

### LE PRINCIPE DU LIBRE CONSENTEMENT DU PATIENT À L'ACTE MÉDICAL (\*)

Mohammed Amine BENABDALLAH (\*\*)

*Professeur à l'Université Mohammed V  
Rabat*

Entre le médecin et son patient, la relation est à tout le moins curieuse ! Du fait de sa maladie ou du malaise qui le tourmente, le patient s'en remet au médecin et croit en son remède, mais sitôt qu'apparaît un soupçon de doute sur le traitement prescrit quelquefois suscité par des effets secondaires, que l'adversité supplante la confiance de départ en générant une relation qui fait appel au droit.

Il est certain que le développement de la science y est pour beaucoup. Les découvertes scientifiques et les nouveaux moyens d'intervention médicale ont fait naître des obligations envers les malades dont les droits étaient quasiment inexistantes dans le passé. Actuellement, sans risque d'erreur, on peut dire qu'une grande évolution a marqué les relations entre les médecins et leurs malades où le droit et la jurisprudence jouent désormais un rôle indéniable de régulation aussi nécessaire qu'incontournable.

Valables il y a quelques années, les codes de déontologie médicale de différents pays sont presque dépassés aujourd'hui compte tenu des nouvelles relations qui se sont établies entre les médecins et leurs patients ; à cet égard, les juges sont devenus de plus en plus confrontés à des problèmes que l'on n'imaginait guère jadis. Plus la médecine avance, plus se développe le souci de protéger le malade qui, de toute évidence et naturellement, ne s'oriente vers le médecin que pour être soigné et guéri, mais qui, également, au vu du diagnostic, demeure en droit de savoir quel remède va lui être administré, quelle intervention va-t-il subir et, surtout, quelles sont les conséquences qui en découlent. Toutes ces questions posent le problème de sa collaboration avec le médecin auquel il s'adresse et, par voie de conséquence, celui de son libre consentement aux soins prescrits. Ce qui implique que le médecin, avant d'obtenir son consentement, est tenu de lui présenter tous les risques qu'il encourt du fait de la conduite thérapeutique qu'il juge nécessaire.

---

\* Texte de la communication présentée au colloque international « Le principe du consentement en matière d'activités de soins et de recherches » organisé par l'Unité de recherche en droit administratif de Sousse, l'association tunisienne en droit de la santé et l'unité de recherche en médecine légale de l'hôpital Farhat Hached à Sousse les 11 et 12 mars 2011.

\*\* <http://aminebenabdallah.hautetfort.com>

On ne s'attardera pas sur ce qu'est le libre consentement du malade à l'acte médical ou biomédical. Dans la note argumentaire et le rapport introductif présenté sur le thème de notre colloque, il est bien entendu de quoi il s'agit. Le consentement doit être libre et éclairé. On retiendra aussi que dans la déclaration de l'Organisation Mondiale de la Santé sur la promotion des droits des patients en Europe adoptée en avril 1994 à Amsterdam, on peut lire qu'« *aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement éclairé, préalable du patient* ». Cette recommandation qui nous semble s'imposer d'elle-même inspire l'objet de cet exposé qui concerne le cas du Maroc.

Ce principe qui est une norme éthique entre le médecin et son malade et une norme juridique pour le juriste, et qui connaît, comme tout autre principe, des exceptions dans son application dont nous ne traiterons pas, a-t-il besoin d'être expressément prévu par un texte de loi pour être appliqué et respecté ou, à défaut, peut-on le déduire tout simplement de l'esprit du code et de la relation contractuelle qui régit le patient avec son médecin ?

La question est d'autant importante que, justement, dans la législation marocaine, à l'inverse de ce qui a cours sous d'autres cieux, il n'existe aucune obligation expresse qui impose le libre consentement du malade aux soins à lui prescrire. Mais est-ce à dire qu'elle n'existe pas pour autant ? Nous ne le pensons pas ! Car, si l'obligation n'est pas expressément énoncée dans un texte précis (1), elle se déduit naturellement de la relation contractuelle qui existe entre le médecin et son patient, surtout que le code marocain de déontologie médicale, tout en ne l'imposant pas comme ailleurs, ne l'exclut pas pour autant.

## - I -

### Le principe du libre consentement

En feuilletant certains textes relatifs à l'exercice de la médecine de certains pays où le libre consentement du patient à l'acte médical a un caractère obligatoire, on peut relever que le principe a une base juridique indéniable dans le texte qui définit les droits et devoirs qui régissent la profession et précisent les rapports entre ceux qui l'exercent et leurs prestataires. C'est le code de déontologie médicale qui trace également les principes dont le respect constitue l'éthique de la profession.

---

(1) Dans un domaine médical bien précis, mais qui n'est pas celui dont nous traitons, le consentement n'est pas seulement obligatoire mais obéit à une procédure particulière pour attester de son authenticité. En ce sens, la loi n° 26-05 a complété la loi n° 16-98 relative au don, au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus humains par un article 10 énonçant « *Le donneur doit exprimer son consentement au prélèvement devant le président du tribunal de première instance compétent à raison du lieu de résidence du donneur ou du lieu d'implantation de l'hôpital public agréé dans lequel le prélèvement et la transplantation seront effectués, ou devant le magistrat de ladite juridiction spécialement désigné à cet effet par le président...* ».

## - § 1 -

### L'énonciation du principe

Ainsi, dans le code français de déontologie médicale, peut-on lire à l'article 36, intégré dans la partie réglementaire du code de la santé sous le numéro R. 4127- 36, que « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. 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...* ».

De cette disposition, il est clair que la volonté du patient est une condition *sine qua non* avant tout acte, puisque s'il exprime un refus, le médecin ne saurait passer outre et doit prendre le soin de l'informer de ce qui peut en résulter sur son état de santé. Toujours est-il que le consentement du malade est requis.

En suisse, l'obligation est plutôt circonspecte, mais elle n'existe pas moins.

A l'article 4 du code de la fédération des médecins suisses, on peut lire « *Tout traitement est entrepris dans le respect de la dignité humaine, en tenant compte de la personnalité du patient, de sa volonté et de ses droits. Dans l'exercice de sa profession, le médecin n'exploite pas l'état de dépendance du patient ; il lui est tout particulièrement interdit d'abuser de son autorité sur lui, tant sur le plan émotionnel ou sexuel que matériel ...* ».

La citation de la notion de dignité humaine et la référence à la personnalité du patient et de sa volonté démontrent ce qui s'impose logiquement quant au principe de libre consentement. Ceci est même corroboré par l'interdiction faite au médecin d'user de son influence pour avoir raison de la volonté de son patient.

En Algérie, le consentement n'est exigé que lorsque l'acte médical présente un risque sérieux pour le malade avec cependant une possibilité pour le médecin d'agir lorsque le patient n'est pas en état de s'exprimer.

L'article 44 du code algérien de déontologie médicale précise en effet : « *Tout acte médical, lorsqu'il présente un risque sérieux pour le malade est subordonné au consentement libre et éclairé du malade ou celui habilité par lui ou par la loi. Si le malade est en péril ou incapable d'exprimer son consentement, le médecin, le chirurgien dentiste doit donner les soins nécessaires* ».

On peut remarquer la prudence visiblement adoptée par le rédacteur de cet article. Tout en spécifiant la nécessité du consentement, il l'a conditionnée à l'acte médical présentant un risque pour le malade. Sans doute peut-on avancer que dans le cas où l'acte ne présenterait pas de risque, le consentement n'aurait pas lieu, et cela semble tout à fait probant ; mais à la réflexion, on peut soutenir que c'est l'issue défavorable au patient qui déterminera le degré du risque et, par voie de conséquence, que le consentement du patient devait être exprimé. En d'autres termes, ce n'est qu'en cas de contentieux que le problème du libre consentement serait posé.

## - § 2 -

**L'absence d'énonciation du principe**

A l'inverse de ce que l'on vient de voir, dans le code marocain de déontologie des médecins (2), comme, du reste, dans le code tunisien (3), il n'existe aucune disposition qui oblige le médecin à solliciter le consentement du patient préalablement à un acte médical. Nous pensons que cela est dû au fait qu'il s'agit d'un code qui remonte à 1953 et qu'à l'époque, étant inspiré de l'expérience française qui ne précisait pas une telle obligation, il allait de soi que le texte s'en inspirant n'allait pas l'inventer ! Cette obligation figurerait dans un projet de texte actuellement à l'étude au Secrétariat général du Gouvernement (4).

On peut même être enclin à penser (5) que dans le cas du Maroc, c'est la négation du libre consentement qui primerait en ce sens que l'article 30 du code de déontologie médicale déclare « *qu'après avoir établi un diagnostic ferme comportant une décision sérieuse, surtout si la vie du malade est en danger, un médecin doit s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision. En cas de refus, il peut cesser ses soins...* ».

Cette disposition, certainement empruntée à l'ancien code français de déontologie médicale, par trop imprégné des conceptions humanistes et paternaliste de l'époque, a permis à la Cour suprême d'affirmer dans un arrêt du 26 mai 1994 que « *lorsqu'un malade accède à un hôpital et lorsque son état de santé exige la réalisation d'une opération, son consentement ou non n'est pas pris en considération...* » (6). Néanmoins, si l'on retient de ce considérant que le juge a bien insisté sur la condition que l'état de santé du malade exige une intervention, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit d'urgence, on ne peut exclure à la légère l'obligation du libre consentement du patient à l'acte médical le concernant. En dehors de ce cas, il semble évident que le médecin qui impose sa décision aux résultats néfastes alors qu'il aurait pu requérir l'assentiment de son malade peut voir engager sa responsabilité (7). Cela nous semble être dans la logique des choses ; elle se déduit de la relation contractuelle qui s'établit dès le déclenchement de l'auscultation du patient par son médecin.

---

(2) Arrêté résidentiel du 8 juin 1953 relatif au code de déontologie des médecins, B.O. n° 2121 du 19 juin 1953, p. 828.

(3) Décret du 17 mai 1993 portant code de déontologie médicale, J.O.R.T. n° 40 des 28 mai et 1<sup>er</sup> juin 1993, p. 764.

(4) K. Benchekroun, Les droits du patient au Maroc : quelle protection ? Mémoire on line, Salé, 2007, p. 31.

(5) L. Ben Sedrine Ech Cherif El Kettani, La responsabilité civile, pénale et disciplinaire du médecin au Maroc, Insuffisances et défaillances d'un système, REMALD, Coll. Manuels et travaux universitaires n° 68, 2006, p. 97.

(6) K. Benchekroun, *op.cit.* p. 35.

(7) O. Azziman, La profession libérale au Maroc, Coll. de la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Rabat, 1980, p. 362.

## - II -

### **La déduction de l'obligation du libre consentement de la relation contractuelle entre le médecin et le malade**

Disons tout de suite que du point de vue de la hiérarchie des normes un code de déontologie n'a de valeur que réglementaire. Son objet n'est plus ni moins qu'un rappel ou une mise en œuvre de certains principes d'ordre éthique ou juridique qui ne peuvent dans tous les cas de figure que découler de la loi ou de principes généraux du droit. Autrement dit, un code de déontologie ne peut pas créer des devoirs ou des obligations à l'égard de praticiens sans que le législateur ne l'en ait chargé ou, tout au moins, ne lui ait confié de les spécifier ou les préciser. Le fait alors que, outre qu'il date d'une époque où la médecine n'était que relativement développée par rapport à aujourd'hui, il ne fasse pas mention d'une obligation alors que celle-ci se déduit d'un texte ou d'un ensemble de textes à valeur supérieure ne saurait nullement signifier que l'obligation en question n'existe pas.

Le libre consentement du patient à l'acte médical constitue un principe élémentaire de la relation synallagmatique entre le médecin et son malade où aucune volonté ne doit l'emporter sur l'autre ; car les obligations qui en découlent sont en relation directe avec la liberté individuelle de chacune des deux parties. A partir du moment où l'auscultation a lieu, c'est un contrat de nature tout à fait particulière qui s'établit impliquant des obligations principales et accessoires du médecin envers son patient.

## - § 1 -

### **L'aspect contractuel de la relation entre le médecin et son patient**

Dans le contrat médical, la relation est évidemment bilatérale et il va de soi que chacune des deux parties a envers l'autre une obligation qu'elle doit réaliser. Dans notre optique, ce qui nous intéresse ici, c'est la mise en relief du fondement de l'obligation du médecin envers le patient, sans grande attention pour celle qui incombe au patient et qui ne se réduit en fin de compte qu'à l'acquittement des honoraires au médecin privé, ou à l'accomplissement d'une formalité administrative envers un médecin du secteur public. Mais dans les deux cas, on peut dire à la suite de plusieurs auteurs (8), qu'il s'agit d'un contrat consensuel difficilement qualifiable, un contrat *sui generis*.

Dans la relation entre le médecin et le patient, l'aspect consensuel se fonde sur deux éléments essentiels. Le médecin consent à donner des soins au malade et ce dernier consent

---

(8) L. Ben Sedrine Ech Cherif El Kettani, *op. cit.*, p. 49.

librement au traitement prescrit. Sans doute, la caractéristique principale d'un contrat réside-t-elle dans l'écrit, mais dans la relation qui nous retient, elle est verbale ou tacite. L'aspect consensuel se déduit de la rencontre entre les deux parties ; en fait, de la consultation que donne le médecin et à la remise de l'ordonnance au malade ou à la pratique de l'acte médical.

Le caractère *sui generis* du contrat médical s'appuie sur la spécificité qui le distingue des autres contrats. D'abord, à la différence de ce qui est courant, c'est un contrat ni écrit ni verbal, mais comme déjà dit, consensuel ; ensuite, il ne porte pas sur des droits patrimoniaux, mais sur des droits par excellence personnels (9). Le contenu moral et psychologique qu'il recèle le rend difficilement saisissable par les concepts juridiques propres à la catégorie des rapports portant sur les biens mobiliers ou immobiliers (10). Son originalité procède de l'action médicale dont on a pu dire qu'elle est scientifique, intellectuelle, psychologique et humanitaire (11). Sur ce dernier aspect, la profession médicale, au même titre que plusieurs autres, est considérée comme une profession parapublique (12), en ce sens qu'elle s'inscrit dans le cadre des prestations d'intérêt général qui incombent à l'Etat et dont la gestion est assurée par un ordre, mais sous l'autorité des pouvoirs publics.

A tout cela s'ajoute le rapport de confiance qui régit la relation entre le médecin et son malade. A lui seul, cet aspect fait du contrat médical un contrat unique en son genre. D'un côté, un malade qui s'en remet à un homme de science, et, de l'autre, la conscience du praticien de lui apporter les soins nécessaires pour endiguer son mal ou, à tout le moins, l'en soulager. C'est de cette noble union que prend corps naturellement et logiquement l'obligation de solliciter le consentement du malade pour tout acte présentant un certain risque pour lui.

## - § 2 -

### **L'obligation de la sollicitation du consentement**

Au-delà de la morale et de l'éthique, il y a évidemment une relation contractuelle qui implique des obligations de chacune des parties contractantes. En termes juridiques, c'est le devoir du médecin d'exécuter les clauses du contrat consensuel, soit l'obligation de soins au bénéfice du malade, et, pour le patient, le devoir de s'acquitter ce qui revient au médecin ou à son administration comme contrepartie convenue ou habituellement en cours. Sachant que le principe est que toute inexécution d'obligation peut entraîner la responsabilité de la

---

(9) M. Vigneron, Les rémunérations non tarifées des professions non salariées, Thèse, Paris 1958, p. 28 et suiv.

(10) R. Besserve, Le contrat médical, Thèse, Paris 1956, p. 2 ; du même auteur, De quelques difficultés soulevées par le contrat médical, J.C.P., 1956, 1309.

(11) R. Besserve, *op. cit.*, p. 1.

(12) R. Savatier, cité par L. Ben Sedrine Ech Cherif El Kettani, *op. cit.*, p. 53.

partie défaillante (13), on peut en déduire que du point de vue juridique le médecin est tenu à une obligation principale et à une obligation secondaire. Et, ainsi qu'on peut le voir, la première obligation suppose d'office la deuxième.

La première obligation du médecin consiste non point à garantir la guérison, mais à mettre en œuvre les moyens les plus adaptés à la situation, les plus à mêmes à aboutir à un résultat satisfaisant. Sans trop rentrer dans des détails (14), au demeurant, sans grande utilité pour notre sujet, on retiendra que, voici déjà une soixantaine d'années, la jurisprudence marocaine avait décidé que la responsabilité du médecin ne se trouve pas engagée par la promesse de guérison faite avant l'opération (15). Néanmoins, bien que la tendance générale soit favorable à l'obligation de moyens, on ne perdra pas de vue que pour y satisfaire, l'obligation accessoire qui en est le corollaire s'avère une évidence.

En effet, pour garantir au mieux les soins au patient s'impose l'obligation de lui fournir toutes les informations et les renseignements qui lui permettent de connaître son état de santé et, en cas de besoin, donner son consentement ou le refuser à l'acte médical envisagé. Il s'agit d'une obligation qui rend le malade co-décideur de son sort. C'est, a-t-on pu dire, « *la première manière pour le médecin de respecter, dans le contrat, l'égalité humaine des parties* » (16). Car, pour que le médecin puisse valablement offrir tous les moyens de soins nécessaires au malade, il apparaît évident que celui-ci y collabore avant de se prêter à la thérapeutique qu'il lui prescrit.

\*

\* \*

Pour clore, on notera que le code de déontologie marocain, tout en prévoyant pour le médecin, en son article 24, la possibilité de se dégager de sa mission lui impose « *de ne jamais nuire de ce fait au malade dont il se sépare et de fournir les renseignements qu'il juge en conscience utiles à la continuation des soins* ». C'est dire que ce code, même dépassé aujourd'hui, ne s'est pas moins préoccupé du devoir de renseignement dû au patient. Dans un raisonnement logique, ne peut-on pas dire que s'il existe un devoir de

---

(13) L'article 263 du DOC « Les dommages-intérêts sont dus, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, et encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de la part du débiteur ». L'article 264 explique « Les dommages sont la perte effective que le créancier a éprouvée et le gain dont il a été privé, et qui sont la conséquence directe de l'inexécution de l'obligation. (...) ».

(14) On rappellera que l'obligation de moyens concerne toutes les professions médicales, à l'exception de la chirurgie esthétique de correction où la plupart du temps un résultat avec croquis à l'appui est promis. Voir L. Ben Sedrine Ech Cherif El Kettani, *op. cit.*, p. 67 et 72.

(15) C.A.R. 29 janvier 1946, G.T.M. 1946, n° 976, p. 76.

(16) R. Savatier, La responsabilité médicale, Paris, Lethielleux, 1948, p. 10. Cité par L. Ben Sedrine Ech Cherif El Kettani, *op. cit.*, p. 79.

renseignement et d'information (17), cela ne peut être admis qu'en vue de donner la possibilité de décision à celui qui en a besoin (18).

Au surplus, il est difficile de soutenir que, ne mentionnant pas l'obligation de consentement, le code de déontologie l'aurait exclue. Car, si c'était le cas, dans son article 25, on n'aurait pas imposé au médecin *appelé d'urgence auprès d'un mineur ou autre incapable de n'user immédiatement de toutes ses connaissances et tous les moyens dont il dispose pour parer au danger menaçant que lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement de son représentant légal* (19). Le code tunisien de déontologie médicale est identiquement rédigé (20). Ne peut-on donc pas dire que la précision de cette impossibilité comme condition d'agir dans l'immédiat porte à soutenir que le consentement du malade majeur, en parfait état de discernement, est considéré comme coulant de source ?

---

(17) Du droit à l'information du patient sur le fondement des articles 16 et 17-3, alinéa 2 du code civil français, tout dernièrement, la Cour de Cassation française déduit que, dans tous les cas, son non-respect ou sa mauvaise exécution cause *ipso facto* un préjudice moral ouvrant droit à réparation sans qu'il soit besoin de rechercher, comme dans la jurisprudence jusque là en vigueur, l'existence d'un préjudice ou, à tout le moins, d'une perte de chance. Nul doute que cette évolution ne restera pas sans effet sur la jurisprudence administrative. A.J.D.A. n° 7, 2011, Actualité bibliographique, p. 408.

(18) Dans son livre précité, L. Ben Sedrine Ech Cherif El Kettani nous apprend, p. 95, que dans un arrêt du 5 novembre 1974, la Cour de Cassation française avait conclu qu'en s'abstenant d'informer le patient sur les risques d'une intervention médicale, le médecin l'avait privé de la chance de la refuser et d'éviter le dommage qui en avait découlé. La main gauche du patient était atteinte de la contracture de Dupuytren dont l'opération lui avait causé une impossibilité de plier les doigts. Sans doute qu'informé, il aurait préféré garder sa contracture et pouvoir plier les doigts !

(19) L'article 25 est ainsi rédigé : « *Appelé d'urgence auprès d'un mineur ou autre incapable et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement de son représentant légal, le médecin doit user immédiatement de toutes ses connaissances et tous les moyens dont il dispose pour parer au danger menaçant : il ne peut cesser ses soins qu'après que tout danger est écarté ou tout secours inutile ou après avoir confié le malade aux soins d'un confrère* ».

(20) L'article 35 du code de déontologie médicale tunisien est ainsi rédigé : « *Appelé d'urgence auprès d'un mineur ou d'une incapable et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement légal, le médecin doit donner les soins qui s'imposent* ».