prévue.

En second lieu, il s'agit de sorties d'essai de quarante-huit heures. Jusqu'à la loi du 5 juillet, une seule forme d'hospitalisation existait, à savoir l'hospitalisation complète ; le législateur avait admis, pour des raisons de santé, des sorties d'essai.

En introduisant la différence entre l'hospitalisation complète et celle sous une autre forme, la notion de sortie d'essai disparaît au profit d'un aménagement des modalités de l'hospitalisation. La loi du 27 septembre rétablit cependant les sorties non accompagnées d'une durée maximale de quarante-huit heures et les soumet au même régime juridique que les sorties accompagnées.

Il revient ainsi au directeur de l'établissement ou au préfet de département, selon les cas, de prononcer une alternative à l'hospitalisation complète : soit une hospitalisation de jour ou de nuit, soit des soins à domicile, soit des consultations en ambulatoire, soit des activités thérapeutiques, avec combinaison possible de plusieurs formes.

C- La liberté religieuse

La liberté religieuse prend généralement deux sens. Premièrement, elle signifie le droit de choisir telle ou telle religion et d'exprimer sa foi, c'est-à-dire « la liberté de conscience ». Ceci renvoie au droit du patient de refuser des soins pour des raisons religieuses, ce que le Conseil d'État a considéré comme une liberté fondamentale permettant l'application de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

Deuxièmement, la liberté religieuse signifie la liberté de s'adonner aux rites et pratiques associés à la foi, le plus souvent qualifiés de liberté du culte, régie par la loi du 9 décembre 1905. Il est utile de préciser que cette liberté doit être respectée dans les établissements de santé, c'est-à-dire ceux exécutant ou participant au service public, selon le principe de laïcité. La laïcité exige d'assurer l'égalité devant la loi de tous les citoyens, peu importe leur confession religieuse.

La laïcité dans les établissements de santé implique d'un côté la neutralité du personnel et de l'autre côté l'égalité de traitement entre les patients et le respect de leur liberté religieuse.

S'agissant du respect des croyances religieuses, la liberté religieuse est perçue de deux façons par le Code de la santé publique. Tout d'abord, l'article L. 6112-3 réaffirme le principe d'égalité d'accès aux soins et prohibe toute discrimination entre les malades en ce qui concerne les soins. Partant de cette considération, les patients doivent être traités de la même manière, peu importe leurs croyances religieuses ; cela sous-entend clairement qu'aucune discrimination fondée sur la religion ne sera acceptée.

Ensuite, à travers l'article R. 1112-46 applicable uniquement dans les établissements publics, les hospitalisés doivent être mis en mesure de participer à l'exercice de leur culte. Ils obtiennent, sur demande de leur part adressée à l'administration de l'établissement, la visite du ministre du culte de leur convenance.

Le respect des croyances religieuses peut s'imposer à tout moment de l'hospitalisation et notamment pour tous les actes dont le patient fait l'objet : actes médicaux, soins d'hygiène, hébergement, restauration, etc. Par ailleurs, la circulaire du 2 février 2005 détaille l'application des principes de laïcité et de neutralité du service public hospitalier et de leur respect au sein de l'hôpital.

En effet, un patient doit pouvoir, dans tous les établissements concernés, et cela, dans la mesure du possible, observer les préceptes de sa religion : recueillement, présence d'un ministre du culte, nourriture, liberté de pensée et d'expression.

Les personnes victimes de troubles mentaux et hospitalisées à cet effet sans leur consentement ont la garantie de cette liberté (CSP, art. L. 3211-3). Pour ce qui concerne le

livret d'accueil de ces établissements de santé, il doit comporter des informations sur les différents cultes et le nom de leur représentant.

S'agissant des patients en fin de vie ou des défunts, leurs familles doivent pouvoir procéder aux rites et cérémonies prévus par leur religion. Cependant, l'équipe médicale doit continuer à dispenser les soins, et le service doit également fonctionner régulièrement dans le cadre de ce respect des croyances.

Néanmoins, des limites existent à l'expression des convictions religieuses : les règles d'organisation du service, les contraintes de sécurité et le respect des droits des autres malades constituent autant de limites légales.

L'égalité d'accès aux soins des autres patients est respectée ; elle est le corollaire de l'expression des convictions religieuses. Autrement dit, il ne doit être porté atteinte ni à la qualité des soins prodigués (par la retenue abusive de personnel compétent), ni à leur sécurité (par l'introduction de produits ou d'objets qui se révéleraient dangereux), et encore moins à leur tranquillité (par des démonstrations trop bruyantes).

Ainsi, selon la Charte de la personne hospitalisée, cette expression des convictions religieuses ne doit pas porter atteinte au fonctionnement du service, à la qualité des soins, aux mesures d'hygiène et à la tranquillité des autres patients hospitalisés ainsi que de leurs proches.

Les limites visent particulièrement la tenue vestimentaire des patients et le choix du médecin. Un certain nombre d'éléments, comme les règles de sécurité et d'hygiène mais aussi le bon sens, permettent aux patients d'accepter la tenue vestimentaire imposée au regard des soins qui leur sont donnés et du lieu de leur exécution (bloc opératoire, salle d'imagerie médicale, par exemple).

Toutefois, la liberté du patient qui consiste à choisir son médecin peut être limitée par les modalités d'organisation du service, la fiche des présences et le droit ou le devoir ; cela s'explique pour la simple raison que tout praticien doit pouvoir bénéficier d'un minimum de temps de repos et de sécurité.

S'agissant de la situation des femmes musulmanes qui refusent de se faire soigner par du personnel masculin, ce refus est tout à fait légal car il se rattache au principe du libre choix

du praticien, et uniquement du praticien (CSP, art. R. 1110-8). Le fait de refuser un praticien de sexe masculin peut être considéré comme un droit de choisir un médecin de sexe féminin.

En revanche, ce droit ne saurait constituer un droit absolu, car cela reviendrait à imposer aux établissements de santé le recrutement de salariés en fonction de leur sexe, ce qui représenterait une discrimination hautement interdite par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le libre choix du médecin doit être associé, pour des raisons courantes et juridiques, à l'organisation du service et des soins, ainsi qu'aux principes d'égalité et de continuité. Si le patient continue à refuser tel ou tel médecin, et qu'il s'avère impossible de lui en fournir un autre de son choix, il ne peut lui être proposé que de quitter l'établissement ou d'accepter l'offre.

Cependant, dans le cadre du respect de la liberté des autres, s'exerce la liberté d'action et d'expression des patients sur le plan religieux. En revanche, tout prosélytisme est banni, peu importe qu'il soit l'œuvre d'une personne hospitalisée, d'un visiteur, d'un membre du personnel ou d'un bénévole.

Selon la législation malienne, le malade a la faculté de choisir librement le médecin qui le prend en charge lors de son passage dans un établissement hospitalier. Par conséquent, ces établissements doivent veiller au respect des droits de l'homme et du citoyen reconnus de façon universelle (non-discrimination, respect de la personne, de sa liberté individuelle, de sa vie privée, de son autonomie, et notamment, droit à l'autodétermination pour choisir son médecin)⁴⁰⁸.

En pratique, ce droit s'exprime difficilement dans les établissements hospitaliers, car le premier contact du malade avec l'établissement de santé ne se fait pas, en principe, avec un médecin directement, mais le plus souvent avec l'équipe médicale, insuffisamment compétente.

Paragraphe 4 – Les différentes conditions de sortie de l'établissement

Précédemment, nous avons démontré que le patient, en usant de sa liberté de choix à consentir à un acte en raison de sa liberté d'aller et venir, pouvait sortir à tout moment de

⁴⁰⁸ Article 4 de la Charte du malade hospitalisé du Mali, 6 octobre 2008.

l'établissement (sauf en cas d'hospitalisation sous contrainte). Toutefois, nous allons expliquer dans cette section que les principaux droits accordés au patient peuvent être variables.

Dans cette optique, nous décrirons d'abord le mécanisme de sortie normale du patient de la structure de santé (A), puis les modalités de son départ (B).

A - Mécanisme de sortie normale du patient de la structure de santé

En principe, si le patient décide de quitter de son plein vouloir l'établissement à la fin d'une hospitalisation qui n'est plus indispensable à son état de santé, cette sortie coupe l'ensemble des rapports juridiques avec l'établissement et fait disparaître en même temps, automatiquement, tous les droits associés à ladite hospitalisation.

Pour le patient, sortir dans des conditions normales a pour conséquence heureuse de stopper le lien avec l'établissement. Pour que cette sortie intervienne dans de bonnes conditions, il est indispensable que les droits des uns et des autres soient respectés.

Par ailleurs, il appartient au directeur de l'hôpital de prononcer cette sortie généralement sur proposition du médecin responsable du pôle ou de l'unité, et cela, quand l'état du patient ne nécessite plus son maintien dans l'enceinte de l'établissement. Cette formule de sortie est mentionnée clairement sur la fiche individuelle du patient, et doit aussi être signée par le directeur ou son délégué (CSP, art. 1112-58 concernant les établissements publics).

Si la situation l'exige, des dispositions peuvent être prises sur proposition médicale, en vue du transfert imminent du patient hospitalisé dans un établissement dispensant des soins de suite ou de réadaptation ou tout simplement des soins de longue durée adaptés à son cas.

Au moment de la sortie du patient de l'établissement ou de la structure de santé, tout doit être fait pour que ses droits fondamentaux soient respectés, au nombre desquels nous pouvons citer la confidentialité, la qualité et la continuité des soins.

Par ailleurs, cette fiche de sortie donnée au patient ne doit comporter aucun diagnostic ni aucune mention d'ordre médical concernant la maladie qui a conduit à son hospitalisation (CSP, art. R. 1112-59) ; son médecin traitant est immédiatement informé, ou le plus tôt possible après sa sortie de l'hôpital.

Elle contient aussi des prescriptions médicales que le patient doit continuer à suivre, avec des indications nécessaires et propres lui permettant de les mettre en œuvre en cas de surveillance (CSP, art. R. 1112-60).

Ainsi, selon l'article R. 1112-61 du CSP, tout patient reçoit les certificats médicaux et les ordonnances indispensables à la continuation de ses soins et de ses traitements et à la justification de ses droits.

Il convient de rappeler que ces dispositions ne sont applicables qu'aux établissements hospitaliers, en principe, de manière générale. La loi du 26 janvier 2016 a créé l'obligation d'établir une lettre de liaison en cas d'hospitalisation, pour permettre une bonne continuité des soins. Cette loi est indispensable car elle apporte une innovation capitale dans le domaine du droit des patients.

L'article L. 1112-1 stipule ainsi que *« le praticien qui a adressé le patient à l'établissement de santé en vue de son hospitalisation et le médecin traitant sont destinataires, à la sortie du patient, d'une lettre de liaison comportant les éléments utiles à la continuité des soins, rédigée par le médecin de l'établissement en charge du patient, y compris lorsque le patient est pris en charge en l'absence de la lettre de liaison du médecin qui l'a adressé à l'établissement. Toutefois, cette lettre de liaison est remise au patient au moment de sa sortie ou à la personne de confiance désignée en accord avec le patient »*⁴⁰⁹.

Par conséquent, il lui est demandé de prendre part à l'évaluation de la qualité de l'établissement de santé, car il possède la faculté de répondre au questionnaire de sortie délivré avec le livret d'accueil. Cela a pour but de recevoir ses appréciations et ses observations. Lorsque le patient a rempli ce questionnaire, ce dernier est remis à l'administration sous pli cacheté et sous forme anonyme si celui-ci le souhaite (CSP, art. R. 1112-67)⁴¹⁰.

De ce fait, dans le cadre de la lutte contre l'exclusion sociale, les établissements chargés de cette tâche doivent faire en sorte qu'à l'issue de leur admission ou de leur hébergement, tous les patients bénéficient des conditions d'existence nécessaires à la poursuite de leur traitement. Pour cette raison, ces établissements orientent les patients

⁴⁰⁹ Art. L. 1112-1 du Code de la santé publique.

⁴¹⁰ Art. R. 1112-67 du Code de la santé publique.

sortants qui ne disposent pas de telles conditions d'existence vers des structures prenant en compte la précarité de leur situation.

Au Mali, les différentes évaluations effectuées par le ministère de la Santé dans ce domaine montrent à suffisance que la performance des hôpitaux n'est pas au rendez-vous pour assurer ce genre de mission. En plus de ce constat, il convient d'y ajouter les nombreux autres défis que rencontrent les établissements hospitaliers du pays pour répondre aux besoins élémentaires de la population.

B - Le départ du patient de l'établissement de santé

Il nous semble important de parler de la volonté du patient de sortir. En principe, nul ne peut être, sous réserve de l'hospitalisation à la demande d'un tiers ou sur décision préfectorale, hospitalisé sans sa volonté ou son consentement.

Cela étant, à la suite d'une demande du titulaire de l'autorité parentale, il est possible qu'une personne majeure ou un mineur soit déclaré sortant à sa demande. Cependant, pour la santé du patient, des impositions préalables à la sortie sont souvent exigées.

Plus précisément, les équipes médicales peuvent voir leurs obligations d'information renforcées face aux dangers que court un patient dont l'état de santé requiert son maintien à l'hôpital, mais qui, malgré tout, rejette son hospitalisation.

Pour cela, le praticien doit d'abord l'informer sur les risques et les conséquences d'un tel refus, et ensuite tout mettre en œuvre pour le faire changer d'avis et l'amener à accepter de rester au sein de l'établissement afin de se faire soigner.

Cependant, l'établissement est tenu d'apporter la preuve de l'existence, et non pas nécessairement du contenu, de l'information dans tous les cas. Si le médecin n'arrive pas du tout à convaincre le patient de rester dans l'établissement pour des soins indispensables à sa situation, ce dernier ne sera alors autorisé à le quitter qu'après avoir rempli au préalable un document certifiant qu'il prend la mesure des risques que cette sortie présente pour lui.

En cas de refus de sa part de signer ce document, il est « *établi un procès-verbal attestant ce refus* » (CSP, art. R. 1112-62 pour les établissements publics). Par ailleurs, il a été admis que des attestations de personnel soignant, relatives à l'accomplissement par le praticien de son devoir d'information et au refus du patient de prolonger son hospitalisation,

qui ont été données plus d'un an après les faits, n'ont pas vocation à remettre en cause leur sincérité et leur pertinence.

Ce refus peut émaner également d'un patient qui rejette un traitement ou une intervention, ou tout simplement des soins qui lui sont proposés. Dans cette situation, il convient de préciser que ce n'est pas systématiquement et nécessairement l'hospitalisation qui est rejetée par le patient.

Toutefois, cette hospitalisation devient sans intérêt à cause de ce refus. Dans ce cas, sauf urgence médicale constatée et nécessitant obligatoirement d'autres soins, cette autorisation de sortie est prononcée par le directeur juste après la signature, par le patient hospitalisé, du document constatant clairement son refus d'accepter les soins offerts. S'il s'oppose à la signature de ce document, un procès-verbal prouvant ce refus est dressé (CSP, art. R. 1112-43 pour les établissements publics).

Il convient de rappeler qu'une série d'obligations s'applique d'une manière générale aux personnes hospitalisées et plus particulièrement aux usagers du service public pour ce qui concerne la sortie à titre de sanction, sans plus de précisions.

Il apparaît que toute personne hospitalisée est tenue de respecter le règlement intérieur de l'établissement, les droits des autres patients, ceux du personnel et les biens et équipements hospitaliers ; ce comportement logique découle du bon sens en toute objectivité. Il relève clairement des règles basiques de la citoyenneté, des relations à l'intérieur d'une société organisée autour de valeurs communes. Dans cet ordre d'idées, l'établissement de santé est perçu comme une société qui ne peut fonctionner harmonieusement que si ses membres obéissent à des règles communes.

Par conséquent, certaines attitudes sont interdites, punies et susceptibles de déclencher la prononciation d'une sanction. Une sortie à titre disciplinaire peut être prononcée au sein des établissements publics de santé, plus particulièrement dans deux hypothèses.

Premièrement, si le patient, par son comportement, cause des désordres permanents, cela peut amener le directeur à prendre, avec la complicité du médecin responsable, toutes sortes de mesures nécessaires qui peuvent aller éventuellement jusqu'à prononcer sa sortie

(CSP, art. 1112-49)⁴¹¹. À titre d'exemple, l'introduction d'une boisson alcoolisée au sein de l'établissement ou d'animaux domestiques est interdite, à l'exception des chiens guides d'aveugles (CSP, art. 1112-48)⁴¹².

Deuxièmement, dans le cadre d'une dégradation volontaire, et sans préjudice de l'indemnisation des dégâts causés, il appartient au directeur de prononcer la sortie de son auteur dans les mêmes conditions (CSP, art. 1112-50)⁴¹³.

Cela dit, il faut tout de même souligner qu'une telle mesure est très difficile à mettre en œuvre à cause du danger médical que pourrait déclencher une sortie anticipée ; elle est donc logiquement très rarement prononcée.

De façon générale, une simple menace de prononcer cette sortie suffit à elle seule à rétablir le calme ou l'ordre. Cependant, on peut s'interroger sur l'intérêt et la consistance du pouvoir de police dans l'enceinte des établissements de santé au regard des agressions et violences dont le personnel hospitalier fait l'objet.

S'agissant du décès d'un patient, avant toute chose, la « prise en charge » de la mort ne fait pas partie, en principe, des missions reconnues de l'hôpital, ainsi que l'indique l'enquête sur la mort à l'hôpital menée par l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) en novembre 2009⁴¹⁴.

Les praticiens de ces établissements, en France comme au Mali, accordent de l'importance à la manière d'annoncer un décès, mais ils n'informent pas les familles sur « l'après ». En effet, d'une part, ce n'est pas leur rôle, et d'autre part, ils n'ont pas suffisamment de temps pour le faire, tout simplement. Cela étant, les familles sont prises en charge par le personnel de la chambre mortuaire lorsque l'hôpital en possède une. L'information sur l'après-décès est très importante car l'accompagnement des proches, tant sur le plan psychologique que *via* le processus d'information, participe à la qualité du service mais aussi à l'image que renvoie l'institution hospitalière.

⁴¹¹ Art. 1112-49 du Code de la santé publique.

⁴¹² Art. 1112-48 du Code de la santé publique.

⁴¹³ Art. 1112-50 du Code de la santé publique.

⁴¹⁴ Françoise Lalande, Rapport sur la mort à l'hôpital (novembre 2009).

Il a été constaté que la plupart des familles sont assez souvent perdues ou tout simplement désorientées par cette difficile épreuve ; elles ont besoin par conséquent d'être aidées par des personnes de confiance.

Il incombe aux établissements de santé de tout mettre en œuvre afin de rendre possible la qualité des soins, notamment palliatifs, et pour permettre aux personnes arrivées au terme de leur existence d'avoir une vie digne jusqu'à la mort.

En présence d'un cas de décès arrivé concomitamment, il est impératif que l'établissement s'engage à prévenir une personne de confiance, qui peut être un membre de la famille ou un proche, dans un délai raisonnable lui permettant d'accompagner dignement le patient au cours de ses derniers moments difficiles. Les proches reçoivent également un soutien.

Au sein des établissements publics, quand le patient est en fin de vie, il est déplacé, avec une discrétion recommandable, dans une chambre individuelle prévue à cet effet. Par ailleurs, sont autorisés à rester auprès de lui ses proches, en dehors des heures de visite si les modalités d'hospitalisation du patient l'autorisent, en vertu de l'article 1112-68 du CSP⁴¹⁵.

Concernant le constat et la déclaration de décès, nous n'avons pas de définition incontestable de la mort à l'heure actuelle. Cela nous amène juridiquement à dire que la mort ne fait l'objet d'aucune définition concrète. Le droit encadre juste son constat. Si le décès est confirmé par tout moyen (CSP, art. 1112-69), il est attesté par un certificat délivré par un médecin, rédigé selon un modèle fixé par le ministère de la Santé et devant préciser sa ou ses causes (CGCT, art. 2223-42)⁴¹⁶.

Au sein des établissements de santé, selon les dispositions de l'article 80⁴¹⁷ du Code civil, les décès sont mentionnés dans un registre spécial remis dans les vingt-quatre heures au bureau d'état civil de la mairie.

Selon les dispositions de l'article 79-1⁴¹⁸ du Code civil, il est précisé que la déclaration d'un enfant sans vie est faite, et qu'elle est mentionnée dans les registres des morts de l'établissement en question.

⁴¹⁵ Art. 1112-68 du Code de la santé publique.

⁴¹⁶ Art. 1112-69 du Code de la santé publique.

⁴¹⁷ Art. 80 du Code civil.

Par ailleurs, dans d'autres situations, la notification de la mort est établie au sein du consulat le plus proche pour les étrangers qui n'ont pas de famille qui réside en France, à l'autorité militaire habilitée et compétente qui s'occupe des militaires, au président du conseil général pour les mineurs relevant d'un service départemental d'aide sociale à l'enfance, ainsi qu'au directeur de l'établissement qui a le mineur sous sa responsabilité, ou à la personne chez laquelle ce mineur a son domicile habituel pour ceux qui entrent dans les conditions relatives à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger.

Pour le moindre soupçon ou indice de décès violent ou suspect d'un patient hospitalisé, le directeur, une fois informé par le médecin responsable, porte cette information à la connaissance de l'autorité judiciaire.

Pour la question du prélèvement d'organes sur une personne morte, il ne peut y être procédé que si certaines conditions sont remplies cumulativement.

Tout d'abord, ce prélèvement ne saurait être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques, précisément pour permettre de réaliser des greffes ou de rechercher les raisons de la mort.

Ensuite, la personne ne doit pas avoir, de son vivant, refusé un tel prélèvement. Le patient peut exprimer ce refus par tout moyen, à travers l'inscription dans un registre national géré par l'Agence de la biomédecine ; il peut revenir sur sa décision à tout moment.

Par ailleurs, cette mort doit être constatée dans les conditions prévues par les articles R. 1232-1 à R. 1232-4 du Code de la santé publique⁴¹⁹. Les proches du défunt sont informés de leur droit à connaître toutes les informations concernant les prélèvements effectués.

Les praticiens qui rédigent ce constat de décès, d'un côté, et ceux qui font ce prélèvement ou cette greffe, de l'autre côté, doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts (CSP, art. 1232-4).

Ces praticiens sont tenus de prendre toutes les dispositions indispensables afin de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps. Hormis ces dispositions générales, des conditions spécifiques sont prises pour les prélèvements d'organes en vue de dons ou à

⁴¹⁸Art.79-1 du Code civil.

⁴¹⁹Art. R. 1232-1 à R.1232-4 du Code de la santé publique.

des fins scientifiques, et pour ces dernières, en cas d'autopsie médicale malgré le refus de la personne morte.

S'agissant de la dépouille mortelle, les établissements de santé sont obligés d'assurer le respect dont doivent bénéficier les morts et également leur intégrité. Il est possible qu'un établissement de santé soit déclaré responsable à l'égard des proches du défunt, à cause de l'état de décomposition du corps.

C'est une lourde obligation qui s'applique également aux praticiens, et que le code de déontologie rappelle : le respect dû à la personne ne cesse pas de s'appliquer après la mort (CSP, art. R. 4127-2)⁴²⁰.

Par ailleurs, le cadavre de la personne est déposé dans une salle spécialement dédiée à cet effet (chambre mortuaire) afin que les familles et les proches puissent le voir. À travers les dispositions de l'article L. 2223-39 du Code général des collectivités territoriales, les établissements de santé publics ou privés doivent remplir certaines conditions et disposer de ce type de local.

En tenant compte de cet article, un décret du 14 novembre 1997 a subordonné la mise en place d'une chambre mortuaire à l'existence d'un seuil d'au moins deux cents décès par an dans l'établissement. Selon la loi, ce seuil n'est pas contraire à ses dispositions ; il vise à prendre en compte le degré de nécessité d'une chambre mortuaire en tant qu'équipement relevant d'une structure sanitaire dont le financement, pour le secteur public, est assuré par la collectivité.

Cependant, il convient de distinguer la chambre mortuaire de la chambre funéraire. En effet, les chambres mortuaires ne sont pas un élément du service extérieur des pompes funèbres ; ce sont des équipements destinés à permettre aux familles des personnes mortes dans les établissements de santé de bénéficier du temps indispensable pour l'organisation des obsèques.

Cette chambre mortuaire peut tout de même recevoir, de façon secondaire et à titre onéreux, les cadavres des défunts en dehors des établissements, en cas d'absence de chambre funéraire à proximité (CGCT, art. 2223-39)⁴²¹.

⁴²⁰ Art. R. 4127-2 du Code de la santé publique.

Par ailleurs, la conservation et le transfert des corps en dehors de l'établissement sont effectués avec précaution, conformément aux articles R. 2213-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales⁴²².

Un délai de dix jours est accordé à la famille ou à défaut, à l'entourage, pour revendiquer le corps de la personne décédée dans l'établissement. Ce même délai est offert également à la mère et au père, à partir de l'accouchement, pour demander le corps de l'enfant pouvant être déclaré sans vie à l'état civil (CSP, art. R. 1112-75)⁴²³.

Il est utile de préciser que le corps est remis aux ayants droit au moment même de la réclamation, et cela, sans aucun délai pour eux. En revanche, si le corps n'est pas réclamé par les ayants droit dans une période de dix jours, il appartient à l'établissement, dans les deux jours francs, de faire procéder à l'enterrement du défunt dans les conditions financières qui correspondent aux ressources laissées par ce dernier ou, en l'absence de ressources convenables, à titre gratuit par la commune (CGCT, art. 2223-27). Des mesures sont prises afin de procéder, à sa charge, à la crémation du corps de l'enfant déclaré sans vie à l'état civil ou à son inhumation (CSP, art. 1112-76)⁴²⁴.

Cependant, l'établissement doit en informer les membres de l'entourage s'il les connaît. Les établissements de santé publics possèdent un document qui fait office de registre, lequel doit contenir les informations permettant le suivi du cadavre d'une personne et d'un enfant déclaré sans vie à l'état civil, depuis le constat de mort de la personne ou la date d'accouchement, et jusqu'à ce que le corps quitte l'établissement (CSP, art. 1112-76-1)⁴²⁵.

Par ailleurs, les informations figurant dans ce registre sont également annexées à l'arrêté du 5 janvier 2007, qui exige de l'établissement la conservation du registre pendant une durée d'utilisation administrative de cinquante ans.

⁴²¹ Art. 2223-39 du CGCT.

⁴²² Art. R.2213-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

⁴²³ Art. R.1112-75 du Code de la santé publique.

⁴²⁴ Art. 1112-76 du Code de la santé publique et art. 2223-27 du CGCT.

⁴²⁵ Art. 1112-76-1 du Code de la santé publique.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

L'exigence d'un consentement libre et éclairé est l'une des plus importantes qui soit en matière médicale. Les idées de liberté et de clarté associées au consentement en la matière ont suscité quelques interrogations, notamment lorsque la maladie et les soins s'imposent au patient.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que la recherche systématique du consentement et l'exigence du respect de la volonté du patient ont sans doute favorisé le développement d'une éthique de soin. Pour autant, dans la pratique, on rencontre une multitude de situations où la balance n'est pas en équilibre, ou ne peut l'être, entre un patient affecté par ce qui lui arrive et la nécessité d'agir vite dans l'acuité critique ou la maladie grave.

Si l'importance de consentir aux soins ne peut être contestée, il reste que le patient a surtout besoin de dénier sa maladie ou de dire non à ce qui lui est proposé. Ainsi, les équipes de soin peuvent avoir des difficultés à décrypter les motifs profonds du patient, qu'il s'agisse d'un refus brutal ou d'une réticence plus explicite.

Toutefois, lorsqu'il est sûr d'être accompagné et porté par la conviction de son médecin, le patient est souvent amené à y adhérer en retour. Se pose alors la question de savoir si la liberté du choix est toujours respectée dans l'éclairage qu'aurait permis l'information reçue par le patient.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Depuis leur affirmation, les droits des patients ne cessent de gagner en reconnaissance là où ils étaient avant méconnus. Les pouvoirs publics, sous la pression d'une opinion publique de plus en plus informée et n'ayant plus une grande confiance dans les activités médicales, voire dans certains professionnels de santé, prennent des dispositions dans le but de renforcer le rôle et la place de l'utilisateur en général, et du patient en particulier. Au Mali, le projet d'élaboration du Code de la santé va dans ce sens et prouve l'intérêt de la société malienne sur les questions de santé et de sa protection.

On y note aussi le développement des associations de malades ou d'utilisateurs, qui œuvrent beaucoup à la mise en place des réseaux communautaires de santé pour faciliter l'accès aux soins des populations installées dans les zones rurales. Cet intérêt montre encore une prise de conscience profonde et l'évidence d'un changement dans les relations entre le patient et le système de santé.

Aujourd'hui, les établissements et les professionnels de santé sont invités à suivre et à poursuivre leurs efforts pour se conformer à ces exigences qui ne cessent de se renforcer. En France comme au Mali, il est nécessaire que les droits des patients trouvent une place et une valeur importante dans la formation des professionnels de santé. Il s'agit d'un axe majeur qu'il faut renforcer davantage lorsqu'une formation dans ce sens est déjà mise en place, ou qu'il faut mettre en place lorsqu'elle n'existe pas encore.

On peut encore voir aujourd'hui, avec la crise sanitaire liée à la Covid-19, qu'il faut renforcer ou développer les actions de prévention et d'éducation à la santé aux fins d'une plus grande implication en amont de l'ensemble de la population. Plus que les lois, agir sur les consciences des populations et des professionnels de santé est une meilleure garantie.

Faire évoluer les attitudes et les comportements, au même titre que les textes qui sont élaborés et mis en œuvre, permet de mieux atteindre l'objectif de protection et de sauvegarde. En effet, même dans sa volonté de réguler par exemple l'obligation d'information du médecin, et plus largement la relation médecin-patient, le législateur a néanmoins laissé des parcelles de pouvoirs particulièrement étendus, faisant de l'information un instrument de pérennisation du déséquilibre du colloque médical.

Après avoir développé, dans cette première partie, les principaux droits des patients, il convient d'analyser, dans la deuxième partie, les obligations qui leur incombent dans leur rapport avec le professionnel et l'établissement de santé.

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉTUDE DES OBLIGATIONS PRINCIPALES DU PATIENT AU SEIN DE LA STRUCTURE DE SANTÉ

L'obligation est souvent considérée comme « *le lien de droit entre deux personnes en vertu duquel l'une d'entre elles (le créancier) peut exiger de l'autre (le débiteur) une prestation ou une abstention* »⁴²⁶.

Dans le colloque singulier, le médecin et le patient ont réciproquement des droits et des obligations. Ils se retrouvent alternativement dans la position de créancier (le médecin est débiteur de l'information au patient) et de débiteur (le patient a l'obligation de payer les honoraires du médecin).

L'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936 nous enseigne qu'« *il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat (...)* ». Il en résulte que le contrat médical « *est un contrat spécial civil* » de prestation de service⁴²⁷, « *consensuel* », conclu *intuitu personae*, et synallagmatique.

Le praticien, en acceptant de prendre en charge un patient, s'engage à mettre ses capacités intellectuelles et techniques en œuvre pour trouver des réponses aux maux qui le touchent, sans que cela n'affecte la santé physique ou mentale de ce dernier. C'est dans ce sens qu'on parle de prestation de service.

Ce contrat est dit aussi consensuel. Il l'est du fait qu'il repose sur l'accord de deux volontés : celle du praticien qui accepte de recevoir et de soigner le patient, et celle du patient qui accepte les soins qui lui sont proposés et d'en payer le prix.

Ce seul échange de consentements (le mode d'expression importe peu) suffit pour former le contrat consensuel. En droit français, qui inspire celui de la plupart des États francophones comme le Mali, le consensualisme est le principe. La conclusion du contrat suppose l'échange des consentements des parties, la rencontre des volontés, sauf lorsque la loi en dispose autrement.

⁴²⁶ PORCHY-SIMON S., *Droit des obligations* 2022, 14^e éd., Dalloz, 2021, n° 8.

⁴²⁷ BRUSORIO-AILLAUD M., *Le contrat médical, Droit médical et hospitalier*, Litec, fasc. n° 81 ; LECKERER F., *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., 2012, LGDJ.

Le contrat médical est ensuite un contrat *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de la personne. Ce caractère *intuitu personae* est plus prononcé surtout en ce qui concerne le patient, car le praticien, s'il peut refuser ses soins pour des raisons personnelles ou professionnelles, ne peut pas, en revanche, exercer ce droit face à l'urgence ou tout simplement face à ses devoirs d'humanité.

En effet, il est tenu, en toute hypothèse, de faire en sorte que la continuité des soins soit assurée surtout face à un cas d'urgence. En ce qui concerne le patient, il peut, en revanche, refuser les soins ou leur poursuite, sous certaines conditions.

Par ailleurs, le contrat médical exige des prestations réciproques. De cette exigence découle son caractère synallagmatique qui fait peser sur le médecin son obligation principale de donner des soins au patient, et sur le patient l'obligation de collaborer au traitement en fournissant au médecin toutes les informations nécessaires et en suivant les prescriptions de celui-ci, lorsqu'il accepte le traitement. Aussi, même si le contrat est gratuit et que le contrat médical est « par nature » déséquilibré, il conserve son caractère synallagmatique.

Tout ceci revient à dire que le désir ou la volonté de mettre à niveau la relation entre le médecin et le patient conduit à faire peser sur chacun des acteurs de santé des obligations dont le non-respect peut éventuellement conduire à la mise en jeu de leur responsabilité. Le fondement de cette responsabilité ne manque pas de susciter le doute, car la jurisprudence, après l'avoir contractualisée, semble s'orienter vers sa « dé-contractualisation ».

En effet, on a pu voir que la Cour de cassation, tout en admettant l'existence d'un contrat entre le patient et le soignant, a réduit le contenu obligationnel au paiement des honoraires et à l'exécution des soins, et va le contractualiser avec l'arrêt *Mercier*. Avant cet arrêt, le rapport contractuel laissait au champ extracontractuel la qualité des soins, notamment en cas de faute⁴²⁸.

Par la suite, avec l'arrêt *Mercier*, la Cour de cassation a consacré la contractualisation de l'obligation de prodiguer les soins, sanctionnée par une responsabilité de même nature. La promulgation de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et au système de santé a eu un impact sur la façon d'envisager les rapports du soignant et du soigné.

⁴²⁸ Req., 18 juin 1835, *Thoret-Noroy*, DP, 1835. I. 300, concl. Dupin ; S., 1835, I, 401 .

Certains auteurs estiment que cette loi a unifié le régime de la responsabilité médicale, civile ou administrative. D'autres, pointant l'absence de prise de position du législateur entre la nature contractuelle et extracontractuelle, y voient la consécration d'un autre type de responsabilité, la responsabilité sans faute, en tant que régime d'exception⁴²⁹.

Il convient alors de savoir si cette évolution a eu un impact pouvant affecter les obligations des parties dans la relation médicale, notamment les obligations du patient. Que reste-t-il des obligations du patient à la suite de cette évolution ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité en ce qui concerne le patient malien, doublement fragilisé par sa situation socio-économique et par la maladie.

Pour répondre à cette interrogation, il importe d'examiner les principales obligations du patient (**chapitre I**), sachant qu'il dispose de voies de recours (**chapitre II**) et qu'il peut enfin les exercer directement ou par l'intermédiaire de ses représentants (**chapitre III**).

⁴²⁹ DREYFUSS-NETTER, « Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », *RCA*, 2002, chron. 17 ; Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, n° 06-19.301 ; *RTD civ.*, 2008. 303, obs. Jourdan. ; *D.*, 2008. 192, note Sargos ; *JCP*, 2008. II. 125, n° 3, obs. Stoffel-Munck.

CHAPITRE I

LES PRINCIPALES OBLIGATIONS DU PATIENT

Si les patients ont des droits de mieux en mieux respectés et évolutifs, ils ont aussi des devoirs dont on parle peu, et qui sont rarement mis en œuvre. Lors de son séjour à l'hôpital, le patient est soumis au respect des conditions fixées par son règlement intérieur. Il doit se conformer et respecter également les règles élémentaires propres à tout passage dans un espace public. Le règlement intérieur pose des règles générales qui s'imposent aux patients et à leur entourage au sein de l'établissement.

Cependant, il n'y a pas que dans ses rapports avec l'établissement de santé que le patient a des obligations. Il est obligé de respecter aussi des règles dans ses rapports avec les professionnels libéraux.

Le comportement du patient doit être raisonnable. Il doit manifester respect et compréhension des droits des autres malades, et tous doivent afficher leur volonté de collaborer avec le personnel et la direction de l'hôpital pour le bon déroulement du service public hospitalier.

L'objectif de la loi du 4 mars 2002 est de consacrer et de réaffirmer les droits du malade. Toutefois, bien que le législateur ne dise rien sur l'existence d'obligations, il ne remet pas en cause ce que les textes ou la jurisprudence exigent du malade.

Le législateur atteste de l'existence de telles obligations de deux façons :

- D'une façon implicite : après renforcement des droits de la personne humaine, le législateur admet aussi des obligations en contrepartie.
- D'une façon directe : il affirme que « *les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et les principes sur lesquels il repose* » (CSP, art. L. 1111-1)⁴³⁰. De ce fait, le législateur indique que les patients ont non seulement des droits, mais aussi des devoirs.

⁴³⁰ Art. L. 1111-1 du Code de la santé publique.

Cela étant affirmé, nous étudierons, dans un premier temps, les obligations du patient dans ses relations avec le corps médical (**section 1**), puis, dans un second temps, les obligations du patient dans ses rapports avec l'établissement de santé (**section 2**).

SECTION 1 - DANS SES RELATIONS AVEC L'ÉQUIPE MÉDICALE

Une équipe médicale est un groupe de personnes, avec des formations différentes, qui coopèrent pour améliorer la santé d'une personne malade prise en charge au sein d'un établissement de santé.

En effet, au sein d'un service de soins, un patient rencontre les équipes médicales et paramédicales qui changent en fonction des rythmes de travail au cours de la journée. Une équipe médicale est placée sous la conduite d'un chef de service qui organise son fonctionnement, dans le respect de la responsabilité médicale de chaque praticien. Elle peut être constituée de médecins, praticiens hospitaliers, assistants ou attachés.

À côté de l'équipe médicale, on trouve une équipe paramédicale qui peut être composée d'un cadre de santé et d'infirmiers spécialisés ou non, chargés de prendre soin des patients en mettant en œuvre l'administration et la surveillance des traitements médicaux. Les infirmiers assurent également les soins d'hygiène, de confort et d'hôtellerie, avec le concours des aides-soignants et auxiliaires de puériculture.

En plus de ces deux catégories, à l'hôpital, des agents hospitaliers assurent l'hygiène des locaux. Il y a lieu de préciser que l'hôpital accueille aussi régulièrement et en permanence des stagiaires et des étudiants. Les obligations du patient sont envisagées à l'égard de l'ensemble de ces équipes, à l'échelle de l'établissement de santé mais aussi du système de santé en général.

Le patient est tenu de respecter, pendant son séjour dans l'établissement, le personnel soignant, administratif, technique et médico-technique de l'hôpital. Il en va de même pour son entourage. Par conséquent, tout acte de violence, de menace, les voies de fait, les injures, diffamations ou outrages à l'endroit du personnel sont susceptibles de donner lieu à des poursuites et des sanctions prévues à cet effet.

En principe, il semble que deux sortes d'obligations s'imposent au patient dans ses rapports avec le professionnel, à savoir l'obligation d'informer le médecin et l'obligation de

suivre et d'observer le traitement prescrit par ce dernier. Dans cette section, nous parlerons ainsi de la base de ces obligations (**paragraphe 1**) et du contenu des obligations du patient à l'égard du médecin (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - La base des obligations du patient

Calquée sur la relation de confiance qui détermine habituellement le rapport entre le patient et le médecin, c'est une relation qui fonde ce qu'il est convenu d'appeler le contrat médical, contrat civil, synallagmatique, ainsi que nous l'avons indiqué précédemment.

Depuis l'arrêt *Mercier* de 1936⁴³¹, le contrat médical trouve à s'appliquer effectivement dans le cadre de la médecine libérale où il constitue le support et la base des relations qui s'établissent entre le médecin et le patient dès lors que le praticien, appelé par le patient, accepte de prendre en charge ce dernier.

Nous tenons pour acquis le fait que le contrat médical fait apparaître entre le médecin et le patient un certain nombre d'obligations mutuelles comme les obligations du praticien d'informer le patient et de recueillir son consentement, pour ne citer que cela. Ces obligations qui incombent au médecin correspondent à des obligations du patient, notamment celles d'informer le praticien de son état et de suivre son traitement.

Si l'on se rapporte à la relation du médecin et du patient dans le cadre des soins hospitaliers, on se rend compte que le contrat médical, tel qu'envisagé à la suite de l'arrêt *Mercier*, montre très vite ses points faibles.

Par ailleurs, à l'intérieur des établissements de santé, ce contrat médical ne trouve à s'appliquer que dans les établissements privés où le praticien exerce à titre libéral et est rémunéré à l'acte, selon des honoraires établis dans les structures publiques, dans certaines conditions. En effet, la donne évolue et change dès que le médecin devient le salarié de la clinique ou l'agent public de l'hôpital⁴³² ; ce n'est plus avec le praticien, mais avec l'établissement que se forment les relations juridiques du patient.

⁴³¹ Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c. Époux Mercier*, D., 1936.I.94, concl. MATTER.

⁴³² Sauf hypothèses d'îlots de médecine libérale à l'hôpital, voir secteur d'activité libérale des praticiens, régime anciennement dit de la clinique ouverte, malades soignés dans les ex-hôpitaux locaux, hospitalisation à domicile.

En fait, depuis 1991, il est admis qu'un contrat de soins puisse se former entre le malade et un établissement privé de soins ou un hôpital, lequel prend en charge l'intégralité des prestations à assurer.

Dès lors, il n'existe aucune relation contractuelle entre le patient et le praticien, voire les membres de son équipe. Les coéquipiers se trouvent alors réunis non pas par le patient, ni par l'un des membres de l'équipe (en général le chirurgien), mais par l'établissement.

Cette situation n'est pas à confondre avec celle de la médecine de groupe. Dans cette hypothèse, chaque membre du groupe reste seul responsable envers ses patients.

Dans un arrêt de principe, la Cour de cassation a affirmé que « *l'obligation de tout médecin de donner à son patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science emporte, lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement de ce patient, l'obligation pour chacun d'eux d'assurer un suivi de ses prescriptions afin d'assumer ses responsabilités personnelles au regard de ses compétences* »⁴³³.

Dans le même esprit, lorsqu'il y a une succession dans le temps d'actes médicaux par divers praticiens, la défaillance de l'un d'entre eux est nécessairement personnelle, de sorte qu'« *elle implique que soit identifié le professionnel de santé ou l'établissement de santé auquel elle est imputable ou qui répond de ses conséquences* »⁴³⁴. De même, lorsqu'un médecin adresse un patient à un spécialiste pour consultation, celui-ci sera seul responsable des conséquences de son examen ou de ses soins.

Enfin, il est entendu que le médecin n'est pas responsable des fautes de son remplaçant, sauf s'il a désigné quelqu'un ne présentant pas la qualification requise⁴³⁵ ou s'il avait pris l'engagement d'exécuter personnellement l'acte médical⁴³⁶.

L'arrêt *Mercier*, longtemps considéré comme « source » de la nature contractuelle de la relation entre le patient et le praticien, n'a pas fait allusion aux obligations du malade. La

⁴³³ Civ. 1^{re}, 16 mai 2013, n° 12-21.338, P I, n° 102 ; *D.*, 2013. 1271 ; *JCP*, 2013, n° 762, note APPROB. P. Sargos ; *RDSS*, 2013. 741, obs. F. Arhab-Girardin.

⁴³⁴ Civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-25.348, P I, n° 207 ; *D.*, 2017. 24, obs. O. Gout ; *D.*, 2017. 337, note A. Bernard-Roujou de Boubée ; *RLDC*, 2017. 337, note C. Aubry de Maramont ; *RTD civ.*, 2017. 163, obs. P. Jourdain. Dans cette espèce, il était impossible de déterminer l'auteur de la faute, avec la conséquence fâcheuse que la victime ne pouvait être indemnisée.

⁴³⁵ Civ. 1^{re}, 25 mai 1987, n° 85-12.541, P I, n° 170, à propos d'un remplaçant désigné par un spécialiste à la clinique à laquelle il était lié.

⁴³⁶ Paris, 1^{er} déc. 1995, *JCP*, 1997. II. 22760.

jurisprudence et la doctrine n'ont fait référence, en ce qui les concerne, qu'à l'une de ces obligations, celle qui renvoie au paiement des honoraires, sauf hypothèse d'acte gratuit ou de paiement par un tiers.

Sur cette obligation de payer les honoraires, il y a lieu de préciser que le malade est tenu de verser au médecin les honoraires réclamés par lui après l'accomplissement des actes médicaux. Cette obligation ne doit toutefois pas conduire à penser que le contrat médical est par nature une convention à titre onéreux, car il peut être à titre gratuit.

La question a été traitée par la Cour de cassation à propos d'un médecin qui avait accepté de soigner un de ses confrères et lui avait appliqué, avec son accord, un traitement radiothérapique qui avait provoqué des lésions chez ce dernier. Plus de trois ans après ces soins, le praticien qui les avait reçus a demandé, devant la juridiction civile, réparation du dommage subi à celui qui les lui avait donnés.

Le médecin soignant prétendait qu'en raison de la gratuité de sa prestation, qui est d'usage entre médecins, il n'y avait pas eu de contrat entre eux et que la seule responsabilité qu'il pouvait encourir avait son origine dans une infraction pénale, les blessures involontaires qu'il avait infligées à son confrère. Or, toujours selon lui, conformément aux dispositions de l'article 638 du Code d'instruction criminelle alors en vigueur, l'action civile de la victime, solidaire de l'action publique, s'était éteinte en même temps que cette dernière, soumise à une prescription de trois ans.

À l'occasion de cette affaire, la Cour de cassation a pris nettement position en affirmant que les juges du fond n'avaient pas à « *rechercher si la nature du contrat intervenu entre le médecin et son client se [trouvait] influencée par la gratuité de ses services rendus* »⁴³⁷. Cette solution, posée en des termes généraux, s'est imposée dans les autres cas où d'autres raisons conduiraient un médecin à ne pas réclamer d'honoraires, comme l'y autorisent les dispositions du code de déontologie médicale.

On sait aussi que le malade n'a pas d'obligation de fidélité. Dans le domaine de la santé, le principe de libre choix qui est reconnu s'applique aussi bien à la médecine libérale qu'à la médecine hospitalière publique, des aménagements étant prévus dans ce dernier cas.

⁴³⁷ Cass. civ., 18 janv. 1938, S., 1939, p. 201, note Esmein P., JCP, 1938, II, p. 625.

Lorsque l'application du contrat médical pose un problème, les droits du patient restent quand même universels, peu importe la façon dont il est pris en charge et quel que soit le fond commun des obligations du corps médical, particulièrement la déontologie médicale et les principes fondamentaux de la profession médicale.

Il est important de préciser que même en l'absence d'un contrat médical, le médecin est tenu aux mêmes obligations d'information, de recueil du consentement et de moyens à l'égard du patient, et cela, même si, compte tenu des circonstances, le libre choix du praticien par son patient est limité (absence de choix de mêmes spécialistes dans un établissement, tableau des permanences au sein d'un service)⁴³⁸.

Ces obligations du patient sont fondées sur le droit commun découlant particulièrement de l'article 1111-4 du Code de la santé publique. L'alinéa 1 de cet article indique que « *toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations qu'il lui fournit les décisions concernant sa santé* ». Cela montre clairement les différentes obligations qui proviennent de cet article.

Comme souligné précédemment, la décision médicale n'est plus unilatérale mais relayée. À l'égard du médecin, ce n'est pas la situation juridique du patient qui change. Sur le plan de la médecine libérale, la situation juridique demeure contractuelle, et dans les autres situations, elle est purement « statutaire », de droit public ou de droit privé.

Ce qui change, c'est la nature de la décision médicale. Jusqu'en 2002, on la considérait comme propre au médecin ; avec le nouveau dispositif, cette décision est adoptée par les deux parties. Cette décision médicale se retrouve en effet contractualisée alors même que l'ensemble des rapports entre médecins et patients ne l'est pas. C'est donc la décision médicale telle que déterminée par l'article L.1111-4 du Code de la santé publique qui donne le socle des obligations du médecin et désormais, surtout, de celles du patient.

Par ailleurs, si le patient avait auparavant la possibilité de « s'offrir » au médecin en lui remettant ses intérêts de santé sans attendre autre chose de lui que la mise en œuvre de son obligation de soins consciencieux, attentifs, dévoués et conformes aux données acquises de la science, aujourd'hui, il possède la faculté d'exiger du praticien toutes les informations

⁴³⁸ Voir en particulier la jurisprudence administrative qui fait peser sur le médecin la charge de la preuve de l'information médicale sans pouvoir invoquer l'art. 1315 du C. civ.

nécessaires à la prise en charge de la décision médicale. Désormais, la confiance qui lie le médecin au patient n'est plus aveugle mais éclairée.

Puisque le médecin et son patient prennent ensemble la décision médicale, celle-ci ne peut être arrêtée que si les deux parties se sont entendues, ont discuté. Cela suppose donc que dans cet échange, chacun informe l'autre, écoute l'autre et également respecte les droits de l'autre. Ce qui importe surtout, c'est de savoir quel est le sort des obligations du patient vis-à-vis des coauteurs, avec le médecin, de la décision concernant sa santé.

Au Mali, dans le cadre de sa relation avec le médecin, en principe, le malade n'intervient pas dans la décision médicale à cause du caractère paternaliste de cette relation. En général, c'est le médecin qui mène les débats ; le malade n'a pas assez souvent son mot à dire concernant la mise en place de son traitement. La plupart des malades qui fréquentent les établissements hospitaliers ignorent complètement qu'ils possèdent des droits vis-à-vis du médecin, et la seule préoccupation qui les anime est la guérison.

Paragraphe 2 - Le contenu de l'obligation du patient vis-à-vis du médecin

Les obligations du patient sont le corollaire de celles du médecin. Rappelons à cet effet que trois obligations essentielles s'imposent au médecin, dont deux possèdent un caractère éthique : l'information et le recueil du consentement, qui ont pour vocation de permettre au patient de se positionner et de consentir à l'acte médical.

La dernière obligation est d'ordre technique. Il s'agit de l'obligation de moyens par laquelle le praticien s'engage à tout mettre en œuvre pour offrir au patient une issue heureuse de la consultation ou de l'hospitalisation.

Pour lui faciliter la tâche, afin d'accomplir ses propres obligations, le médecin a besoin du concours et de l'aide du patient. Il doit informer le médecin de l'antériorité de certains événements personnels qu'il est le seul à connaître ; il doit également lui faire part de ses doutes avant de consentir à l'acte.

C'est au regard de cela que l'on fait peser sur le patient, en contrepartie de l'obligation d'information incombant au médecin, une obligation de collaborer. Ce dernier est tenu par l'obligation d'informer le médecin de tous les événements dont il a connaissance et qui

pourraient utilement, voire impérieusement, lui permettre d'éclairer son diagnostic et d'envisager la thérapeutique.

Le patient est tenu « *de collaborer à l'exécution du contrat, c'est-à-dire au traitement* »⁴³⁹. Cela suppose qu'il doit faire part au médecin, si cela lui est possible, « *de ses antécédents médicaux et familiaux* »⁴⁴⁰.

Si le patient viole consciemment cette exigence, par exemple en affirmant faussement au praticien qu'il n'a suivi aucun traitement avant de le consulter, il commet une faute qui peut exonérer le médecin de sa responsabilité si ce dernier ne pouvait ni la prévoir, ni l'empêcher⁴⁴¹. Ainsi, « désinformé » par son patient, le médecin n'a pas à répondre des conséquences du traitement qu'il ordonne dans l'ignorance de ses antécédents médicaux.

Il est toutefois nécessaire que le médecin interroge le patient dans les cas graves. C'est ainsi qu'un médecin anesthésiste a été reconnu fautif de ne pas s'être assuré que sa patiente ne suivait pas un traitement anticoagulant contre-indiquant l'anesthésie péridurale envisagée⁴⁴².

Le patient doit contribuer à une meilleure précision du diagnostic établi par le médecin. Un diagnostic bien posé par le praticien profite pleinement au patient. Il est question ici, clairement, d'une obligation de loyauté et de sincérité, certes du profane à l'égard du sachant, mais qui trouve à s'appliquer dans la mesure où l'acte médical n'est pas une science divinatoire.

En outre, la prescription médicale n'est pas seulement intuitive ; elle peut aussi potentiellement avoir des conséquences dangereuses, voire dramatiques. La médecine est aussi entendue comme une science et pas uniquement comme un art ou un savoir-faire digne de ce nom. Le diagnostic médical prend comme support un examen clinique et des constatations scientifiques, la définition de la thérapeutique provenant des conclusions précédentes. Il est utile de souligner que ce n'est pas une science exacte ou parfaite, parce qu'elle se pratique sur le corps humain qui est lui-même tributaire d'un patrimoine génétique

⁴³⁹ Cass. crim., 3 juill. 1969, *JCP*, 1970, II, n° 16447.

⁴⁴⁰ DUPONT M., ESPER C., PAIRE C., *Droit hospitalier*, 5^e éd., Dalloz, 2005, n° 371.

⁴⁴¹ Cass. 2^e civ., 18 déc. 1956, p. 231.

⁴⁴² Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 2005, n° 03-18.669 ; *BICC*, n° 634, 15 févr. 2006.

et des aléas de la vie. Par conséquent, si elle est perçue comme telle, force est de constater qu'elle n'est pas sûre à 100 %.

Toutefois, si le médecin a la faculté, soit par un examen clinique, soit en recourant à des analyses et investigations radiologiques pointues, de faire des constatations scientifiques, les résultats peuvent être faussés par l'histoire médicale du patient, ses conditions de vie ou encore d'hygiène.

Dès lors, dans la limite de ses connaissances, de ses antécédents et probablement de ses facultés intellectuelles ou mentales, le patient doit jouer pleinement son rôle. Notamment, il lui revient d'informer de façon claire le médecin de tous les incidents, traitements et antécédents, comme par exemple l'existence d'allergies, de nature à l'éclairer, à éveiller son attention, à écarter un diagnostic ou un traitement.

L'entourage du patient doit également se conformer aux prescriptions et recommandations concernant l'hygiène et l'alimentation. Le patient et son entourage sont tenus de préserver les matériels contre toutes formes de dégradations et de détériorations, mais aussi de gaspillages.

L'usage des stupéfiants comme le tabac et autres est strictement interdit, y compris l'alcool, dans les locaux utilisés pour l'accueil, les soins, les consultations et l'hébergement des patients au sein de l'établissement de santé.

Par ailleurs, et toujours pour préserver le bien-être et le confort de tous les autres patients, l'entourage doit avoir la sagesse d'éviter les présences prolongées qui risquent d'affecter le confort des autres malades.

Cette obligation démontre qu'en milieu hospitalier, sauf en cas de maladie chronique connue du service ou d'hospitalisation à long terme, de façon rare, les patients sont connus des équipes médicales et des spécialistes qui ignorent très souvent l'histoire médicale des patients admis en consultation ou en hospitalisation.

Il est vrai qu'aujourd'hui, le recours au médecin traitant après l'expérience du médecin référent et, bientôt, l'accès au dossier médical personnel après le carnet de santé⁴⁴³ concourt à un meilleur suivi des soins.

En conséquence, d'un côté, le médecin traitant ne se substitue pas au patient lorsque celui-ci consulte un spécialiste, et de l'autre côté, le dossier médical du patient permet de s'affranchir de toute information.

Si le patient se garde d'informer le médecin des risques afin que celui-ci puisse faire à bon escient, dans le cadre de cet échange, la meilleure analyse possible, il libère le médecin de sa responsabilité.

De ce fait, de façon factuelle, en cas de survenance d'un accident, la responsabilité du médecin pourrait être écartée ou en partie exonérée en raison du comportement du patient qui, conscient qu'une information serait importante ou nécessaire au praticien, se serait cependant gardé de la communiquer ou de le faire pendant sa prise en charge médicale.

Même si, concrètement, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique ne préconise aucune obligation à l'endroit du patient, il indique tout de même la façon dont il peut prendre la décision médicale avec le médecin au cas où ce dernier ne l'a pas informé des risques. Par conséquent, il revient ensuite au médecin de l'apprécier dans le cadre de cette discussion⁴⁴⁴.

Par ailleurs, le patient aura tout intérêt à éclairer en toute objectivité le médecin dans son diagnostic, en lui fournissant notamment toutes les informations indispensables et nécessaires à sa santé. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé un cas de dissimulation d'informations essentielles (la séropositivité de la mère) à propos de la contamination par le VIH d'un nouveau-né⁴⁴⁵.

Le patient est donc obligé, au sens vrai du mot, d'être sincère et loyal, et de ne pas occulter ou cacher sciemment un élément déterminant qui empêcherait le professionnel de lui apporter les soins dévoués, consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science.

⁴⁴³ Cf. M.-L. MOQUET-ANGER, « Les obligations du patient et l'assurance maladie : les exemples du carnet de santé et du médecin référent », *RGDM*, 2003, n°11, in *Les obligations du patient*, colloque AFDS, p. 49.

⁴⁴⁴ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

⁴⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 20 janv. 2011, n° 09-68042.

Cette décision médicale, en l'absence de colloque, serait singulière si, après s'être tu sur une information capitale, le patient acceptait néanmoins le traitement proposé, qui serait susceptible de faire naître un risque potentiel.

Ceci nous amène à la seconde obligation qui concerne l'observation du traitement. Il faut dire d'emblée que tout médecin est en principe lié par une obligation de moyens. Cela veut dire concrètement qu'il doit mettre en œuvre tous les moyens possibles que la science lui procure et met à sa disposition afin de donner au patient les meilleures opportunités et chances pour soit retrouver la santé, soit améliorer son état de santé.

En conséquence, afin de trouver une issue favorable à la consultation ou à l'intervention, le patient est tenu de suivre les recommandations du médecin, détenteur du savoir, ainsi que le traitement qui lui est proposé. Cette obligation de suivre le traitement suppose qu'il soit consenti par le patient, hors hypothèse où il est imposé par la loi⁴⁴⁶.

Ce traitement, en principe, est supposé être décidé, selon l'expression « décision concernant sa santé » figurant expressément à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique⁴⁴⁷. Une décision, aussi bien médicale que juridique, est appelée à produire des effets.

Cependant, alors que la décision juridique crée des droits et obligations dont le non-respect est habituellement accompagné de sanctions, la décision médicale a vocation à produire des conséquences heureuses, attendues d'une intervention chirurgicale, d'une investigation radiologique, d'un traitement médicamenteux ou de soins paramédicaux. Pour que de telles conséquences positives puissent se produire, le patient, en principe, est invité à suivre un ou plusieurs traitements (à titre d'exemple, il n'est pas rare qu'un régime alimentaire soit accompagné d'une prise de médicaments).

Dans le cas où le patient décide, après avoir accepté le traitement, de ne plus le suivre, notamment en l'arrêtant ou en le modifiant, il compromet gravement non seulement ses chances de guérison, mais également la décision médicale adoptée en la modifiant ou en l'abrogeant. Le bon sens indique que l'arrêt du traitement découle d'une entente entre le patient et le médecin.

⁴⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 20 janv. 2011, 09-68042.

⁴⁴⁷ Art. L.1111-4 du Code de la santé publique.

Par ailleurs, il n'est pas garanti que le droit de la personne, basé sur le respect de l'autonomie de la volonté humaine, emporte cette imposition. L'article L. 1111-4, alinéa 4 permet au patient de revenir sur son consentement à tout moment.

S'il est admis que le droit accepte aujourd'hui le refus ou l'arrêt total de tout traitement, il convient de savoir que cela ne concerne que des hypothèses souvent dramatiques comme le refus d'une obstination déraisonnable ou la fin de vie, telles que prévues par la loi du 2 février 2016⁴⁴⁸.

Pour ce qui concerne le traitement donné pour soigner certaines affections courantes qui ne sont pas bénignes, il ne saurait y avoir de formalisme excessif. Voilà pourquoi, dans la grande majorité des situations, lorsque le patient sort de l'établissement de santé avec une prescription, il décide seul de suivre ou de ne pas suivre, en toute liberté, le traitement prescrit par le médecin. Ce dernier ne sera informé de l'arrêt du traitement, dans ce cas de figure, que lorsqu'une nouvelle hospitalisation s'avérera nécessaire.

Par ailleurs, il convient de rappeler que pendant toute la durée de l'hospitalisation, l'obligation de suivi repose sur les équipes médicales. En revanche, dès que le patient est sorti de l'établissement, il n'est plus sous la surveillance de l'équipe médicale, et de ce fait, il devient seul maître du suivi du traitement et de son état.

La véritable obligation à laquelle font face les praticiens de l'établissement se trouve dans l'information du médecin traitant et du médecin prescripteur à travers la fiche de liaison créée à l'article L. 1112-1⁴⁴⁹ du Code de la santé publique. Toutefois, il n'est pas probable que l'arrêt du traitement soit décidé directement en accord avec celui qui l'a proposé.

Le patient qui a donné son consentement à un traitement est obligé de le suivre tant qu'il n'a pas fait savoir son désaccord ou qu'un autre traitement ne lui a pas été substitué, soit par le médecin initial, soit par un nouveau médecin intervenant dans la chaîne de soins, à la demande du patient ou en raison des circonstances (aggravation de son état de santé conduisant à un transfert dans un autre service, établissement ou autre).

En cas d'arrêt du traitement par le patient sans que le médecin soit informé de cette décision, et sans qu'il puisse lui faire d'autres recommandations ou lui donner un traitement

⁴⁴⁸ Loi du 2 février 2016.

⁴⁴⁹ Article L. 1112-1 du Code de la santé publique.

différent, la responsabilité de ce dernier en cas de préjudice né de cet arrêt inopiné pourra être dégagée du fait du comportement de la victime et de sa part dans la réalisation du dommage. On pourra parler ainsi de « *l'indocilité du malade dans les soins* »⁴⁵⁰. Cette situation doit être distinguée du manque d'observance du patient invoqué par l'assurance maladie. Sur le plan éthique (égalité d'accès aux soins), les caisses d'assurance maladie ont refusé de prendre en charge des appareils destinés à réguler l'apnée du sommeil dès lors que le patient ne se conformait pas à l'obligation de les utiliser toutes les nuits.

À la suite d'un recours pour excès de pouvoir concernant un arrêté des ministres chargés de la sécurité sociale et de la santé, prévoyant que cette prise en charge par l'assurance maladie obligatoire peut être réduite ou même supprimée, quand il découle des données d'utilisation de l'appareil que le patient doit être regardé comme n'ayant pas suivi son traitement, le Conseil d'État a décidé d'annuler ces dispositions pour des motifs d'incompétence des ministres ; ce qui revient à saisir le législateur pour cette question⁴⁵¹.

Comme l'écrit Didier Truchet : « *On admettra que le médecin ou l'établissement ne peut être tenu pour responsable (ou entièrement responsable) de l'évolution défavorable de l'état de santé du patient lorsque ce dernier, capable, conscient et informé du traitement, de son importance, des risques qu'il y a à ne pas le suivre, refuse ou néglige de suivre le protocole de soins qu'il a décidé avec l'homme de l'art.* »⁴⁵²

Antérieurement, il a été jugé que des conséquences dommageables d'une blessure mal traitée ou mal prise en charge ont aussi été aggravées par le comportement d'une patiente n'ayant pas respecté les consignes strictes d'immobilisation des doigts, préconisées par le chirurgien, ce qui a réduit l'indemnisation à 40 %⁴⁵³.

Cependant, si le traitement a été observé selon les recommandations du médecin, ce dernier, sauf en cas d'aléa ou d'échec thérapeutique, retrouve sa part de responsabilité dans le choix de la thérapeutique.

⁴⁵⁰ Selon la formule de R. SAVATIER, J.-M. AUBY, H. PEQUIGNOT, *Traité de droit médical*, Ed. Librairies Techniques, 1956, p. 269.

⁴⁵¹ CE, 28 nov.2014, n° 366931, *Union nationale des associations de santé à domicile*, Rec. T., p.880 ; RDSS, 2015, p.300, note P.-A. ADÈLE. La Cour de cassation a tiré les conséquences de cette annulation rétroactive en jugeant qu'en l'absence de texte, la caisse maladie ne peut refuser la prise en charge de la prolongation de l'assistance respiratoire pour inobservance d'utilisation du dispositif ; Cass. 2^e civ., 18 juin 2015, n° 14-18285.

⁴⁵² Avant-propos introductif au colloque de l'AFDS, *Les obligations du patient*, RGDM ; 2003, n° 11, p.10.

⁴⁵³ CAA Nancy, 13 juin 2003, n° 12NC01478 ; pour le non-respect des protocoles diététiques préconisés et le refus de séance d'éducation thérapeutique, voir CAA Douai, 13 mai 2013, n° 12DA00635.

Du fait que le consentement à un acte médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale, le bénéficiaire de cette liberté doit assumer les conséquences qui en découlent, c'est-à-dire exécuter le traitement qu'il a accepté, ou à défaut, notamment si de nouveaux éléments médicaux surgissent, demander une modification de la prescription en recourant à un médecin s'il n'est plus sous la surveillance d'une équipe médicale.

Le patient, tant qu'il est hospitalisé, est sous la surveillance et la responsabilité des équipes qui doivent s'assurer de l'exécution du traitement par celui-ci.

La Charte du malade hospitalisé du Mali stipule que « *lorsque le malade accepte librement un traitement prescrit, il a le devoir d'en assurer l'observation adéquate* »⁴⁵⁴. Il s'agit là de la responsabilité du malade de se conformer aux recommandations du médecin qui le prend en charge dans le cadre de l'acte médical.

Au Mali, en principe, les médecins sont soumis à des devoirs dans l'accomplissement de leur fonction. Force est cependant de constater que ces obligations sont limitées par le système sanitaire, mais également par l'environnement qui fausse le plus souvent les performances du médecin. Il est aussi victime des contraintes objectives : les plateaux techniques dérisoires et faibles et les sous-effectifs ne favorisent pas la disponibilité des médecins afin de proposer les soins adéquats.

SECTION 2 - LA RELATION DU PATIENT AVEC L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ

Cette section est consacrée aux obligations essentielles et, plus exactement, à l'obligation de bonne conduite du patient dans l'établissement (**paragraphe 1**), à l'obligation de paiement des prestations (**paragraphe 2**) et à l'obligation de collaboration du patient (**paragraphe 3**). Avant d'analyser enfin la responsabilité du patient (**paragraphe 4**).

Paragraphe 1 - L'obligation de bonne conduite du patient

Cette obligation vise le respect du bon ordre au sein de l'établissement, c'est-à-dire le respect des autres personnes hospitalisées et du personnel, mais également l'interdiction de porter atteinte aux biens, équipements et installations de l'établissement.

⁴⁵⁴ Article 26 de la Charte du malade hospitalisé, 6 octobre 2008.

En principe, un patient hospitalisé n'est pas libéré de ses obligations générales à l'égard de la société. Par conséquent, il peut faire l'objet de poursuite pénale lorsque son comportement est de nature à constituer une infraction pénale.

Il revient au directeur, dans les établissements publics en particulier, de faire usage de ses différents pouvoirs pour mettre un terme à une situation de désordre ou d'anarchie, ou du moins pour assurer la défense des employés qui feraient l'objet d'injures, d'attaques ou de violences dans l'exercice de leurs fonctions.

Sur le fondement des articles R. 1112-48 à R. 1112-50 du Code de la santé publique⁴⁵⁵, le directeur de l'établissement public peut exercer un pouvoir disciplinaire à l'égard des usagers de l'hôpital.

C'est pourquoi, si un patient dûment averti provoque des désordres persistants, le directeur de l'établissement peut prendre, avec l'accord du médecin responsable du pôle ou de l'unité, toutes les mesures nécessaires, pouvant aller éventuellement jusqu'au prononcé de la sortie de l'intéressé⁴⁵⁶. En cas de dégradations commises volontairement, sans préjudice de l'indemnisation des dégâts causés, la sortie du patient peut également être prononcée.

De plus, selon l'article 11, alinéa 3 du statut général des fonctionnaires (loi du 13 juillet 1983)⁴⁵⁷, la collectivité publique a l'obligation de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes dans le cadre de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en découle. Les agents publics non titulaires bénéficient également de cette protection (al. 6), ce qui entraîne deux conséquences.

En premier lieu, les auteurs de tels faits pourraient être poursuivis par le juge répressif, et l'établissement doit protéger son agent en intervenant sous forme d'assistance administrative et en l'indemnisant du dommage subi.

En second lieu, l'obligation de bonne conduite du patient hospitalisé est réelle. De ce fait, en cas de manquement, le patient pourra, selon les hypothèses, faire l'objet de

⁴⁵⁵ Art. R. 1112-48 à R. 1112-50 du Code de la santé publique.

⁴⁵⁶ Voir n° 461.

⁴⁵⁷ Loi du 13 juillet 1983, art. 11., al. 3. du statut général des fonctionnaires.

poursuites disciplinaires et pénales et/ou de condamnations civiles prononcées par le juge répressif notamment par le biais d'une plainte contre X déposée par l'établissement⁴⁵⁸.

Le patient, pour son confort et celui de ses voisins, doit aussi respecter quelques règles de savoir-vivre, comme :

- User avec discrétion des appareils (radio, téléviseur, baladeur, portable...) mis à sa disposition dans le cadre de sa prise en charge.
- Éviter les conversations ou les communications trop bruyantes pour la tranquillité de ses voisins.
- Respecter les mesures d'hygiène et les consignes de sécurité, et notamment s'abstenir de fumer. Le décret du 15 novembre 2006⁴⁵⁹ interdit et réprime l'usage du tabac dans les lieux affectés à l'usage collectif. De plus, le décret du 29 mai 1992 interdit de fumer dans les établissements publics de santé. Si le patient éprouve des difficultés à s'abstenir de fumer, il peut se rendre dans les espaces dédiés à l'extérieur de l'établissement.

Dans son intérêt, il est déconseillé au patient de se faire remettre des boissons ou des aliments sans l'avis de son médecin et de la diététicienne, car sa santé impose souvent un régime alimentaire spécifique lors de son hospitalisation, dont le non-respect peut présenter un danger pour lui. Il ne doit laisser aucun objet apparent dans sa chambre, susceptible d'être volé ou détérioré.

Pendant son hospitalisation, le patient prend soin des locaux et du matériel mis à sa disposition. Il doit aussi faire en sorte de respecter la ponctualité concernant un rendez-vous de consultation.

Le patient, pour son intérêt, doit faire preuve de courtoisie vis-à-vis du médecin mais également dans ses rapports avec les autres patients, les visiteurs et le personnel de l'établissement.

Par ailleurs, les règles d'hygiène doivent aussi être observées par le patient pour son intérêt mais aussi celui de son entourage ; c'est-à-dire qu'il doit avoir une hygiène corporelle

⁴⁵⁸ Pour des agressions verbales et physiques sur deux infirmières, Cass. crim., 2 sept. 2014, n° 13-84787.

⁴⁵⁹ Décrets du 15 novembre 2006 et du 29 mai 1992.

satisfaisante et correcte en évitant par exemple de stocker des produits périssables dans sa chambre.

Concernant le Mali, de façon générale, il y a une insuffisance d'hygiène et d'assainissement dans les établissements hospitaliers. Cet état de fait expose les patients à d'autres maladies au sein de ces derniers.

L'inobservation des règles d'hygiène devient secondaire et banale pour les malades, car il n'existe aucune injonction susceptible de les amener à s'y conformer. Les contrôles du respect de ces différentes recommandations sont assez limités de la part des hôpitaux, qui ne les perçoivent pas comme une de leurs priorités.

Cela étant dit, le patient, lors de son séjour dans l'établissement hospitalier, doit respecter son règlement intérieur, comme le prévoit l'article 22 de la Charte du malade hospitalisé⁴⁶⁰. Son article 23 stipule que « *le malade et les personnes qui l'accompagnent doivent se conformer aux normes de conduite requises pour sauvegarder la sécurité de l'hôpital et la salubrité de son environnement* »⁴⁶¹.

Paragraphe 2 - L'obligation du patient de payer les honoraires du professionnel

Cette obligation de payer est indiquée de toute évidence dans le droit français. Elle résulte de la nature contractuelle et de la relation qui existe déjà entre le patient et le professionnel de santé exerçant à titre libéral ou dans un établissement de santé, soit de la situation d'usager du service public hospitalier lorsque le patient est pris en charge dans un établissement public de santé⁴⁶².

La Cour de cassation s'est saisie de l'occasion pour rappeler l'obligation de payer à la charge du patient, dans les termes suivants :

- « *Que le contrat médical comporte pour le médecin l'obligation de donner au patient des soins attentifs et conformes aux données acquises de la science ; qu'en contrepartie, le malade s'oblige à rémunérer ces soins.* »⁴⁶³

⁴⁶⁰ Article 22 de la Charte du malade hospitalisé du Mali, 6 octobre 2008.

⁴⁶¹ Article 23 de la Charte du malade hospitalisé du Mali, 6 octobre 2008.

⁴⁶² Sur cette question, lire M. CORMIER, « L'obligation de payer », *RGDM*, 2003, n° 11, p. 69.

⁴⁶³ Cass. ch. réunies, 13 mai 1963, *Dr X, JCP*, 1963.II.13267, obs. R. Savatier.

- « *Que les patients soignés par des médecins libéraux exerçant en clinique privée se voient appliquer ce contrat, s'agissant des malades pris en charge dans un établissement public au titre d'une activité libérale (secteur d'activité libérale des praticiens hospitaliers, régime antérieurement dit de la clinique ouverte, ex-hôpital local), pour les patients pris en charge par des médecins de ville dans le cadre de l'hospitalisation à domicile.* »

S'agissant des médecins salariés d'un établissement privé, le patient est lié par un contrat de soins avec la clinique et non par un contrat médical avec le personnel médical.

Pour ce qui concerne l'usager du service public hospitalier, l'obligation de payer découle tant du caractère individualisé des prestations fournies au patient que de la liberté de choisir l'établissement de santé dont il dispose ; le principe de gratuité du service public ne s'applique pas aux activités du service hospitalier.

Il convient de souligner que le patient a l'obligation de rémunérer son médecin en contrepartie de l'acte de soins. Cette obligation est sanctionnée juridiquement⁴⁶⁴. Ainsi, il est admis que les établissements publics ou privés puissent exercer leurs recours contre les patients en vue du règlement des soins dispensés⁴⁶⁵.

S'agissant du cadre d'un établissement privé ou d'un professionnel libéral⁴⁶⁶, cette obligation de rémunération peut trouver un fondement dans le contrat médical liant le patient au professionnel de santé libéral qui le soigne.

Malgré cette exigence, certaines atténuations sont prévues notamment au profit des patients les plus gravement malades ou les plus démunis, dans le respect du principe du libre accès aux soins.

Dans le Code de la sécurité sociale, il est prévu un transfert partiel ou total de l'obligation de payer à l'assurance maladie⁴⁶⁷. Ainsi, le nombre de patients payant la totalité des honoraires demandés est faible. Pour certaines catégories de patients, l'obligation de payer se réduit à une contribution, une participation aux frais⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ M. CORNIER, « L'obligation de payer », *RGDM*, 2003, p. 69 s.

⁴⁶⁵ Art. L. 6145-11 CSP.

⁴⁶⁶ CE, 4 mai 1988, *D.*, 1988, p.151.

⁴⁶⁷ Art. L. 321-1 CSS, art. L. 322-3 CSP.

⁴⁶⁸ M. CORNIER, « L'obligation de payer », art. précité, p. 77.

Toutefois, des mesures relatives à la maîtrise des dépenses de santé tendent à mettre à la charge des patients des prix de prestations plus proches aujourd'hui du coût réel des prestations accomplies. Ainsi, les illustrations de cette évolution concernent principalement la politique de majoration du ticket modérateur ou la mise en place de la réforme de la tarification hospitalière à l'activité.

Quant aux réformes relatives au médecin traitant, il est utile de rappeler qu'elles vont même plus loin encore, puisqu'elles visent la prise en charge par le patient non seulement du coût de la prestation, mais également de pénalités en cas de non-respect du parcours de soins. Dans les deux situations, l'obligation de payer se trouve restreinte du fait de la généralisation de l'assurance maladie et de l'instauration de la couverture maladie universelle depuis 1999.

En conséquence, les organismes complémentaires et l'assurance maladie (mutuelles, sociétés d'assurance et institutions de prévoyance) se substituent généralement à l'assuré social dont l'obligation de payer est réduite à une obligation de participer aux frais pharmaceutiques, médicaux et hospitaliers, quand ceux-ci ne sont pas couverts par les organismes complémentaires⁴⁶⁹.

Il est à noter également que les établissements disposent d'une action directe contre les débiteurs d'aliments des personnes hospitalisées⁴⁷⁰. Lorsqu'un patient ne paie pas les sommes dues à l'hôpital pour son séjour, la créance de ce dernier figure au passif de la succession⁴⁷¹.

Dans certaines situations, une personne se voit donc appliquer des obligations plus ponctuelles au nom de la protection de la santé publique⁴⁷², de l'intérêt général ou d'un intérêt individuel⁴⁷³. Cela revient à dire que l'obligation de payer voit désormais son champ d'application s'étendre, tout comme d'ailleurs l'obligation de collaboration du patient au traitement.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2015, n° 14-15538, 14-19562.

⁴⁷¹ Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-12153.

⁴⁷² Cf. D. MAILLARD-DESGRÉES DU LOÛ, « Les soins obligatoires », *RGDM*, 2003, n° 11, p. 25.

⁴⁷³ Cf. A. LAUDE, « Les obligations de procédure à l'occasion des soins », *RGDM*, 2003, n° 11, p. 41.

En ce qui concerne le Mali, il convient de savoir que le pays s'est engagé, depuis les années 2000, à mettre en place plusieurs nouvelles politiques d'exemption du paiement des soins (dites de gratuité).

Les politiques publiques nationales de gratuité des soins sont fortement influencées par des enjeux et des contraintes internationales. Ainsi, sur le plan national, les processus de décision sont l'expression d'un régime présidentiel fort, et la formulation de ces politiques s'est faite sans consultation réelle des techniciens de la santé.

Cela dit, pour une meilleure compréhension de ces politiques, le ministre malien de la Santé a mis en place des observatoires de la gratuité des soins, même s'il existait déjà des services gratuits depuis très longtemps dans le pays (à titre d'exemple, nous pouvons citer la lèpre, la tuberculose).

Cela a été le cas en 2004 concernant les ARV, en 2005 pour les césariennes et en 2007 pour les nouveaux traitements contre le paludisme. Au regard de ces différentes mesures, les responsables du ministère de la Santé ont souhaité mieux comprendre leurs effets et la manière dont elles sont mises en œuvre.

Or, force est de constater que le système national d'information sanitaire (SNIS) n'est pas facilement en mesure de produire les informations dont les décideurs ont besoin pour répondre à ces questions. C'est la raison pour laquelle ce projet d'observatoires de la gratuité des soins a vu le jour en 2010. L'objectif n'est autre que de déployer un réseau d'observatoires qui, à l'image des sites sentinelles de surveillance épidémiologique, est chargé de produire, d'analyser et de diffuser des données factuelles sur les mesures de gratuité, afin que des décisions éclairées puissent être prises à cet égard.

En effet, ce réseau proprement dit inclut quatre cercles de quatre régions sanitaires réparties sur le territoire national, et qui sont représentatifs de la diversité des situations : Kayes, Sikasso, Kangaba et Commune 5 de Bamako.

Par ailleurs, un processus participatif et continu de soutien à la production de données probantes conduit cette mise en œuvre du projet ; les chercheurs et décideurs qui interviennent sont en interaction permanente.

En plus de cela, tous les acteurs concernés sont impliqués, car l'objectif central est de fournir des données probantes utiles aux décideurs du ministère de la Santé, aux opérateurs locaux et aux autres acteurs impliqués ; concrètement, il s'agit de produire des analyses qui répondent d'abord à leurs besoins.

Cela étant, il est bon de citer quelques résultats probants, mais aussi le travail remarquable que l'équipe de la Commune 5 de Bamako a effectué. Le CSREF⁴⁷⁴ réalise environ 30 % des césariennes de la région de Bamako, soit près de 1 800 césariennes en 2009.

Paragraphe 3 - L'obligation de collaboration du patient dans le cadre de sa prise en charge

Dans la pratique, le patient est tenu d'une obligation de collaborer et de révéler tous les symptômes de son affection ainsi que l'ensemble des informations pertinentes pour élaborer le diagnostic ; il en va de son propre intérêt.

Il a l'obligation d'informer le médecin aussi précisément que possible de ses antécédents médicaux et familiaux⁴⁷⁵. En cas de violation de cette obligation – par exemple, si le patient indique qu'il n'a suivi aucun traitement préalable alors que ce n'est pas le cas –, il commet une faute qui, si le médecin n'a pu ni la prévoir, ni l'empêcher, est susceptible de l'exonérer de sa responsabilité.

À côté de cela, le patient est également tenu de suivre les conseils et les prescriptions de son médecin⁴⁷⁶. À défaut, cela pourrait aboutir à la disparition de la confiance initiale, mobile du contrat. Le médecin serait donc autorisé à résilier le contrat médical sous réserve de ne pas nuire au patient et de s'assurer de la continuité des soins.

Toutefois, il est bon d'indiquer que lorsque le patient est hospitalisé dans un établissement public, l'obligation de respecter le conseil thérapeutique existe également, alors même qu'il n'y a aucun contrat entre les parties⁴⁷⁷. Il est précisé que le non-respect de cette obligation entraîne alors la sanction suivante : « *Lorsque les malades n'acceptent pas le traitement, l'intervention ou les soins qui leur sont proposés, leur sortie, sauf urgence médicalement constatée, nécessitant des soins immédiats, est prononcée par le directeur de*

⁴⁷⁴ CSREF : centre de santé de référence (Mali).

⁴⁷⁵ CA Lyon, 7 janv. 1952, *D.*, 1952, 97 ; CA Paris, 15 oct. 1927, *Sem. jur.*, 1927, 1401.

⁴⁷⁶ Trib. Seine, 19 déc. 1910, *DP*, 1911, 5, 9.

⁴⁷⁷ Cf. note n° 381.

*l'établissement après signature par l'hospitalisé d'un document constatant son refus d'accepter les soins proposés... »*⁴⁷⁸

Cette obligation de collaboration a évolué avec le renforcement des politiques et des mesures de prévention. Sur le plan des mesures développées par les pouvoirs publics, qu'il s'agisse de la lutte contre le cancer, l'obésité, le tabagisme ou l'alcoolisme, elles n'entraînent pas expressément d'obligations pour les usagers. Elles ciblent la promotion de la santé, mais aussi l'éducation thérapeutique du patient⁴⁷⁹, et doivent amener les usagers à adopter les mesures les plus adéquates. En ce sens, comme l'a souligné un auteur, « *la politique de prévention informe et éduque, et le citoyen agit en conséquence non seulement pour ne pas nuire à sa santé, mais encore pour atteindre le meilleur état de santé dont il est capable* »⁴⁸⁰.

À défaut d'une stricte obligation de prévention, on voit se dessiner une obligation de mener une vie saine⁴⁸¹, comme l'affirme un arrêt de la cour d'appel d'Orléans qui a débouté les héritiers d'un fumeur de leur action en responsabilité contre la Seita, au motif que le défunt, décédé d'un double cancer, « *était seul à prendre les décisions qui s'imposaient* »⁴⁸². Par cet arrêt, la cour a décidé d'écarter la responsabilité du fabricant de tabac, puisque le patient ne respectait pas l'obligation à laquelle il était tenu, et ce, d'autant plus qu'en l'espèce, il avait été valablement informé des dangers encourus.

L'obligation de mener une vie saine et celle de collaborer au traitement pourraient conduire à imposer au patient une obligation d'observance⁴⁸³. Cette notion d'observance reflète l'adéquation entre les comportements des patients et les prescriptions médicales, ou se définit plus habituellement comme « *l'acceptation de réaliser de manière répétée un ensemble d'actions recommandées dans un objectif de santé* »⁴⁸⁴. Elle concerne aussi le fait d'entreprendre un traitement et pas uniquement de respecter le traitement prescrit. Cela inclut aussi le fait d'accepter de se soumettre à un dépistage ou de le poursuivre, mais également de prendre le traitement prescrit par le praticien, selon la durée de la posologie indiquée.

⁴⁷⁸ Art. 42 du décret du 14 janv.1974.

⁴⁷⁹ En ce sens, cf. Titre III de la loi HPST.

⁴⁸⁰ M. DEGUERGUE, « L'obligation de mener une vie saine ? », *RDGM*, 2003, p.13 s., spéc. p. 17.

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² CA Orléans, 10 sept. 2001, *JCP*, 2002, II, n° 10133, note B. Daille-Duclos, *RDSS*, 2002, p. 28, note A. Saillard.

⁴⁸³ A. LAUDE et D. TABUTEAU, *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007.

⁴⁸⁴ G. REACH, *Pourquoi se soigne-t-on ? Une esquisse philosophique de l'observance*, Éditions Le bord de l'eau, 2005, spéc. p. 16 et 63.

Plusieurs travaux récents montrent que l'observance est en définitive relativement peu fréquente. Selon des études, 40 % des réhospitalisations seraient dues à la non-observance⁴⁸⁵. De plus, le taux de non-observance d'un traitement pourrait atteindre 60 %, voire davantage lorsqu'il concerne des mesures préventives⁴⁸⁶.

Il faut bien savoir que la non-observance entraîne des conséquences à la fois d'un point de vue médical et en matière de dépenses de santé. Mais, il faut aussi reconnaître que les raisons de cette non-observance sont multiples et résultent souvent d'une mauvaise compréhension ou d'un déficit d'éducation du patient.

Voilà pourquoi il importe de savoir que cette éducation thérapeutique et la qualité de la relation médecin-patient peuvent contribuer à une meilleure observance⁴⁸⁷. Toutefois, le rôle de l'éducation thérapeutique ne se limite pas uniquement à transmettre les savoirs et les connaissances ; elle va au-delà et assure une modification réelle des comportements des patients, ce qui les rend « responsables de leur traitement ».

Pour ainsi dire, elle opère un transfert, ou du moins un partage de responsabilité entre patient et médecin : le patient, en acceptant de collaborer, devient acteur de sa propre santé et en est donc responsable.

Le patient, en participant de façon active au maintien de sa santé, pourrait être amené à une plus grande responsabilisation. La loi HPST a introduit, dans le Code de la santé publique, un nouveau titre relatif à l'éducation thérapeutique du patient⁴⁸⁸, qui dispose notamment que celle-ci s'inscrit dans le parcours de soins du patient et a pour but de le rendre plus indépendant en facilitant son adhésion aux traitements prescrits et en améliorant sa qualité de vie. Il y est prévu clairement que l'éducation thérapeutique « *n'est pas opposable au malade et ne peut conditionner le taux de remboursement de ses actes et des médicaments qui concernent sa maladie* »⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁸⁷ L'OMS définit l'observance comme le fait « *d'aider les patients à acquérir ou maintenir les compétences dont ils ont besoin pour gérer aussi bien que possible leur vie avec une maladie chronique* ». Bulletin de l'OMS, 1998, p. 8.

⁴⁸⁸ Art. 84 de la loi HPST.

⁴⁸⁹ Art. L. 1161-1 CSP.

Au Mali, l'éducation thérapeutique reste toujours un immense défi pour les acteurs concernés de part et d'autre. Le fait d'éduquer un malade permet de lui apporter une assistance (aide) afin qu'il puisse supporter sa maladie, mais aussi la gérer. Cependant, cette question d'éducation est complexe, car il s'agit d'un véritable processus de formation qui aboutira à un traitement thérapeutique.

Paragraphe 4- La responsabilité du patient

Le terme « responsabilité », de manière générale, signifie l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'assumer les conséquences qui en découlent sur le plan pénal, disciplinaire, ou envers les victimes ou la société.

Globalement, il est admis que lorsque la responsabilité du patient est invoquée, c'est essentiellement en tant que cause exonératoire de la responsabilité du médecin⁴⁹⁰.

C'est une solution qui a été retenue à propos d'un patient qui avait faussement déclaré qu'il n'avait pas suivi de traitement préalable, ce qui avait empêché le médecin d'envisager toutes les conséquences de celui qu'il lui avait prescrit⁴⁹¹. La responsabilité du patient peut aussi être engagée pour négligence ou mauvaise volonté lorsqu'elle compromet la conduite du traitement⁴⁹².

Toutefois, il existe une atténuation à la mise en œuvre de la responsabilité du patient. Notamment, sa responsabilité ne saurait être retenue lorsqu'il refuse de subir une intervention chirurgicale qui limiterait son dommage en raison, par exemple, du principe de l'indisponibilité du corps humain⁴⁹³. Par ailleurs, les patients doivent, de manière individuelle, relayer les mesures de prévention édictées par les pouvoirs publics, mais aussi collaborer à la préservation de leur santé.

On est tenté de penser que le patient peut voir sa responsabilité engagée en cas de non-exécution des obligations qui lui incombent, sous réserve cependant des mesures

⁴⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 2008, n° 06-20107 ; Cass. civ., 20 janv. 2011, n° 09-68042, qui considère qu'en cas de naissance d'un enfant contaminé par le virus du VIH transmis par sa mère, le médecin traitant et la clinique d'accouchement n'encourent aucune responsabilité dès lors que la patiente a dissimulé sa séropositivité.

⁴⁹¹ Cass. civ. 1^{re}, 21 févr. 1967, J. Penneau, *Rép. civ. Dalloz*, v° « médecin », n° 646 ; Cass. crim., 30 oct. 1974, *JCPG*, 1975, II, n° 18038, note L. Mourgeon ; Cass. civ. 1^{re}, 10 déc. 1996, *Méd. et droit*, 1997, n° 24, p. 21, obs. P. Pierre.

⁴⁹² Cass. civ. 1^{re}, 18 déc. 1956, *D.*, 1957, p. 231.

⁴⁹³ Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, *JCP*, 2003, II, n° 10170, obs. Castets-Renard.

introduites par la loi hospitalière relative à l'éducation thérapeutique, lesquelles disposent expressément que celle-ci n'est pas opposable au patient⁴⁹⁴.

Cette responsabilité du patient peut également se traduire par la mise en œuvre de sa responsabilité financière. Avant les dispositions de l'article L.133-4 du CSS, le patient pouvait voir sa responsabilité financière engagée en cas de non-respect de la nomenclature des actes par le médecin⁴⁹⁵. Cela permettait de considérer le patient comme responsable des mentions portées par le médecin sur les feuilles de soins. Ces pratiques, consistant à faire supporter la défaillance du médecin par le patient, ont été abolies par la loi du 31 décembre 1991⁴⁹⁶. S'agissant des responsabilités financières et économiques des patients, le médecin est alors conduit, dans une certaine mesure, à les opposer à ses patients.

Le patient ne devrait pas voir son droit au remboursement des actes diminué du fait du non-respect par le médecin des références médicales opposables (RMO)⁴⁹⁷. Il n'en demeure pas moins que les dispositions qui s'appliquent au médecin traitant conduisent à de nouvelles pénalités financières pour les patients empruntant des itinéraires en dehors du parcours de soins⁴⁹⁸.

Les obligations du patient, mises à la fois à la disposition du médecin et des professionnels de santé, visent à rétablir l'équilibre de la relation médecin-patient. Le patient contribue parfois à la réalisation de son propre dommage. Très souvent, il arrive que celui-ci néglige la réalisation des examens prescrits par le médecin. Il pratique même parfois un nomadisme médical injustifié, oublie de suivre les traitements préconisés et indispensables à sa santé, persiste dans une attitude à risque (tabagisme ou alcoolisme, par exemple), ou encore refuse tout simplement une hospitalisation ou une intervention pourtant nécessaire à sa prise en charge médicale.

Ce comportement peut être à l'origine d'un retard préjudiciable, qui peut lui-même entraîner une perte de chance dans la prise en charge médicale. Cela dit, la jurisprudence est circonspecte quant à l'idée d'accepter que le patient, profane dans la relation de soins et

⁴⁹⁴ Art. L. 1161-1 CSP.

⁴⁹⁵ Cass. soc., 13 mai 1970, *Bull.civ.*, V, n° 338, p. 273.

⁴⁹⁶ Loi du 31 décembre 1991.

⁴⁹⁷ Pour la mise en jeu de la responsabilité financière du médecin, v. CE, 12 janv.2005, *AJDA*, 2005, p. 100, note J.-P. Markus.

⁴⁹⁸ Art. L. 162-5-3 CSS.

victime des conséquences du dommage, puisse en être l'auteur ou le responsable, même pour partie. Néanmoins, certaines décisions ont retenu cette responsabilité, selon un principe rappelé par la Cour de cassation dans son arrêt n° 06-20107 du 17 janvier 2008 : « *Seule la faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité.* »

Pour étayer notre propos dans le sens de cette analyse, plusieurs décisions jurisprudentielles viennent consolider cette position de la Cour de cassation et retiennent pour la plupart la responsabilité du patient.

Tel est le cas, tout d'abord, de la décision de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2011⁴⁹⁹, concernant un patient qui refuse de réaliser les examens prescrits et sort de l'hôpital contre avis médical, après l'annonce du diagnostic d'une maladie coronarienne. De ce fait, il ne subit une chirurgie de revascularisation qu'un an plus tard. Des complications étant apparues des suites de cette intervention, il refuse une réhospitalisation. Les juges retiennent la responsabilité du médecin mais imputent également 50 % de responsabilité à la charge du patient, dont l'attitude et le comportement ont contribué au retard de sa prise en charge.

Ensuite, le tribunal d'instance du Havre, dans sa décision du 25 mars 2014⁵⁰⁰, a mis 15 % de responsabilité à la charge d'une femme qui ne s'était pas munie de ses résultats d'examens antérieurs lors de ses échographies de grossesse. Il a été considéré qu'elle n'avait pas fourni au praticien tous les éléments nécessaires à une prise en charge optimale.

La même position a été adoptée par le TGI de Sarreguemines le 16 septembre 2014⁵⁰¹. Il retient que le patient supporte 30 % de responsabilité pour avoir brutalement rompu le contrat de soins avec son chirurgien-dentiste, ne lui permettant pas de terminer les soins dans de bonnes conditions.

Le TGI de Bayonne a réitéré aussi cette position dans sa décision du 19 mai 2014⁵⁰², en imputant 10 % de responsabilité à un patient qui n'avait pas consulté son chirurgien-dentiste pendant deux ans et demi, par négligence, entraînant un retard de prise en charge d'une perte osseuse.

⁴⁹⁹ Arrêt, cour d'appel de Paris, 30 septembre 2011.

⁵⁰⁰ TI, Le Havre, 25 mars 2014.

⁵⁰¹ TGI, Sarreguemines, 16 septembre 2014.

⁵⁰² TGI, Bayonne, 19 mai 2014.

Dans beaucoup de situations, il a été jugé comme tel car le patient avait été prévenu par le praticien sur les risques de son comportement, ou informé de la nécessité de recourir à une intervention ou à des examens. Le juge sera beaucoup plus réservé à retenir la responsabilité du patient dans le cas où le professionnel de santé n'aura pas pris cette précaution.

Une fois le dommage constitué, quand le patient refuse d'en limiter l'étendue, sur cette question, la jurisprudence est claire car elle précise que « *l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* » (Cour de cassation, 2^e civ., 19 juin 2003, n° 00-22302 et 01-13289 ; Cour de cassation, 2^e civ., 26 mars 2015, n° 14-16011)⁵⁰³.

Par ailleurs, il est important de rappeler que la victime ne peut être obligée de se soumettre à des soins ou interventions susceptibles de limiter les séquelles, ou de se reconvertir professionnellement pour contourner une inaptitude à l'emploi antérieurement occupé, ou encore de déménager dans un logement plus accessible et décent en cas de handicap.

C'est ainsi que dans un arrêt de la première chambre civile du 15 janvier 2015 (n° 13-21180), la Cour de cassation a rappelé qu'il ne peut être reproché à un patient, victime d'une infection, d'avoir refusé des soins, pourtant ni lourds ni pénibles, pour éviter une aggravation, et ce, quels que soient les motifs de son refus⁵⁰⁴. En l'espèce, il s'agissait d'une simple antibiothérapie que le patient, adepte des médecines naturelles, avait rejetée.

Cependant, il est utile de préciser que si le patient peut encourir une part de responsabilité dans la constitution de son propre dommage, il ne peut en revanche, une fois ce dommage constitué, être tenu d'en limiter l'étendue. Sur ce dernier point, des évolutions sont peut-être à prévoir car certains auteurs de doctrine militent pour une réduction du droit à indemnisation lorsque la victime peut, par des mesures raisonnables ne portant pas atteinte à son intégrité physique, éviter l'aggravation de son préjudice.

Au Mali, en l'état actuel, la question ne s'est pas posée en la matière. Cela s'explique par la méconnaissance et l'inculture de la population vis-à-vis de ce domaine. En principe,

⁵⁰³ Arrêt, Cour de cassation, 2^e civ., 19 juin 2003 et 26 mars 2015.

⁵⁰⁴ Arrêt, Cour de cassation, première chambre civile, 15 janvier 2015.

c'est la juridiction judiciaire qui apprécie librement ce genre de problématique. Il faudrait, à ce niveau, apporter un certain nombre d'avancées pour étoffer le droit et doter le malade de ce type de responsabilité.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La relation entre le médecin et le patient implique concrètement de lourdes responsabilités de part et d'autre et par conséquent un travail difficile et pénible pour l'ensemble du personnel soignant.

Les soins et traitements sont d'autant plus efficaces et faciles à administrer que le patient est coopératif et responsable, en se conformant notamment aux dispositions et recommandations de son médecin.

Pour ce faire, il doit être attentif au personnel qui est parfois moins présent et disponible à cause de la surcharge de l'activité médicale ou tout simplement d'une urgence médicale nécessitant son intervention.

En outre, il doit, par son comportement, éviter de gêner les autres patients ainsi que les personnes qui viennent lui rendre visite pendant son séjour au sein de l'établissement dans lequel il est admis.

Enfin, il doit également contribuer au bon déroulement des soins en informant le médecin qui le suit des changements ou des éléments importants concernant sa santé, ou du moins, utiles à sa situation. Il y va de son propre intérêt, en permettant par ailleurs au médecin de lui offrir la meilleure prise en charge possible.

CHAPITRE II

LES DIFFÉRENTES VOIES DE RECOURS PROPOSÉES AU PATIENT

La faculté d'exprimer ses griefs et de bénéficier de voies de recours doit être reconnue et être à la portée de tout usager d'un établissement de santé. Hormis les recours juridictionnels habituels, les malades hospitalisés étaient auparavant assez démunis.

Néanmoins, les patients hospitalisés avaient la possibilité de faire valoir leurs revendications auprès du directeur de l'établissement ; toutefois, cette voie de recours gracieux était presque vouée à l'échec dès lors qu'elle n'avait pas pour objet une demande d'indemnisation.

Une tentative ambitieuse et courageuse de mettre en place un corps de conciliateurs médicaux a échoué à la suite de l'annulation, par le Conseil d'État, du décret du 15 mai 1981 instituant des conciliateurs médicaux, au motif de la méconnaissance des principes du secret professionnel et du respect de la vie privée⁵⁰⁵.

L'ordonnance Juppé du 24 avril 1996⁵⁰⁶, relative à la réforme de l'hospitalisation publique et privée, a repris cette idée d'une conciliation en exigeant, dans chaque établissement de santé, la création d'une commission de conciliation.

Ardemment critiquées, ces commissions ont été hélas remplacées, par la loi Kouchner de 2002, par les commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQPC)⁵⁰⁷.

Cette loi distingue désormais les fonctions de réclamation de celles d'indemnisation et de conciliation en donnant aux patients la possibilité de s'adresser soit à un organe interne à l'établissement de santé (**section 1**), soit à une institution extérieure à celui-ci (**section 2**), selon les cas, à caractère administratif ou juridictionnel.

⁵⁰⁵ CE, 31 mai 1989, *M^{me} Roujansky*, Rec., p.135.

⁵⁰⁶ L'ordonnance Juppé du 24 avril 1996.

⁵⁰⁷ CRUQC : commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge.

SECTION 1 - LA SPÉCIFICITÉ DES VOIES DE RECOURS INTERNES

Dans chaque établissement de santé, en pratique, il serait judicieux que les usagers puissent disposer de voies de recours pour exprimer leurs griefs. Jusqu'à une époque récente, les patients hospitalisés étaient assez démunis.

En France, il est possible d'effectuer une demande amiable auprès de l'établissement, soit directement auprès de son directeur, soit par l'intermédiaire du médiateur médical ou non médical ou de la CRUQPC (commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge), par un courrier précisant les griefs relatifs à la prise en charge.

Le directeur de l'établissement de santé concerné peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire propre, engager une procédure de sanction contre le professionnel mis en cause. Une transaction directe avec l'assureur de l'établissement de soins peut être proposée.

En outre, il est possible, sous certaines conditions (fiche en annexe sur la saisine des CCI)⁵⁰⁸, de saisir la Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CRCI). Cette dernière diligente, sous condition d'atteinte des seuils de gravité, une expertise contradictoire et gratuite pour le demandeur afin d'établir le lien de causalité entre les actes de soins et les séquelles présentées.

La CCI rend un avis soit de rejet de la demande, soit d'indemnisation par l'assureur du professionnel de santé ou par l'Office national des accidents médicaux (ONIAM)⁵⁰⁹ en cas d'aléa thérapeutique (accident médical non fautif).

Les patients hospitalisés dans ces établissements publics avaient autrefois la faculté de faire valoir leurs revendications auprès du directeur de l'établissement. Cependant, la pratique était très peu répandue, et en l'absence de formalisme juridique, cette voie de recours gracieux était quasiment vouée à l'échec dès lors qu'elle n'avait pas pour objet une demande d'indemnisation.

Il convient de souligner les modalités nécessaires au respect des libertés en matière de constitution de fichiers nominatifs et d'accès aux documents nominatifs (recours non contentieux auprès de la CNIL ou de la CADA, selon le cas).

⁵⁰⁸ CCI : Commission de conciliation et d'indemnisation.

⁵⁰⁹ ONIAM : Office national des accidents médicaux.

Il y a eu dans le passé, précisément dans les années 1980, une tentative de création d'un corps de conciliateurs médicaux qui a échoué à cause de l'annulation, par le Conseil d'État, du décret du 15 mai 1981 instaurant les conciliateurs médicaux, au motif de la méconnaissance des principes du secret de la vie privée⁵¹⁰.

Par ailleurs, l'ordonnance Juppé du 24 avril 1996 concernant la réforme de l'hospitalisation publique et privée a repris l'idée d'une conciliation en exigeant, dans chaque établissement de santé, la création d'une commission de conciliation.

Ces commissions de conciliation ont fait l'objet de critiques et finalement, elles ont été remplacées, en vertu de la loi Kouchner de 2002, par les commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQPC).

Cette loi distingue désormais les questions de réclamation de celles d'indemnisation et de conciliation, en donnant aux patients le pouvoir de saisir soit un organe interne à l'établissement de santé, soit une institution extérieure à celui-ci, selon les cas, à caractère administratif ou juridictionnel.

Il est important tout d'abord d'exposer le droit de critique dont dispose chaque personne hospitalisée (**paragraphe 1**), avant d'expliquer clairement les modalités de recours au médiateur (**paragraphe 2**) puis celles de recours gracieux (**paragraphe 3**).

Paragraphe 1 - Le focus sur le droit de critique et de reproche

Il s'agira concrètement d'évoquer ici la possibilité accordée au patient d'apporter son regard et son avis concernant son admission et sa prise en charge, mais aussi le personnel hospitalier, et notamment les professionnels.

- Dans l'intérêt commun

L'évolution des choses a amené certaines personnes hospitalisées à avoir un droit de critique sur les conditions de leur hospitalisation, contrairement au personnel hospitalier et notamment aux agents publics qui sont tenus à un devoir de réserve.

Ce droit se manifeste de plusieurs manières, selon que la critique revêt une finalité collective ou une finalité individuelle. Il convient de rappeler que la qualité de la prise en

⁵¹⁰CE, 31 mai 1989, *M^{me} Roujansky*, Rec., p. 135.

charge des patients est un objectif essentiel pour tout établissement de santé depuis l'ordonnance Juppé du 24 avril 1996. Pour satisfaire cette volonté, une évaluation régulière a lieu. Ses résultats sont pris en compte dans l'accréditation (devenue certification) conduite par la Haute Autorité de santé (CSP, art. 1112-2)⁵¹¹.

Le patient qui manifeste la volonté de sortir est invité à remplir un formulaire de sortie avant de quitter l'établissement, qui permet de mesurer sa satisfaction. C'est une liberté de critique qui varie en fonction du contenu du questionnaire et du libellé des questions ouvertes, soit par un espace libéré à cet effet.

Toutefois, il est du devoir des établissements, d'une part, de faciliter le remplissage du questionnaire, et d'autre part, de recenser les remarques et de les prendre en compte lors de la procédure de certification.

Le décret du 27 février 2014 prévoit, dans tous les établissements pratiquant une activité de médecine, de chirurgie ou d'obstétrique, une évaluation annuelle de la satisfaction des patients hospitalisés⁵¹².

- Sur le plan individuel

Ce sont les articles R. 1112-91 à R. 1112-94⁵¹³ qui organisent l'examen des plaintes et des réclamations dans les établissements de santé. Ainsi, tout usager doit être mis à même d'exprimer oralement ses griefs auprès des responsables des services de l'établissement. En cas d'empêchement ou si les explications obtenues ne le satisfont pas, il est informé de la possibilité qu'il a soit d'adresser lui-même une plainte ou une réclamation écrite au représentant légal de l'établissement, soit de voir sa plainte ou sa réclamation étudiée par le directeur ou le médiateur de l'établissement.

S'agissant du Mali, selon l'article 27 de la Charte du malade hospitalisé, « *si la personne hospitalisée ou ses ayants droit estiment avoir subi un préjudice, lors de son séjour dans l'établissement, ils peuvent saisir le directeur de l'établissement d'une réclamation préalable en vue d'obtenir réparation* »⁵¹⁴.

⁵¹¹ Art. L. 1112-2 du Code de la santé publique.

⁵¹² Décret n° 2014-252 du 27 févr. 2014, JO, 1^{er} mars 2014, p. 3969.

⁵¹³ Art. R. 1112-91 à R. 1112-94 du Code de la santé publique.

⁵¹⁴ Article 27 de la Charte du malade hospitalisé, 6 octobre 2008.

Le directeur mettra en œuvre un travail de médiation entre les deux parties afin d'étudier, dans les meilleurs délais, les demandes de réparation du préjudice, ce qui permettra aux auteurs concernés d'obtenir les explications nécessaires.

Paragraphe 2 - La gestion des plaintes ou des réclamations

L'ensemble des plaintes et des réclamations écrites et adressées à l'établissement sont destinées à son représentant légal afin de connaître un traitement adéquat et digne de ce nom. Ce dernier, par ses soins, soit en prend acte et y répond dans les meilleurs délais, en informant le plaignant de la possibilité qui lui est offerte de saisir un médiateur, soit informe l'intéressé qu'il procède à cette saisine (CSP, art.1112-92)⁵¹⁵.

Le médiateur peut être soit un membre du personnel médical, soit un médecin. Une rencontre entre le plaignant et le médiateur compétent doit être organisée dans les huit jours suivant la saisine, sauf refus ou impossibilité du plaignant.

Si la plainte ou la réclamation est formulée par un patient au cours de son hospitalisation, la rencontre doit intervenir dans toute la mesure du possible avant sa sortie. S'il l'estime nécessaire, le médecin peut rencontrer les proches du patient (CSP, art. R. 1112-93)⁵¹⁶.

En ce qui concerne le recours gratuit, il a un caractère administratif qui consiste à s'adresser au représentant, en l'occurrence le directeur de l'hôpital, en lui réclamant soit de rapporter sa décision (hypothèse d'une décision administrative), soit, cas le plus fréquent, de l'indemniser du préjudice subi du fait de son hospitalisation.

Dans de telles situations, il s'agit d'une obligation pour la victime avant de saisir le juge administratif ; on parle alors de recours administratif préalable obligatoire, et la décision de refus, soit expresse, soit tacite (le silence gardé par l'administration dans un délai de deux mois vaut rejet), lie le contentieux.

À l'exception du domaine des travaux publics, la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de

⁵¹⁵Art. R. 1112-92 du Code de la santé publique.

⁵¹⁶Art. R.1112-93 du Code de la santé publique.

la décision attaquée (CJA, art. R. 421-1). Des conclusions indemnitaires qui n'ont pas été précédées d'une demande préalable à l'administration sont irrecevables⁵¹⁷.

Cependant, il n'est pas imposé, à peine d'irrecevabilité du recours contentieux, que la demande préalable adressée à l'administration soit chiffrée ; le rejet d'une telle demande en amont équivaut à une décision se rattachant au contentieux⁵¹⁸.

Si cette procédure administrative se termine par un échec, ou tout particulièrement en cas d'échec d'une demande d'indemnisation présentée au médecin ou à l'établissement de santé privé, selon les cas (hypothèse où l'assureur de la personne prétendue responsable rejette la demande), le patient qui s'estime lésé à la suite d'une hospitalisation dispose de possibilités de recours extérieurs à l'établissement.

Par ailleurs, la Charte du malade hospitalisé du Mali donne la possibilité au malade d'utiliser d'autres moyens extérieurs à l'établissement, notamment s'il ne trouve pas satisfaction soit en raison du rejet de sa demande, soit parce que l'hôpital décide tout simplement de garder le silence pendant plus de 30 jours. L'auteur de la réclamation pourra alors utiliser la voie du recours contentieux.

SECTION 2 - LES PRINCIPALES VOIES DE RECOURS EXTÉRIEURES OFFERTES AU PATIENT

Tout patient victime d'un accident ou d'une erreur médicale, comme une infection à la suite d'une pratique chirurgicale ou de lourds effets indésirables après la prise d'un médicament, dispose de différentes voies de recours envisageables pour se faire indemniser de son préjudice. L'accident médical désigne un événement indésirable survenu au cours d'un acte de soin, de prévention ou de diagnostic.

Il est évident que cette situation entraîne un dommage anormal au regard de l'évolution prévisible de l'état de santé du patient. Elle peut se produire dans n'importe quel lieu de soins : un établissement de santé public ou privé, un cabinet d'un professionnel de santé exerçant en libéral, un laboratoire d'analyses médicales, de radiologie, une pharmacie, etc.

⁵¹⁷ Il a cependant été jugé que la saisie de la CRCI constitue une réclamation qui débouche sur la liaison du contentieux. TA Versailles, 8 juill. 2008, n° 0612201, *M^{me} F.A. Sow et autres*, JCP A, 2009.2083, spéc. 9, note H. MUSCAT.

⁵¹⁸ CE, 30 juill. 2003, n° 244618, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris c. Benoît*, Rec., p. 899.

Une erreur médicale peut être causée par la faute d'un professionnel de santé ou découler directement de ce que l'on appelle « l'aléa thérapeutique ». Que faire alors ?

En France, un patient hospitalisé, ses représentants légaux ou ses ayants droit pouvaient seulement, en cas de conflit avec un établissement de santé, s'adresser à la juridiction compétente pour trancher le litige⁵¹⁹, et ce, jusqu'à la loi du 4 mars 2002, spécialement pour une demande d'indemnisation.

La personne hospitalisée peut désormais librement choisir de saisir une commission régionale ou interrégionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales dans le ressort de laquelle se place l'établissement de santé en question.

Dans ce registre, la personne qui s'estime victime plus précisément d'une activité hospitalière a désormais le choix entre engager une procédure juridictionnelle ou saisir la CRCI à des fins de conciliation ou d'indemnisation ; elle peut aussi, simultanément, exercer un recours et saisir la commission.

À ce niveau, nous allons nous atteler à déterminer les modalités de saisine de la CRCI, soit dans sa formation de conciliation, soit dans sa formation de règlement amiable, les règles de procédure et d'indemnisation faisant l'objet du titre consacré à la responsabilité.

Paragraphe 1 - Le mode de saisine de la CRCI

La Commission régionale de conciliation et d'indemnisation (CRCI) est chargée de se prononcer sur l'éventuelle indemnisation des victimes d'erreurs médicales ; ce dispositif est gratuit et indépendant (procédure, expertise médicale...).

La procédure ne nécessite pas l'assistance d'un avocat. Elle est plus rapide que les tribunaux pour examiner les dossiers de demande d'indemnisation à la suite d'une erreur médicale ; la CRCI exige toutefois un seuil de gravité assez lourd (arrêt de travail de six mois consécutifs, par exemple).

Tout patient ou tiers intéressé peut simplement saisir la CRCI, par lettre recommandée avec avis de réception, de toute contestation relative au respect des droits des malades et

⁵¹⁹ Ou le médiateur de la République auquel s'est substitué le défenseur des droits pour les établissements publics et privés exécutant des missions de service public et pour des litiges dont l'objet est autre que contentieux.

des usagers du système de santé (CSP, art. L. 1114-4)⁵²⁰, de tout différend ou de toute difficulté entre le malade ou l'utilisateur du système de santé et l'établissement de santé, à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soin (CSP, art. L. 1142-5 et R. 1142-19).

Par cette disposition, nous retenons la bonne faculté offerte aux patients, car elle leur permet d'exiger une réponse s'ils se retrouvent privés de leurs droits les plus fondamentaux et indispensables, ou en cas de conflits dans leurs rapports avec le professionnel.

Par ailleurs, la CRCI a la possibilité soit de mener la conciliation elle-même, soit de la déléguer à l'un de ses membres ou à un médiateur extérieur (CSP, art. R. 1142-23)⁵²¹, soit de transmettre la demande si cela est de nature à favoriser la solution du litige, avec la permission du demandeur, à la commission des relations des usagers et de la qualité de la prise en charge concernée, à l'assemblée interprofessionnelle régionale ou au conseil départemental, régional ou national de l'ordre professionnel en question.

En présence d'une possible conciliation totale ou provisoire, la CRCI constate également la conciliation dont les termes font l'objet d'un document de conciliation (CSP, art. R. 1142-22)⁵²². Les points de désaccord figurent également dans ce document.

Le système de santé malien n'est pas pour l'heure doté de ce genre de mesure afin d'offrir aux malades la possibilité de trouver une solution rapide et satisfaisante à leur demande de réparation du préjudice. Mais, en général, l'auteur de la réclamation peut trouver un accord de réparation du préjudice avec la partie concernée grâce à la médiation mise en œuvre par le directeur de l'établissement.

Paragraphe 2 - Dans le cadre d'un règlement amiable

Le patient, ses représentants légaux ou en cas de décès ses ayants droit, possèdent la faculté de saisir la CRCI lorsqu'ils pensent avoir subi un préjudice présentant un caractère de gravité important et que l'acte de prévention, de diagnostic ou de soin à l'origine du dommage a été réalisé après le 5 septembre 2001.

Il est important de souligner que seules sont valables les demandes des personnes pour lesquelles le dommage subi a provoqué une incapacité permanente partielle (IPP) égale

⁵²⁰ Art. L. 1114-4 et art. L. 1142-19 du Code de la santé publique.

⁵²¹ Art. R. 1142-23 du Code de la santé publique.

⁵²² Art. R. 1142-22 du Code de la santé publique.

ou supérieure à 24 %, ou un arrêt temporaire des activités professionnelles, ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel supérieur ou égal à un taux de 50 % d'au moins six mois non consécutifs sur douze mois, ou à titre exceptionnel, si la personne a été déclarée définitivement inapte à exercer son activité professionnelle ou si elle a connu des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence (CSP, art. D. 1142-1)⁵²³.

Il convient de rappeler que la CRCI n'est pas compétente pour fixer une indemnisation : elle s'occupe seulement d'émettre un avis sur la recevabilité de la demande et le bien-fondé de celle-ci, puis de transmettre le dossier, en cas d'acceptation de la demande, au responsable concerné (établissement, professionnel de santé ou ONIAM)⁵²⁴.

Au Mali, en principe, la question de la réparation du préjudice est assez souvent traitée par les juridictions judiciaires à travers le dépôt d'une plainte de la part de la victime qui a subi un préjudice. Il n'existe pas d'autres préalables, sauf dans le cas où les deux parties trouvent librement un accord à l'amiable.

En effet, la culture et la tradition du pays sont très souvent mises en avant pour résoudre ce genre de problème ; cela permet de trouver une solution acceptable pour les parties en litige. Il est très rare que les deux parties décident de porter ce genre d'affaire devant la justice, car la population, dans sa grande majorité, n'a pas cette maturité culturelle.

⁵²³ Dans sa rédaction issue du décret n° 2011-76 du 19 janv. 2011 relatif au critère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, prévu à l'art. L. 1142-1 CSP, *JO*, 21 janv.2011, p. 1287.

⁵²⁴ Voir note n° 488, sur la responsabilité.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Le patient, dans son rapport avec le professionnel, dans le cadre d'une prise en charge médicale concernant une consultation ou une hospitalisation, peut être victime d'un dommage ou d'un préjudice survenu dans ce cadre.

En présence d'une telle situation, il lui est proposé différentes voies de recours pour faire valoir ses droits, notamment sur le plan administratif, c'est-à-dire devant les juridictions administratives. Il convient de formuler, préalablement, une demande directement auprès de l'autorité publique concernée, ainsi qu'auprès de l'établissement public de santé dont le médecin dépend afin de pouvoir trouver à bon escient une solution qui permettra de réparer le préjudice en question.

Par ailleurs, le patient peut aussi, sur le plan pénal, porter ses griefs devant les tribunaux répressifs de l'ordre judiciaire, avec comme principal objectif la réparation du préjudice subi. Cela pourrait déclencher une sanction personnelle à l'encontre du praticien ou de l'établissement. Cela étant précisé, le patient a aussi la possibilité d'engager une procédure disciplinaire pour exprimer valablement ses griefs et réclamer par conséquent une réparation de son préjudice.

En somme, même s'il est vrai que le patient dispose de plusieurs voies pour porter ses griefs et réclamer une réparation de son préjudice, cette démarche n'est pas toujours facile.

Par ailleurs, il convient de noter que cette notion de responsabilité médicale à but indemnitaire n'est pas connue par beaucoup de médecins au Mali, et encore moins par les malades qui fréquentent les établissements hospitaliers.

Face à ce constat, nous recommandons à l'Ordre des médecins du Mali de proposer à l'ensemble des professionnels de santé des formations continues dans le domaine de la responsabilité médicale à visée indemnitaire.

CHAPITRE III

LE PATIENT ET SES REPRÉSENTANTS

Dans le secteur sanitaire tout comme dans le secteur social et médico-social, les associations jouent naturellement un rôle indispensable et essentiel durant tout le processus de soins du patient.

Par le passé, mais encore aujourd'hui, cela se traduit par la création d'établissements et de services qui accompagnent les personnes vulnérables du fait d'une pathologie, de l'âge, du handicap ou d'une fragilité sociale et économique. Pour faire simple, ces personnes vulnérables sont appelées « patients » dans le cadre sanitaire, et « usagers » dans le domaine social et médico-social.

Ce rôle de création et de gestion de structures est louable, mais il ne doit pas cacher un point tout aussi primordial, bien que différent, concernant les associations dans ces domaines. À ce titre, ces associations représentant les patients œuvrent pour la promotion de leurs droits et l'amélioration de leur prise en charge.

Certaines grandes associations ou collectifs d'associations occupent de nos jours une place primordiale. Dans le champ sanitaire, c'est le cas, à titre d'exemple, du Collectif inter-associatif sur la santé (CISS)⁵²⁵.

Pour le domaine social ou médico-social, cela renvoie à des expériences fameuses comme celles de l'Association des paralysés de France (APF) ou de l'Union nationale des associations de représentation et de défense des intérêts des personnes handicapées mentales et de leurs familles (UNAPEI)⁵²⁶, regroupant, notamment, les différentes autres associations départementales de parents et amis de personnes handicapées mentales (ADAPEI)⁵²⁷.

Il convient de remarquer que la participation dans le domaine sanitaire n'est pas organisée de la même manière que dans le secteur social et médico-social. Cela se manifeste notamment par la place occupée par les usagers.

⁵²⁵ CISS : Collectif inter-associatif sur la santé.

⁵²⁶ UNAPEI.

⁵²⁷ ADAPEI.

Cette place se base de façon quasi unique sur un système de participation indirecte dans lequel ce n'est pas le patient qui est membre des instances mais son représentant. Le domaine social et médico-social connaît bien davantage une participation directe permettant à l'utilisateur d'être celui qui s'y intègre le plus souvent, en théorie, mais assez rarement dans la pratique.

C'est notamment le cas au sein des établissements, comme avec le conseil de la vie sociale, à la différence d'instances externes, sans que l'on puisse savoir si cela en est la cause ou la conséquence ; ainsi, il convient de remarquer que les procédures applicables aux associations de patients ou d'utilisateurs varient.

Il faut noter également que les associations de patients doivent être agréées officiellement pour permettre à leurs membres de représenter les patients au sein des instances hospitalières et de santé publique, alors que les associations du secteur médico-social et social ne sont pas au courant de cette procédure ; c'est le cas par exemple des associations de personnes en situation de handicap.

Ces différences peuvent faire l'objet d'explications diverses, notamment le fait que ces secteurs n'ont pas la même antériorité. Les divers exemples de la mise en place de la démarche qualité, de l'emploi des systèmes d'information ou de régimes d'autorisation d'activité démontrent que ces champs sont certes concordants, mais avec une temporalité tout à fait différente.

On peut noter, à travers cette différence, que les associations traitées ici sont essentiellement celles relevant du domaine sanitaire, car il s'agit de voir comment les pouvoirs publics encadrent l'activité des associations de patients.

Par ailleurs, les différentes crises sanitaires ont particulièrement marqué l'histoire des associations. Plus précisément, le mouvement associatif en matière de santé s'est accéléré au début des années 1980 avec l'apparition du sida, qui a fait ressortir la valeur et l'importance de la voix du patient et de ses droits.

La concrétisation normative de la participation du patient au système de santé provient de l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée. Ce texte a inclus également les représentants des utilisateurs dans ce qui était alors le conseil d'administration des établissements publics de santé.

Par la suite, avec l'évolution du droit, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé est venue apporter un nouveau souffle, car avant, aucune action en justice des associations de santé n'était possible parce que ces dernières n'avaient quasiment aucune reconnaissance officielle.

L'avènement de la loi du 4 mars a permis aussi de mettre en place la procédure d'agrément. Elle a aussi créé et développé une instance hospitalière en matière de droits du patient, à travers la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (QRUQ).

De façon symbolique, la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie a intégré aussi les représentants des usagers dans les conseils des caisses primaires d'assurance maladie, tout comme la loi hospitalière du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires⁵²⁸.

Cette dernière est venue modifier un certain nombre de règles ayant des retombées sur la place des associations de patients dans les instances hospitalières et de santé (changement du conseil d'administration en conseil de surveillance), lesquelles ont perdu le pouvoir décisionnel. Elle consacre aussi le directoire sans représentation des patients mais ayant un rôle fondamental, comme celui de la gouvernance régionale du système de santé avec la création des agences régionales de santé (ARS). Celles-ci ont en leur sein une conférence régionale de santé et de l'autonomie, qui influence directement le travail des représentants des patients issus des associations.

Au Mali, petit à petit, nous assistons à l'émergence de quelques associations qui militent pour le développement sanitaire et social visant à améliorer l'accès de tous à la santé et aux services sociaux de base. Ces actions profitent directement aux populations en situation de pauvreté et de précarité extrême, comme les femmes et les enfants vivant en milieu rural. Il s'agit concrètement de réseaux de solidarité professionnelle qui ont pour but d'améliorer durablement la qualité des soins aux populations⁵²⁹.

⁵²⁸ Loi du 13 août 2004 et loi du 21 juillet 2009.

⁵²⁹ Santé Sud, Bakodjikoroni ACI, rue 627, porte 1782.

Cependant, pour aller au-delà des textes, il est important d'aborder les projets en cours dont le plus intéressant, actuellement, est celui relatif à la santé⁵³⁰. Dans ce chapitre, nous parlerons d'abord du rôle des associations de patients (**section 1**), puis de leur agrément (**section 2**).

SECTION 1 - LE RÔLE DES ASSOCIATIONS DE PATIENTS EN FRANCE ET AU MALI

Il sera question ici d'analyser en profondeur le principal rôle de ces associations à travers leurs différents modes d'intervention, mais également l'utilité que ce système de participation peut représenter. Pour cela, nous décrirons le mode d'intervention des associations de patients (**paragraphe 1**) puis l'utilité de leur action (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - Le mode d'intervention des associations de patients

Le système de représentation des usagers est utile à plusieurs égards. En effet, il renforce la confiance de l'utilisateur dans le système de santé grâce à sa transparence, tout en améliorant la prise en compte et la protection de ses droits et intérêts.

Sur le plan historique, il convient de préciser qu'il y avait une crise de confiance caractérisée entre les usagers, et plus généralement la population, et les autorités, y compris celles du système de santé.

Dans le domaine sanitaire, d'autres auteurs ont pu avancer que les différentes affaires ont révélé des dysfonctionnements majeurs dans ce système, à l'origine d'une défaillance sanitaire aux conséquences malheureusement tragiques pour les victimes.

La problématique du manque de transparence est perçue comme une cause, même partielle, de ces principales crises. Les difficultés d'accès aux informations sur la santé des patients, et pour les usagers dans leur ensemble, sur le fonctionnement global du système de santé, et particulièrement à titre collectif, sont fréquentes.

⁵³⁰ Ord. n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *JO* du 25 avril 1996.
Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* du 5 mars 2002.
Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, *JO* du 17 août 2004.
Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JO* du 22 juill. 2009.
CSP, art. L. 1114-1 et R. 1114-1 et s., créés par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* du 5 mars 2002.

Cela amène Juan à affirmer que « *les associations d'usagers et le service public hospitalier sont ici concernés par les affaires les plus révélatrices, telles que celle du sang contaminé ou de la maladie de Creutzfeld-Jacob, dite de la vache folle, aboutissant à une crise de confiance* »⁵³¹.

Afin de pallier cette crise de confiance, le principe d'une participation de l'utilisateur au système attaqué est d'une importance incontestable. Il faut préciser au passage que les principaux reproches des usagers, et de la population de façon générale, concernent les facteurs d'apparition d'une crise, le mode de gestion de celle-ci et les responsabilités en cause, induisant l'idée d'une décision mal préparée et dont les auteurs sont peu identifiés.

En revanche, une implication et une participation dans le processus de décision et de gestion des instances hospitalières et de santé publique semblent constituer des réponses parfaitement adaptées. L'utilisateur ayant le statut d'acteur du système de santé, ou plutôt son représentant, il est théoriquement en mesure de participer au processus de décision et de gestion.

En quelque sorte, l'utilisateur devient responsable pour partie du système et dispose d'un droit de regard ; par conséquent, il est en premier lieu concerné par les situations compromettantes ainsi que par celles qui peuvent être à l'origine de crises.

En considération de cela, l'utilisateur devient un acteur au bon sens du terme, dans une certaine mesure, au même plan que les acteurs connus du système de santé. À ce titre, il peut donc connaître, agir et anticiper, c'est-à-dire réaliser l'ensemble des éléments qui faisaient avant l'objet de critiques des décideurs.

Évidemment, il ne s'agit pas d'être utopique et de penser que la simple participation de l'utilisateur du système de santé peut non seulement empêcher les problèmes de mécontentement public, mais aussi permettre de lutter totalement contre la survenance de crises sanitaires potentielles. Néanmoins, il convient de souligner que le système de santé a tout à gagner lorsqu'il fait l'objet d'une telle implication à travers des notions qui sont nécessaires aujourd'hui en matière de décision publique : la transparence, la responsabilité et la confiance.

⁵³¹ T. Juan, *La responsabilité de l'État du fait de l'action normative*, Thèse, Université Aix-Marseille III, 2003, 567, p. 20.

C'est la raison pour laquelle le rapport Compagnon fait ressortir l'importance de la représentation des usagers et sa nécessaire effectivité. Dans le contexte du mouvement général qui a pu se mettre en place en faveur de plus de transparence, essentiellement au niveau de l'administration, la création d'un dispositif de participation collective de l'utilisateur du système de santé constitue donc une réponse adaptée, parce que cette implication se manifeste par un accès facilité aux informations nécessaires à ce rôle actif.

Nous pouvons citer à titre d'exemple, dans le cadre de la participation des représentants des usagers au conseil de surveillance des établissements publics de santé, la mise à disposition des comptes rendus des réunions et des dossiers techniques, notamment l'ensemble des informations utiles à une juste décision de l'acteur que constitue le représentant de l'utilisateur.

Les instances hospitalières, y compris celles de santé publique, doivent s'engager non seulement à mettre à disposition de l'utilisateur ou de son représentant les informations utiles afin qu'il en soit acteur, mais aussi à permettre, par son intermédiaire, la récolte d'informations nouvelles.

Par ailleurs, les conférences régionales de santé et de l'autonomie ont également pour mission d'élaborer un rapport sur le respect des droits des usagers du système de santé dans leur ressort territorial. Les représentants des usagers occupent une place importante au sein de ces instances, tant par leur poids numérique que par leur rôle majeur⁵³².

Le Mali est toujours à la traîne en ce qui concerne la défense et la protection des droits et des intérêts des malades. Cela s'explique d'abord par la méconnaissance et l'ignorance totale de leurs droits par les malades et les usagers du système de santé, puis par un manque de sensibilisation et d'information sur lesdits droits par les patients lors de leur séjour dans l'établissement de santé. C'est un combat qui n'existe pas dans la sphère des associations qui accompagnent et soutiennent les malades, car elles ne sont pas dotées de moyens adéquats pour conduire ce genre de lutte.

⁵³² CSP, art. D. 1432-42 ; arr. du 10 juill. 2006 relatif au modèle du rapport spécifique de la conférence régionale de santé sur le respect des droits des usagers du système de santé, *JO* du 3 août 2006 ; circ. DGS/SD1B n° 2006-355 du 10 juill. 2006 relative au rapport spécifique de la conférence régionale de santé sur le respect des droits des usagers du système de santé, *BO Santé*, 2006-9, n° 22.

Il n'existe pas, pour l'heure, d'actions concrètes engagées dans ce sens, ni par les associations, ni par les patients et leurs représentants. C'est un domaine qui reste encore à explorer et à expérimenter afin de faciliter les activités médicales dans les établissements de santé concernés. Cela permettra de renforcer significativement le rapport de confiance entre le patient et le médecin.

Paragraphe 2 - L'utilité de l'action des associations de patients

Les différentes mesures de participation sont bénéfiques pour la protection de l'utilisateur du système de santé et de ses droits, car elles peuvent permettre une meilleure identification des dysfonctionnements au niveau d'un établissement, ce qui constitue un empiètement de ses prérogatives.

C'est une importance qui se traduit de deux manières. Tout d'abord, ce dispositif de participation collective constitue un très bon moyen d'identification des besoins des usagers, sur le fondement des violations des droits préalables obligatoires à la détermination et à l'application de réponses adaptées.

En dehors de cette participation, les établissements n'ont pas de moyens naturels de recueil et sont obligés de procéder à des enquêtes et questionnaires de satisfaction permettant d'avoir un reflet des besoins des usagers. Cependant, ces résultats sont le plus souvent partiels et ne représentent pas l'intégralité, et encore moins la diversité des données.

Le système participatif, dans son application, permet au contraire de réunir les besoins des usagers sans avoir à mettre en place tout ce dispositif, grâce à une représentativité beaucoup plus sûre. En effet, l'implication des représentants des usagers amène naturellement ces derniers à faire part aux établissements des attentes de ceux qu'ils représentent.

Voilà pourquoi la présence de représentants des usagers au conseil de surveillance des établissements publics de santé équivaut à un relais essentiel des doléances des patients, permettant de « faire remonter » les problèmes aux instances dirigeantes.

C'est aussi le cas, de façon plus caractérisée, de la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge, dont la mission est centrale sur ce point et dont

le rapport d'activité de la prise en charge occupe un rôle essentiel en matière de respect des droits des patients.

Ces attentes des usagers étant identifiées plus facilement, une telle participation permet ensuite aux décideurs « naturels » des établissements de santé de mieux centrer leurs décisions sur les préoccupations des usagers.

L'essor de la notion de qualité est l'un des objectifs essentiels pour tout établissement, cette qualité devant de surcroît s'incorporer dans le cadre d'une certaine continuité. La prise en compte de ces besoins mais également de leur évolution au niveau des réformes est un avantage pour éviter la mise en place de mesures non adaptées aux attentes des usagers.

La participation collective de l'utilisateur au système de santé est donc essentielle en ce qu'elle contribue à la connaissance des cas de violation des droits des patients et permet d'assurer une identification et un suivi adapté des mesures correctives nécessaires.

Si l'importance de la participation des usagers n'a pas toujours été acquise, leur rôle essentiel en tant que levier d'action et de changement pour les structures dans lesquelles ils s'insèrent s'est progressivement imposé à travers différents rapports officiels notamment.

Ainsi, les états généraux de la santé ont démontré l'importance de cette réforme, selon le rapport du Conseil économique et social sur les droits des malades ou le rapport Caniard⁵³³ : *« Il faut donner la parole aux personnes malades, non seulement en référence à leur situation de souffrance, mais en les reconnaissant comme les acteurs à part entière du système de santé. »* « L'émergence des associations de patients est un phénomène récent que l'on a trop tendance à sous-estimer. Les associations sont appelées à jouer un rôle de plus en plus important. Je le souhaite fortement. Elles doivent devenir des interlocuteurs réguliers des pouvoirs publics, et bien sûr des indispensables médecins. Ensemble, nous devons conduire les personnes malades à passer du statut de victime à celui de partenaire actif et averti. L'investissement du champ médical, l'appropriation des techniques thérapeutiques par les utilisateurs constituent une nécessité sociale. D'autres pathologies en ont prouvé le bien-fondé. »⁵³⁴

⁵³³ Étienne Caniard, loi du 4 mars 2002.

⁵³⁴ Bernard Kouchner, préface du Livre blanc des états généraux des malades du cancer organisé par la Ligue nationale contre le cancer – Les malades prennent la parole, 28 novembre 1998.

L'idée est de faire évoluer l'utilisateur (directement ou par l'intermédiaire de son représentant) du statut de spectateur passif à celui d'acteur du système de santé afin qu'il contribue à l'amélioration du respect de ses droits. Par cette participation, il dispose de la possibilité de peser directement sur l'évolution de la gestion et de l'organisation du système de santé, en jouant un rôle essentiel.

Dans la pratique, la mise en place d'associations de malades au Mali n'est pas envisageable en l'état actuel du pays, car les principaux droits des patients sont toujours un phénomène inexistant et méconnu, même par ceux-ci. Cela peut s'expliquer par un fort taux d'analphabétisme chez les patients, mais aussi par les inégalités notamment sur le plan de l'accès à l'éducation et aux soins de santé.

Ainsi, le Mali, depuis 2012, est confronté à de gros défis en matière de sécurité, de gouvernance, de crises humanitaires et de développement, qui frappent durablement la population en général.

Au Mali, il serait judicieux et même indispensable de favoriser l'émergence des associations qui accompagnent les malades afin qu'ils puissent participer pleinement au système de santé en tant qu'acteurs majeurs. Cela permettrait d'apporter une innovation au niveau de la découverte et de la jouissance de leurs droits, ainsi que de leur respect en rapport avec le professionnel de santé pendant leur séjour dans l'établissement hospitalier.

SECTION 2 - L'AGRÈMENT DES ASSOCIATIONS DE PATIENTS

Il a fallu presque cinq ans pour que s'achève la mise en place de la procédure conduisant à l'obtention de l'agrément des associations dans le domaine de la santé, soit du 4 mars 2002 au 24 février 2007.

Pour mieux appréhender et comprendre le sens et la portée de cette nouveauté, il convient de remonter dans le temps en distinguant trois grandes phases qui marquent clairement son déploiement.

La première phase est une phase préparatoire. À la suite des états généraux de la santé convoqués par Bernard Kouchner en 1999, un groupe de travail présidé par Étienne Caniard remet en janvier 2000, au ministre chargé de la santé, un rapport intitulé « La place

des usagers dans le système de santé ». Ce rapport vient poser les « *conditions d'un dialogue équilibré traitant des questions de droits et devoirs des usagers comme des professionnels* ».

Le terme « usagers » est choisi à dessein car il recouvre un domaine plus vaste et plus large que celui de « personnes malades », par exemple leur famille, et il évite la confusion avec le consumérisme.

Concrètement, il s'agit là d'une procédure qui est prévue par les articles L. 1114-1 et suivants du Code de la santé publique et qui vise les associations régulièrement enregistrées et ayant une activité dans le domaine de la qualité de la santé et de la prise en charge des malades⁵³⁵.

La législation malienne est assez muette pour ce qui concerne la question des associations, mais aussi de la procédure d'obtention de leur agrément. Face à ce vide juridique, les comités de médiation locale et familiale assurent cette fonction, notamment à travers les concertations et les dialogues intercommunautaires afin de proposer des solutions aux parties. Cependant, la mise en place de ce genre d'innovation serait très utile dans le contexte social malien, pour le plus grand bénéfice des malades.

Nous décrivons ci-après les conditions d'attribution de l'agrément (**paragraphe 1**), et ensuite, la procédure d'agrément (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - Les conditions d'attribution de l'agrément

Le rapport de la phase préparatoire part de ce qui existe déjà. Depuis 1996, en effet, des représentants des malades siègent dans les conseils d'administration des établissements publics, et de nombreuses instances de santé publique (AFSSAPS, Établissement français des greffes, Établissement français du sang) les associent aux délibérations.

Ces personnes appartiennent souvent au monde associatif : associations de consommateurs, de personnes atteintes d'une pathologie ou d'un type de pathologie, de victimes de « catastrophes sanitaires » et regroupements inter-associatifs comme le CISS⁵³⁶.

Le rapport préconise de généraliser la représentation des usagers au sein du système de santé, public et privé, afin d'en améliorer la qualité. Mais à cette fin, il souhaite la mise en

⁵³⁵ Art. L. 1114-1 et suivants du Code de la santé publique.

⁵³⁶ Collectif inter-associatif sur la santé (CISS).

place d'un agrément (comme pour les associations de consommateurs ou de protection de l'environnement), afin de contrôler l'aptitude des personnes choisies à représenter les usagers. L'agrément a donc constitué un souhait des associations de patients fortement représentées dans le groupe de travail.

La deuxième phase est la phase législative, qui se base sur la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à l'amélioration du système de santé, qui pose par la suite le principe de l'agrément.

Seules des personnes membres des associations agréées pourront siéger dans les instances hospitalières et de santé publique. Il sera donc question de constituer un « vivier » où les ministres et les préfets pourront puiser lorsqu'il s'agira de nommer des représentants. La loi distingue un agrément national et un agrément régional. Elle met en œuvre les principaux critères et renvoie à un décret en Conseil d'État pour son application.

Cependant, il apparaît que la loi du 4 mars 2002 n'a pas été assez explicite. Elle est donc complétée par la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique : cette loi indique que les agréments seront délivrés par une commission nationale⁵³⁷. Elle prévoit également des dispositions transitoires, car il faut bien régler le sort des personnes qui représentent déjà les usagers dans les instances.

La troisième phase est la phase réglementaire, avec le décret du 31 mars 2005 qui pose les règles relatives à la composition de la commission nationale et précise la mise en œuvre des critères ainsi que la procédure⁵³⁸.

Ce décret sera soutenu et complété par les arrêtés prévoyant la nomination des membres de la commission et les modèles de dossiers à déposer par les associations. Les premiers agréments ont été octroyés par arrêté du 11 août 2006, publié au *Journal officiel* du 24 août⁵³⁹.

Cet agrément, pour être délivré, est soumis à un certain nombre de conditions d'activités de formation et d'information. Tout d'abord, l'association doit prouver réellement une activité effective et visible pour la défense des droits des personnes malades et des

⁵³⁷ Art. L. 1114-1 du CSP.

⁵³⁸ Décret du 31 mars 2005.

⁵³⁹ Arrêté du 11 août 2006.

usagers du système de santé, ainsi qu'un fonctionnement conforme à ses statuts, et ce, pour les trois dernières années avant la demande d'agrément. Il convient de noter cependant l'existence de deux exceptions pour l'exigence des trois années.

En amont, les associations « *assurant à titre principal la défense des personnes malades et des usagers du système de santé victimes d'une affection ou d'un effet indésirable d'un produit de santé* » sont dispensées de justifier de trois années d'ancienneté si l'existence, la gravité ou l'ampleur de cette affection ou de cet effet indésirable n'ont été connues que dans les trois années précédant la demande d'agrément.

Bien que les textes ne le disent pas expressément, les associations susceptibles de prétendre à un agrément sont en principe des associations de patients. Cette condition est issue de la notion même de représentation : les professionnels de santé soignent les usagers, mais seuls d'autres usagers peuvent les représenter.

Toutefois, certaines associations peuvent avoir une vocation plus large, telles les associations de consommateurs. Cet objet ne les disqualifie pas *a priori* en vue de l'obtention d'un agrément, dans la mesure où le « volet santé » de l'activité est suffisamment important.

En revanche, la commission ne fait pas droit à la demande de certains professionnels de santé qui offrent des services, même fort utiles, à destination des personnes malades (par exemple, un centre de diététiciens ou de kinésithérapeutes constitués sous forme associative).

De même, les associations de bénévoles, prévues par la loi du 9 juin 1999 pour l'accompagnement de la fin de vie, ont vocation à travailler en liaison avec l'établissement, mais dans le cadre d'une structure juridique différente, celle de conventions passées avec l'établissement. Il en est de même des associations qui apportent un soutien aux personnes malades ou qui organisent des activités dans l'établissement⁵⁴⁰.

Ces bénévoles sont de précieux auxiliaires des professionnels de santé. Il n'en reste pas moins qu'ils ne sont pas des représentants des malades au sens strict. Mais, ne faut-il pas tenir compte du fait que certains usagers du système de santé sont dans un tel état d'exclusion ou de vulnérabilité qu'ils sont incapables de se prendre en charge eux-mêmes ?

⁵⁴⁰ Loi du 9 juin 1999.

Les enfants, les personnes handicapées mentales, les personnes âgées dépendantes ou les malades en fin de vie ne sont pas matériellement capables de se constituer en associations.

Il faut donc bien élargir l'agrément à d'autres que les malades eux-mêmes, par exemple, les parents ou les proches. Encore est-il nécessaire que l'association réponde aux autres critères pour être agréée et représenter les usagers.

Par ailleurs, les unions d'associations sont également exemptées de l'ancienneté comme d'une activité effective et publique, si les entités qui les composent peuvent justifier ces conditions ou, en ce qui concerne la condition d'ancienneté, si elles ont elles-mêmes été dispensées de la remplir sur la base de la précédente exception.

L'article R.1114-1 exige que l'association prouve effectivement qu'elle exerce depuis trois ans au moins une « *activité réelle, effective et publique en vue de la défense des droits des personnes malades et des usagers du système de santé* », et qu'elle dirige des actions de formation et d'information.

Comme le précise le décret, l'activité effective et publique de l'association en vue d'assurer la défense des droits s'apprécie notamment au regard des actions que cette dernière conduit dans trois grands domaines et toujours en faveur de la promotion des droits.

L'action en faveur de la promotion des droits des personnes malades et des usagers du système de santé auprès des pouvoirs publics et au sein du système de santé est le type d'action le plus important au regard de l'esprit de la loi du 4 mars 2002.

Le texte signifie que l'association ne doit pas se borner à améliorer individuellement la situation des personnes malades, mais mener une action à visée collective, au minimum pour une catégorie de malades ou pour des malades d'un ou plusieurs établissements. En outre, cette action doit se rapporter aux droits des usagers. Ce critère crée nécessairement une interrogation sur la nature de ces droits.

Dominique Thouvenin, professeure de droit et membre de la commission, a établi un document à usage interne où elle distingue deux catégories de droits. La première est celle des droits des malades attachés à leur qualité de personne : droits de la personne malade en tant qu'assuré social, en tant que personne assurable, ou en tant que personne recourant aux services des professionnels et des établissements de santé, ce qui lui donne le droit à des

soins de qualité, au respect de sa dignité et de sa vie privée, et pour les enfants, à un suivi scolaire. La seconde concerne les droits de la personne malade en tant qu'utilisateur du système de santé, c'est-à-dire principalement le droit à l'information et le droit à consentir (ou à ne pas consentir) aux soins⁵⁴¹.

Dans ces domaines, de nombreuses associations mènent des actions de lutte contre les discriminations en matière de crédit, militent pour la prise en charge d'affections de longue durée par l'assurance maladie, tentent d'obtenir le financement de nombreux traitements ou de structures adaptées dans les établissements.

L'action pour la participation des personnes malades et des usagers à l'élaboration des politiques de santé et pour leur représentation dans les instances hospitalières ou de santé publique est encore une condition qui doit être appréciée avec souplesse. Elle concerne des associations qui ont déjà été impliquées dans différents groupes de travail auprès des pouvoirs publics, à la DGS ou dans les régions.

À première vue, elle semble aussi favoriser les associations qui avaient déjà, avant l'entrée en vigueur du nouveau système, des représentants au sein des conseils d'administration dans les hôpitaux.

Toutefois, la commission est bien consciente que l'agrément est fait pour permettre à des associations qui n'étaient pas encore suffisamment reconnues, ou qui n'avaient pas encore de représentants, de s'impliquer davantage.

Les actions en matière de prévention, d'aide et de soutien en faveur des personnes malades et des usagers du système de santé représentent la rubrique la mieux renseignée, puisque les associations se sont souvent constituées sur le modèle de l'entraide et en fonction des besoins des malades.

L'ingéniosité et le dévouement des personnes sont impressionnants, aussi bien dans de petites associations autour de maladies rares que dans des « mastodontes » comme, par exemple, les associations de diabétiques.

L'aide englobe les conditions de vie de la personne malade dans toutes ses dimensions, physiques, matérielles et morales, et elle s'étend souvent à ses proches. Le

⁵⁴¹ Dominique Thouvenin.

soutien peut prendre la forme de permanences, physiques ou téléphoniques, mais certaines associations vont à la rencontre des patients dans les services hospitaliers ou à domicile.

La prévention est un élément important, mais elle n'a pas la même dimension selon les pathologies : c'est ainsi que la lutte contre le sida en comporte un volet essentiel, ce qui n'est pas le cas d'autres maladies dont l'origine est indépendante de la manière de vivre de la personne.

La manière de vivre a toujours eu une incidence sur la santé. Cependant, il convient de souligner à nouveau que l'aide et le soutien apportés à des personnes malades ne sauraient constituer l'unique critère de l'agrément des associations.

Ainsi que nous l'avons vu, l'organisation de loisirs à l'hôpital, les efforts visant l'amélioration du bien-être ou de l'apparence des patients, aussi importants qu'ils soient, ne sont pris en compte que « *dans la mesure où ils s'intègrent dans une stratégie globale de défense des droits* ».

Il en est de même des associations qui ne font que de la prévention, en luttant par exemple contre l'alcoolisme. L'absence d'agrément n'empêche d'ailleurs pas ces associations de fonctionner ni d'être reconnues au sein de l'établissement, avec qui elles peuvent conclure des conventions.

Il y a lieu de noter enfin, sur ce point, que l'une des autres conditions que pose la loi pour l'obtention ou le renouvellement de l'agrément de l'association a trait à la transparence de sa gestion, à sa représentativité et à son indépendance.

Sa représentativité est vérifiée par l'étude du nombre suffisant de membres cotisant individuellement. Ce nombre est apprécié en fonction du type de public auquel s'adresse l'association et du champ géographique de ses activités.

Une association peut également être considérée comme représentative si elle justifie d'une large audience auprès des personnes qu'elle entend représenter ou défendre.

En ce qui concerne les unions d'associations, il est tenu compte du nombre de membres d'associations qui les composent ou de l'audience de ces entités auprès des personnes qu'elles entendent représenter ou défendre (CSP, art. R. 1114-3)⁵⁴².

L'indépendance, quant à elle, est appréciée au regard des statuts, des types de financements et des conditions d'organisation et de fonctionnement de l'association.

En particulier, cette indépendance doit être garantie à l'égard des autres types d'acteurs du système de santé que sont les professionnels de santé, les établissements de santé, les services de santé, et plus globalement l'ensemble des organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé. De manière générale, il est exigé que l'association présente des garanties suffisantes au regard du respect des libertés individuelles (CSP, art. R. 1114-4)⁵⁴³.

Il existe bien une condition spécifique puisque pour pouvoir bénéficier non pas d'un agrément en général mais d'un agrément national plus spécialement, l'association doit justifier d'au moins 5 000 membres cotisant individuellement ou bien de membres cotisant individuellement répartis sur six régions au moins, dont aucune ne représente plus de 50 % du nombre total de membres. Dans le cas des unions d'associations, il est tenu compte du nombre de membres des entités qui les composent.

Au-delà, une association peut également être agréée sur le plan national si elle démontre le caractère national de son activité. À l'inverse, si l'association ne remplit pas ces conditions susmentionnées, elle peut être agréée au niveau régional par le directeur général de l'Agence régionale de santé du lieu où elle exerce son activité.

Au Mali, de façon générale, toute association ayant un caractère d'utilité publique est considérée par la loi comme reconnue. C'est le cas, à titre d'exemple, de Santé Sud Mali, qui œuvre pour l'évolution internationale sanitaire et sociale, mais aussi qui contribue à l'amélioration de l'accès de tous à la santé et aux services sociaux de base⁵⁴⁴.

⁵⁴² Art. R. 1114-3 du Code de la santé publique.

⁵⁴³ Art. R. 1114-4 du Code de la santé publique.

⁵⁴⁴ Association Santé Sud Mali.

Paragraphe 2 - Les démarches à effectuer pour l'agrément

Il faut rappeler que cette procédure se focalise sur l'acteur principal qu'est la Commission nationale d'agrément qui, par la suite, respecte les modalités requises lui permettant de donner comme de retirer l'agrément aux associations de patients.

L'organe habilité pour octroyer l'agrément est donc la Commission nationale d'agrément qui est régie par les articles R. 1114-5 à R. 1114-8 du Code de la santé publique⁵⁴⁵. Elle est composée de deux types de membres, à savoir :

-Le directeur de la santé, le directeur général de l'offre de soins, le directeur de la vie associative, de l'emploi et de la formation ou son représentant, et le président de la mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires ou, pour chacun d'eux, leur représentant.

-Dix membres nommés par arrêté du ministère de la Santé, c'est-à-dire un représentant de l'Assemblée nationale et un représentant du Sénat, un membre du Conseil d'État en activité honoraire, nommé sur proposition du vice-président du Conseil d'État, un membre de la Cour de cassation, trois personnalités choisies en raison de leur compétence dans le domaine de la santé ou des associations, et trois personnalités choisies en raison de leur expérience de la vie associative.

Il est important de noter que l'agrément n'est pas une fin mais un moyen. Il est essentiel pour les conséquences qu'il va produire, c'est-à-dire pour le régime juridique correspondant. Ainsi, il ressort que seules les associations agréées ont la possibilité légale de représenter les usagers du système de santé dans les instances hospitalières ou de santé publique.

Les lieux de représentation que sont ces instances ne sont pas forcément définis de manière précise et exhaustive, mais l'arrêté du 9 janvier 2006, qui détermine le type d'instances auxquelles il faut participer pour pouvoir bénéficier du congé de représentation, permet d'en avoir une idée.

À titre d'exemple, il y a, pour les instances de santé publique, la conférence nationale de santé, les conférences régionales de santé et de l'autonomie ou bien les commissions de

⁵⁴⁵ Art. R.1114-5 à R.1114-8 du Code de la santé publique.

conciliation et d'indemnisation (CCI), le conseil d'administration de l'ONIAM et les comités de protection des personnes.

Au titre des instances hospitalières, il est possible de noter de manière illustrative que le conseil de surveillance des établissements publics de santé ou les commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge peuvent également jouer un rôle primordial. Cependant, cette possibilité de représentation varie selon le type d'agrément obtenu.

Ainsi, les membres d'une association agréée au niveau national peuvent représenter les usagers du système de santé dans les instances hospitalières ou de santé publique nationales, régionales, départementales ou locales ; alors que ceux d'une association agréée au niveau régional peuvent représenter les usagers uniquement dans les instances hospitalières ou de santé publique régionales, départementales ou locales situées dans la région correspondant au champ de l'agrément.

Un cas spécifique doit être noté : lorsqu'une association agréée ou une association membre d'une union agréée gère un service ou une structure assurant des actes de prévention, de diagnostic ou de soins, ses membres ne peuvent représenter les patients dans les instances d'un service ou d'une structure ayant un champ d'activité analogue dans le même département.

Un autre effet porte sur le droit d'agir en justice. En effet, selon l'article L. 1114-2 du Code de la santé publique, les associations agréées au niveau national peuvent, lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée, et sous réserve de l'accord de la victime, exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 221-6, 222-19 et 222-20 du Code pénal ainsi que les infractions prévues par les dispositions du Code de la santé publique lorsqu'elles portent préjudice à l'intérêt collectif des usagers du système de santé. Ce droit est essentiel, et la jurisprudence a pu préciser que ces dispositions ne s'appliquaient pas aux actions en responsabilité engagées devant la juridiction administrative⁵⁴⁶.

Les membres ou suppléants de cette commission exercent leurs fonctions à titre gracieux, mais reçoivent tout de même des versements d'indemnités au titre des frais de

⁵⁴⁶ CAA Marseille, 15 oct. 2009, *Ass. St'Halt Tort Tue*, req. n° 07MA02005.

déplacement et de séjour. Une seule exception existe : elle concerne le président, qui bénéficie d'une indemnité de fonction (article R. 1114-8)⁵⁴⁷.

Au Mali, la loi du 5 août 2004 relative aux associations, à travers son article 6, dispose que « *toute association qui voudra obtenir la capacité d'existence devra être rendue publique par les soins de ses fondateurs. La déclaration préalable en sera faite au représentant de l'État dans le district de Bamako ou dans le cercle dans le ressort duquel est situé le siège social* »⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ CSP, art. R. 1114-6 et R. 1114-7.

⁵⁴⁸ Loi n° 04-038 du 5 août 2004 relative aux associations.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

La participation de l'utilisateur en général et du patient en particulier au système de santé est devenue indispensable. C'est une obligation tant pratique que juridique qui consacre la dimension collective de la démocratie sanitaire. Cependant, si son principe est acquis, les dispositions concernant son application sont parfois incertaines et imprécises.

Les fonctionnements actuels varient en effet d'une implication réelle à une « participation alibi » qui relève parfois davantage de l'apparence. Dans ce contexte, il est essentiel d'envisager les éléments qui favorisent une participation effective de l'utilisateur aux instances hospitalières et de santé publique.

Cinq points, parmi d'autres, semblent fondamentaux : la formation des représentants des usagers, leur disponibilité, leur indemnisation, l'étendue de leur intégration et les modalités de leur intervention.

Être représentant des usagers ne s'improvise pas. Cela nécessite des compétences parfois très poussées, dans une grande variété de domaines : compétences juridiques, administratives, financières, médicales, techniques, lesquelles varient selon les instances de représentation.

Or, les représentants des usagers, qui sont bien souvent des bénévoles, ne disposent pas forcément de ces connaissances de manière naturelle. C'est pourquoi, la loi a institué un droit à la formation pour ces représentants⁵⁴⁹.

Le dispositif de participation est un élément bénéfique pour la protection de l'utilisateur du système de santé et de ses droits. Il peut permettre une meilleure identification des dysfonctionnements au sein d'un établissement, des situations pouvant constituer des violations de ses prérogatives.

Cette utilité se traduit de deux manières.

D'une part, le dispositif de participation collective constitue un très bon moyen d'identification des besoins des usagers quant aux sources de violation des droits, préalable obligatoire à la détermination et à l'application de réponses adaptées.

⁵⁴⁹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui a introduit l'article L. 1114-1 du Code de la santé publique.

Sans cette participation, les établissements ne disposent pas de moyens naturels de recueil et sont obligés de procéder à des enquêtes et questionnaires de satisfaction permettant d'avoir un reflet des besoins des usagers ; mais ces résultats sont le plus souvent partiels et ne représentent ni l'intégralité, ni la diversité des données.

L'application du système participatif permet, au contraire, de collecter les besoins des usagers sans avoir à mettre en place tout ce dispositif, et ce, avec une représentativité beaucoup plus sûre. En effet, l'implication des représentants des usagers amène naturellement ces derniers à faire part aux établissements des attentes de ceux qu'ils représentent.

C'est ainsi que la présence de représentants des usagers au conseil de surveillance des établissements publics de santé constitue un relais essentiel des doléances des patients, permettant de « faire remonter » les problèmes aux instances dirigeantes.

C'est également le cas, de manière plus caractérisée, de la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge, dont la mission est centrale sur ce point et dont le rapport d'activité occupe un rôle essentiel en matière de respect des droits des patients.

D'autre part, une fois que les besoins des usagers ont pu être identifiés plus facilement, une telle participation permet aux décideurs « naturels » des établissements de santé de mieux orienter leurs décisions en fonction des préoccupations desdits usagers.

L'essor de la notion de qualité est l'un des points importants pour tout établissement, cette dernière devant, de surcroît, s'inscrire dans une certaine continuité (idée d'amélioration perpétuelle de la qualité).

Cette découverte des besoins, mais aussi de leur évolution au chevet des réformes ou des projets, est un avantage pour empêcher la mise en place de mesures qui seraient inadaptées aux attentes des usagers.

L'engagement de l'utilisateur envers l'amélioration du système de santé est donc essentiel en ce qu'il contribue à la connaissance des cas de violation des droits des patients et permet d'assurer une identification et un suivi adapté des mesures correctives nécessaires.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

Nous pouvons dire que le patient ne bénéficie pas que de droits. Ceux-ci s'accompagnent nécessairement d'obligations qu'il doit respecter non seulement dans son rapport avec l'établissement et les professionnels de santé dans le cadre de sa prise en charge, mais aussi à l'égard du personnel hospitalier et de celles et ceux qui l'accueillent et le soignent.

Le patient ainsi que ses proches doivent veiller au respect total de ces règles ou de ces obligations pour le bon déroulement de l'acte de soin pendant son séjour, et manifester une bonne conduite et un savoir-vivre.

Cela étant, le patient est appelé à s'impliquer activement dans le processus thérapeutique tout en observant scrupuleusement les recommandations des soignants ainsi que des autres professionnels de santé qui s'occupent de sa prise en charge pendant son hospitalisation et lors de sa sortie de l'établissement.

Il en va de sa responsabilité de se conformer aux recommandations médicales et de suivre les traitements qui lui sont proposés ; pour ce faire, il doit adopter un bon comportement durant tout le parcours de soins.

Nous recommandons aux autorités maliennes d'apporter une innovation majeure quant au développement des obligations des malades dans les établissements hospitaliers pendant leur séjour. Cela permettra de trouver un équilibre au niveau du système de santé malien.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Après avoir passé en revue les principales règles et principes qui caractérisent les droits du patient en France et au Mali, nous retiendrons que ces droits sont une réalité, même si se pose toujours la question de leur effectivité.

Le Mali est sur les traces de la France qui a une législation très élaborée en matière de protection des personnes malades. La volonté affichée par les pouvoirs publics de doter le Mali de textes visant à sécuriser le patient dans son parcours de soins et à lui garantir un certain nombre de droits dans le domaine de la santé commence à produire ses effets avec la mobilisation des associations sur le terrain.

Ce progrès est le fruit des hautes luttes engagées par l'opinion publique de plus en plus informée et lucide. Elle se bat contre des pratiques qui laissent s'installer un manque de confiance dans les activités thérapeutiques ou tout simplement envers certains professionnels de santé et les autorités sanitaires chargées de prendre des mesures dans l'optique de protéger le patient, de lui reconnaître la place qui lui revient dans le système de santé et, partant, dans le processus de soins depuis son commencement jusqu'à sa fin.

Ainsi, nous avons pu relever, au Mali, qu'un projet d'élaboration du Code de la santé a été annoncé, démontrant clairement l'intérêt que la société malienne attache à la réglementation du secteur de la santé, en espérant qu'un accent particulier sera mis sur les droits des patients qui, pour beaucoup, ont des problèmes d'accès aux soins et de compréhension du langage médical.

À cet effet, on attend qu'il soit reconnu aux associations qui œuvrent nuit et jour pour la mise en place de réseaux communautaires de santé une place majeure dans les discussions devant aboutir à l'adoption du Code de la santé projeté. Cette attention permettrait aux populations de s'approprier les règles de ce nouveau code.

Par ailleurs, si le Mali doit s'appuyer sur le modèle de protection français, comme dans beaucoup d'autres domaines, il est nécessaire que ce ne soit pas par simple mimétisme. Il est indispensable que son système colle à l'idée que les Maliens se font de la protection de leur santé, de l'accès aux soins, de l'information qu'ils espèrent recevoir du personnel ou de

l'établissement de santé, et bien entendu, du rôle qu'ils sont appelés à jouer en tant qu'acteurs majeurs du système de santé.

Cette prise en compte va de pair avec celle de leurs niveaux de pauvreté et d'alphabétisation, qui sont deux facteurs essentiels en ce qui concerne l'accès aux soins. Cela permettra également d'orienter le patient concernant ses droits mais aussi ses obligations dans le cadre de sa prise en charge par les établissements et les professionnels de santé.

L'implication des populations est un élément déterminant qui, en plus de ce qui a déjà été dit, aura pour objet de prévenir d'éventuelles crises et de développer des actions de prévention et d'éducation à la santé à destination de celles-ci.

On ne perd pas de vue que l'instabilité politique que connaît le pays depuis des décennies déjà n'est pas de nature à faciliter les discussions autour des grands projets. Elle rend encore plus fragiles les populations que la nature n'a pas gâtées (1,24 million de kilomètres carrés, dont deux tiers couverts par le désert). Du fait des conflits armés, les investissements consentis dans plusieurs domaines, dont celui de la santé, sont réduits à néant.

À chaque fois, les droits conquis au fil des années connaissent un recul. Il faut donc que le Mali retrouve la stabilité pour que les populations bénéficient des progrès de la science en général, et de la santé en particulier.

Ainsi, pour finir, il faudra aussi s'attaquer à la corruption dans le secteur de la santé, qui représente également un véritable cancer empêchant la mise en œuvre des progrès essentiels au développement global du pays et du domaine de la santé en particulier.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

ALLAL Patrick, FRAISSEIX Patrick, GUILHEMSANS-CABAL M. Françoise, SAILLARD, AMYLOT Jean-Jacques, BRUN Laure, FAUGERAS Sylvie, MALO Pierre-Yves *et al.*, *Prévenir et lutter contre la maltraitance des personnes âgées*, coll. « Guides santé social », Paris, Dunod, 2015.

ANDRÉ-VINCENT Philippe, *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II*, Paris, LGDJ, 1983.

ARISTOTE, *Métaphysique*, 12,10-19 à 15-23, trad. TRICOT, Paris, Vrin, 1974.

ATTUEL-MENDES L., *Consentement et actes juridiques*, Paris, Litec, 2008.

AUBY Jean-Marie, *Le droit de la santé*, Paris, PUF, Thémis, 1981.

BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1965.

BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2009, 20^eéd.

BRISSY Stéphane, LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, *Refus de soins et actualités sur les droits des malades*, Paris, Presses de l'EHESP, 2012.

BURDEAU Georges, *Libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1961.

CADIET Loïc, *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

CAILLE Catherine, DANTI-JUAN Michel, « La responsabilité pénale des établissements de santé », dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, éd. LEH, 2000, p. 41.

CAPITANT Henri, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1992, 3^e éd.

CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome I, Paris, Sirey, 1933.

CAVERNI Jean-Paul, GORI Roland, *Le consentement : Droit nouveau ou imposture ?*, Paris, In Press, 2006.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e éd., Paris, Domat Droit Public, Montchrestien, 2001.

CHARDIN Nicole, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, LGDJ, 1988.

CLAVANDIER Gaëlle, *Sociologie de la Mort : vivre et mourir dans la société contemporaine*, Paris, Armand Colin, 2009.

CLÉMENT Jean-Marie, *Histoire des réformes hospitalières sous la V^e République*, Bordeaux, LEH, 2010.

CLÉMENT Jean-Marie, *Les grands principes du droit de la santé*, 1^{re} éd., Bordeaux, LEH, 2005.

CLESSE Christophe, LIGNEZZOLO-ALNOT Joëlle, DE LAVERGNE Sylvie, *Histoire de l'accouchement en Occident : évolution des connaissances, techniques, croyances, rites et pratiques professionnelles au travers des âges*, Angers, Devenir, 2018/4, vol.30, p. 399-417.

CORNU Gérard, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 2003, 11^e éd.

CORNU Gérard, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil*, Paris, Les Cours de droit, 1977.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^e éd., 2007.

COUTY Édouard, *Regards sur la réforme du système de santé*, Paris, Presses de l'EHESP, 2009.

CRÉPEAU Paul-André, *La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien*, Canada, RD McGill 673, p. 698, 1981 (26, R. Dr).

DE FORGES Jean-Michel, *Le droit de la santé*, 8^e éd., Paris, PUF, 2012.

DELEVOYE Jean-Paul, *Refus de soins et actualités sur les droits des malades*, Paris, Presses de l'EHESP, 2012, préface.

DEVERS Gilles, *Droit, responsabilité et pratique des soins*, Paris, Lamarre, 2013.

DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*, Paris, La mémoire du droit, LGDJ, 2008, 2^e éd.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1921.

DUPONT Marc, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, PAIRE Christian, *Droit hospitalier*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2007.

DUPUIS Michel, GUEIBE Raymond, HESBEEN Walter, *La banalisation de l'humain dans le système de soins : de la pratique des soins à l'éthique du quotidien*, Paris, Seli Arslan, 2011.

DURIEZ Marc, chargé de mission du Haut Comité de santé publique, *Le système de santé français*, Paris, PUF, « Que sais-je », avril 1999.

ÉVIN Claude, *Les Droits des usagers du système de santé*, Paris, Berger-Levrault, 2002.

FANTINO Bruno, ROPERT Gérard, *Le système de santé en France : diagnostics et propositions*, Paris, Dunod, 2008.

FAVOREU Louis, *Droit des libertés fondamentales*, éd. n° 5, Paris, Précis Dalloz, 2000.

FABERON Florence, *Santé mentale et liberté d'aller et venir*, RDSS, 2016, p. 793, 6-2015, 67 pages.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Éric, *Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, Paris, A. Colin, 1999, n° 180.

GENY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919.

DUPONT Marc, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, *Droit Hospitalier*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1993, n° 188.

GJIDARA Sophie, *L'endettement et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1999.

GROLIER Jacques, *Le financement des hôpitaux publics*, Paris, ENSP Éd., 1998.

GUINCHARD Serge, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, 15^eéd.

HARICHAUX Michèle, *La rémunération du médecin*, Paris, Economica, 1979, préface B. Oppetit.

HOFNUNG-GUILLAUME Michèle, *Droits des malades, vers une démocratie sanitaire ?*, Paris, La Documentation française, 2003.

HASSENTEUFEL Patrick, *Les médecins face à l'État, une comparaison européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 1997.

HOERNI Bernard et SAURY Robert, *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*, Paris, Masson, 1998.

IMBERT Jean, *Histoire des hôpitaux en France*, Paris, PUF, 7^e éd., coll. « Que sais-je ? », 1996.

JACQUINOT Nathalie, *Ordre public et Constitution*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2000.

KANT Emmanuel, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Paris, Le Livre de Poche, 1993.

KOUCHNER, LAUDE et TABUTEAU, *La loi HPST : regard sur la réforme du système de santé*, Paris, Presse de l'EHESP, janvier 2010.

LAMBOLEY Annie, *La société civile professionnelle, un nouveau statut de la profession libérale*, Paris, éd. Litec, 1974, préface Savatier, n° 81 et s.

LAUDE Anne, MATHIEU Bertrand et TABUTEAU Didier, *Droit de la santé*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012.

LAUDE Anne, *Droit de la santé*, Paris, Lamy, oct. 2002.

LAUDE Anne, MATHIEU Bernard, TABUTEAU Didier, *Droit de la santé*, 2^e éd. mise à jour, Paris, Thémis Droit, PUF, 2010.

LE SCOLAN Stan, PELLET Rémi, *Hôpitaux et Cliniques, les nouvelles responsabilités*, Paris, Economica, 2003.

LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

LECA Antoine, *Droit de la médecine libérale*, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

LEMOYNE DE FORGES Jean-Michel, *L'hospitalisé*, Paris, Berger-Levrault, 1983.

LENOIR Noëlle, *Bioéthique, Constitution et droits de l'homme*, Paris, Diogène, Gallimard, 1996.

LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Éditions Simone, Goyard-Fabre, Garnier-Flammarion, 1992.

LOMBARD Martine et DUMONT Gilles, *Droit administratif*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2007.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DEVOLVÉ Pierre, GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2007.

LOUIS René, *Code de déontologie médicale commenté*, Paris, Éditions du Seuil, 1996.

LUCAS-BALOUP Isabelle, VORMS Bertrand, *Médecins-cliniques, le contrat d'exercice*, Paris, SCROF, 2001.

MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2009.

MALAURIE Philippe, *Anthologie de la pensée juridique*, 2^e éd., Saint-Amand-Montrond, Cujas, 2001.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les obligations*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 2005, n° 952 et s.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Majeur protégé, Résidence-Services : des mesures dans le projet de loi d'adaptation de la société au vieillissement*, Defrénois, n° 9, mai 2015, p. 518.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2004, n° 321.

MANOUKIAN Alexandre, *La relation soignant-soigné*, 4^e éd., Rueil-Malmaison, Lamarre, 2014.

MANUILA Ludmila, MANUILA Alexandre, NICOULIN Monique, *Dictionnaire médical*, 7^e éd., Paris, Masson, 1996.

MATHIEU Bertrand, *Le droit à la vie*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, Europe des droits, 2005.

MELLEN, X.-C, 1957, BR, 389 et s.

MÉMETEAU Gérard, *Cours de droit médical*, Bordeaux, éd. LEH, 2003.

MÉMETEAU Gérard, *L'hospitalisation privée*, Paris, Litec, n° 140-1.

MÉMETEAU Gérard, GIRER Marion, *Cours de droit médical*, Paris, févr. 2016, Les études hospitalières.

MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 7^e éd., Paris, LGDJ, Tome I, 2000.

MOREAU Jacques et TRUCHET Didier, *Droit de la santé publique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1997.

PRAYEZ Pascal, *Distance professionnelle et qualité du soin*, 2^e éd., Paris, Lamarre, 2009.

PEDROT Philippe, *Dictionnaire de la santé et de la biomédecine*, Paris, Ellipses, 2006.

PELLETIER Christophe, *Le management par la qualité dans les services à la personne, Outils d'action sociale*, Paris, Dunod, 2010.

PÉTILLON Catherine, *Les métiers des services à la personne*, Paris, L'Étudiant, 2009.

- PORCHY Simons, *Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- PRELOT Pierre-Henri, *Droit des libertés fondamentales*, 2^e éd., Paris, Hachette, HU Droit, 2010.
- PUIG Pascal, *Contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2007.
- RENAULT-BRAHINSKY C., *Droit des obligations*, 7^e éd., Paris, Lextenso, 2010.
- RIVERO Jean et WALINE J., *Droit administratif*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 1998.
- RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 1995.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Garnier-Flammarion, 1992.
- SAUER Fernand et FAHY Nick, *Malades à la recherche de soins*, p. 499-508, in *Revue des droits de l'Union européenne*, 3-2004, Paris, éd. Clément Juglar.
- SAVATIER René, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1959.
- TERRÉ François, *L'enfant de l'esclave : génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987.
- TERRÉ François, *Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005.
- TERRÉ François, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2005.
- THIBIERGE Catherine, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.
- THOMAS Louis-Vincent, *Anthropologie de la mort*, Paris, Payot, 1975.
- TURPIN Dominique, *Contentieux constitutionnel*, 2^e éd., Paris, PUF, 1994.
- VAUCHEZ Stéphanie, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005.
- VIALLA François, *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, LGDJ, 2009.

REVUES

- ALBERT Nathalie, « L'évaluation de la perte de chance en droit administratif », *Les Petites Affiches*, 31 octobre 2013, n° 218, p. 29.

ASTAIX Anthony, « Application de la Charte des droits fondamentaux : publication du rapport 2011 », *Dalloz actualité*, 13 juillet 2012.

AUBRÉE Yann, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail », *Dalloz*, 2003, p. 638.

BACACHE Mireille, « Convention d'Oviedo », *RTD civ.*, 2012, p.785.

BACACHE Mireille, « Longue vie à l'arrêt *Mercier* », *Revue des contrats*, 1^{er} janvier 2011, n° 1, p. 335.

BARBIER Hugo, « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », *RTD civ.*, 2013, p. 832.

BARBOT Janine, « Soigner en situation de risque judiciaire », *Revue française de science politique*, 2008, p. 985.

BARELLA Xavier, « Le droit à l'information en matière médicale », *AJDA*, 2012, p. 1991.

BARY Marion, « L'existence contestable d'un droit subjectif à l'information », *Les Petites Affiches*, 30 septembre 2010, n° 195, p. 15.

BATTEUR Annick, « Confirmation du dispositif "anti-Perruche" : L'exclusion définitive des indemnisations du préjudice de vie », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 février 2014, n° 2, p.1.

BATTEUR Annick, « Refus de transmission d'une QPC sur l'existence de l'action en recherche de paternité », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 mai 2013, n° 5, p. 2.

BEIGNIER Bernard, « La protection de la vie privée », *in* R. Cabrillac, « Liberté et droits fondamentaux », *Dalloz*, 2009.

BERNAUD Valérie, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *Revue Droit social*, 2015, p. 4.

BERNAUD Valérie, « La liberté contractuelle et le principe de faveur face au juge constitutionnel », *Semaine sociale Lamy*, 2004, p. 1280.

BIOY Xavier, « Rémunération des médecins et libre choix du médecin par le patient », *Constitutions*, 2011, p. 405.

BIOY Xavier, « Actualité du droit à la santé et de la bioéthique », *Constitutions*, 2010, p. 304.

GIBEILI Mireille, « Le secret médical partagé », *La Gazette du Palais*, 30 décembre 2008, n° 365, p. 44.

GOBERT Michelle, « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 nov. 2000 », *Les Petites Affiches*, 8 déc. 2000.

THÈSES

BARDOUL Jacques, *Médecins et cliniques ; les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques*, Thèse, Paris, déc. 1950.

BERLAND-BENHAIM Caroline, *Le consentement et la bienfaisance dans la relation médicale*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2007.

BERNAUD Valérie, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Thèse, Economica, 2003.

BORGETTO Michel, *La notion de fraternité en droit public français*, Thèse, LGDJ, 1993.

CHAUVEL Patrick, *Le vice du consentement*, Thèse, Université Paris II, 1981.

CLÉMENT Cyril, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, Thèse, Université Paris VIII, 5 février 1997, Bordeaux, éd. LEH, 2001, préface A. Demichel.

CRISTOL Danièle, *La concurrence entre le service public hospitalier et les cliniques privées*, Thèse, Université de Nice, décembre 1993.

DANET Laetitia, *Les problèmes actuels des cliniques privées*, Thèse, Université de Bordeaux, 29 janvier 2003.

DELORT Sylvie, *La responsabilité des chirurgiens, des anesthésistes et des établissements de santé*, Thèse, Université Paris II, 25 octobre 2003.

ÉVIN Claude, *Les concepts fondateurs des droits des usagers du système de santé*, Thèse pour le doctorat de l'Université Paris VIII, droit public, 2001.

GADHOUN Pierre-Yves, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris, Dalloz, 2008.

GAY Laurence, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Thèse, Bruylant, 2007.

GUYLENE Nicolas, *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2000.

JACQUINOT Nathalie, *Ordre public et Constitution*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2000.

KOSTIC Gaël, *L'intuitu personae dans les contrats de droit privé*, Thèse, Université Paris V, 14 oct. 1997, n° 240 et s.

MAURIN Lucien, *Contrat et droits fondamentaux*, Thèse, LGDJ, 2013.

MEINDL Thomas, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Thèse, Université de Montpellier, 2001.

PENAGAIA Annabelle, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 1998.

ARRÊTS ET DÉCISIONS

Arrêt cour d'appel de Bamako, 8 février 2006 (matière civile).

CE, 29 juillet 1994, M. Garnier, RDSS, 1995, p. 57, note Louis Dubouis.

Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-145, JCP G, 2002, II, 10045, note Cachard O. – et Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012, n° 11-18327, D. 2012, p. 1610, obs. Gallmeister I. ; *ibid*, p. 1794, note Laude A. ; D. 2013, p. 40, obs. Gout O. ; RDSS, 2012, p. 757, obs. Arhab-Girardin F.

Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2016, n° 15-16894, ECLI:FR:CCASS:2016:C101091, FS-PB (cassation partielle, CA Pau, 16 déc. 2014), M^{me} Batut, prés. – SCP Richard, SCP Rousseau et Tapie, av.

Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 1988, n° 86-15607, Bull. civ. I, n° 107 – et Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 97-10267, JCP G, 1998, II, 10179, concl. Sainte-Rose J., note Sargos P. ; RTD civ., 1999, p. 111, note Jourdain P. ; D. 1999, p. 145, note Porchy S. ; Gaz. Pal., 16 juin 1999, p. 63, note Pansier F.-J. et Bladier J.-B.

Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2018, n° 1627506, ECLI:FR:CCASS:2018:C100443, M. X et M^{me} B. c/ M^{me} Z et M. Y, FS-PBI.

Cass. crim., 16 oct. 2013, 1309, S. Detraz. 13-85232, Juris-Data, n° 2013-022372 ; Bull. crim.,

2013, n° 192 ; JCP G, 2013, 1309, S. Detraz.

Cass., ass. plén., 7 nov. 2014, n° 14-83739, PBRI, Juris-Data, n° 2014-026132 ; Dr. pén., 2014, comm. 151, obs. A. Maron et M. Haas ; JCP G, 2015, doct. 69, étude A. Lepage.

CE, 10 octobre 2012, Beau-père et M^{me} Lemaître, n° 350426, p. 357

CE, 6 déc. 2013, n° 363290, M. B, Juris-Data, n° 2013-027910. Cass. crim., 13 janv. 2015, n° 14-90044, FS-D, Juris-Data, n° 2015-000245 ; Dr. pénal, mars 2015, n° 3, comm. 34.

CEDH, 19 févr. 2015, n° 10401/12, Helhal c/ France, Juris-Data, n° 2015-002608 ; JCP G, 20 avr. 2015, n°16, 481, note B. Pastre-Belda.

CEDH, 26 oct. 2000, n° 30210/96, Kudla c/ Pologne, § 94, RTDH, 2002, p.179, note J.-F. Flauss.

CEDH, 9 sept. 2010, n°1033/07, Xiros c/ Grèce, § 73, JCP G, 2011, doct. 94, n° 3, obs. F. Sudre.

Cons. const., 20 mars 2015, 458 QPC, Juris-Data, n° 2015-005304 ; JCP G, 1^{er} juin 2015, n° 22, 634, note K. Foucher et V. Rachet-Darfeuille.

Cour adm. appel Paris, 9 juillet 1998, RFDA, 1998, p. 1238.

Cour adm. appel Paris, 9 juin 1998, RFDA, 1998, p. 1231, conclusions Mireille Heers ; D. 1999, p. 277, note Gilles Pellissier.

Cour d'appel de Bordeaux, 29 avril 2019, n° 19/02211.

Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2019, n° 18-10706.

Cour d'appel de Toulouse, 2 avril 2019, n° 19/00011.

Cour d'appel de Versailles, 22 février 2019, n° 19/01241.

L'arrêt *Mercier* (Civ., 20 mai 1936, DP, 1936. 1. 88, rapp. Josserand et concl. Matter ; RTD civ., 1936. 691, obs. Demogue ; GAJC, 12^e éd., 2008, n° 162-163).

LOIS ET DÉCRETS

Loi n° 02-048 du 22 juillet 2002 portant modification de la loi n° 94-009 du 22 mars 1994 portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation, de la gestion et du contrôle des services publics.

Loi n° 06-028 du 29 juin 2006 fixant les règles relatives à la prévention, à la prise en charge et au contrôle du VIH / sida.

Loi n° 09-017 du 26 juin 2009 relative au prélèvement et à la greffe d'organes, de tissus et de cellules humains en République du Mali.

Loi n° 02-049 du 22 juillet 2002 portant loi d'orientation sur la santé.

Loi n° 02-050 du 22 juillet 2002 portant loi hospitalière et créant l'Agence nationale d'évaluation des hôpitaux.

Loi n° 02-044 du 24 juin 2002, relative à la santé et à la reproduction.

Lois portant création de l'IOTA, de l'hôpital de Tombouctou, de l'hôpital de Gao, de l'hôpital Sominé DOLO de Mopti, de l'hôpital Nianankoro FOMBA de Ségou, de l'hôpital de Sikasso, de l'hôpital de Kati, de l'hôpital Fousseyni DAOU de Kayes, de l'hôpital du Point G, de l'hôpital Gabriel TOURE, du Centre national d'odonto-stomatologie et de l'hôpital du Mali.

Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

Loi 98-035 du 20 juillet 1998 régissant le contrôle sanitaire aux hôpitaux.

Arrêté n° 08-2716 /MS-SG du 6 octobre 2008 portant Charte du malade au Mali.

Décret n° 04-311/P-RM du 4 juin 2002 fixant le régime de la rémunération des actes médicaux et de l'hospitalisation dans les établissements publics de santé.

Décret n° 03-143/P-RM du 7 avril 2003 fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'Agence nationale d'évaluation des hôpitaux.

Décret n° 03-346 /P-RM du 7 août 2003 fixant les modalités de mise en œuvre de la convention hospitalo-universitaire.

Décrets du 7 août 2003 fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'IOTA, du Centre national d'odonto-stomatologie, de l'hôpital du Point G, de l'hôpital Gabriel TOURE, de l'hôpital Fousseyni DAOU de Kayes, de l'hôpital de Sikasso, de l'hôpital Nianankoro FOMBA de Ségou, de l'hôpital de Tombouctou, de l'hôpital de Gao, de l'hôpital Sominé DOLO de Mopti et de l'hôpital de Kati, modifiés par les décrets du 26 avril 2006 et le décret MOF de l'hôpital du Mali.

Décrets portant nomination des membres du conseil d'administration du Centre national d'odonto-stomatologie, de l'hôpital de Gao, de l'hôpital de Kati, de l'hôpital de Sikasso, de l'IOTA, de l'hôpital Fousseyni DAOU de Kayes, de l'hôpital du Point G, de l'hôpital Nianankoro FOMBA de Ségou, de l'hôpital Gabriel TOURE, de l'hôpital Sominé DOLO de Mopti et de l'hôpital de Tombouctou.

Décret n° 05-063/P-RM du 16 février 2005 fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement des pharmacies hospitalières.

Décret n° 06- 571/P-RM du 29 décembre 2006 fixant la carte nationale hospitalière.

Décret n° 07-083/P-RM du 9 mars 2007 fixant les règles de gestion budgétaire et comptable des établissements publics hospitaliers.

Décret n° 02-050 du 22 juillet 2002 portant loi hospitalière en République du Mali.

Décret n° 07-383/P-RM du 3 octobre 2007, modifié, portant nomination des membres du gouvernement.

Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 instaurant la première Charte du malade hospitalisé.

AVIS

A.T. (journal *Le Point*). Service de néphrologie (dialyse) du Point G : La fin du calvaire des dialysés pour bientôt grâce à la ministre Togo, 29/03/2017.

AGSS-Mali, Une organisation humanitaire créée en 2010 conformément à la loi n° 04-038 du 5 août 2005 relative aux associations en République du Mali.

ALLOITEAU Stéphane, L'arrêt CHR de Nice : l'indemnisation du préjudice lié à un défaut d'information médicale (CE, 14 févr. 1997), *Les Petites Affiches*, 28 mai 1997.23.

ARIES Philippe, L'homme devant la mort.2. La mort ensauvagée, 1985, Points Seuil, p. 269.

Avis du Comité national d'éthique n°58, 12 juin 1998, p. 7.

Avis du Conseil économique et social des 12 et 13 septembre 1995 relatif aux droits de la personne malade, JOCES 1996, n° 16, p.9.

BACON Francis, Du progrès et de la promotion des savoirs, Le Doeuff Michel (trad.), 1991, Gallimard.

BOLLI MOUSSA, Une lueur d'espoir dans un océan de précarité ambiante, journal *Le reflet*, 01/04/2017.

BIANCO Jean-Louis et LAMY Pascal, L'aide à l'enfance demain, La Doc. Fr, 1980.

BORGETTO Michel, Les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 : dix ans après, RDSS, 2012, p.411.

BUREAU Dominique, DRUMMOND France et FENOUILLET Dominique, Droit et morale, 2011, Dalloz.

Ch. réun., 13 févr. 1930, DP 1930. 1. 57, rapport Le Marc'hadour, concl. Matter, note Ripert ; S. 1930. 1. 121, note Esmein.

CLUZEL-MÉTAYER Lucie, maître de conférences à l'Université de Paris II (CERSA-CNRS), Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002, RDSS, 2012, p.442.

DEGUERGUE Maryse, Droits des malades et qualité du système de santé, AJDA, 2002.508.

DESGORCES Richard, professeur à l'université de Rennes 1, membre de l'IODE UMR CNRS 6262, La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

DESGORCES Richard, La dignité en droit positif, d'Onorio J.-B., La dignité au regard du droit, 2015, Pierre Téqui éditeur, p. 95.

DESGORCES Richard, Le rapport Claeys-Leonetti créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, ASP Liaisons, n° 50, juin 2015, p. 27.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, Réforme de la fin de vie, AJ fam., 2016, p.217 ; CHEYNET DE BEAUPRÉ Aline, Fin de vie : l'éternel mythe d'Asclépios, D. 2016, p. 472.

DOUMBIA BOUREMA, L'hôpital veut convaincre par la qualité et prêcher par l'exemple afin d'amener les autres structures hospitalières à suivre le mouvement, journal *L'Essor* du 6 févr. 2013.

DUPONT Marc, directeur d'hôpital. AP-HP / Direction des affaires juridiques. Chargé d'enseignement à la Faculté de droit Paris-Descartes. La loi du 4 mars 2002 a-t-elle changé la gestion de nos hôpitaux ?, RDSS, 2012 p.486.

FELDMAN Jean-Philippe, Faut-il protéger l'Homme contre lui-même ? La dignité, l'individu, la personne humaine, Droits, 2009, n° 48, p. 87.

FIAT Éric, Petit traité de dignité. Grandeurs et misères des hommes, 2012, Larousse.

JAEGER Marcel, titulaire de la chaire de travail social et d'intervention sociale du Conservatoire national des arts et métiers, Le contexte de l'élaboration de la loi du 2 janvier 2002, RDSS, 2012 p.413.

JOURDAIN Patrice, Loi anti-Perruche : une loi démagogique, D. 2002, Point de Vue, p. 891 ; J. MASSIP, La responsabilité du médecin face aux conséquences de l'échec d'une interruption volontaire de grossesse, *Les Petites Affiches*, 27 mai 1992.10.

LEONETTI Jean, C'est ainsi que les hommes meurent, Badinter Robert (préf.), 2015, Plon.

LEVY Michel, La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité, RDSS, 2002.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, D.2002.1217, 1291 et 1367.

MALAURIE Patrice, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, Defrénois, 2^e éd., 2004, n° 321.

MATHIEU Bertrand, Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC : D. 1995, p. 237.

MISTRETTA Patrick, De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016, JCP G, 2016, doct. 240.

MISTRETTA Patrick, La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation, JCP, 2002. I.141.

MOISDON-CHATAIGNER Sylvie et DESGORCES Richard, Affaire Vincent Lambert : la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014, ASP Liaisons, n° 49, déc. 2014, p. 20.

MOQUET-ANGER Marie-Laure, Le droit des personnes hospitalisées, RDSS, 2002.

PEDROT Philippe, maître de conférences à la Faculté de droit de Toulon ; directeur du CERANT (Centre d'études et de recherches appliquées aux nouvelles technologies) ; GUYLÈNE Nicolas, maître de conférences à la Faculté de droit d'Aix-Marseille III, DSS 2002, p. 351.

PERROUIN Luc, La dignité de la personne humaine et le droit, Thèse, Toulouse I, 2000.

RENAUDIE Olivier, maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (CERSA-CNRS), La confection des lois des 2 et 4 mars 2002, RDSS, 2012, p.421.

ROUSSET Guillaume, maître de conférences en droit à l'Université Jean Moulin (Lyon 3). Le droit à l'information de l'utilisateur et du patient depuis les lois des 2 janvier et 4 mars 2002, RDSS, 2012, p.431.

SAVATIER Richard, 20 janv. 1987, Bull. civ. I, n° 19 ; 19 avr. 1988, JCP, 1988. IV.221.

SERLOOTEN Patrick, Vers une responsabilité professionnelle, Mélanges Hébraud, 1981, p. 805, spéc. n° 13.

TOONEN JURRIEN, DAO Dramane et HILHORST Théa (2007), Mali. Vers un système d'information essentielle sur le secteur de la santé pour les acteurs communaux (SIEC-S), Bamako.

COLLOQUES

Responsabilité médicale et indemnisation des accidents médicaux. Bilan et perspectives (15/03/2019), Farida ARHAB GIRARDIN.

Colloque sur la responsabilité médicale : Marseille, 11 octobre 2013.

La mondialisation du droit de la santé, colloque, 14 et 15 octobre 2010, Pessac, organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit européen de la santé, l'Association de droit de la santé et Réseau (Droit de la santé) de l'Agence universitaire de la francophonie ; sous la direction de Michel Bélanger, LEH, 2011.

RÉFÉRENCES

AZOULAY Elie, CHEVRET Sylvie, PhD, LELEU Ghislaine, Half the families of intensive care unit patients experience inadequate communication with physicians *Care Med* 2000; 28:3044-3049.

Arrêtés interministériels portant approbation des conventions hospitalo-universitaires conclues respectivement entre l'hôpital du Point G, l'IOTA, l'hôpital Gabriel TOURE, l'hôpital de Kati, le Centre national d'odonto-stomatologie et l'Université de Bamako.

Arrêté n° 08-2716/MS-SG du 6 octobre 2008 portant Charte du malade dans les établissements hospitaliers, SAVORNIN Charles, CLAPPAZ Pascale, SOARES Jean-Louis : le devoir d'information et pratique quotidienne ; *Concours médical* 29 avril-6 mai 2000(122) 1217-22. Ministère de la Santé du Mali.

AZOULAY Elie, POCHARD Frédéric, CHEVRET Sylvie, LEMAIRE Félicien, MOKHTARI Mohamed, LE GALL Jean-Roger, *et al.*, Meeting the needs of intensive care unit patient families: a multi-center study. *Am J Respir Crit Care Med* 2001; 163:135-9.

Arrêté n° 02-2496/MS-SG du 11 décembre 2002 fixant la composition et les règles de fonctionnement de la Commission nationale hospitalière.

Arrêté n° 07-1369/MS-SG du 31 mai 2007 portant classement des établissements publics hospitaliers.

Arrêté n° 08-2716/MS-SG du 6 octobre 2008 portant Charte du malade.

Arrêté interministériel n° 07-0926/MS/MEN/SG du 13 avril 2007 fixant les modalités de la rémunération hospitalière du personnel hospitalo-universitaire.

Arrêté fixant les détails du décret n° 05-063/P-RM du 16 février 2005 fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement des pharmacies hospitalières.

Arrêté interministériel n° 06-2929/MS – MEN-SG du 4 décembre 2006 fixant les modalités d'organisation des concours d'internat et d'emploi des internes.

LANTRES Olivier, La responsabilité des établissements de santé privés, Thèse de droit privé, Poitiers, 29 octobre 1999, Bordeaux, éd. LEH, Collection « Thèses », 2001.

POCHARD Frédéric, GRASSIN Marc, HERVÉ Christian, Palliative options at the end of life. *Jama* 1998 ; 279 : 1065-6 ; discussion 1066-7.

ARTICLES

ALMERAS Jean-Pierre, « Le protocole d'accord entre la profession médicale et l'hospitalisation privée », *Conc. Méd.*, 4 janvier 1975, p. 97 ; « Recommandations communes... », *Conc. Méd.*, 8 février 1975, p. 972.

ANTONMATTEI, Philippe, « Contribution à l'étude de la force majeure », Bibliothèque de droit privé, t. CCXX, 1992, LGDJ, « Ouragan sur la force majeure », *JCP*, éd. G, 1996, I, 3907.

AUBY Jean-Marie, « Médicament falsifié », *RDSS*, 1992, p. 280.

AULOIS-GRIOT Marine et MAURAIN Claude, « Du droit des médicaments au droit des produits de santé », *LPA*, 1^{er} septembre 2006, n°175, p. 4.

BACACHE Mireille, « Responsabilité civile. Le défaut d'information sur la non-conformité d'un traitement au regard des indications de l'AMM constitue en soi un préjudice pour le patient », *Gaz. Pal.*, 19 juillet 2012, n° 201, p. 11.

BART WIJNBERG, « La situation juridique des patients », *LPA*, 21 mai 1997, n° PA199706106, p. 18.

BONAH Christian et GAUDILLIÈRE Jean-Baptiste, « Faute, accident ou risque iatrogène ? La régulation des événements indésirables du médicament à l'aune des affaires *Stalidon* et le Distilbène », *Revue française des affaires sociales*, 2007/3, n° 3-4, p. 123-151.

BONNICI Bernard, « La réforme du financement des établissements de santé », *La Gazette du Palais*, n° 5, 6-7 juin 2007, p. 157 à 158.

BURELLI Thomas et POUPELIN Pascale, « Droit des produits de santé : actualité de l'année 2011 », *PA*, 3 juillet 2012, n° 132, p. 6.

CADEAU Éric, « Quand le risque médicamenteux préoccupe le juge judiciaire. Observations à partir du rapport annuel 2011 de la Cour de cassation », *RGDM*, n° 44, septembre 2012, p. 396 et s.

CAILLE Catherine, fasc. « Responsabilité médicale, Dictionnaire permanent de bioéthique », *Cass. crim.*, 2 octobre 1958, *Bull. crim.*, 1958, n° 596, p. 1052, n° 78.

CALVO Jean, « La responsabilité médicale, Dictionnaire permanent de bioéthique », *PA*, 16 février 1999, n° 33, p. 14.

CALVO Jean, « Médicament et droit douanier européen », note sur CJCE du 14 décembre 1995, *PA*, 24 juillet 1996, n° 89, p. 37.

CHABAS François, « La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation », *Gaz. Pal.*, 2001,1, doct. p. 38.

CHABAS François, « L'obligation médicale d'information en danger », *JCI Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, mai 2000, chron. 8.

CHABRUN-ROBERT Catherine, « Vers de nouveaux rapports médecins-cliniques ? », *Concours médical*, 12 avril 1986, p. 1166.

CORDIER Marie, « Hôpitaux et cliniques en mouvement : changement d'organisation de l'offre de soins et évolution de l'attente des patients ».

DESMOULIN-CANSELIER Sonia, « Le traitement de la maladie de Parkinson et la responsabilité du fait des médicaments », *RDSS*, 2013, p. 416.

GRAVELEAU Philippe, « Droit à réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale : Condition d'anormalité du dommage », *Gaz. Pal.*, 19 févr. 2019, n° 342m7, p. 38.

HORTALA Solenne, « Le préjudice d'impréparation et sa réparation, nouvelle précision jurisprudentielle », *LPA*, 12 avril 2019, n° 143T4, p. 15.

« L'identifié », *Revue française de gestion*, 2003/5 – n° 146, p. 143.

LABRUSSE-RIOU Catherine et MATHIEU Bertrand, « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », *Point de Vue*, D. 2000 III, D. Mazeaud, note sous Ass. plén., 17 nov. 2000, D. 2001.J.332 ; Mémeteau Gérard, *JCP*, 2000, éd. G.I. 279 ; *JCP*, 2000, éd. G. II. 10438, concl. Jerry Sainte-Rose, Rapp. Sargos Pierre et obs. Chabas François.

« L'offre de soins et évolution de l'attente des patients », *Études et Résultats*, n° 633, *DREES*, avril 2008. *Tout prévoir* (le mensuel du praticien), n° 463, juillet-août 2015.

LE GAL Cécile, « Droit à la santé et droit de propriété intellectuelle : l'accès aux médicaments dans les pays en développement », *RDSS*, 2005, p. 456.

NOIVILLE Christine, « L'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin », *PA*, 19 juin 1999, n° 114, p.4.

VAYRE Pierre, « Les professionnels de santé face au défi sécuritaire de la loi 2002-303 du 4 mars 2002 », *Gaz. Pal.*, 7 octobre 2003, n° 280, p. 3.

NOTES DE JURISPRUDENCE

Note ATIAS Christian, à propos de l'arrêt n° 99-17.642, Cour de cassation, Assemblée plénière, Defrénois du 30 juin 2001, p. 795.

Note ABRAVANEL-JOLLY Sabine, à propos de l'arrêt n° 98-83.517, Cour de cassation, chambre criminelle, *Semaine juridique* du 12 avril 2000, p. 693.

Note ARHAB-GIRARDIN Farida, à propos de l'arrêt n° 12-21.338, Cour de cassation, première chambre civile, *RDSS* du 1^{er} juillet 2013, n° 4, p. 741.

Note AUBY Jean-Bernard, à propos de l'arrêt n° 181899, Conseil d'État, *Droit administratif* du 1^{er} janvier 2000, n° 1, p. 3.

Note AUBY Jean-Bernard, à propos de la décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Dalloz*, 1980, p. 249.

Note BÉGUIN Jean-Claude, à propos de la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Semaine juridique*, 1981, II, p. 19547.

Note BEIGNIER Bernard, à propos de l'arrêt n° 09-66.589, Cour de cassation, première chambre civile, Droit de la Famille du 1^{er} juillet 2009, n° 7, p. 30.

Note BERGOIGNAN-ESPER Claudine, à propos de l'arrêt n° 184386, Droit administratif du 1^{er} avril 2001, n° 4, p. 39.

Note BERNAUD Valérie et GAY Laurence, à propos de la décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, « Le Conseil constitutionnel face au contentieux du handicap non décelé au cours de la grossesse », Recueil Dalloz, n° 30, 2010, p. 1980.

Note BIBAL Frédéric, à propos de l'arrêt n° 10-25.915, Cour de cassation, première chambre civile, la Gazette du Palais du 27 janvier 2012, n° 69-70, p. 37.

Note BIENVENUE Jean-Jacques, à propos de la décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, AJDA, 1984, p. 689.

Note BIOY Xavier, à propos de la décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 (l'hospitalisation pour troubles psychiatriques devant le Conseil constitutionnel), Revue française de droit constitutionnel, n° 88, octobre 2011, p. 844.

Note BLOCH Laurent, à propos de l'arrêt n° 339285, Conseil d'État (responsabilité civile et assurance) du 1^{er} novembre 2012, n° 11, p. 30.

Note BOITEAU Claudie, à propos de l'arrêt n° 242193, Conseil d'État, JCP G. du 2 octobre 2002, n° 40, p.1729.

Note BOLLÉE Sylvain, à propos de l'arrêt n° 13-50.005, Cour de cassation, première chambre civile, Revue critique de Droit international privé du 1^{er} juillet 2014, n° 3, p.619.

Note BORGHETTI Jean-Sébastien, à propos de l'arrêt n° 308876, Conseil d'État, Revue des contrats du 1^{er} janvier 2010, n° 2010/1, p.79.

Note BRETON André, à propos de l'arrêt de la chambre civile du 20 mai 1936 (Mercier), Semaine juridique, 1936, p.1079.

Note BRUN Philippe et GOUT Olivier, à propos de l'arrêt n° 11-17.738, Cour de cassation, première chambre civile, Recueil Dalloz du 10 janvier 2013, n° 1, p.40.

Note BUGNICOURT Jean-Philippe, à propos de l'arrêt n° 09-10.992, Cour de cassation, première chambre civile, Revue Lamy Droit civil, n° 69, p.21.

Note CARCASSONNE Guy, à propos de la décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, AJDA, 1980, p. 602.

Note CASEY Jérôme, à propos de l'arrêt n° 07-16.451, Cour de cassation, première chambre civile, RJPF du 1^{er} avril 2009, n° 4, p.16.

Note CHABAS François, à propos de l'arrêt n° 99-13.701, Cour de cassation, Assemblée plénière, JCPG du 13 décembre 2000, p. 2293.

Note CHARVRIER Géraldine, à propos de l'arrêt n° 249416, Conseil d'État, JCP A du 10 novembre 2003, n° 46, p. 1482.

Note CHRESTIA Philippe, à propos de l'arrêt n° 286835, Conseil d'État, AJDA du 6 mars 2006, n° 9, p. 501.

SAINTE-ROSE Jerry, La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé, concl. Orales, prises dans l'affaire P..., D. 2001, Le point sur, p. 316.

SALAS Denis, L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu, Dalloz, hors-série Justices, mai 2001, p. 16. Colloque éthique et handicaps, Paris, 7-8 nov. 2001, TSA, 16 nov. 2001, n° 853, p. 13 ; Jurisprudence Perruche : faut-il légiférer ? Rapp. d'information fait par GARREC René, Sénat, n° 164, p. 65 et s. ; Exit l'arrêt Perruche, ASH, 15 févr. 2002, n° 2250, p.5.

Note DELMAS-MARTY Mireille, à propos de la décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 (Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain), Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1994, p.477.

Note DEYGAS Serge, à propos de l'arrêt n° 229247, Conseil d'État, Procédures du 1^{er} mars 2001, n° 3, p. 20.

Note DIEU F., à propos de l'arrêt n° 267635, Conseil d'État, Revue de droit public du 1^{er} juillet 2008, n° 4, p. 1193.

Note DUBOUIS Louis, à propos de l'arrêt n° 98-23.046, Cour de cassation, première chambre civile, RDSS du 1^{er} octobre 2000, p.723.

Note FATIN-ROUGE Marthe, à propos de la décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 (Le droit au respect de la vie privée), Dalloz, 2000, somm., p. 422.

Note FAVOREU Louis, à propos de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Revue de droit public, 1975, p. 185.

Note GAIA Patrick, à propos de la décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, Revue française de droit constitutionnel, 1995, p. 404 et p. 582.

GUERLIN Gaétan, Affaire du Médiateur : où s'arrête le droit à l'information du public ?, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2014, n°12-29419 : LPA, 27 nov. 2014, p. 17. M. Bacache (action de groupe et responsabilité civile).

Note GAY Laurence, à propos de la décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Revue française de droit constitutionnel, 1999, p. 809.

Note GHEVOTIAN Richard, à propos de la décision n° 2003-497 DC du 13 mars 2003, Revue française de droit constitutionnel, 2003, p. 573.

Note GIBOULOT, à propos de l'arrêt de la première chambre civile du 6 mars 1876, D.76.1.193.

Note GICQUEL Jean, à propos de la décision n° 79-107 DC du 27 juillet 1979, Pouvoirs, p. 186.

Note GUEGAN-LECUYER Anne, à propos de l'arrêt n° 12-22.123, Cour de cassation, première chambre civile, Revue des contrats du 1^{er} septembre 2014, n° 2014/3, p. 368.

Note GUETTIER Christophe, à propos de l'arrêt n° 216039, Conseil d'État, JCP A du 22 novembre 2004, n° 48, p. 1532.

Note GIACOMIN Nicolas, à propos de la décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 (jurisprudence du Conseil constitutionnel, août 2009- juillet 2010), Revue française de droit constitutionnel, 2010, n° 84, p. 818.

Note HAZIF-THOMAS Cyril, URVOIS Jean, THOMAS Philippe, à propos de l'arrêt 244867, Conseil d'État, Revue générale de droit médical du 1^{er} décembre 2012, n° 45, p. 91.

Note HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, à propos de l'arrêt n° 124960, Conseil d'État, L'Astrée du 1^{er} mai 2001, n° 14, p. 9.

HOERNI Bernard, Le Monde des 28 et 29 octobre 2001, p. 10.

Note IRRMANN Cyril, à propos de l'arrêt n° 10-24.447, Cour de cassation, première chambre civile, La Gazette du Palais, n° 69-70, p. 46.

Note JAMIN Christophe, à propos de la décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, RTD civ., 1995, p. 448.

Note JANICOT Laetitia et MATHIEU Bertrand, à propos de la décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Les Petites Affiches du 27 décembre 2004, p. 5.

Note JOYAU Marc, à propos de l'arrêt n° 171851, Conseil d'État, RFDA du 1^{er} février 1999, n° 1, p. 47.

Note LE GUENNEC François, à propos de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 (loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité), Semaine juridique, 2004, p. 597.

Note LEVENEUR Laurent, à propos de l'arrêt n° 08-11.073, Cour de cassation, première chambre civile, Contrats Concurrence Consommation, n° 11, p. 22-23.

Note MATHIEU Bertrand, et VERPEAUX Michel, à propos de la décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Les Petites Affiches du 26 juillet 2000, p. 11.

Note MAUGÜE Christine et TOUVET Laurent, à propos de l'arrêt n° 138652, Conseil d'État, AJDA du 20 mai 1993, n° 5, p. 336.

Note MATHIEU Bertrand, à propos de la décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Les Petites Affiches du 20 octobre 1999, p. 23.

Note MAYER Daniel, à propos de l'arrêt n° 97-80.981, Cour de cassation, chambre criminelle, Semaine juridique du 23 décembre 1998, p. 2270.

Note MAZEAUD Denis, à propos de l'arrêt n° 05-15.674, Cour de cassation, première chambre civile, Revue des contrats du 1^{er} juin 2007, p. 266.

Note MONTECLER Marie-Christine, à propos de l'arrêt du tribunal administratif de Paris du 17 octobre 2002, AJDA, 2003, p. 99.

Note MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, à propos de l'arrêt n° 98-11.381, Cour de cassation, première chambre civile, RTD civ., 2000, p. 5556.

Note MISTRETTA Patrick, à propos de l'arrêt n° 09-16.556, Cour de cassation, première chambre civile, JCP G, n° 49, p. 2271.

Note MOQUET-ANGER Marie-Laure, à propos de l'arrêt n° 375081, Conseil d'État, JCP A du 26 janvier 2015, n° 4, p. 18.

Note MORDEFROY Laurent et LAPEROU-SCHENEIDER B., à propos de l'arrêt n° 339529, Conseil d'État, Revue générale de droit médical du 1^{er} mars 2012, n° 42, p. 437.

Note MOREAU Jacques, à propos de l'arrêt Époux V, JCPG, n° 27 du 1^{er} juillet 1992, Tome II, p. 21881.

Note MULLER-CURZYDLO Alexia, à propos de l'arrêt n° 299203, Conseil d'État, Droit et Patrimoine du 1^{er} juillet 2009, n° 183, p. 93.

MAZEAUD Denis, Réflexions sur un malentendu, D. 2001.J.332.

Note PEIGNE Jérôme, à propos de l'arrêt n° 12-21.314, Cour de cassation, première chambre civile, RDSS du 1^{er} septembre 2013, n° 5, p. 338.

Note PENA-GAÏA Annabelle, à propos de la décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 (Le fou est un homme comme les autres mais pas un malade ordinaire), Revue française de droit constitutionnel, avril 2011, n° 84, p. 298.

Note PIERRE Philippe, à propos de l'arrêt n° 00-14.564, Cour de cassation, première chambre civile, Médecine et Droit du 1^{er} novembre 2001, p. 17.

Note PISSALOUX Jean-Luc, à propos de l'arrêt n° 281084, Conseil d'État, La Gazette du Palais du 12 mars 2006, n° 71, p. 34.

Note PLOUVIN Jean-Louis, à propos de la décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, Revue de droit public, 1979, p. 65 et 85.

Note PRADEL Jean, à propos de l'arrêt n° 00-81.359, Cour de cassation, chambre criminelle, Recueil Dalloz du 21 novembre 2002, p. 3099.

Note PRIEUR Michel, à propos de l'arrêt n° 97-15.756, Cour de cassation, première chambre civile, Les Petites Affiches du 22 mai 2000, n° 101, p. 8.

Note REBUT Didier, à propos de l'arrêt n° 96-84.972, Cour de cassation, chambre criminelle du 17 septembre 1997, Recueil Dalloz du 27 août 1998, p. 399.

Note ROUAULT Marie-Christine, à propos de la décision n° 264310, Conseil d'État, Semaine sociale Lamy du 25 juillet 2005, n° 1225, p. 15.

Note ROUSSEAU Dominique, à propos de l'arrêt n° 374508, Conseil d'État, La Gazette du Palais du 19 février 2014, n° 50-51, p. 9.

Note ROUSSEL Sophie, à propos de la décision n° 381245, Conseil d'État, La Gazette du Palais du 26 février 2015, n° 56-57, p. 14.

Note RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, à propos de l'arrêt n° 99-85.973, Cour de cassation, Assemblée plénière, JCPG du 2 janvier 2002, p. 17.

Note SAISON Johanne, à propos de l'arrêt n° 249552, Conseil d'État, Revue générale de droit médical du 1^{er} mars 2003, n° 9, p. 237.

Note SCHOETTL Jean-Éric, à propos de la décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004 (La réforme de l'assurance maladie devant le Conseil constitutionnel), Les Petites Affiches du 15 septembre 2004, p. 6.

Note SCHRAMECK Olivier, à propos de la décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, AJDA, 1996, p. 693.

Note TURPIN Dominique, à propos de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 (La décision n° 557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : Le moustique et le chameau), Dalloz, 2008, p. 1638.

TERRASSON DE FOUGÈRES Aline (Périsse le jour qui me vit naître), à propos de l'arrêt Ass. plén., 17 nov. 2000, RD sanit. soc., 2001.1.

TERRÉ François, Le prix de la vie, JCP, 2000, éd. G. actualité, p. 2267.

Note VINEY Geneviève, à propos de l'arrêt n° 12-21.576, Cour de cassation, première chambre civile, Revue des contrats du 1^{er} juillet 2014, n° 2014/2, p. 188.

VINEY Geneviève, Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion, JCP, 2001, éd. G.I.286. V.

Note WACHSMANN Patrick, à propos de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, AJDA, 1988, p. 362.

Note ZARKA Jean-Claude, à propos de la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, JCPG, 1997, II, p. 228.

SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE	25
LE PATIENT FACE À SES DROITS	25
CHAPITRE I	27
LE DROIT D'ACCÈS ET D'ADMISSION DU PATIENT	27
SECTION 1 - L'ACCÈS AUX SOINS, UN DROIT FONDAMENTAL DU PATIENT	28
Paragraphe 1 - Le fondement du droit d'accès aux soins en France et au Mali	29
A. Regard sur le concept d'accès aux soins en France et au Mali	30
B. La notion fondamentale du droit à la protection de la santé	35
Paragraphe 2 - L'application des règles relatives à l'accès aux soins par les établissements de santé en France et au Mali	39
A. Les règles communes à tous les établissements de santé	39
B. Les règles particulières des établissements assurant une mission de service public	41
SECTION 2 - L'EFFECTIVITÉ DU DROIT D'ACCÈS AUX SOINS	45
Paragraphe 1 - Le droit à l'égal accès aux soins	45
A. L'applicabilité du principe d'égal accès aux soins	45
B. Le principe de non-discrimination	48
Paragraphe 2 - Les dispositifs garants de l'égal accès aux soins	50
A. L'assurance maladie	51
B. Les autres mécanismes d'aide à l'accès aux soins	54
CONCLUSION DU CHAPITRE I	58
CHAPITRE II - LE DROIT À L'INFORMATION DU PATIENT	59
SECTION 1 - L'AFFIRMATION DU DROIT À L'INFORMATION DU PATIENT	61
Paragraphe 1 - L'affirmation du droit à l'information du patient	62
A. La jurisprudence judiciaire	62
B. La jurisprudence administrative	66
Paragraphe 2 - La consécration législative et réglementaire	68
A. La consécration législative	69
B. La consécration réglementaire	71
SECTION 2 - L'ÉTENDUE DU DROIT À L'INFORMATION DU PATIENT	73
Paragraphe 1 - La délivrance et le contenu de l'information	73

A. La délivrance de l'information	74
B. Le contenu de l'information	78
Paragraphe 2 - Le manquement à l'obligation d'information.....	83
A. Les exceptions à l'obligation d'information	84
B. Le défaut d'information et la responsabilité.....	88
CONCLUSION DU CHAPITRE II	97
CHAPITRE III	99
LE DROIT DE CONSENTIR AUX SOINS.....	99
SECTION 1 - LE CONSENTEMENT : CONDITION D'INTERVENTION DU PROFESSIONNEL DE SANTÉ	100
Paragraphe 1 - Le recueil du consentement	101
A. Principe général en matière de recueil de consentement.....	102
B. Les règles spécifiques à certains cas	107
Paragraphe 2 - L'absence de consentement.....	113
A. L'incapacité du patient de donner son consentement	114
B. En cas d'urgence.....	118
Paragraphe 3 – La preuve et la sanction du consentement.....	122
A - La preuve du consentement	123
B- Les sanctions et les responsabilités	126
1. Les sanctions.....	126
2. Les responsabilités	129
C– Le refus du patient de consentir aux soins.....	131
a). La notion de choix de la personne malade.....	132
b). Les exceptions à la règle de respect du choix de la personne malade	137
2- La situation particulière du refus des soins chez les mineurs et les majeurs protégés	141
a)-Le cas du mineur	141
b)- L'expression du choix des majeurs protégés	149
3 - Les sanctions et les responsabilités.....	154
a- Les sanctions en cas de non-respect de la volonté du patient	155
b- La responsabilité en cas de non-respect de la volonté du patient	158
c- Le sort de la confidentialité du patient pendant sa prise en charge	165
1) - L'importance du secret des informations	168
2) - L'accès au dossier médical du patient.....	174

SECTION 2 - LE FOCUS SUR LA PRISE EN CHARGE DE LA DOULEUR ET DES SOINS PALLIATIFS ...	210
Paragraphe 1 - La prise en charge de la douleur du patient	211
Paragraphe 2 - Le droit d'accéder aux soins palliatifs.....	216
Paragraphe 3- La jouissance du patient de ses libertés au sein de l'établissement	220
A- La préservation de la vie privée et de l'intimité du patient au sein de l'établissement.....	221
B- La liberté d'aller et venir du patient	229
C- La liberté religieuse	233
Paragraphe 4 – Les différentes conditions de sortie de l'établissement	236
A - Mécanisme de sortie normale du patient de la structure de santé	237
B - Le départ du patient de l'établissement de santé	239
CONCLUSION DU CHAPITRE III	246
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	247
DEUXIÈME PARTIE	249
L'ÉTUDE DES OBLIGATIONS PRINCIPALES DU PATIENT AU SEIN DE LA STRUCTURE DE SANTÉ.....	249
CHAPITRE I.....	253
LES PRINCIPALES OBLIGATIONS DU PATIENT	253
SECTION 1 - DANS SES RELATIONS AVEC L'ÉQUIPE MÉDICALE	254
Paragraphe 1 - La base des obligations du patient	255
Paragraphe 2 - Le contenu de l'obligation du patient vis-à-vis du médecin	259
SECTION 2 - LA RELATION DU PATIENT AVEC L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ.....	266
Paragraphe 1 - L'obligation de bonne conduite du patient	266
Paragraphe 2 - L'obligation du patient de payer les honoraires du professionnel	269
Paragraphe 3 - L'obligation de collaboration du patient dans le cadre de sa prise en charge	273
Paragraphe 4- La responsabilité du patient	276
CONCLUSION DU CHAPITRE I	281
CHAPITRE II.....	283
LES DIFFÉRENTES VOIES DE RECOURS PROPOSÉES AU PATIENT	283
SECTION 1 - LA SPÉCIFICITÉ DES VOIES DE RECOURS INTERNES	284
Paragraphe 1 - Le focus sur le droit de critique et de reproche.....	285
Paragraphe 2 - La gestion des plaintes ou des réclamations	287
SECTION 2 - LES PRINCIPALES VOIES DE RECOURS EXTÉRIEURES OFFERTES AU PATIENT.....	288

Paragraphe 1 - Le mode de saisine de la CRCI.....	289
Paragraphe 2 - Dans le cadre d'un règlement amiable	290
CONCLUSION DU CHAPITRE II	293
CHAPITRE III	295
LE PATIENT ET SES REPRÉSENTANTS	295
SECTION 1 - LE RÔLE DES ASSOCIATIONS DE PATIENTS EN FRANCE ET AU MALI	298
Paragraphe 1 - Le mode d'intervention des associations de patients	298
Paragraphe 2 - L'utilité de l'action des associations de patients	301
SECTION 2 - L'AGRÉMENT DES ASSOCIATIONS DE PATIENTS.....	303
Paragraphe 1 - Les conditions d'attribution de l'agrément	304
Paragraphe 2 - Les démarches à effectuer pour l'agrément.....	311
CONCLUSION DU CHAPITRE III	315
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	317
CONCLUSION GÉNÉRALE	319
BIBLIOGRAPHIE.....	321