

**L'exigence du consentement du patient à l'acte médical****The requirement of the patient's consent to the medical procedure**

Date de réception : 07/05/2020 ; Date d'acceptation : 13/10/2021

**Résumé**

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. Le médecin a l'obligation de ne pratiquer aucun acte médical sans l'assentiment préalable du malade.

La validité du consentement repose sur la compréhension des informations transmises et le défaut de consentement est entendu comme le défaut de respect de la personne du malade de sa dignité et de son intégrité physique. Ainsi, la dignité de l'être humain postule un consentement préalable à toute intervention. Pourtant, la nécessité du consentement du patient devient parfois superflue.

**Mots clés :** Consentement ; Faute médicale ; Contrat médical ; Patient ; Médecin.

**Samira LALLOUCHE\***Faculté de droit,  
Université de Boumerdes,  
Algérie.**Abstract**

Consent is the basic element of the contract, it is necessary not only for the formation of the medical contract but also for the performance of the contract. The doctor has an obligation not to perform any medical procedure without the patient's prior consent.

The validity of consent is based on the understanding of the information transmitted and the lack of consent is understood as the lack of respect for the person of the patient of his dignity and physical integrity. Thus, the dignity of the human being requires prior consent to any intervention. However, the need for patient consent sometimes becomes unnecessary.

**Keywords:** consent- medical fault- medical contract- Patient, Doctors.

**ملخص**

يمثل الرضا الركن الأساسي في العقد، فهو ضروري ليس فقط لتشكيل العقد الطبي ولكن أيضاً من أجل تنفيذ العقد. يلتزم الطبيب بعدم إجراء أي عمل طبي دون موافقة مسبقة من المريض.

ويستند صحة الرضا إلى فهم المعلومات المعطاة، كما يفهم من عدم الرضا على أنه عدم احترام شخص المريض لكرامته وسلامته البدنية. وبالتالي، فإن كرامة الإنسان تتطلب الحصول على الرضا المسبق من أي تدخل طبي أو جراحي. ومع ذلك، فإن الحاجة إلى رضا المريض قد يصبح في بعض الأحيان غير ضروري.

**الكلمات الرئيسية:** رضا، خطأ طبي، عقد طبي، مريض، طبيب.

\* Corresponding author, e-mail: [samira.lallouche@hotmail.fr](mailto:samira.lallouche@hotmail.fr)

## Introduction

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. 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.

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. Il convient, alors, de distinguer, 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. 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.<sup>1</sup>

Le consentement du malade, nécessaire à la formation du contrat médical, mérite d'être examiné minutieusement. Il faut admettre qu'en matière médicale la volonté du malade présente une importance capitale en raison des intérêts en jeu. En effet, si le contrat porte en général sur des intérêts patrimoniaux, le contrat médical, lui porte directement sur la personne du malade. Or, l'intangibilité de l'intégrité corporelle constitue un principe juridique et philosophique essentiel imposant au médecin de ne jamais accéder au corps vivant sans avoir, au préalable, obtenu l'accord clair et net du malade<sup>2</sup>, mais le consentement est-il toujours nécessaire ? Et quels sont les bases et les limites du consentement ?

Nous allons essayer tout au long de cet article de montrer l'importance du consentement à l'acte médical à travers deux sections : la première sera consacrée à la nécessité d'obtenir le consentement du malade. Quant à la deuxième section, nous la consacrerons à exposer le défaut de consentement est une faute éthique et déontologique.

### 1 - La nécessité d'obtenir le consentement du malade

Le consentement est reconnu par plusieurs dispositions, l'actuel Code de déontologie médical en son article 44 cite que : « Tout acte médical, 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'exprimer son consentement, le médecin, le chirurgien-dentiste, doit donner les soins nécessaires. ».<sup>3</sup> Ce principe a été repris par l'article 343 alinéa 1 et 2 de la loi de la santé<sup>4</sup> 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. »<sup>5</sup>

Le médecin doit comme tout être humain respecter celui qui lui demande des soins en sa qualité de personne humaine. Le principe de l'inviolabilité du corps humain et un principe fondamental qui s'impose à tous. Il signifie que nul ne peut être contraint de subir une atteinte à son corps.<sup>6</sup> Pour cela on étudiera les caractéristiques du consentement (§1) et comment on pourra le prouver (§2).

## 1.1 : les caractéristiques du consentement

Le consentement constitue une protection nécessaire en particulier pour le malade. Un acte médical sur autrui doit pouvoir être justifié sur le plan thérapeutique et pratiqué avec le consentement éclairé et libre de l'intéressé.<sup>7</sup>

### 1.1.1 : le consentement éclairé du malade

Le consentement doit être donné librement par le malade, le médecin engagerait sa responsabilité s'il exerçait une pression anormale pour l'obtention ou s'il recourait à des mensonges.<sup>8</sup> Comme le précisent les tribunaux un consentement éclairé doit être exprimé par le malade à propos des soins qui vont lui être prodigués. La cour de cassation dans un arrêt du 29 mai 1951 énonce que le contrat qui se forme entre le médecin et son client comporte en principe, l'obligation pour le praticien de ne pratiquer aucune intervention sans avoir au préalable obtenu « l'assentiment du malade ». de nombreuses décisions faisant écho à celle-ci retiennent que le consentement doit être libre, éclairé et conscient.<sup>9</sup>

Cela revient à dire que 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.<sup>10</sup> Certains font remarquer que 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. Selon le professeur Savatier, 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.<sup>11</sup> Les médecins ont toujours opposé une répugnance à placer leur relation avec leurs malades sur un plan juridique et contestent l'opportunité du consentement éclairé préalable. Ils estiment que c'est précisément l'exposé de la gravité de son état, et la multiplicité des risques à courir qui est de nature à vicier le consentement du patient.<sup>12</sup>

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 propose. Si le médecin ne s'acquittait pas de ce devoir, ou prenait sur lui de tromper le patient sur l'acte médical ainsi décidé, il risquerait d'en courir la responsabilité civile.<sup>13</sup>

### 1.1.2 : Liberté nécessaire du consentement du malade

En principe chacun est libre d'accepter les soins nécessités par son état ou de les refuser.<sup>14</sup> Initialement, le malade est libre de se faire traiter ou non, de recourir ou de ne pas recourir au médecin ou au chirurgien, et cela en principe, quel que soit sa maladie. Cependant cette liberté disparaît, quand la loi rend une mesure de prophylaxie obligatoire, comme pour les vaccinations, ou quand elle oblige à un traitement curatif. Toutefois, les médecins libres ne peuvent pas user d'une violence directe pour imposer un traitement quelconque. L'article 44 du Code déontologie algérien dispose : « Tout acte médical, 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'exprimer son consentement, le médecin, le chirurgien-dentiste, doit donner les soins nécessaires. »

Toute violence exercée sur une personne encore saine d'esprit vicie le contrat médical, dont le malade pourrait demander l'annulation, le privant ainsi de tout effet juridique.<sup>15</sup> De même que la violence, le dol du médecin entraînerait l'annulation du contrat médical. Il y a aussi dol quand, pour obtenir le consentement à un traitement, le médecin noircit les résultats des examens cliniques.<sup>16</sup>

Le respect de la volonté du malade a cependant des limites et la responsabilité du médecin peut être engagée dans plusieurs hypothèses. Elle peut l'être, si le médecin s'incline trop facilement devant la volonté d'un malade, non conforme à l'intérêt de ce dernier, par exemple son refus de subir une radio nécessaire ou encore sa volonté de quitter la clinique prématurément après une intervention. Le consentement et même qu'on le considère comme non nécessaire notamment dans une situation d'urgence où le patient est inconscient, le médecin détient le droit et le devoir, s'il juge la personne en danger, d'intervenir sans son consentement voire contre sa volonté.<sup>17</sup> Ainsi l'exigence d'un consentement absolu contreviendrait à la pratique de la chirurgie. Dans les situations intermédiaires c'est en fonction de chaque cas et en regard de toutes les circonstances en cause que l'on doit juger si le médecin est justifié d'agir en l'absence d'un consentement totalement éclairé. Il revient au malade de prouver qu'il n'a pas consenti à l'acte contesté, la preuve de l'absence de consentement est difficile à rapporter surtout qu'il n'y a en principe aucun formalisme pour recueillir le consentement.<sup>18</sup>

## **1.2 : La preuve du consentement**

Le Code civil algérien dispose dans l'article 323 : « le créancier doit apporter la preuve de l'obligation et le débiteur, celle de sa libération. »<sup>19</sup>

Le demandeur doit prouver ses allégations. Il apporte des pièces démontrant l'exactitude de ses dires. Il convient en effet d'éviter des procès sans fondement ou déclenchés dans le seul but de nuire. En conséquence le droit devrait décharger le défendeur d'apporter la preuve de la bonne exécution du contrat.<sup>20</sup>

### **1.2.1 : A qui incombe la preuve du consentement.**

La jurisprudence évolue en droit de la preuve, la charge de la preuve repose d'abord sur le patient demandeur, puis sur le médecin défendeur. La cour de cassation décide le 25 février 1997 que le médecin doit prouver qu'il a bien informé le patient des risques de l'intervention « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation. ».<sup>21</sup>

Il n'est plus douteux actuellement que le contrat médical, lorsqu'il existe, met à la charge des médecins et chirurgiens un certain nombre d'obligations dont celle essentiellement d'éclairer le malade et d'obtenir de lui une adhésion libre. Mais celui qui entend reprocher au médecin l'inexécution de cette obligation doit en rapporter la preuve. Conformément aux règles de la procédure, il revient au malade généralement le demandeur, de prouver qu'il n'a pas consenti à l'acte contesté ou que son consentement n'a pas été informé. Mais la preuve de l'absence de consentement est difficile à rapporter, puisque le contrat médical n'est pas un contrat formel et qu'il n'est pas d'usage en Algérie de faire constater le consentement par écrit du moins lorsqu'il s'agit d'acte ou d'intervention classique.<sup>22</sup> Cependant, le malade ayant subi une opération prétendra qu'il n'avait pas consenti à une intervention de cette nature, il nous paraît impossible de mettre à sa charge la preuve rigoureuse et précise qu'il n'avait pas autorisé ce qui a été fait sur lui, car il n'avait aucun moyen de se réserver cette preuve. Mais, à l'inverse, il nous paraît inadmissible de mettre à la charge du médecin la preuve rigoureuse et précise que ce qu'il a fait c'était précisément ce qui avait été convenu avec le malade. Nous ne croyons nullement opportun d'obliger, les chirurgiens à se procurer d'avance un « permis d'opérer » les couvrant, par la précision du consentement d'avance fourni par le malade, contre une réclamation tardive d'un patient insatisfait de l'intervention autorisée par lui. Cette pratique des « permis d'opérer » serait la négation même de la confiance qui doit rester l'âme du contrat médical.<sup>23</sup>

### **1.2.2 : Les modes de preuve.**

La question de la preuve requiert de savoir qui doit prouver, mais aussi comment prouver. Le juge retient différents modes de preuve. Un certain nombre de textes exigent désormais un écrit pour attester du consentement éclairé. En absence d'écrit la preuve du consentement se fait par d'autres moyens, mais surtout par présomption. Ainsi il est admis que le fait pour un malade de se rendre dans une

clinique et d'accepter une anesthésie puisse faire présumer son consentement pour une intervention.<sup>24</sup>

L'écrit constitue le mode de preuve privilégié mais non le seul. Les médecins élaborent des preuves écrites. Des conseils avisés leur suggérant de conserver la trace de l'information délivrée en remettant au patient un document général exposant l'intervention et les risques encourus avec accusé de réception, ainsi qu'un courrier résumant les renseignements communiqués.<sup>25</sup>

L'écrit est privilégié par rapport aux autres modes de preuve. Pour démontrer qu'il exécute son obligation, le praticien se trouve contraint de l'utiliser. Il demande donc au patient d'indiquer que le médecin l'a bien informé ; qu'en conséquence, il donne un consentement éclairé au traitement.<sup>26</sup> Il n'y a en principe aucun formalisme pour recueillir le consentement. L'article 60 alinéas 1 du Code civil précise que « L'on peut déclarer sa volonté verbalement, par écrit ou par des signes généralement en usage ou encore par une conduite telle qu'elle ne laisse aucun doute sur la véritable intention de son auteur. » Cependant, la déclaration de volonté peut être tacite lorsque la loi ou les parties n'exigent pas qu'elle soit expresse.

En matière de consentement un écrit est demandé en milieu hospitalier notamment pour les soins chirurgicaux comportant une anesthésie et pour les prélèvements d'organes, les transplantations et les autopsies scientifiques. Mais il est surtout le fait de la révocation de soins. Cette éventualité établit la preuve de refus de soins. L'article 344 alinéa 1 du code de la santé dispose : « En cas de refus des soins médicaux, il peut être exigé, une déclaration écrite, à cet effet, du patient ou de son représentant légal ». Aussi l'article 364/1 et 2 du code de la santé cite que : « La transplantation d'organes, de tissus ou de cellules humains n'est pratiquée, que si elle représente le seul moyen de préserver la vie ou l'intégrité physique de receveur après que ce dernier ait exprimé son consentement, en présence du médecin chef du service dans lequel il a été admis, et de deux (2) témoins.

Lorsque le receveur n'est pas en état d'exprimer son consentement, l'un des membres adultes de sa famille peut l'exprimer par écrit, dans l'ordre de priorité indiqué dans l'article 362 ci-dessus. ».

Ainsi même si ce mode n'est pas le seul admissible, la preuve du consentement libre et éclairé du patient par écrit tend à se généraliser, car un tel document permet au médecin de pré constituer la preuve du juste respect de ses obligations.

Mais l'emploi systématique de l'écrit anéantit la confiance nécessaire dans la relation du médecin et de son patient. Le formalisme de l'écrit nécessite un état d'esprit administratif, où la méfiance prévaut. Par ailleurs, l'écrit ne possède aucune valeur s'il ne correspond pas à une réalité, même produit par le patient ne signifie nullement que le patient comprend les indications fournies. C'est pourquoi, la valeur des documents censés attester que le praticien remplit son obligation d'information s'avère discutable. Le praticien doit s'adapter à la maladie et aux aptitudes du patient. L'écrit systématique, oppose donc à la bonne exécution de l'obligation, le patient invoquerait à juste titre le caractère incompréhensible de l'écrit et l'absence de consentement éclairé.<sup>27</sup>

Il existe d'autres moyens de preuve, rechercher une protection plus sûre en réduisant la preuve à un seul mode s'avère critiquable. Il ya une diversité des modes de preuve. Le recours aux présomptions conformément à l'article 337 du Code civil, permet de retenir d'autres modes de preuve objectifs comme le nombre de consultations, le délai de réflexion avant l'intervention, mais aussi subjectifs comme l'attitude ou le comportement anxieux du patient, les connaissances détenues du fait de son activité.

## **2 - Le défaut de consentement est une faute éthique et déontologique**

Le défaut de consentement est une faute que les praticiens commettent parfois et qui peut résulter de la violation d'une obligation éthique ou déontologique. C'est la violation d'un devoir d'humanisme médicale et qui ne revêtent pas de caractère

technique, c'est une violation par le médecin de ses obligations et devoirs dictés par l'exercice de la profession et orientés vers le respect de la personne malade.

## **2.1 : Le fondement et la portée du consentement**

L'exigence du consentement contraste avec la pratique chirurgicale,<sup>28</sup> pour cela on étudiera le fondement de l'obligation puis sa portée.

### **2.1.1 : les fondements du consentement basés sur l'autonomie de la volonté et l'intégrité corporelle**

L'équipe qui doit procéder à une intervention chirurgicale est tenue, préalablement à l'opération de recueillir l'assentiment libre et éclairé du malade.<sup>29</sup> Cette obligation se fonde, d'abord, sur l'autonomie de la volonté et libre disposition de son corps. Mais elle se fonde ensuite, sur le contrat médical qui impose au praticien de demander son accord au malade préalablement à tout acte médicale.<sup>30</sup>

Ainsi la notion de consentement se réfère à des principes essentiels comme l'autonomie de la volonté et la libre disposition de son corps. La conception de l'autonomie de la volonté signifie que le praticien ne doit imposer aucun acte médical au patient sans accord, même pour son bien. La personne décide de son sort, en toute liberté.<sup>31</sup>

La nécessité du consentement constitue le premier degré de l'autonomie de volonté. Par principe la contrainte physique sur l'individu s'avère exceptionnelle dans une société respectueuse des droits de l'homme.<sup>32</sup> De plus le respect du consentement du patient est une exigence éthique essentielle, l'article 34 de code déontologie médicale dispose : « Aucun mutilation ou ablation ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et sauf urgence ou impossibilité, qui après information et consentement de l'intéressé ou de son tuteur légal ».

La notion de consentement se réfère aussi à l'intégrité corporelle. Le principe de l'intangibilité de l'intégrité corporelle, interdit à tout médecin d'accéder au corps humain avant de solliciter l'accord du malade.<sup>33</sup> Cette notion se retrouve dans la chirurgie esthétique. Des personnes en bonne santé sollicitent le chirurgien et l'anesthésiste afin d'améliorer leur vie. La chirurgie vise l'amélioration de l'état psychologique du patient. Cependant le droit tend à distinguer la chirurgie « classique » thérapeutique de celle nom directement liée au soin. La deuxième nécessite un consentement plus mûri et plus éclairé du patient.

Ainsi, les fondements de l'obligation semblent accorder une valeur juridique indiscutable au consentement du patient. Mais la chirurgie, pratiques médicales complexes, atténuent considérablement la portée du consentement.

### **2.1.2 : La portée du consentement est-elle limitée ?**

L'intervention chirurgicale ne requiert pas un consentement absolu, en effet des faits nouveaux peuvent se présenter lors de l'intervention pour lesquels le patient n'a pu donner son consentement. Ainsi, lorsqu'en cours d'intervention, pratiquée avec le consentement du malade aux fins prévues par le diagnostic, le chirurgien découvre une infection plus grave. Dans ce cas, est ce que le chirurgien devait interrompre son intervention, et ne la reprendre par la suite qu'avec l'assentiment du malade, ou bien le chirurgien doit prolonger l'opération si cette solution comporte moins de risques pour le malade, plutôt que de requière un autre accord.

Certain auteurs<sup>34</sup> ont cependant fait apparaître l'opportunité d'un certain libéralisme en ce domaine. Lorsque le chirurgien est convaincu de la nécessité de l'opération complémentaire dans un avenir proche, explique cette doctrine, il serait inhumain d'imposer au malade la souffrance et le risque d'une nouvelle intervention pratiquée dans de moins bonnes conditions psychologiques, car ajouter une nouvelle intervention à celle qui avait été pratiquée est, le plus souvent, préjudiciable au patient.

Parfois le malade refuse catégoriquement le soin proposé, les praticiens risquent-ils d'engager leur responsabilité civile s'ils interviennent ou s'ils s'abstiennent de

procéder à l'intervention nécessaire ? Même si le refus de soins entraîne des conséquences fatales, le médecin doit respecter la volonté libre et éclairée de la personne.

Cependant le respect total de la volonté du malade s'avère aisément critiquable, surtout que le patient ne possède pas la lucidité suffisante pour décider de son sort.<sup>35</sup> Alors l'obligation du consentement absolu paraît donc contraire à l'intérêt du patient tant en raison de la perte de ses facultés au seuil de la mort que de son incompétence médicale, l'article 49 du code de déontologie médicale dispose : « en cas de refus de soins médicaux, il est exigé du malade une déclaration écrite à cet effet ».

En d'autres termes, il faut recommander au médecin d'intervenir toutes les fois que cela lui sera possible, ce qu'est conforme d'ailleurs à la finalité même de son activité, qui est de préserver la santé et la vie. Le chirurgien commet une faute s'il admet facilement le refus de soins et les juges condamnent le praticien qui respecte le refus du patient de subir une radiographie nécessaire.<sup>36</sup>

Ainsi, le praticien doit à la fois respecter la volonté du patient en l'avertissant des conséquences éventuelles de sa décision et tout faire pour le convaincre de la nécessité des soins. Le médecin ne doit pas admettre trop facilement un refus de soin. Il doit convaincre le patient d'accepter les soins indispensables.<sup>37</sup>

A contrario, l'acte médical risqué déconseillé par le praticien, mais réclamé par le patient engage-t-il la responsabilité du praticien ? La déontologie médicale intime au praticien de ne pas réaliser un acte trop risqué pour le patient. L'article 17 du code de déontologie Algérien dispose que : « Le médecin, le chirurgien-dentiste doit s'interdire dans les explorations ou traitements qu'il pratique, de faire courir au malade, un risque injustifié. ».<sup>38</sup>

En conclusion le porté du consentement s'avère limitée.

## 2.2 : Les limites au consentement du patient

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.

### 2.2.1 : L'incapacité physique du patient.

Certaines situations dispensent le praticien de l'obtention du consentement, le patient inconscient n'exprime pas sa volonté, ainsi que l'état d'urgence oblige différemment le praticien. Inconsciente, la personne ne comprend pas les informations données. Elle n'exprime aucun consentement.<sup>39</sup> Ainsi l'incapacité du patient inconscient laisse penser que le droit lui accorde une protection similaire à celles des incapables. Le chirurgien et l'anesthésiste substituent le consentement des proches à celui du patient.<sup>40</sup>

En cas d'urgence, le médecin est autorisé à agir son devoir sans aviser qui conque. Toute la difficulté pratique va être d'apprécier l'urgence, dans la mesure où définir l'urgence de façon rigoureuse est une entreprise vouée à l'échec.<sup>41</sup> L'urgence est un état de fait susceptible d'entraîner un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent.<sup>42</sup>

Cependant la conception dominante permet au chirurgien d'intervenir sans le consentement des proches.<sup>43</sup> Ainsi le médecin doit agir s'il estime que l'état du patient justifie une intervention rapide. Il a intérêt à demander l'accord de la famille, mais en cas d'impossibilité, son abstention entraînerait sa responsabilité, non seulement civile mais aussi pénale. Le chirurgien conservera les preuves de l'urgence médicale pour le cas où leur responsabilité serait recherchée. L'article 344 de la loi de la santé précise 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 ».

### 2.2.2 : L'incapacité juridique.

Le droit accorde une protection similaire aux incapables mineurs et majeurs. Toutefois le mineur se distingue de l'incapable majeur par ses capacités intellectuelles de compréhension et de discernement. En ce qui concerne les mineurs et les majeurs sous tutelle, ils doivent être consultés lorsqu'ils sont en âge ou en situation de comprendre, mais en règle générale, la portée effectuée d'une telle exigence est limitée, car le consentement ne peut en principe être donné que par les représentants légaux, pour mineurs, il s'agit des titulaires d'autorité parentale, en principe les deux parents.<sup>44</sup>

L'information et le consentement du mineur malade qui a besoin d'une intervention chirurgicale se comprennent aisément s'il détient la capacité de compréhension. Le médecin considère dans la mesure du possible l'avis de l'intéressé. C'est vrai que le mineur ne décide pas de son sort mais son accord lui permet de participer à la décision du praticien ou de son tuteur. Mais si le mineur refuse l'intervention, le chirurgien suivra le choix des parents. Le droit ne confère pas de réelles prérogatives au jeune malade ; il incite plutôt à prêter attention au point de vue de l'enfant.<sup>45</sup>

Pour ce qui a trait aux majeurs sous tutelle, le consentement du tuteur suffit en règle générale. En effet, le tuteur se substitue à l'adulte en raison de son incapacité. Bien qu'incapable, les majeurs sous tutelle peuvent accepter ou refuser l'intervention certes, en principe, le consentement du patient peut justifier son choix, l'incapable majeur manifeste des instants de lucidité lui permettant de décider de son sort.<sup>46</sup>

En matière de prélèvements d'organes le législateur interdit le prélèvement d'organes à l'incapable majeur. Il accroît sa protection.<sup>47</sup> Les praticiens suivent rarement les souhaits du mineurs ou du majeur incapable, mais plutôt ceux des parents ou du tuteur. L'article 364/2 du code de la santé précise que « lorsque le receveur n'est pas en état d'exprimer son consentement, l'un des membres adultes de sa famille peut l'exprimer par écrit, dans l'ordre de priorité indiqué dans l'article 362 ci-dessus ».

En revanche le prélèvement d'un organe non régénérant, le consentement des représentants légaux ne suffit plus et doit être confronté par l'avis d'un comité d'experts. L'article 360/ 7 et 8 du code de la santé dispose que : « Le donneur est préalablement informé par un comité d'experts des risques qu'il encourt, des conséquences possibles du prélèvement, ainsi que des résultats attendus de la greffe pour le receveur.

Le comité d'experts délivre l'autorisation de prélèvement après s'être assuré que le consentement du donneur est libre, éclairé et conforme aux conditions prévues par la présente loi ».

Par ailleurs en cas d'impossibilité d'obtention du consentement des parents, ou lorsque leur décision s'avère contraire à l'intérêt de l'enfant, le chirurgien saisit l'autorité judiciaire. Mais deux possibilités existent : Le juge des enfants qui peut délivrer une autorisation pour une intervention chirurgicale indispensable. Il se substitue ainsi à l'autorité parentale déficiente et le chirurgien doit prouver la carence des responsables de leur patient ou le consentement donné par le procureur de la république qui peut être compétents pour prendre la décision appropriée.

Ainsi, l'obligation du recueil de l'assentiment du malade ou de ses proches se présente comme absolue, mais elle comporte des atténuations qui tendent à évincer le consentement.<sup>48</sup>

## 3- Conclusion

Le consentement du malade aux soins est une obligation déontologique et légale, conséquence du caractère contractuel de la relation médecin-malade. 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.

Les soins médicaux sont fournis avec le consentement du malade ou des personnes habilités par la loi à donner leur consentement et lorsqu'il est nécessaire de donner des soins médicaux d'urgence pour sauver la vie d'un mineur ou de personnes incapables de discernement ou dans l'impossibilité d'exprimer leur volonté, les soins médicaux sont dispensés par le médecin sous sa propre responsabilité.

## Références :

### 1-Ouvrage :

- [1] - Etienne Martin, M. (1923), Précis de déontologie et de médecine professionnelle, Masson, Paris.
- [2] - Hoerni, B., Saury, R., (1998), Consentement information autonomie et décision en médecine, Marson, Paris.
- [3] - Grapin, G., (2001), La responsabilité chirurgicale, Sauramps médical, Montpellier.
- [4] - Gridel, JP., (1992), Notions fondamentales de droit et droit français, Dalloz, Paris.
- [5] - Hannouz, M., et Hakem, A.R., (1992) Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, Alger.
- [6] - Leca, A., (2005), Droit de la médecine libéral, presse universitaire, d'Aix-Marseille.
- [7] - Nerson, R., (1978), Le respect par le médecin de la volonté du malade, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse.
- [8] - Chabas, F., (1975), Le corps humain et les actes juridiques en droit français, Travaux de l'association H Capitant, t XXVI, Paris.
- [9] -Mazeaud, H.L.,Tunc, A., (2002), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome 1, 6 éd.
- [10] - Penneau, J., (1977), La responsabilité médicale, éd Sirey, Paris.
- [11] - Mameteau, G., (1996), Traité de la responsabilité médicale, les éditions hospitalières, Bordeaux, France.

[12]-محمد سعد خليفة (1996) الحق في الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر. [13] - رابيس محمد (2010)، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر.

[14]- سعيد سعيد عبد السلام (2000)، الالتزام بالإفصاح في العقود، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر. [15]- حسن زكي الأبراشي (1978)، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.

[16]- عبد الرشيد مأمون (1988)، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة. [17]- خليل أحمد حسن قنادة (1991)، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

[18]- علي علي سليمان (1990)، النظرية العامة للالتزام -مصادر الإلتزام-ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

[19]- عبد القادر بن تيشة (2001)، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.

[20]- حروزي عز الدين (2008)، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

[21]- عمر أبو خطوة (1976)، القانون الجنائي والطب الحديث: دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

### 2-Thèses :

- [1] - Evin, C.,(2001), Les concepts fondateurs des droits des usagers du système de santé, Thèse pour le doctorat de l'université de Paris VIII, droit public, 2001.

- [2] - Jestaz, P., (1968), L'urgence et les principes classiques du droit civil, Thèse droit, L.G.D. J, Paris, 1968.
- [3] - Pradel, J., (1963), La condition civile du malade, Thèse de doctorat, L. G. D. J, Paris, 1963.
- [4] - Rajbaut, B., (1981), Le rôle de la volonté en matière médicale, Thèse de doctorat, Paris XII, 1981.
- [5] - Sylvie, Delort.,(2003), La responsabilité des chirurgiens, des anesthésistes et des établissements de santé, Thèse de doctorat, Paris II, 2003.
- [6] - ايهاب يسر أنور علي (1994) ، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
- [7] - عبد الكريم مأمون (2005) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحة، رسالة دكتوراه في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان.
- [8] - لطرش نجاة و نوادير سهام (2019) ، الخطأ الطبي وإثباته أمام القاضي المدني الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة بومرداس.
- [9] - مراد بن صغير (2011) ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان.

### 3-Articles

- [1] - Dubouis,L., (1997),La preuve de l'information du patient incombe au médecin : progrès ou régression de la condition des patients , note sous cass civ,1<sup>o</sup>,25 fév 1997, AD sani, soc.
- [2] - Glorion, B., (1999), Consentement et ses aspects déontologiques, n° spécial Gazette du palais 1 janvier 1999 ; Recommandations ANAES, mars 2000 sur l'information du patient.
- [3] - Haddad, Y., (1998), La responsabilité des établissements publics hospitaliers, revue Idara de l'Ecole Nationale Administrative, volume 8, numéro 02-1998.
- [4] - Hoerni, B., (2001), Médecine et droit, Bull. Ordre méd. Paris, Novembre 2001.
- [5] - Méméteau, G., (2001), Des médecins qui avaient peur de droit, Gazette du palais, 8 septembre 2001.
- [6] - Savatier, R., (1952), Impérialisme médical sur le terrain du droit, le permis d'opérer et les pratiques américaines, D 1952 ch 157, 7.
- [7] - علي فيلال (1990) ، رضا المريض في العمل الطبي، مقال في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، المجلد 3.

### 4-Site Web

- [1] - Méméteau,G., (1986), Traité de droit médical, Tome II, Paris, p. 29 s ; Le Guet, Devalay., La responsabilité médicale, internet – HTTP:// WWW. Med .univ- rennes 1. Fr / Galesme / médecin légale, responsabilité médicale etmiseHTMmiseàjourle15/09/98. Vue le 11/02/2018.

### Note :

- [1]- Evin, C., Les 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
- [2]- Pradel, J., La condition civile du malade, Thèse de doctorat, L. G. D. J, Paris, 1963, P.50.
- [3]-Ddcret exécutif n°92- 276 du 6 Juillet 1992 portant Code de déontologie médicale algérien
- [4]-Loi N° 18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé, JO N° 15.
- [5]- Le législateur Français a reconnu le consentement par l'article 16-3 du Code civil qui rappelle l'exigence du consentement préalable à tout acte médical : « le consentement doit être recueilli préalablement. », de même le code de la santé publique, en son article R 4127-36 dispose 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 ».
- [6]- Haddad, Y., La responsabilité des établissements publics hospitaliers, revue Idara de l'Ecole Nationale Administrative, volume 8, numéro 02-1998, p. 20.

[7]- M Hannouz, M., et Hakem, A.R., Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, Alger, 1992, p. 39.

عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحة، رسالة دكتوراه في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 44، رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 122.

[8]- voir art 42 du code de déontologie médicale qui cite « 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. ». La loi Française n°2002-303 du 4 mars 2002 instaure une obligation absolue semble-t-il du consentement du patient article L 1111-4 al 3 du Code de la santé publique dispose en effet : « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement ne peut être retiré à tout moment ».

[9]- Cass, Civ, 29 Mai 1951, J.C.P 1951. II. 6421 notes Perrot.

[10]- Méméteu, G., Traité de droit médical, Tome II, Paris, 1986, p. 29 s ; Le Guet, Devalay., La responsabilité médicale, internet – HTTP:// WWW. Med .univ- rennes I. Fr / Galesme / médecin légale, responsabilité médicale et HTM mise à jour le 15/09/98, vue le 11/02/2018.

[11]- Savatier, R., Impérialisme médical sur le terrain du droit, le permis d'opérer et les pratiques américaines, D 1952 ch 157, 7.

[12]-Nerson, Robert., Le respect par le médecin de la volonté du malade, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 854

[13]- سعيد سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 89، وميليهيا.

[14]-Gridel, J.P., Notions fondamentales de droit et droit français, Dalloz, Paris, 1992, p. 375.

[15]- حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1978، ص 24. - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 27. علي فيلال، رضا المريض في العمل الطبي، مقال في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 3، 1990، ص 47.

[16]- Cass, civ, Paris 07.03.1952, Dalloz 1952 p. 367 : « on' a moins de circonstance tout a fait exceptionnelles, le mensonge est inexcusable s'il consiste à dissimuler un élément favorable pour faire croire au client que son mal est plus grave qu'il ne semble en réalité. »

[17]- مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 428.

[18]- Hannouz, M, et Hakem, A.R., Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, Alger, 1992, p. 37.

[19]- Voir l'article 1315 du Code civil français dispose : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit le prouver ». Mais l'alinéa 2 précise « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

[20]- خليل أ حمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص 34، علي - علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 48.

[21]- Cass, civ. 1° 25 février 1997, J.C.P. 1997, 1, 4025 dos, G, Viney.

لطرش نجاة و نوادير سهام، الخطأ الطبي وإثباته أمام القاضي المدني الجزائري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق، جامعة 22 بومرداس، 2019، ص 76.

[23]- Savatier, R., Impérialisme médical sur le terrain du droit, précité, p. 157

[24]- CA Paris 28 Juin 1923, DP 1924, 2, 116 ; T. civ. Seine 31 Déc 1928, sem. jur 1929 p. 250 ; T civ Seine 2 Mars 1937. Gaz.pal 1937,2, 432 ; T. Civ Seine 28 Juin 1953, Gaz Pal 1953, 2, 223.

[25]- Dubouis, L., La preuve de l'information du patient incombe au médecin : progrès ou régression de la condition des patients , note sous cass civ, 1° 25 fév 1997, AD sani, soc, 1997, p, 235 et suiv.

[26]- Méméteu, G., Des médecins qui avaient peur de droit, Gazette du palais, 8 septembre 2001, p. 3.

[27]- Glorion, B., Consentement et ses aspects déontologiques, n° spécial Gazette du palais 1 janvier 1999, p. 5 ; Recommandations ANAES, mars 2000 sur l'information du patient ; Hoerni, B., Médecine et droit, Bull. Ordre méd. Paris, Novembre 2001, p. 3.

[28]- Etienne Martin, M., Précis de déontologie et de médecine professionnelle, Masson, Paris, 1923, p., 88.

[29]- Hoerni, B., et Saury, R., Consentement information autonomie et décision en médecine, Marson, Paris., 1998, p., 10.

[30]- محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 51.

[31]- L'article 46 du code déontologie Algérien dispose : « Le médecin, le chirurgien-dentiste ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive. Il doit respecter la dignité du malade. »

[32]- إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص 29.

- [33]- Pragle, J., La condition civile du malade, Thèse, L G D J, Paris, 1963, N° 50, p., 70 ; Chabas, F., Le corps humain et les actes juridiques en droit français, Travaux de l'association H Capitant, t XXVI 1975, p., 225 ; Rajbaut, B., Le rôle de la volonté en matière médicale, Thèse de doctorat, Paris XII, 1981, p., 49 et s.
- [34]- Mazeaud, H.L., et Tunc, A., traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome 1, 6 éd, 2002, p, 511 ; Penneau, J., La responsabilité médicale, éd Sirey, Paris, 1977, n°57.
- [35]-Mameteau, G., Traité de la responsabilité médicale, les éditions hospitaliers, Bordeaux, France, 1996, p., 119.
- [36]- بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 617
- [37]- L'article 344 al 2 du code de la santé dispose que : « 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 ». En vertu de cet article, toute personne prend les décisions relatives à sa santé. Le praticien ne procède à aucun acte ou traitement sans un consentement libre et éclairé que le patient peut d'ailleurs retirer à tout moment. Le praticien devrait seulement tout faire pour le convaincre d'accepter les soins.
- [38]- Equivalent à l'article 40 du Code de déontologie Français
- [39]- عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001، ص78.
- [40]- Voir l'article 52 alinéa 1 du code de la déontologie Algérien qui dispose : « le médecin, le chirurgien-dentiste appelé à donner des soins à un mineur ou à un incapable majeur doit s'efforcer de prévenir les parents ou le représentant légal et d'obtenir leur consentement.
- En cas d'urgence ou s'ils ne peuvent être joints, le médecin, le chirurgien-dentiste doit donner les soins nécessaires. Si l'incapable majeur peut émettre un avis, le médecin, le chirurgien-dentiste doit en tenir compte dans toute la mesure du possible. »
- [41]- Jestaz, P., L'urgence et les principes classiques du droit civil, Thèse droit, L.G.D. J, Paris, 1968, P., 7.
- [42]- Leca, A., Droit de la médecine libéral, presse universitaire, d'Aix-Marseille, 2005, n° 3455.
- [43]- Voir l'article 52 alinéa 2 du Code de déontologie Algérien.
- [44]- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 79-80.
- [45]-Sylvie, Delort., La responsabilité des chirurgiens, des anesthésistes et des établissements de santé, Thèse de doctorat, Paris II, 2003, p. 100.
- [46]-Voir article 52 alinéa 1 du Code de déontologie médicale Algérien
- [47]- عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث : دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976، ص 112.
- [48]-Grapin, G., La responsabilité chirurgicale, Sauramps médical, Montpellier, 2001, p., 135.