

La remise en cause de la qualification contractuelle du contrat médical

The questioning of the contractual qualification of the medical contract

LALLOUCHE Samira¹

¹Faculté de droit- Boumerdès (Algérie) Samira.lallouche@hotmail.fr

Date de réception: 04/09/2018

Date d'acceptation: 15/01/2021

Date de publication: mars /2021

Résumé

La relation entre médecin et malade repose sur l'existence d'un contrat. La qualification du contrat médical est en rupture avec les règles classiques du droit civil car il n'obéit pas aux règles contractuelles lors de sa formation. Le contrat se définit comme un accord de volonté, Or le contrat médical ne semble pas respecter cet accord de volonté, en ce qu'il déroge à l'aptitude à consentir jusqu'à remettre en cause le caractère synallagmatique de la relation contractuelle. La deuxième obligation à la quelle est tenu le médecin est l'obligation de donner l'information. Or, si l'obligation d'information est un principe général du droit des obligations, le patient se trouve, quant à lui, dans un rapport de force déséquilibré face au médecin.

Mots clefs : Le contrat médical- Le malade- Le médecin- Responsabilité médicale- Etablissement de santé.

Abstract

The doctor-patient relationships based on the existence of a contract. The qualification of the medical contract is breaching with the traditional rules of the civil law as it does not obey the contractual rules during his training. The contract is defined generally, as a mutual agreement intended to create legal effect at the base of delivery reciprocal. However, the medical contract does not appear to comply with this agreement will in that it violates the ability to consent to the synallagmatic nature of the contractual relationship. The second obligation is obliged to give the information. However, if the obligation to provide information is a general principle of the law of obligations, the patient is meanwhile, in a report-unbalanced force in the face of the doctor.

Key words: Medical contract- Patient- Doctors- The medical ability- Public establishment.

Introduction

Si la situation du patient à l'hôpital public est définie comme statutaire, en établissement de santé privé, le patient se retrouve dans une situation contractuelle. Ainsi, hospitalisé en établissement public de santé le patient se retrouve dans une situation légale et réglementaire, impersonnelle de droit public. Cela signifie que les droits et obligations réciproques du service public et de leur usage résultent de la loi et du règlement. Ils ne peuvent donc faire l'objet d'aucune négociation entre les parties, le malade se trouve placé dans une situation d'usager du service public.

A contrario, lorsque le patient est hospitalisé en établissement de santé privé lucratif, il se retrouve lié par un contrat. En effet, le contrat est l'instrument juridique traditionnel pour encadrer la relation entre le patient et les professionnels de santé qui y exercent. Le fondement de la relation contractuelle est régi par le droit civil.

Depuis l'arrêt Mercier du 20 mai 1936,¹ la relation entre le médecin et son patient, dans le cadre de l'exercice libéral est régie par les liens contractuels : « ... Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant pour le médecin l'engagement, sinon évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et réserves faites des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; la violation même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de la même nature également contractuelle, que l'action civile qui réalise une telle responsabilité ayant ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction pénale et puisant son origine dans la convention préexistante, échappé à la prescription triennale..... ».

Cependant, l'arrêt Mercier proclame l'existence d'un contrat médical régissant à la fois l'organisation matérielle des soins et l'exécution de la prestation de soins.² Le contrat médical comporte pour le praticien l'engagement de donner des soins attentifs consciencieux et soins réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; l'article 45 du code de déontologie médicale dispose :³ « Dès lors, qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin, le chirurgien-dentiste s'engage à assurer à ses malades, des soins consciencieux, dévoués, conformes aux données récentes de la science et de faire appel, s'il y a lieu, à l'aide de confrères compétents et qualifiés. », l'obligation du médecin ne lui impose que la conduite du bon père de famille et le contrat met à sa charge une obligation de moyens. La violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature également contractuelle.⁴

L'intrusion de plus en plus fréquente de la loi dans la formation du contrat remet en cause la qualification contractuelle de la relation existante entre le patient et son médecin.

La volonté du patient et son corollaire, l'obligation d'information sont des préalables à la constitution de tout contrat. Ils sont qualifiés de fondamentaux, et par ce qu'ils sont fondamentaux, sont exercés, aussi bien en établissement public de soins qu'en établissement de santé privé. Par conséquent, ils ne peuvent apparaître comme une spécificité puisqu'ils

existent au-delà de la relation contractuelle. L'obligation de respecter la volonté du malade et l'obligation d'information furent consacrées tout d'abord par quelque décision jurisprudentielle et la majorité des décisions jurisprudentielles et des règles législatives sont postérieures à 1936, donc à l'arrêt Mercier. L'exigence de consentement et l'obligation d'information ne naissent pas avec le contrat médical. Ils constituent un incontournable de la relation de soins qui s'institue entre le médecin et le patient. Ils sont nécessaires au-delà du contrat et quel que soit le lieu d'hospitalisation.⁵

Ainsi, le respect de la volonté du patient doit s'imposer à tout médecin, quels que soient son statut et son lieu d'exercice, en tant qu'obligation professionnelle générale que le médecin exerce à titre libéral ou en milieu hospitalier, et liberté fondamentale de la personne. Il serait donc possible de soutenir que le pouvoir d'accepter ou de refuser un acte médical appartient à la personne de par sa seule qualité de patient et ce, sans nécessité d'un contrat, puisque différents textes illustrent ce droit au consentement. Auquel cas la référence à la qualification contractuelle devient superflue. Il en est de même en ce qui concerne l'obligation d'information.

Bien que le contrat médical trouve son fondement dans l'arrêt Mercier, il apparaît très éloigné du contrat de droit civil car il n'obéit pas aux règles contractuelles lors de sa formation. C'est ce qu'on démontrera dans cette étude que le contrat médical déroge aux règles contractuelles en ce qui concerne sa formation. Ainsi, il ne semble pas respecter un accord de volonté, règle essentielle de tout contrat (section 1), et il déroge au droit commun de l'obligation d'information (section 2).

Section 1 : Le contrat médical ne respecte pas l'accord de volonté

En matière contractuelle le mot consentement désigne l'accord de deux volontés, celle du débiteur qui s'oblige et celle du créancier envers lequel il s'oblige. Mais pour que le contrat se forme, il faut que chacune des parties ait consenti à celui-ci et qu'elle ait eu l'aptitude requise (c'est-à-dire en mesure d'émettre une volonté véritable).⁶

Ainsi, le contrat se définit de manière générale comme un accord de volonté destiné à créer des effets de droit à la base de prestation réciproque. Or le contrat médical ne semble pas respecter cet accord de volonté, en ce qu'il déroge à l'aptitude à consentir (sous-section 1) jusqu'à remettre en cause le caractère synallagmatique de la relation contractuelle (sous-section 2).

Sous-section 1 : Le contrat médical déroge à l'aptitude à consentir

Le consentement est l'élément de base du contrat, il est nécessaire non seulement pour la formation du contrat médical mais encore pour l'exécution du contrat.⁷

Consentir c'est être d'accord avec quelqu'un sur l'opération que le contrat doit permettre de réaliser. Le praticien ne doit imposer aucun acte médical au patient sans son accord même pour son bien, la personne décide de son sort, en toute liberté. Le principe du respect de la personne signifie que la dignité de l'être humain réside dans son autonomie morale, dans sa liberté. Le respect du consentement du patient est une exigence éthique essentielle.⁸

Ainsi, lorsque le patient est admis en établissement de santé privé, il est soumis à un double consentement ; le consentement au contrat médical et le consentement à l'acte médical

ou assentiment à l'acte médical. Il convient, alors, de distinguer, selon certains auteurs,⁹ Le consentement nécessaire à la formation du contrat de l'assentiment à l'exécution des actes entrant dans l'obligation des professionnels qui témoigne de l'acceptation de l'acte par le contractant.

Le consentement témoigne à la fois d'un respect d'un principe de droit civil et de l'acceptation par le contractant en l'occurrence d'être soigné. Cette distinction fonde le particularisme de la relation contractuelle que le patient engage, contrairement au patient hospitalisé en hôpital public, qui s'il doit donner son assentiment à l'acte de soins, n'a pas à consentir au contrat médical. Il est dans une position statutaire de droit public, et l'organisation et le règlement intérieurs s'imposent à lui.

Toute activité médicale suppose le recueil d'un consentement libre et éclairé de la personne. Mais le consentement du patient, dans la relation médicale, s'exprime à plusieurs niveaux. Après une manifestation initiale de volonté donnant naissance, en droit privé au contrat médical, le malade doit en effet exprimer son adhésion à la thérapeutique entreprise. Cependant même si, en pratique, les deux consentements s'expriment souvent dans un même mouvement de volonté, leurs objets sont différents. En effet, la volonté de contracter, c'est-à-dire la volonté de recevoir des soins contre le versement d'honoraires est antérieure à l'acceptation par le malade de subir l'opération jugée par le praticien. Il est à préciser que la loi exige parfois, pour certains actes graves notamment, le respect d'un formalisme.¹⁰

En Algérie le médecin a l'obligation selon la jurisprudence de ne pratiquer aucune intervention sans l'assentiment préalable du malade et de nombreuses décisions judiciaires ont retenu le défaut du consentement éclairé du malade pour accorder des réparations même lorsqu'il n'est relevé aucune autre faute par ailleurs.¹¹

Ce principe a été repris par l'article 343 de la nouvelle loi sanitaire du 02 juillet 2018¹² qui dispose : « Aucun acte médical, aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé du patient.

Le médecin doit respecter la volonté du patient, après l'avoir informé des conséquences de ses choix. ».

Cependant, si l'on admet que la relation de soins se traduit juridiquement par l'existence d'un contrat, on doit constater qu'on est obligé d'appliquer le corpus des principes contractuels à ce contrat médical qui n'est qu'une catégorie particulière de contrat civil. Comme le précise le code civil, il est de l'essence même des conventions d'exiger un

consentement libre, exempt de vices, et que chacune des parties est en mesure d'émettre une volonté véritable.

Or il semble que ces règles soient inadaptées à la spécificité de la relation médicale. S'il est certain qu'un accord de volontés a lieu chaque fois que le patient consulte son médecin, en revanche, il n'est pas clairement établi que ce consentement porte bien sur la prestation de soins elle-même, ni que les parties soient totalement libres de l'exprimer. Ainsi, la validité du consentement à l'obligation de soins n'est pas toujours acquise.¹³

Cependant, le consentement du patient majeur ne suffit pas, il faut que le patient ait été éclairé sur toutes les conséquences possibles de son consentement afin qu'il se prononce en connaissance de cause. Mais l'existence d'un consentement véritablement éclairé est douteuse compte tenu de l'inégalité de fait médecin malade. Le consentement du malade consisterait seulement à apprécier, dans l'état de nécessité où il se trouve, quel est le moindre mal.¹⁴

Le problème donc pour le médecin ,qui doit solliciter le consentement du malade à un acte médical grave, de convertir la connaissance complexe et technique des faits qu'il croit avoir acquise comme fondement de ses recommandations, en une indication simple et approximative, restant, dans sa sincérité, accessible au malade. C'est cette vérité, à la fois simplifiée et sincère, qu'il lui doit permettre au malade de prendre la décision qu'il lui propose¹⁵

Aussi, le principe d'autonomie de la volonté sur lequel repose la construction de l'édifice contractuel proclame la liberté contractuelle. Or en droit médical, il n'est pas certain que le consentement aux soins de chacune des parties puisse respecter cette règle contractuelle fondamentale. La liberté de consentir du patient comme du médecin, en ce qui concerne le choix du contractant n'est pas totale.

En ce qui concerne le patient, ce dernier, se trouve en situation de faiblesse, physique ou mentale, qui le place en position d'infériorité, Pour autant, peut-on assimiler cette position à un état de contrainte ?

En effet, dans le cadre de la prestation de soins proprement dite, exception faite des interventions de confort, le plus souvent esthétique, le patient recourt aux services du médecin en raison d'une souffrance, physique ou morale, qui le contraint à recevoir des soins.¹⁶

Le choix de consulter un médecin est, par conséquent, rarement libre puisque dès l'instant où le patient est malade, il se trouve dans une situation de contrainte qui l'amène à se

faire soigner. Sa liberté de contracter est atteinte par la nécessité thérapeutique, qui rend inévitable la conclusion du contrat médical. La situation de faiblesse et de contrainte n'est pas un vice du consentement mais c'est la réelle volonté du patient au moment de la conclusion du contrat médical.

Quant au médecin, il ne semble pas également, bénéficier d'une totale liberté de contracter, en matière d'organisation matérielle des soins, le médecin dispose d'une certaine liberté car il peut valablement refuser qu'un patient fasse partie de sa clientèle habituelle ou il peut fixer librement les honoraires de visite et de consultation. Mais en revanche, sa liberté de consentement à la prestation de soins est limitée par son obligation professionnelle de délivrer les soins, notamment lorsque ceux-ci sont urgents. Dans ce cas précis, l'obligation déontologique est plus forte que l'exigence de consentement.¹⁷

En cas d'urgence, ou lorsque le patient est inconscient, on n'est pas en état de consentir, dans ce cas, il est nécessaire de consulter la famille ou une personne qu'il aurait pu désigner. Cependant, lorsque l'état du malade nécessite une prise en charge rapide, il est évident que le médecin puisse agir sans le consentement de sa famille, autrement, il y aurait faute pour non-assistance à personne en péril. Ainsi, l'urgence est la première justification du défaut de consentement, s'il y a danger immédiat pour la vie du patient, le médecin n'aura pas besoin de recueillir son consentement, ni celui des proches.

Pour que le contrat existe, il faut la possibilité d'un choix réciproque des contractants, le médecin a bien sûr le libre choix de son malade, sauf dans deux cas précis : réquisition par voie de justice et nécessité de porter secours en cas d'urgence. Le contrat médical reposerait alors sur un principe original, puisqu'il pourrait être juridiquement valide alors que l'une des parties, le patient, se trouve dans un état de contrainte et que l'autre partie, le médecin n'est pas véritablement libre de donner son consentement.

Enfin, le contrat médical présente une deuxième originalité, puisque le patient, parti au contrat, a la possibilité de retirer son consentement à tout moment. En droit commun des obligations le postulat de l'autonomie de la volonté implique qu'une fois son consentement librement exprimé, les parties contractantes sont tenues de respecter leurs engagements. C'est la force obligatoire du contrat. L'article 106 du code civil Algérien cite : « Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi. »

Or, le contrat médical, fait là aussi figure d'exception, puisque le patient n'est pas lié de manière définitive, il est totalement libre de révoquer son consentement et le médecin est tenu d'un « devoir de retrait » : il doit cesser d'agir dès que le patient le lui demande.

Enfin, cette libre révocabilité peut être justifiée par le nécessaire respect des droits fondamentaux du patient. Le nécessaire respect de l'intégrité corporelle du patient et de sa

liberté de choix exige la possibilité de rompre la relation médicale dès l'instant où l'esprit refuse l'atteinte au corps.

Mais, ce droit de rétraction constitue une dérogation originale aux principes contractuels traditionnels : s'il est justifié notamment par le principe de respect de l'intégrité corporelle, ne remet-il pas cependant en cause la force juridique du consentement et, par suite, sa qualification contractuelle.

Le refus de soins médicaux conduit dans le cadre du droit des obligations à une absence de consentement, qui devrait dans tous les cas aboutir à l'absence de contrat médical et donc de prestation de soins. Cependant, ce refus de soins entre en contradiction avec l'obligation légale et déontologique faite au médecin d'intervenir et de soigner.

Pour autant, au plan humain et médical, il est difficile d'empêcher le médecin d'intervenir car il a pour mission de soigner et non de laisser mourir, et le refus de soins peut parfois conduire à une demande de mort indirecte. Pour cela l'article 344 du code de la santé¹⁸ dispose que : « En cas de refus des soins médicaux, il peut être exigé, une déclaration écrite, à cet effet, du patient ou de son représentant légal.

Toutefois, en cas d'urgence, de maladie grave ou contagieuse ou si la vie du patient serait gravement menacée, le professionnel de santé doit prodiguer les soins et, le cas échéant, passer outre le consentement ».

Ainsi, puisque la libre révocabilité est justifiée par le recours à des principes extérieurs à la sphère contractuelle qui transcendent la relation médicale et trouvent leur source dans un ordre supérieur. Pour cela, il faut considérer que le contrat médical ne peut porter que sur l'organisation matérielle des soins et que l'obligation aux soins, quant à elle, ne trouve pas sa source dans la volonté des parties, mais dans un ordre juridique supérieur ce qui rend inutile tout recours à la qualification contractuelle.

Sous-section 2 : La remise en cause du caractère synallagmatique du contrat médical

L'article 55 du code civil Algérien précise que : « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. ».

La volonté de traiter et la volonté d'être traité constituent le caractère synallagmatique du contrat médical. Le médecin est précisément, celui qui fait profession de découvrir la maladie et de la soigner moyennant rémunération, le dialogue s'engage donc ainsi, le patient demande conseils et soins, puis verse un honoraire : de son côté, le praticien établit un diagnostic, propose une thérapeutique et reçoit une rémunération en contre partie des services rendu. On reconnaît bien là la structure de tout contrat synallagmatique.¹⁹

Les actes médicaux sont donnés aux patients sans contrepartie pécuniaire, on trouve la gratuité des soins dans les structures de santé publique, l'article 13 alinéa 1 du code de la

santé précise que : « L'Etat assure la gratuité des soins et en garantit l'accès à tous les citoyens sur l'ensemble du territoire national. ». L'importance de consacrer la gratuité des soins dans les établissements publics est un principe inaliénable.

Dans le secteur privé, le contrat médical se conclut entre le médecin exerçant à titre libéral et son client et chacun des contractants a des obligations, le patient à l'obligation de payer les honoraires du médecin et à suivre ses prescriptions ; les obligations du médecin sont les obligations de soin et l'obligation d'information.

Ainsi, chirurgien et malade contractent des obligations réciproques. A la charge du chirurgien, une obligation de soins et de surveillance, à la charge du malade, une obligation de fidélité aux prescriptions et de rémunération, c'est donc aussi de ce point de vue un contrat à titre onéreux car aucune des deux parties ne s'oblige gratuitement. La rémunération conduit au caractère onéreux du contrat médical. Ainsi que l'affirmait le professeur Portés, peut être inspiré par Domat, « le patient demande, reçoit est donne ; le médecin lui aussi demandera, recevra et donnera ». ²⁰ Mais il y a, sans doute, quelque difficulté à qualifier ainsi le contrat chirurgical, puisque la santé humaine, étant au-dessus du commerce, n'a pas, à proprement parler, d'équivalent pécuniaire. ²¹ Mais on doit, du moins, admettre que le travail et les soins du médecin inhérents au contrat, appellent une rémunération, sauf quand le chirurgien les accorde gratuitement, il y a alors, non pas remise de dette, éventuellement réciproque, mais beaucoup plus simplement, contrat de bienfaisance, dans lequel une des parties, le médecin, procure à l'autre un avantage purement gratuit. ²²

De nombreux auteurs ont affirmé que les relations du patient et du médecin s'inscrivent dans un contrat synallagmatique. ²³ Cependant cette démonstration ne va pas de soi, cet accord présente des particularités qui avaient incité certaines juristes à le qualifier de contrat sui generis, d'abord la déontologie du médecin l'oblige à soigner le patient, que celui-ci le rémunère ou non, aussi les obligations incombent surtout au praticien.

Ainsi, on constate que l'obligation, est l'une des raisons du contrat, quel qu'il soit. Mais dans le cadre du contrat médical il faut noter que l'essentiel des obligations pèse sur le médecin et non le patient, ce qui amène à s'interroger sur le caractère synallagmatique du contrat médical.

En effet, les deux contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres mais on constate que les obligations du patient sont réduites à une obligation de collaboration et de rémunération, le médecin est tenu, quant à lui, de recueillir le consentement aux soins ; pour cela il doit délivrer l'information nécessaire, il est tenu au secret médical, au respect de l'intégrité physique du patient, il est dans l'obligation d'apporter des soins consciencieux, attentifs et de qualité et il est tenu à la fois à une obligation de résultats, dans certains cas, et de moyens.

Le secret médical est une obligation à laquelle est soumis le médecin dans l'exercice de ses fonctions ; il concerne tout ce que le médecin a vu, compris ou lui a été confié dans l'exercice de sa profession. Le secret médical porte sur tous les faits liés à la maladie du

patient, les causes de celle-ci et les traitements entrepris, donc tout ce que le médecin a appris sur une personne dans l'exercice de son activité médicale. L'obligation de secret médical touche non seulement les informations proprement médicales mais aussi administratives et personnelles concernant le patient. L'article 24 alinéa 1 et 2 du code de la santé précise que : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée ainsi qu'au secret des informations médicales la concernant, exception faite des cas prévus expressément par la loi.

Le secret médical couvre l'ensemble des informations parvenues à la connaissance des professionnels de santé ». Ainsi, le secret médical est une condition nécessaire de la confiance du malade envers le médecin, cette confiance qui est essentielle au bon déroulement de la relation médicale. Il témoigne de la dignité conférée et de l'intérêt sincère suscité par le malade ; lorsqu'elle est dignement établie, l'information délivrée paraît d'autant plus crédible et le consentement est dès lors plus aisé à obtenir.

Par ailleurs, il existe au sein du contrat médical un déséquilibre dans la force juridique de l'obligation d'information qui serait un obstacle à la qualification contractuelle de ce contrat.

Section 2 : Le contrat médical entraîne un déséquilibre dans la force juridique de l'obligation d'information

La deuxième obligation à la quelle est tenu le médecin est l'obligation de donner l'information, qui permettra d'obtenir ou non le consentement du patient aux soins, et donc la réalisation de l'acte thérapeutique, objet du contrat médical. L'obligation d'information par le médecin est le préalable à tout consentement. Or, si l'obligation d'information est un principe général du droit des obligations, le patient se trouve, quant à lui, dans un rapport de force déséquilibré face au médecin.

Sous-section 1 : Un déséquilibre dans l'obligation d'information

Le médecin est débiteur de l'obligation d'information, le patient devient alors créancier de l'obligation d'information. Ainsi le patient prend les décisions concernant sa santé après avoir été personnellement informé par le professionnel de santé au cours d'un entretien individuel.²⁴

Le créancier de l'information est, alors, par principe le patient lui-même, puisque sa personne est engagée lors de la réalisation de l'acte, il est le « destinataire exclusif » de l'information « en raison du secret professionnel ». La qualité de créancier de l'information du patient est justifiée par son statut de profane et son ignorance légitime des données médicales.

Initialement, la nécessité d'informer le malade a été dégagée par la jurisprudence en tant que simple obligation accessoire du contrat médical. En d'autres termes, à côté de l'obligation principale du médecin de soigner au mieux son patient, les tribunaux ont mis à la charge des praticiens une obligation d'information au bénéfice des malades.

La cour de cassation dans son arrêt en date du 3 juin 2010²⁵ a fait sortir le devoir d'information du médecin du simple champ contractuel qui le lie à son patient, pour le placer

sur le terrain des droits fondamentaux de la personne humaine. Le droit à l'information est ainsi passé du statut d'obligation contractuelle du médecin, à celui de droit fondamental du patient en tant que personne humaine à laquelle est dû le respect de la dignité et de l'intégrité corporelle. Cette position est rappelée avec force dans un arrêt en date du 12 janvier 2012.²⁶

Ainsi, l'information du au malade est une question de respect de la personne comme entité morale, c'est à dire en tant qu'être humain doué de la faculté de penser. Elle assure la protection du droit qu'à le patient de décider de son propre sort, autrement dit elle donne une assise à son droit à l'intégrité, à l'inviolabilité et consacre son autonomie.²⁷

L'obligation d'information n'appartient pas au seul droit médical, il s'agit d'un principe général du droit des obligations et on peut ajouter qu'il s'impose à tout contractant mieux informé que son partenaire.

Ainsi, le médecin doit fournir à son patient une information loyale sur les nécessités et les risques de l'acte, sauf cas d'urgence ou d'impossibilité. Par ailleurs, il est exigé de la part du patient un consentement libre et éclairé. Mais le patient a-t-il matériellement la possibilité d'exprimer un consentement réellement éclairé. Car pratiquement la faiblesse physique ou psychologique du patient, sa méconnaissance du domaine médical l'empêche de comprendre les multiples données médicales.²⁸

Cependant, il est essentiel de déterminer si le respect de cette obligation consiste uniquement à transmettre au patient des renseignements ou s'il consiste à s'assurer que le patient a bien compris objectivement et subjectivement les renseignements transmis.

On fait valoir à l'encontre de l'obligation d'assurer la compréhension du patient, qu'il est impossible de l'assurer lorsqu'on traite des malades étrangères au monde médical.²⁹

Sur ce terrain, tout le sépare du médecin : Les connaissances, le langage, les méthodes de pensée. Le médecin doit donc, pour informer, opérer une transposition des éléments techniques pour les mettre à la portée du malade. Cette démarche, elle-même doit être adaptée à la capacité de chaque individu : Tel aura des connaissances de base lui permettant une compréhension plus exacte, tel autre ne pourra saisir qu'une représentation approximative de la réalité. L'information ne peut donc être l'information scientifique dans toute son exacte rigueur. Ce ne peut être que du moins la transposition adaptée aux capacités de chaque patient.³⁰

Par ailleurs, en ce qui concerne l'organisation matérielle des soins, le patient consent de manière éclairé à l'organisation matérielle des soins, puisqu'il choisit tel praticien en fonction

de sa personnalité et fixe les modalités matérielles de la consultation. Mais dans la prestation de soins elle-même, comment « éclairé » le patient alors que l'acte de soins et le traitement ne sont pas très clairement définis ? Le contenu du contrat médical n'est pas encore connu lors de la conclusion de la convention. L'information ne peut intervenir qu'au fur et à mesure des actes réalisés ; elle ne se situe plus au moment de la formation du contrat, mais dans le temps d'exécution du contrat.

Cependant, le patient n'est pas à même d'évaluer les réelles compétences techniques et scientifiques du médecin. Or ce sont là les qualités dont dépend l'exécution de l'obligation principale de soins. Donc le patient ne se trouve pas dans un rapport de force équilibré face au médecin.

Sous-section 2 : Des dérogations

L'obligation d'information présente un aspect original au regard du devoir auquel est soumis le médecin puisqu'il dispose, « d'un privilège thérapeutique » qui lui permet de dissimuler au patient un pronostic ou un diagnostic grave ou fatal et ce dans son intérêt, et en application des dispositions de l'article 51 du code de déontologie médicale qui dispose : « Pour des raisons légitimes que le médecin, le chirurgien-dentiste, apprécie en toute conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un pronostic grave ; mais la famille doit en être prévenue, à moins que le malade n'ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquelles elles doit être faite. Ce diagnostic grave ou pronostic fatal ne doivent être révélés qu'avec la plus grande circonspection. »³¹

Au plan médical, ce « privilège thérapeutiques » apparaît justifié par un souci d'humanisme et de préservation du moral du patient, surtout si la vérité serait de nature à traumatiser le patient et à compromettre les chances de réussite.

Cette dérogation au droit des obligations, autorisant un débiteur dans des hypothèses particulières à ne pas remplir son obligation sans encourir aucune sanction, marque la spécificité de la relation médicale et son inadaptation à la forme contractuelle.

L'information fournie au patient a pour but de lui permettre de faire des choix d'évaluer la balance entre risques et bénéfices et de décider en conséquence d'accepter ou de refuser une atteinte à son propre corps. Or s'il n'est pas correctement informé, son consentement éventuel perd toute sa valeur et ne devrait, en principe, pas avoir une force suffisante pour former un contrat valable. C'est introduire un vice dans l'expression du consentement. Ce qui en droit civil, devrait se traduire par une nullité du contrat.

De plus, les modes de sanctions du défaut d'information adoptés par la jurisprudence laissent transparaître non plus une simple inutilité, mais une réelle incompatibilité avec les règles du droit des obligations. En effet, le défaut d'information devrait en principe, ôter au consentement son caractère éclairé et donc sa validité. La sanction ordinaire de l'absence de validité du consentement en droit contractuel est la nullité du contrat. Or cette sanction n'est jamais prononcée en droit médical. Les juges sanctionnent traditionnellement le défaut

d'information par la perte de chance, ce qui est un mode de sanction inadapté. Il s'agit là d'une règle originale au regard des principes contractuels.

Conclusion

Toutefois, la relation médecin patient a été construite sur une relation de confiance, et parce qu'elle est l'expression de deux volontés, elle constitue le contrat médical. Le contrat médical n'est pas en soi spécifique puisqu'il constitue un contrat civil de droit commun et il présente les éléments de reconnaissance de tout contrat de droit civil.

Cependant, le contrat médical déroge aux règles contractuelles en ce qui concerne sa formation. Pour que le contrat se forme, il faut que chacune des parties ait consenti à celui-ci et qu'elle ait eu l'aptitude requise. Mais, la liberté de consentir du patient comme du médecin, en ce qui concerne le choix du cocontractant n'est pas totale. Aussi, le contrat médical présente une deuxième originalité, puisque l'accord du patient est révocable à tout moment, sans exception, ce qui est difficilement explicable au regard des règles contractuelles traditionnelles.

La validité du consentement dépend des aptitudes physiques et de la capacité juridique du patient. Le patient qui n'est pas en mesure de donner ou de refuser son consentement, en globe des situations divers et variées. L'inconscience, l'urgence et le statut protecteur des mineurs ou des majeurs sous tutelle entravent l'exercice de la volonté.

Par ailleurs, le médecin est tenu d'obtenir le consentement du patient avant toute intervention et de respecter l'expression de sa volonté mais il est également tenu à une obligation d'information, et ce, en raison même de son statut de professionnel de santé. Mais, l'exigence de consentement et l'obligation d'information ne naissent pas avec le contrat médical. Ils sont des préalables à la constitution de tout contrat. Aussi, ils sont qualifiés de fondamentaux, et par ce qu'ils sont fondamentaux, sont exercés, aussi bien en établissement public de soins qu'en établissement de santé privé.

Renvois

- 1- Cass, 1^{er} civ, 20 mai 1936 : D p 1936,1, 88. Concl. Mater, rapp. Josseraud ; E.P.S. 1937, 1, p. 321, note Breton.
- 2- G, Mémeteau ; L. Melennec, Le contrat médical, la responsabilité civile du médecin. Maloine, 1982.P. 23. Et M, Hannouz, A.R, Hakem, Précis de droit médical, Office des publications universitaires, 1992. P. 37.
- 3- Décret exécutif n° 92- 276 du 6 Juillet 1992 portant le code de déontologie médicale. J. O n° 52.
- 4 - H, Benchabane, Le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, volume 4, 1995, P. 473.
- 5- G, Marion, Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical, coll, les études hospitalières, Paris, 2008, p., 260.
- 6- F, Terré ; S, P, lequette, Droit civil, les obligations, Paris, Dalloz, 10 éd, 2009, P. 111.
- 7- Article 42 du code de déontologie médicale Algérien dispose : « le malade est libre de choisir ou de quitter son médecin ou son chirurgien-dentiste. Le médecin, le chirurgien-dentiste, doit respecter et faire respecter ce droit du malade. Ce libre choix constitue un principe fondamental de la relation médecin-malade, chirurgien-dentiste – malade. Sous réserve des dispositions de l’art 9 ci-dessus, le médecin, le chirurgien-dentiste, peut refuser pour des raisons personnelles de donner des soins. ». Aussi l’article 44 du code de déontologie médicale prévoit : « tout acte médicale lorsqu’il présente un risque sérieux pour le malade est subordonné au consentement libre et éclairé du malade ou celui des personnes habilitées par lui ou par la loi. Si le malade est en péril ou incapable d’exprimé son consentement, le médecin, le chirurgien-dentiste, doit donner les soins nécessaires.».
- 8 -C, Evin, Le concepts fondateurs des droits des usagers du système de santé, thèse pour le doctorat de l’université de Paris VIII, droit public, 2001, p., 9
- 9- S, Delort, La responsabilité des chirurgiens, des anesthésistes et des établissements de santé, thèse de doctorat, Paris II, 2003, P. 100.
- 10- Cass. 1^{er} civ, 8 novembre 1955, J.C.P 1955, 9014.
- 11- Y, Haddad, La responsabilité des établissements publics hospitaliers, revue Idara de l’école nationale administrative, volume 8, numéro 02-1998, P. 20.
- 12- La nouvelle loi sanitaire algérienne du 02 juillet 2018, promulguée le 29 juillet 2018 dans le journal officiel n° 46 de l’année 2018.
- 13- R, Savatier, Auby, Pequignot, Traité du droit médical, Librairie de la cour de cassation, Paris, 1956, P, 29. Aussi Le Guet Devalay, La responsabilité médicale, internet – HTTP://WWW. Med .univ- rennes I. Fr / Galesme / médecin légale, responsabilité médicale et HTM.
- 14 - G, Mémeteau, Traité de droit médical, tome II, Paris, 1986, P. 30 ; R Savatier, Auby, Pequignot, précité, p. 228 « Selon Savatier : Si, avant d’agir, le médecin devait éclairer intégralement le malade sur les raisons techniques de son diagnostic, sur la justification de chacun des détails du traitement, sur tous les risques, même exceptionnels que peut comporter celui-ci, aucune médecine efficace ne demeurerait possible car le rôle principal du chirurgien n’est pas d’éclairer, mais de soulager ».

- 15- D, Convlair, Communication au congrès international de morale et de droit médical de 1955, travaux, II, p 58.
- 16- F, Terré ; S, P, lequette, Droit civil, les obligations, op.cit, P. 111
- 17- Article 9 du code de déontologie médicale qui dispose : « Le médecin, chirurgien-dentiste doit porter secours à un malade en danger immédiat ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires. ».
- 18- La loi n° 18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé, J O 46.
- 19- Cité par Alioune Thiam, L'offre de soins et la responsabilité médicale : l'exemple du Sénégal, thèse de doctorat, université de Montpellier 1, année 2010, p 116
- 20- G, Mémeteau, Cours de droit médical, Ed les Etudes Hospitaliers, 2006, p., 306
- 21- Savatier, Auby, péquignot, Droit civil les obligations, sirey, 1962, II, n°62 et s.
- 22- J, Ambialet, Responsabilité du fait d'autrui en droit médical, thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1964, p.105.
- 23 - J, Penneau, Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, L.G.A.J, Paris, 1973, p. 15 « on démontre sans peine qu'il s'agit d'un contrat civil synallagmatique et à titre onéreux » ; G. Memeteau, Traité de la responsabilité, les éditions hospitaliers, Bordeaux, 1996, p, 25 ; M. Harichaux, La rémunération du médecin, economica, Paris, 1979, P, 78 ; A. Dolivet et L. Melennec, Traite de droit médical (les honoraires, médicaux), Malome, paris, 1981, P, 65.
- 24- Article 43 du code de déontologie médical dispose que : « Le médecin, le chirurgien-dentiste doit s'efforcer d'éclairer son malade par une information intelligible et loyale sur les raisons de tout acte médical. ».
- 25- civ, 1^{ère} n° 09, dalloz13-591, année 2010.
- 26- civ, 1^{ère} n° 10, dalloz 24447- 2012.
- 27- M, Hannouz, A.R, Hakem, Précis de droit médical, Précité, P, 41.
- 28- J, Penneau, La responsabilité médical, Ed Sirey, Paris, 1977, P. 56.
- 29-A, Somerville ; A, Margaret, Le consentement à l'acte médical, monographie, commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, Ontario, 1979, P. 16.
- 30- Cas, civ Paris 7 Mars 1952. D 1952, 367. JCP 1952, II, 7210 note Carbonier.
- 31- Cass, 1^{er} civ. 23 mai 2000. J.C.P. éd. G, 2000, II, 10342 « L'intérêt du patient doit être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade. ».