



## LA PRATIQUE MEDICALE A L'EPREUVE DU DROIT EN AFRIQUE DE L'OUEST FRANCOPHONE

ADJINI Koffi Mawoutodji,  
Docteur en Droit Public, Université de Kara, Togo.  
Email : [adjimawou@gmail.com](mailto:adjimawou@gmail.com)

### RESUME

L'encadrement juridique des pratiques médicales doit être analysé par les professionnels de santé comme un moyen de repenser la relation et l'organisation des soins dans les structures de santé. Les droits subjectifs et collectifs conférés aux patients doivent être envisagés comme des marqueurs d'une pratique médicale normale, des critères d'appréciation de la qualité des soins. La problématique du droit et de la pratique médicale fait partie de ces sujets tabous qui sont peu abordés par la doctrine en Afrique francophone. La détermination des conditions de réception du droit médical et l'identification des causes de l'empêchement de cette réception ont constitué l'épine dorsale de cette étude. Il n'est donc pas exagéré de considérer l'encadrement juridique de la pratique médicale comme une nécessité bien qu'il soit mal perçu par les soignants.

**Mots clés :** Droit, santé, éthique, déontologie, patient.

### ABSTRACT

The legal framework for medical practices must be analyzed by healthcare professionals as a means of rethinking the relationship and organization of care in healthcare facilities. The subjective and collective rights conferred on patients must be seen as markers of normal medical practice and criteria for assessing the quality of care. The issue of law and medical practice is one of those taboo subjects that are rarely addressed by academic writers in French-speaking Africa. Determining the conditions under which medical law is accepted and identifying the reasons why this is not the case formed the backbone of this study. It is therefore no exaggeration to consider that the legal framework for medical practice is a necessity, even though it is poorly perceived by healthcare professionals.

**Key words:** Law, health, ethics, deontology, patient.



## Sommaire

|                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCTION .....                                                               | 3  |
| I. UN ENCADREMENT OPPORTUN DE L'ACTIVITE MEDICALE.....                           | 6  |
| A. LE DEPASSEMENT DE L'AUTOREGULATION MEDICALE.....                              | 7  |
| 1. <i>Les tentatives d'autorégulation médicale</i> .....                         | 7  |
| 2. <i>Les insuffisances de l'autorégulation médicale</i> .....                   | 10 |
| B. L'ENCADREMENT JURIDIQUE RENFORCE DE L'ACTIVITE MEDICALE.....                  | 12 |
| 1. <i>Les sources formelles d'encadrement de l'activité médicale</i> .....       | 12 |
| 2. <i>Les sources informelles d'encadrement de l'activité médicale</i> .....     | 14 |
| II. UNE DIFFICILE RECEPTION DU DROIT PAR LE CORPS MEDICAL.....                   | 17 |
| A. L'ASSIMILATION DU DROIT A UNE INGERENCE .....                                 | 18 |
| 1. <i>Une médecine sous l'emprise constante du droit</i> .....                   | 18 |
| 2. <i>Une connaissance limitée du droit médical</i> .....                        | 20 |
| B. LA PRATIQUE MEDICALE SOUS MENACE JUDICIAIRE .....                             | 23 |
| 1. <i>La profusion de scandales sanitaires</i> .....                             | 24 |
| 2. <i>La médecine défensive, une arme d'auto protection des praticiens</i> ..... | 26 |
| CONCLUSION.....                                                                  | 27 |



## INTRODUCTION

« Partout où est engagé l'humain, il y a place légitime pour le juge. Le médecin, parce qu'il est notre maître biologique, est exposé aux vertiges du maître. L'existence du juge rappelle à ceux qui se laisseraient aller à ce vertige, la nécessité de se surveiller toujours. Et les médecins eux-mêmes doivent regarder comme salulaire pour leur profession la garde vigilante que monte, autour d'elle, la justice, pour la protection même de cet humanisme qui leur tient tant à cœur<sup>1</sup> ».

Ces propos du Doyen René SAVATIER sur la nécessité de soumettre les pratiques médicales au droit, amènent à réfléchir sur la réception du droit dans les pratiques médicales en Afrique francophone. L'actualité récurrente de scandales<sup>2</sup> dans le domaine médical et ses enjeux pour le patient en Afrique justifient tout l'intérêt de la présente réflexion portant sur « *La pratique médicale à l'épreuve du droit en Afrique de l'Ouest francophone* ».

L'une des fonctions du droit, mécanisme d'encadrement du fait social, est de faire évoluer la norme en fonction de l'avancée des valeurs de la société. Le droit et la médecine se situent à la « *jonction de deux humanismes*<sup>3</sup> ». Leur ignorance mutuelle, compréhensible lorsque la médecine reposait sur un support mystique et quasi religieux, a dû laisser la place à des rapports nouveaux permettant d'encadrer une pratique médicale désormais scientifique, fondée sur l'utilisation des données acquises de la science<sup>4</sup>.

L'histoire de la médecine tout comme celle du droit se perdre dans la nuit des temps<sup>5</sup>. Leur rencontre est ancienne mais le fil de leur coexistence n'est pas un long fleuve tranquille<sup>6</sup>. Le droit est un instrument au service du pouvoir pour organiser la société. Pour cette raison, il ne pouvait donc pas ignorer la médecine, un autre instrument de pouvoir. La médecine, est un art conjectural qui fluctue au gré des avancées techniques et scientifiques. Elle est susceptible de dérives. Il se pose dès lors la question du cadre d'intervention et des limites d'action à ériger

---

<sup>1</sup> SAVATIER (R.), « Au confluent de deux humanismes : Entente et mésentente entre médecins et juristes », *Le Concours Médical*, 7 janvier 1956, p. 74.

<sup>2</sup> Décès de Awa Fadiga en Côte d'Ivoire le 25 mars 2014 informations disponible sur <https://www.village-justice.com/articles/Hopitaux-publics-Cote-Ivoire,16633.html> ». Consulté le 24 septembre 2025 ; Vente illicite de médicaments au CHU Sylvanus Olympio et au CHU Kara au Togo, informations disponible sur <https://www.rfi.fr/fr/afrique/20231012-togo-une-affaire-de-vente-illicite-de-m%C3%A9dicaments-au-chu-de-kara-agite-le-secteur-hospitalier> ». Consulté le 24 septembre 2025 ; Affaire de Astou Sokhna et la disparition tragique de onze (11) bébés à l'hôpital de Tivaouane au Sénégal, informations disponibles sur <https://www.enquêteplus.com> ». Consulté le 25 septembre 2025.

<sup>3</sup> SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. Seconde série : l'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, Dalloz, 1959.

<sup>4</sup> V. MARION (G.), « Les droits des patients : les enjeux d'une autonomie affirmée Commentaire », *Sciences sociales et santé*, 2014/1 Vol. 32, p. 29.

<sup>5</sup> CASSUTO (Th.), « Médecine et droit : une relation improbable ? », *La santé publique en procès*. Sous la direction de Cassuto Thomas, PUF, 2008, p. 19 et s.

<sup>6</sup> *Ibid.*



pour limiter ces dérives surtout dans un domaine aussi sensible comme celui de la biomédecine. Pour rappel, le médecin entretient un rapport complexe avec la règle de droit. Le Doyen René SAVATIER mettait en relief cette opposition de nature en affirmant que : « *l'un (le médecin) connaît la loi sous l'aspect de la loi biologique, l'autre (le juriste) sous l'aspect de la loi civile* <sup>7</sup> ». Le droit revêt un caractère coercitif sur la médecine.

D'abord, la règle de droit revêt un caractère impératif. Elle dirige, commande les individus autrement dit, l'arrière-pensée du discours normatif juridique, « *c'est l'obligation, le fait qu'une norme aboutit le plus souvent à interdire, à réduire le champ du possible à l'alternative du licite et de l'illicite, du permis et de l'interdit* <sup>8</sup> ». Pour sa part, le Professeur Denys DE BECHILLON envisage le droit comme un moyen de « *fabriquer de l'interdiction ; prescrire, commander, obliger* <sup>9</sup> ». La règle de droit délimite l'espace de comportement interdit de celui licite <sup>10</sup>. Il en résulte, dans le domaine médical, qu'« *entre le juridique et le médical, le croisement est [...] périlleux, car il demeure un reste spécifique à la relation thérapeutique qui ne peut apparaître dans une perspective qui contractualise cette relation* <sup>11</sup> ». D'autre part, la règle de droit revêt un caractère sanctionnateur. La norme, qui s'impose comme une contrainte dans la pratique médicale, s'inscrit dans un système d'obligations assorties de sanctions. Pour le Prof. Hans KELSEN, le droit est « *un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. Elles déterminent les conditions auxquelles seule la contrainte physique peut, doit être employée par un Homme envers un autre. Si la société ne connaissait pas la contrainte, le règlement des actions humaines cesserait d'être du Droit* <sup>12</sup> ». Dès lors, le médecin entrevoit très souvent la règle de droit que sous son prisme répressif. D'ailleurs, les propos de Raymond CARRE DE MALBERG illustrent parfaitement ce constat : « *l'essence même de la règle de droit est d'être sanctionnée par des moyens de coercition immédiate* <sup>13</sup> ».

La sacralité de la médecine s'est lentement éclipsée et sa pratique s'est vue être subordonnée au respect de deux règles essentielles notamment le « *primum non nocere* <sup>14</sup> » c'est-à-dire d'abord ne pas nuire et la nécessité de dispenser des soins conformes aux données acquises de

<sup>7</sup> SAVATIER (R.), « Au confluent de deux humanismes : entente et mésentente entre médecins et juristes », *op. cit.*, p. 239.

<sup>8</sup> AMSELEK (P.), « La teneur indécise du droit », *RD publ.* 1991, n°5, p. 1206.

<sup>9</sup> DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Paris, Odile Jacob, 1997, p. 177.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> SAADOUN (M.), « Le patient, entre droit et revendication : la médecine saisie par le droit », in *La judiciarisation de la médecine*, Paris, Flammarion, 2004, p. 22.

<sup>12</sup> KELSEN (H.), « La validité du Droit international », *RCADI*, 1932, La Haye, IV, p. 124.

<sup>13</sup> CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, CNRS, 1962, p. 57.

<sup>14</sup> PELJAK (D.), « Humanisme médical : un oxymore du XXI<sup>e</sup> siècle ? », *Humanisme*, 2017/4, n°317, pp. 80-85.



la science<sup>15</sup>. Dans cette rencontre singulière d'une confiance et d'une conscience, la règle de droit a finalement acquis une place très importante<sup>16</sup>. Plusieurs facteurs ont participé à cette évolution, mais c'est essentiellement le développement du progrès scientifique qui a contribué à faire perdre au médecin une part de son mystère et de son prestige. Au même moment que les avancées scientifiques ont permis de trouver des remèdes à de nombreuses maladies, l'autorité dont jouissait le médecin s'est trouvée affaiblie.

Le glissement progressif de la pratique médicale vers sa reconnaissance en tant que science médicale s'est accompagné de l'intrusion du risque dans le colloque singulier du médecin et de son patient. La particularité du risque que le médecin peut faire courir à son patient et le développement corrélatif des exigences sécuritaires justifient l'émergence du droit et la transformation de la relation médicale<sup>17</sup>. En devenant un acteur clé de sa propre santé, le patient revendique des droits individuels et collectifs. La relation particulière entre le médecin et son malade s'est alors sensiblement trouvée modifiée par cette irruption du droit dans ce colloque singulier<sup>18</sup>.

Depuis, le célèbre arrêt du 26 juin 1696, prononçant l'irresponsabilité pénale du médecin<sup>19</sup>, il faut noter que les juridictions ont changé de paradigme et n'ont cessé dès lors de se prononcer en faveur de la responsabilité des médecins<sup>20</sup>. Certes, la responsabilité du médecin n'est pas la seule marque de l'émergence du droit dans la relation médicale, comme en témoignent les diverses dispositions législatives qui introduisent une « procéduralisation » des actes de soins et plus particulièrement des actes de procréation médicale assistée<sup>21</sup>. Toutefois, la mise en cause répétée de la responsabilité du médecin aussi bien sur des fondements du droit civil, pénal, et

<sup>15</sup> V. dans ce sens, **MONTAGNE (O.)**, Les résultats probants dans la recherche médicale », *Recherche en soins infirmiers*, 2009/1, n°96, p.32 et s.

<sup>16</sup> **LAUDE (A.)**, « Les médecins et les malades face au droit », *Revue française d'administration publique*, 2005/1 n°113, p. 113.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> **HARDY, (A-C.)**, « 1. Du colloque singulier à l'éthique médicale », Travailler à guérir. Sociologie de l'objet du travail médical, sous la direction de Hardy Anne-Chantal. Presses de l'EHESP, 2013, pp. 23-45. Selon l'auteur, le colloque singulier est, dans son acception première, la relation bilatérale et protégée, en confiance, du médecin et de son patient. Selon une expression fréquemment prêtée à Hippocrate, c'est « la rencontre d'une confiance et d'une conscience ». Cette notion est essentielle dans la pratique hippocratique qui voit le médecin et le patient comme des alliés dans l'observation, le pronostic et éventuellement le traitement de la maladie perçue comme une crise dans la vie du patient ». Cette définition a été récemment modifiée et la paternité de l'expression « colloque singulier » est désormais attribuée à Louis Portes.

<sup>19</sup> Cité par **TABUTEAU (D.)**, in *La sécurité sanitaire*, Paris, Berger-Levrard, 2<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 86.

<sup>20</sup> CA Dakar, 27 juillet 1984, Demoiselle Diop c/ État du Sénégal, n°501, CA Dakar, 10 mai 1985, Veuve Nemer Sabbah c/ Hôpital Principe, n° 420, CA Abidjan, 28 janvier 1988, Dr Soume bi kacou Brice c./ Ministre de la Fonction Publique.

<sup>21</sup> Sur la question de la procéduralisation des actes de soins en France, voir **LAUDE (A.)**, « Les obligations de procédure à l'occasion des soins », *Droit médical*, n° spécial, 2003.



surtout administratif<sup>22</sup> est un marqueur de l'intrusion du droit dans la relation médicale. La judiciarisation de la médecine s'est par ailleurs accompagnée de la reconnaissance des droits des patients<sup>23</sup>. La prolifération des normes médicales et la judiciarisation de la médecine créent un malaise chez les professionnels de santé. Il convient d'ajouter à ces deux éléments, une connaissance limitée des praticiens du droit médical. À ce propos, le Professeur Gérard MEMETEAU disait que la méconnaissance du droit est à l'origine d'une « *médecine effrayée par le droit*<sup>24</sup> ». Par ailleurs, pour éviter le procès, les praticiens recourent de plus en plus à la médecine défensive.

La réception du droit dans les pratiques médicales est un sujet très délicat et multifacette, qui nécessite une bonne connaissance du droit, une application rigoureuse des normes juridiques et une parfaite collaboration entre les agents de santé et les juristes. L'immixtion du droit dans le domaine médical suscite à la fois de l'espoir et des inquiétudes. De ce contraste résulte la question fondamentale de cette étude : quelle est la perception des praticiens ouest africains de l'intégration des normes juridiques dans les pratiques médicales ?

Aujourd'hui, il ne fait aucun doute que le droit s'est introduit définitivement dans les pratiques médicales en Afrique francophone pour la protection de la santé des populations. À cet égard, les normes juridiques sont venues corriger les carences de l'autorégulation médicale. Mais, cette réalité ne doit occulter l'existence de difficultés récurrentes liées à la réception du droit par le corps médical. En effet, le corps médical entretient un rapport ambigu et complexe avec la règle de droit. Ces difficultés constituent d'ailleurs de véritables goulots d'étranglement qui entravent le bon rapport entre les praticiens et le droit. Les praticiens considèrent l'introduction du droit dans la pratique médicale comme une ingérence et se sentent constamment sous la menace judiciaire.

À la lumière de toutes ces considérations, il convient de s'appesantir sur la nécessité d'encadrer la pratique médicale (I) bien que cet encadrement juridique ne soit pas toujours bien perçu par les praticiens (II).

## I. UN ENCADREMENT OPPORTUN DE L'ACTIVITE MEDICALE

L'autorégulation de la pratique médicale à travers les prismes de l'éthique et de la déontologie a montré ses limites (A), d'où une régulation juridique renforcée (B).

---

<sup>22</sup> Le Conseil d'État n'a pas hésité à soustraire du régime de la faute lourde les actes de la pratique courante accomplis par un médecin en considérant qu'ils pouvaient être contestés sur le fondement d'une faute simple. CE, 26 juin 1959, Rouzet, *AJDA*, 1959, p. 273.

<sup>23</sup> LAUDE (A.), « Les médecins et les malades face au droit », *op. cit.*, p.115 et s.

<sup>24</sup> MEMETEAU (G.), « Des médecins qui avaient peur du droit », *Gaz. Pal.*, 7-8 sept. 2001, p. 7.



## A. LE DEPASSEMENT DE L'AUTOREGULATION MEDICALE

L'éthique et la déontologie constituent des tentatives de régulation de l'activité médicale (1). Cependant, elles demeurent insuffisantes pour réguler un domaine aussi complexe (2).

### 1. Les tentatives d'autorégulation médicale

L'autorégulation désigne l'encadrement par des règles créées par un groupe d'individus et dont ils sont les destinataires. Dans le domaine médical, l'éthique et la déontologie professionnelle apparaissent comme des outils d'autorégulation de l'activité médicale.

L'activité médicale est encadrée par des règles éthiques. Un retour aux origines étymologiques de la notion nous conduit à la conclusion que les notions de « morale », du latin « *mos, mores* » et d'« éthique », du grec « *ethos* » sont synonymes puisqu'elles font toutes deux références aux mœurs et aux règles relatives aux comportements<sup>25</sup>. Les deux notions seront utilisées comme des synonymes dans la présente étude.

L'éthique revêt un caractère universel et sa vocation première serait d'accompagner les développements de la liberté humaine parmi lesquels se situe la science. Avant que le procès de Nuremberg ne cristallise la notion, il existait des prémices de la notion d'éthique<sup>26</sup>. En effet, à l'aube du 20<sup>ème</sup> siècle, le médecin Claude BERNARD exposait déjà sa conception relative aux expérimentations thérapeutiques sur les malades en ses termes : « *donc, parmi les expériences qu'on peut tenter sur l'homme, celles qui ne peuvent que nuire sont défendues, celles qui sont innocentes sont permises, et celles qui peuvent faire du bien sont commandées* »<sup>27</sup>.

En Afrique francophone, l'on note la création des instances de régulation pour encadrer les pratiques médicales. C'est le cas du Sénégal avec la création d'un organe de régulation appelé Comité National d'Éthique pour la Recherche en Santé (CNEERS) doté d'une personnalité juridique. Il est placé sous la tutelle administrative du Ministère de la Santé et sous la tutelle financière du Ministère de l'Économie et des Finances<sup>28</sup>. C'est aussi le cas du Togo avec la création du Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CNESVS). Il a pour mission de donner son avis sur les problèmes d'éthique soulevés par les progrès de la connaissance dans le domaine de la biologie, de la médecine et de la santé, et de publier des recommandations sur ces sujets<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Sur le lien entre la médecine et la morale, V. JAUNAIT (A), « La médecine est-elle toujours morale », *Les tribunes de la santé*, 2010/1, n°26, pp.95-102.

<sup>26</sup> MEMETEAU (G.), *Cours de droit médical*, 3<sup>ème</sup> éd., Bordeaux, L.E.H, 2006, p. 167.

<sup>27</sup> BERNARD (C.), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, Garnier-Flammarion, 1865, p. 98.

<sup>28</sup> Art.40 de la Loi n° 2009-17 portant Code d'Éthique pour la Recherche en Santé.

<sup>29</sup> Art. 546 du Code de Santé publique



En France, la réflexion éthique s'est structurée par la création en 1983 du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE)<sup>30</sup>, chargé de « *donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé et de publier des recommandations sur ce sujet* »<sup>31</sup>. En outre, il peut lui être assigné une mission de « régulateur de l'éthique » voire d'« *instance d'appel ou de contrôle des autres comités* »<sup>32</sup>.

Il convient de rappeler que sur le plan international, deux comités participent à la production de normes éthiques. Il s'agit d'une part, du Comité International de Bioéthique (CIB) de l'Unesco, créé en 1993. Ce comité rend des avis sur la brevetabilité du génome humain et publie des avis relatifs au dépistage et aux tests génétiques, à l'utilisation des cellules souches embryonnaires pour la recherche thérapeutique ou encore le consentement<sup>33</sup>. D'autre part, le Comité *ad hoc* d'experts pour la bioéthique (CAHBI), créé en 1985, devenu le Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) en 1992, est en charge des activités intergouvernementales du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique. Il est le fondateur d'une convention sur les droits de l'homme et la biomédecine et du premier traité international dans ce domaine. En outre, il élabore des protocoles additionnels sur divers sujets parmi lesquels l'interdiction du clonage d'êtres humains, la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, la recherche biomédicale et les tests génétiques à des fins médicales. En dehors de l'éthique, la déontologie constitue la deuxième forme d'autorégulation de la pratique médicale.

La notion de « déontologie » provient des termes grecs « *deontos* » et de « *logos* », qui signifient le discours sur le devoir<sup>34</sup>. Le terme « déontologie » est créé en 1825 par le juriste anglais Jérémy BENTHAM<sup>35</sup> et désigne « *la partie de l'Éthique traitant des devoirs moraux que crée, pour un individu, l'exercice d'une certaine profession* »<sup>36</sup>. La déontologie médicale constitue donc un ensemble de principes et de règles qui encadrent l'activité médicale et auxquels doivent se conformer d'abord les médecins et, par la suite tous les autres professionnels de santé. L'origine du terme se confond avec celle de la médecine comme le souligne si bien François MARCOUX : « *l'origine de la déontologie se confond avec celle de la médecine. En effet, dans*

<sup>30</sup> Décret n°83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, JO du 25 février 1983 p. 630.

<sup>31</sup> Art. 23 de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO n°175 du 30 juillet 1994, p. 11060.

<sup>32</sup> MEMETEAU (G.), *Cours de droit médical*, op. cit., p. 183.

<sup>33</sup> Information disponible sur le site : <http://www.unesco.org> . Consulté le 15 mai 2023.

<sup>34</sup> LAURENT (D.), « La déontologie médicale en 2015 », *Les tribunes de la santé*, 2015/3, n°48, p.23.

<sup>35</sup> BENTHAM (J.), *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et Science*, Paris, Bossange frères libraires, 1825, p. 56.

<sup>36</sup> MARCOUX (F.), *Droit médical et déontologie*, Paris, Maloine, 1970, p. 73.



*les millénaires qui ont précédé notre ère [...] les préceptes moraux en usage dans la profession médicale étaient déjà édifiés. Transmis de maître à disciples, ils inspiraient la conduite de ceux qui avaient la vocation de soigner* <sup>37</sup>».

Le Serment d'HIPPOCRATE constitue la référence des premiers principes éthiques appliqués à la médecine, à l'instar du respect du secret médical, de la bienfaisance<sup>38</sup> et du principe « *primum non nocere*<sup>39</sup> ». Ce texte, précurseur de la déontologie médicale moderne, représente pour reprendre les propos de Marcel MARTINY, « *dans son humanisme traditionnel l'ensemble des lois éternelles qui doivent préciser la conduite du médecin vis-à-vis de son malade, de ses confrères et de la société* <sup>40</sup> ». La déontologie médicale repose sur des principes érigés en devoirs déontologiques, à l'instar de la « dignité », de la « moralité » ou de la « probité ». La norme déontologique fait référence au comportement attendu du médecin, eu égard aux objectifs et aux principes d'organisation définis par et pour la profession médicale.

L'histoire médicale a mis en évidence la place prépondérante du regroupement de la profession médicale à travers la création de l'Ordre des médecins, garant de la déontologie médicale. La vocation première d'un ordre est de servir « *d'intermédiaire entre le corps médical et la société, entre le corps médical et chacun de ses membres, ayant à la fois des fonctions de protection et de moralisation et chargé de soutenir les droits des médecins et de maintenir la dignité professionnelle* <sup>41</sup> ». Il convient de noter que les instances ordinales médicales se sont multipliées en Afrique francophone. La création de ces ordres médicaux répond en écho aux propos du professeur GRASSET en ses termes : « *la médecine et les médecins ne seront honorés et estimés à leur valeur que si les médecins eux-mêmes donnent l'exemple de la considération réciproque et suivent scrupuleusement, dans leurs rapports mutuels, les règles de haute convenance que la coutume, à défaut de la loi, impose à la confiance de chacun* <sup>42</sup> ». Le premier Code de déontologie médicale opposable aux médecins togolais est apparu en 2013<sup>43</sup> contrairement au Code de déontologie français apparu en 1947<sup>44</sup>. Si l'activité médicale est par excellence au cœur

---

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> GILIOLI (C.), *Droits des patients. Comprendre les textes pour bien les appliquer*, Elsevier Masson, 2018, p.30

<sup>39</sup> Hippocrate, *Traité des Épidémies* (I, 5), 410 av. J.-C. ; Traduire « *Primum non nocere* » par « d'abord, ne pas nuire »

<sup>40</sup> MARTINY (M.), *Hippocrate et la médecine*, Paris, Arthème Fayard, 1964, p. 131.

<sup>41</sup> POUILLARD (J.), « Historique de l'ordre national des médecins 1845-1945 », texte présenté à la Société Française d'Histoire de la médecine, CNOM, séance du 15 mai 2004, p. 3.

<sup>42</sup> Ibid. p.4.

<sup>43</sup> Décret n° 2013-045/PR du 13 juin 2013 portant code de déontologie des médecins.

<sup>44</sup> Décret n°47-1169 du 27 juin 1947 de déontologie médicale application de l'ordonnance 45-2184 du 24-09-1945, JO du 28 juin 1947, p. 5993 modifié par le décret n°49-1130 du 2 août 1949 modification de l'art. 11 du D. 47-1169 du 27-06-1947, JO du 10 août 1949 p. 7934 et le décret n°51-1369 du 28 novembre 1951 modification du dernier alinéa de l'art. 69 du D. 47-1169 du 27-06-194, JO du 30 novembre 1951, p. 11842.



des problématiques éthiques et déontologiques, ces deux formes d'autorégulation demeurent insuffisantes pour encadrer une activité médicale de plus en plus complexe.

## 2. Les insuffisances de l'autorégulation médicale

S'agissant des insuffisances relatives à l'éthique, il faut souligner que la création des autorités administratives indépendantes (AAI) à l'image du Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé au Togo, du Comité National d'Éthique pour la Recherche en Santé au Sénégal et du Comité Consultatif National d'Éthique en France pour ne citer que ces cas, témoignent de l'insuffisance de l'éthique pour réguler les activités médicales. Ces comités jouent un rôle important dans la régulation de l'activité médicale en exerçant une influence sur les législations. À ce propos, Jean-Christophe GALLOUX relevait que « *le champ juridique et le champ éthique se compénètrent intimement autorisant le Comité consultatif national d'éthique à passer habilement et sans doute inconsciemment de l'un à l'autre. L'utilisation de concepts juridiques, de procédés du raisonnement juridique voire d'un discours essentiellement juridique accentuent encore ce débordement sur le champ du droit*<sup>45</sup> ».

Cependant, l'influence de ces comités d'éthique sur la législation médicale ne peut masquer les limites de l'éthique pour encadrer l'activité médicale. En effet, l'influence des AAI demeure relative et diffuse. Le professeur Jean BERNARD souligne, à cet égard, que « *le comité n'est pas responsable des conduites gouvernementales, il donne un avis que les gouvernements suivent ou ne suivent pas*<sup>46</sup> ». Ils agissent uniquement tel « *un organisme de réflexion, de confrontation, il n'est en aucun cas un organisme de décision*<sup>47</sup> ». En outre, une règle éthique ne détient aucune force obligatoire ni contraignante et n'implique donc aucune sanction extérieure, contrairement à d'autres formes de régulation de l'activité médicale<sup>48</sup>. Selon Jean-François MALHERBE, l'éthique est davantage une « *réflexion personnelle que mène un sujet [...] pour créer la réponse la plus noblement humaine à la question : "qui deviens-tu ?"*<sup>49</sup> ». La sanction attachée à l'éthique est de nature interne et n'exerce aucune contrainte matérielle sur le médecin<sup>50</sup>. Pour reprendre l'expression d'un auteur inconnu, l'éthique « *ne connaît de sanction qu'en conscience*<sup>51</sup> ». Les

<sup>45</sup> GALLOUX (J.-C.), « Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ? », in *La doctrine juridique*, Paris, P.U.F, 1993, p. 22.

<sup>46</sup> BERNARD (J.), *Éthique et recherches biomédicales*, Paris, La Documentation française, 1987, p. 32.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> BOUGHRIET (N.), *Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine : L'accès du médecin à la connaissance juridique*. Droit, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2013, p.43.

<sup>49</sup> MALHERBE (J.-F.), « De la crédibilité de l'éthique », *DDS*, 2002, vol. 2, n°1, p. 5.

<sup>50</sup> BOUGHRIET (N.), *Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine : L'accès du médecin à la connaissance juridique*, *op.cit.*, p.43 et s.

<sup>51</sup> Auteur inconnu, « Les Cahiers pédagogiques. Droit, morale et éthique », *DDS* 2002, vol. 2, n°2, p. 219, Cité par BOUGHRIET (N.), *ibid.* p.43.



avis émis par ces instances en matière d'éthique sont contraignants uniquement d'un point de vue moral. Pour le philosophe Christian SAINT-GERMAIN, le rôle des comités d'éthique serait surtout consultatif et consisterait notamment à entériner des pratiques<sup>52</sup>.

Pour les limites tenant à la déontologie médicale, il convient de noter que pendant longtemps, elle fut assimilée à une morale professionnelle. Le Code de déontologie était voué à « *faire preuve des usages suivis dans la profession*<sup>53</sup> ». Les normes déontologiques étaient des « *règles juridiques en état d'émergence, non encore assimilables à des règles de droit positif*<sup>54</sup> ». Elles sont aujourd'hui assimilées à des règles de droit positif. C'est le cas du Togo où la déontologie médicale a subi des évolutions qui lui confère une place au sein du système juridique. Le Code de déontologie médicale détient désormais une force contraignante comme l'atteste sa forme réglementaire<sup>55</sup> et son intégration dans le Code de la santé publique depuis le 15 mai 2009<sup>56</sup>. En outre, l'efficacité de la norme déontologique est supérieure à celle de la règle morale, eu égard aux sanctions disciplinaires qui peuvent être prononcées à l'encontre des praticiens. Le Conseil d'État français considère depuis 1993 que les dispositions du Code de déontologie médicale constituaient « *des principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient*<sup>57</sup> ». Quant à la Cour de cassation française, elle considère que la responsabilité civile d'un praticien peut être engagée au motif d'une méconnaissance des dispositions déontologiques médicales<sup>58</sup>. Cependant, le Code de déontologie médicale s'avère limiter dans la résolution de problèmes particuliers auxquels sont confrontés les médecins dans leur pratique quotidienne. En effet, il véhicule uniquement de grands principes déontologiques fondés sur des valeurs morales sans toujours parvenir à aider le praticien dans ses choix<sup>59</sup>. Toujours dans le même sens, Gilles DEVERS souligne, que le Code de déontologie, joue un rôle secondaire, au motif que « *ces textes se révèlent d'un maniement d'autant plus délicat qu'ils contiennent des formules très larges telles que la dignité du malade, la probité, la moralité, la conscience personnelle*<sup>60</sup> ».

<sup>52</sup> SAINT-GERMAIN (C.), *La technologie médicale hors-limite, le cas des xénogreffes*, Canada, Presses de l'Université du Québec, 2001, p. 91 et s.

<sup>53</sup> SAVATIER (J.), SAVATIER (R.), AUBY (J.-M.), PEQUIGNOT (H.) et al., *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, p. 117.

<sup>54</sup> AUBY (J.-M.), *Droit médical*, Litec, fasc. 40-2, 1997.

<sup>55</sup> Décret n° 2013-045/PR du 13 juin 2013 portant code de déontologie des médecins du Togo.

<sup>56</sup> Loi n°2009-007 du 15 mai 2009 portant code de santé publique en République togolaise.

<sup>57</sup> C.E., Ass., 2 juillet 1993, Milhaud, n°124960, Rec. p. 194 ; Concl. D. Kessler, RFDA 1993, p. 1002 ; Note C. Maugué, L. Touvet, AJDA 1993, p. 530.

<sup>58</sup> Cass. 1ère civ., 18 mars 1997, n°95-12.576, Bull. civ. 1997, I, n°99, p. 65.

<sup>59</sup> BOUGHRIET (N.), *Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine : L'accès du médecin à la connaissance juridique*, op.cit., p.44.

<sup>60</sup> DEVERS (G.), « Un code de déontologie, pour quoi faire ? », DDS, 2010, vol. 10, n°2, p. 133.



En outre, il semble intéressant de porter un regard sur l'étendue des pouvoirs du Conseil national de l'Ordre des médecins. Il dispose d'un pouvoir réglementaire lui permettant de rédiger des « clauses essentielles » qui revêtent le caractère de décisions réglementaires<sup>61</sup>. Elles peuvent donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>62</sup>. Par ailleurs, l'avis du Conseil national de l'ordre des médecins n'a aucune force coercitive puisqu'un praticien peut continuer son projet même s'il a reçu un avis défavorable<sup>63</sup>.

L'encadrement de l'activité médicale ne peut donc se satisfaire des seules règles éthiques et déontologiques. L'instauration de règles juridiques auxquelles, les praticiens ne sauraient s'affranchir semble nécessaire.

## B. L'ENCADREMENT JURIDIQUE RENFORCE DE L'ACTIVITE MEDICALE

Au regard des insuffisances constatées de l'autorégulation médicale, il apparaît donc nécessaire que l'activité médicale soit encadrée par les normes juridiques. Il convient alors de mettre en évidence les sources formelles (1) et informelles (2), du droit applicable à l'activité médicale.

### *1. Les sources formelles d'encadrement de l'activité médicale*

Le droit médical puise ses sources dans les différentes disciplines juridiques. L'encadrement juridique des pratiques médicales vise à assurer la protection de la santé. La protection des administrés est assurée par trois juges notamment les juges judiciaire, constitutionnel et administratif, eu égard au système juridictionnel des États francophones d'Afrique noire, fondé sur le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, hérité de la France<sup>64</sup>. Tout abord, la protection des droits constitutionnels passe nécessairement par des mécanismes juridictionnels. Un droit constitutionnel ne sera protégé qu'à la condition d'être justiciable, protégé par un juge qui assure son effectivité<sup>65</sup>. S'agissant de l'encadrement des pratiques médicales, le juge constitutionnel est peu sollicité dans les États francophones d'Afrique. Cela se traduit par une absence de décisions en matière de la santé. Cette situation peut être la conséquence de son mode de saisine inaccessible pour le citoyen dans bon nombre de pays car

<sup>61</sup> Sur le pouvoir réglementaire confié à l'Ordre, V. C.E., 13 mai 1987, Syndicat national professionnel des médecins du travail, *Rec.* p. 881.

<sup>62</sup> MEMETEAU (G.), *Cours de droit médical, op. cit.*, p. 151 ;

<sup>63</sup> ONM, Commentaires de l'art. 83 du CDM, « En règle générale, l'Ordre n'a aucun pouvoir d'approbation. Le contrat est valable de par la signature des parties, indépendamment des observations qu'il peut être amené à formuler et seule l'autorité judiciaire peut en prononcer l'annulation ».

<sup>64</sup> En France à la suite d'une série de textes fondamentaux, tout au long de la révolution qui vont répéter l'interdiction faite au juge d'empiéter sur le domaine de l'administration (loi des 16 –24 août 1790, loi du 16 fructidor au III), le juge va consacrer la séparation des autorités judiciaires et administratives dans l'important arrêt Blanco de 1972.

<sup>65</sup> Confère BLACHER (P.), *Droit constitutionnel*, Hachette, Paris, 2007, p. 85.



la saisine directe n'est pas reconnue<sup>66</sup>. En revanche, depuis les années 1990, le Conseil constitutionnel français s'est investi dans le développement du droit à la santé, notamment la préparation des lois dites « *bioéthique* ». Particulièrement entre 1990 et 1994, il fut ainsi saisi sept fois de lois relatives à la santé<sup>67</sup>. Dans les décisions rendues en 1994 relativement aux lois bioéthiques, le CC réaffirme la valeur constitutionnelle du principe de protection de la santé, mais qui doit être concilié avec d'autres principes de même valeur, notamment la dignité de la personne et la liberté individuelle. Ces décisions ont donc permis de mieux cerner le contenu et la signification du droit à la protection de la santé. Il indique à propos de l'assistance médicale à la procréation qu'il n'existe pas de principe à valeur constitutionnelle de « *protection du patrimoine génétique de l'humanité* », mais reconnaît le principe du « *respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Après 1995, le Conseil constitutionnel a connu de lois relatives à la santé sans pour autant censurer ces lois sur la base du Préambule de 1946<sup>68</sup>. On peut donc déduire de ces jurisprudences constitutionnelles françaises que le droit à la protection de la santé doit être concilié avec d'autres principes tels que l'inviolabilité, l'intégrité et la non-patrimonialité du corps humain. Cette conciliation permet de garantir et d'appliquer un ensemble de règles qui tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Le droit médical se nourrit aussi du droit civil qui, destiné à l'origine, à régler les questions relatives à la propriété et la transmission, a été progressivement appliqué au champ médical. Le droit médical use ainsi du droit des personnes, des biens et des obligations. Il reste à préciser que les dispositions du Code civil ne sont pas spécifiques à l'activité médicale à l'exception de quelques rares articles relatifs à la rédaction de certificats dans le cadre de la protection juridique des majeurs vulnérables<sup>69</sup>. D'autre part, le droit médical se base sur le droit des sociétés. Les modalités d'organisation d'exercice en médecine libérale trouvent ainsi leur fondement dans

<sup>66</sup> V. art.72 al.2 de la Constitution togolaise de la V<sup>ème</sup> République du 6 mai 2024.

<sup>67</sup> Décision DC n°90-287 du 16 janvier 1991 « *Santé publique et assurances sociales* » RJC p. 432 ; décision DC n°91-296 du 29 juillet 1991 « *Maîtrise des dépenses de santé* », RJC, p. 460 ; décision DC n°91-297 du 29 juillet 1991 « *Réforme hospitalière* », RJC, p. 463 ; décision DC n°92-317 du 21 janvier 1993 « *Diverses mesures d'ordre social* » RJC p. 522 ; décision DC n°93-525 du 13 août 1993 « *Maîtrise de l'immigration* » RJC p.539 ; décision DC n°93-330 du 29 décembre 1993 « *Loi de finances pour 1994* » RJC p.558 ; décision DC n°94-343 et 344 du 27 juillet 1994, « *Bioéthique* », JO du 29 juillet p. 11024, LPA p. 34, comm. JP Duprat.

<sup>68</sup> Décision DC n°94-359 du 19 janvier 1995 « *Diversité de l'habitat* » ; décision DC n°96-387 du 21 janvier 1997 « *Prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes* » R. p. 23 ; décision DC n°99-416 du 23 juillet 1999 « *CMU* » JO du 28 juillet 1999, p. 11250.

<sup>69</sup> Art. 431, 442 et 481 du C. civ.



des formes juridiques telles que les sociétés d'exercice libéral<sup>70</sup>, les sociétés civiles professionnelles<sup>71</sup> ou encore les sociétés civiles de moyens<sup>72</sup>.

Le droit pénal constitue une autre source importante du droit médical. Des faits répréhensibles pour lesquels un médecin est condamné pénalement dans le cadre de son art peuvent recevoir la qualification d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne ou d'atteinte involontaire à la vie. Aux termes de l'article 183 du NCPT, « *Tout professionnel de santé qui, dans l'exercice de ses fonctions se rend coupable d'une négligence, maladresse, imprudence ou manquement à son serment, est puni selon les cas : 1) des peines de l'homicide involontaire si son action ou omission a entraîné la mort du patient ; 2) des peines de blessures involontaires en cas d'invalidité ou d'infirmité grave du patient* ». Cependant, très peu d'articles dans l'arsenal répressif togolais sont spécifiques à l'activité médicale. Les articles 357 et s. relatifs au respect du secret professionnel et les articles 829 et s. relatifs aux sanctions en cas d'interruption volontaire de grossesse apparaissent comme de rares exceptions d'application spécifique du Code pénal togolais à l'activité médicale. Par conséquent, il ne paraît pas surprenant que des faits similaires reçoivent la même qualification en présence d'autres auteurs autre que des praticiens. S'agissant de la non-assistance à personne en péril, prévue aux articles 189 et s. du nouveau Code pénal togolais, aucune distinction n'est apportée, selon que le délit soit reproché à un médecin ou un citoyen. Dès lors, « *pour le juge professionnel comme pour l'homme de la rue, il restera toujours psychologiquement malaisé de ranger sous la même qualification pénale les crimes commis par intérêt personnel et ceux qui furent accomplis pour le service d'un intérêt collectif*<sup>73</sup> ».

Par ailleurs, le droit médical se sert également du droit de la sécurité sociale, notamment pour toutes les questions relatives à la protection sociale mais également du droit administratif qui détermine les règles d'organisation et de fonctionnement des établissements de santé. Enfin, le droit disciplinaire, représenté par la déontologie médicale, fait partie intégrante du Code de la santé publique et constitue à cet effet une branche incontournable du droit médical. En dehors des sources suscitées, le droit médical puise aussi ses sources la jurisprudence et de la doctrine.

## **2. Les sources informelles d'encadrement de l'activité médicale**

La jurisprudence et la doctrine constituent des sources informelles du droit médical.

---

<sup>70</sup> Art. 1871 et s. du C. civ.

<sup>71</sup> Art. 1845 à 1870-1 du C. civ.

<sup>72</sup> Art. 1832 et suivants du C. civ.

<sup>73</sup> VERHAEGEN (J.), « L'humainement inacceptable en droit de la justification », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 148 et s.



Rappelons avant toute chose que la jurisprudence, science du droit, fait l'objet de nombreuses définitions. Elle est définie par Julien BONNECASE comme « [...] *l'état actuel du droit, tel qu'il est reflété par l'ensemble des solutions qui, dans une matière donnée, se trouvent consacrées par les décisions des tribunaux* »<sup>74</sup>. Cependant selon Philippe JESTAZ, il semble difficile de parvenir à une définition unifiée de la notion tant ce terme peut désigner « *l'ensemble des jugements rendus* », « *la norme jurisprudentielle* » ou encore « *l'activité des tribunaux* »<sup>75</sup>. À l'origine, la jurisprudence caractérisait « *la vertu de la prudence appliquée au droit* »<sup>76</sup>. En d'autres termes, la jurisprudence désignait l'ensemble des sources du droit, dès lors qu'elles revêtaient « *la prudence du droit et la justice* »<sup>77</sup>. La parole du juge est une source primordiale du droit médical. Ainsi, des arrêts historiques ont contribué à la construction de la responsabilité médicale<sup>78</sup>. La jurisprudence est une source de droit qui interprète, crée ou inspire la règle de droit inexistante ou insuffisante. À cet égard, elle remplit plusieurs fonctions.

Dans un premier temps, la jurisprudence détient une fonction interprétative. En effet, elle comble les vides juridiques pour suivre l'évolution des mœurs ou pour ne pas laisser perdurer une situation dont la résolution est en attente. Si les lois sont exécutoires en vertu de la promulgation qui en est faite par le Président de la République, le juge dispose toutefois d'une marge de liberté. Conformément à l'article 4 du Code civil, il ne peut refuser de juger « *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* », sous peine d'être coupable de déni de justice<sup>79</sup>. Il est possible de parler d'obscurité ou d'insuffisance de la loi lorsque l'absence de définition des termes employés ou le manque de clarté des dispositions constituent une entrave à son application. Le rôle interprétatif de la jurisprudence est variable<sup>80</sup> et son impact différerait en fonction du contenu des textes en vigueur, ce qui expliquerait que la jurisprudence joue « *un rôle d'autant plus important que les textes sont lacunaires* »<sup>81</sup>.

La jurisprudence revêt aussi une fonction supplétive de la loi, créatrice de droit. Le juge est alors assimilé à un « *législateur des cas particuliers* »<sup>82</sup>, ou encore un « *colégislateur* »<sup>83</sup>. La

<sup>74</sup> BONNECASE (J.), *Introduction à l'étude du droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1939, p. 152.

<sup>75</sup> JESTAZ (P.), « Source délicate (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.*, 1993, p. 74.

<sup>76</sup> ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, V<sup>o</sup> « Jurisprudence », Paris, P.U.F., 2003.

<sup>77</sup> BOUGHRIET (N.), *Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine : L'accès du médecin à la connaissance juridique*, *op.cit.*, p.62.

<sup>78</sup> V. notamment : CAA. Lyon, 21 décembre 1990, Gomez, *Rec.* p. 498 ; Note J. Moreau, *JCP* 1991, II, 21698 ; C.E., Ass., 9 avril 1993, Bianchi, n°69336, *Rec.* p. 127 ; Concl. S. Daël, *Rec.* p. 127.

<sup>79</sup> Art. 4 du C. civ.

<sup>80</sup> MALINVAUD (P.), *Introduction à l'étude du droit*, 11<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2006, 442 p.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> RIPERT (G.) cité par AMSELEK (P.), « La teneur indécise du droit », *La Revue Juridique Thémis*, 1992, vol. 26, n°1, p. 13.

<sup>83</sup> LAMBERT (E.), *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.



place dévolue à la jurisprudence est justifiée par l'inertie d'action du législateur dans certains domaines. Ainsi, en prenant l'exemple en matière de la bioéthique, le juge français est amené à trancher des litiges relatifs à des questions sociétales, faute d'intervention du législateur. En effet, selon Jean BERNARD, la production de normes juridiques peut s'avérer difficile lorsqu'elle concerne « *le sens de l'existence*<sup>84</sup> ». La fonction créatrice de la jurisprudence trouve une seconde illustration dans le domaine de la défectuosité des produits de santé<sup>85</sup>.

L'intervention du juge, face au silence de la loi, est donc source de droit. La jurisprudence peut alors s'imposer dans la durée en l'absence de législation. L'auteur Philippe JESTAZ souligne, à ce titre, la particularité de la « *norme jurisprudentielle irréfutable*<sup>86</sup> », c'est-à-dire de la norme produite par un juge qui dispose des moyens d'une autorité absolue et dont l'énonciation est effectuée avec une précision suffisante. Il fait observer que cette norme a « *valeur de règle et s'impose comme telle à l'égal de la loi tant du moins qu'une loi proprement dite ou un revirement ne viennent pas en abroger les termes*<sup>87</sup> ».

Les principes dégagés par la jurisprudence constituent une source d'inspiration pour le législateur. À cet égard, l'on observe une complémentarité entre le législateur et le juge. La législation serait la consécration des principes dégagés dans les prétoires. La jurisprudence influence ainsi la promulgation de futures lois. Pour illustrer ces propos, notons qu'en France, en matière d'information du patient, les tribunaux ont pendant longtemps appliqué l'article 1315 du Code civil en considérant que la charge de la preuve d'un défaut d'exécution de l'obligation d'information incombait au patient<sup>88</sup>. Par un arrêt en date du 15 février 1997, la Cour de cassation renversait la charge de la preuve en considérant qu'il revenait dorénavant au professionnel de santé de prouver le respect de son obligation d'information<sup>89</sup>, et ce, par application de l'article 1315, alinéa 2 du Code civil. Ce revirement jurisprudentiel a constitué une source d'inspiration non négligeable pour le législateur puisque ce principe est désormais intégré à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002.

La doctrine pour sa part aussi constitue une source incontournable de connaissance et de diffusion du droit<sup>90</sup>. Selon Philippe JESTAZ, elle réalise cette mission à travers la description,

<sup>84</sup> BERNARD (J.), *De la biologie à l'éthique*, Paris, Buchet /Chastel, 1990, p. 4.

<sup>85</sup> BOUGHRIET (N.), *Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine : L'accès du médecin à la connaissance juridique*, *op.cit.*, p.67.

<sup>86</sup> JESTAZ (P.), « Source délicieuse (remarques en cascades sur les sources du droit) », *op. cit.*, p. 78.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> SAVATIER (R.), note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 mai 1959, D. 1959, p. 53.

<sup>89</sup> Voir PENNEAU (J.), note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 février 1997, D. 1997, somm. 319.

<sup>90</sup> GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J, 1994, p. 529.



l'explication et la coordination des normes existantes<sup>91</sup>. Par une confrontation des textes juridiques à la réalité sociale, la doctrine posséderait des vertus pédagogiques à travers les commentaires qu'elle fournit. Elle aurait aussi pour vocation de diffuser le droit mais également de le clarifier. La doctrine élève ainsi la jurisprudence en effectuant le passage des décisions particulières à un droit plus général. À cet égard, « *le rôle des auteurs est notamment primordial en matière de revirements de jurisprudence*<sup>92</sup> ». La mission d'information et de clarification de la doctrine revêt une fonction créatrice de droit. En effet, selon le Professeur Christian ATIAS, « *inévitablement décrire le droit, c'est le reconstruire et contribuer à son évolution*<sup>93</sup> ». Il en résulte que la doctrine, faute de créer l'ordre juridique, « *travaille sans relâche à son perfectionnement*<sup>94</sup> ».

La doctrine juridique constitue une source de référence par excellence pour les juges qui la consultent lors de l'interprétation d'un texte juridique dans le domaine médical. Les juges s'y réfèrent dans leur prise de décision. La question de la sanction du défaut d'information est une parfaite illustration du recours à la doctrine par le juge. Au début, la Cour de cassation française affirmait que le défaut d'information ne pouvait donner lieu qu'à l'indemnisation d'une perte de chance de refuser l'acte médical<sup>95</sup>. Sa position a évolué dans le temps grâce à la doctrine. Aujourd'hui, elle a choisi de réparer l'atteinte à un droit subjectif : le droit du patient d'être informé, qui prend appui sur le droit au respect de l'intégrité corporelle, consacré à l'article 163 du Code civil et le respect de la dignité énoncé à l'article 16 du même code<sup>96</sup>. Le CE quant à lui a décidé de réparer un préjudice autonome, le préjudice d'impréparation. Pour la Haute juridiction administrative, le défaut d'information n'a pas permis au patient de se préparer à l'éventualité des implications<sup>97</sup>.

## II. UNE DIFFICILE RECEPTION DU DROIT PAR LE CORPS MEDICAL

Le corps médical assimile le droit comme une ingérence dans la pratique médicale (A), et considère par ailleurs que les activités médicales de plus en plus sous la menace judiciaire (B).

<sup>91</sup> JESTAZ (P.), « Source délicieuse (remarques en cascades sur les sources du droit) », *op. cit.*, p. 75.

<sup>92</sup> DRAI (P.), CHARTIER (Y.), TRICOT (D.), « La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions », *Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 1994, n°20, p. 110 et 114.

<sup>93</sup> ATIAS (C.), *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F, 1985, n°19, p. 84.

<sup>94</sup> JESTAZ (P.), *Le droit*, 4<sup>ème</sup> éd. Paris, Dalloz, 2002, p. 61.

<sup>95</sup> V. GRARE (O.), « Préjudice autonome en cas de méconnaissance par le médecin de son devoir d'information : début d'une saga juridique », *RDS*, 2012, n°42, p. 346. Voir aussi Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 février 1990, n°88-14-797 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 juin 2000, n°98-23.046 ;

<sup>96</sup> Art. 16 du code civil : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

<sup>97</sup> Voir MARION (L.), MAUGÛE (C.), *La responsabilité du service public hospitalier*, 2<sup>e</sup> éd., 2019, p.82.



## A. L'ASSIMILATION DU DROIT A UNE INGERENCE

Cette ingérence se traduit par une emprise constante du droit sur la médecine (1) et au même moment par la connaissance limitée du droit médical par les professionnels (2).

### 1. Une médecine sous l'emprise constante du droit

L'emprise du droit sur la médecine altère la relation entre le patient et son médecin et, est à l'origine de l'émergence de deux théories notamment la judiciarisation et la juridicisation de la médecine. D'abord, la judiciarisation doit être entendue comme une « *propension à privilégier le recours aux tribunaux pour trancher des litiges qui pourraient être réglés par d'autres voies (médiation, accord amiable)* » et une « *intervention croissante des juges dans le contrôle de la régularité des actes de certaines autorités (élus, administrateurs, chefs d'entreprise, etc.)*<sup>98</sup> ». Selon les auteurs Laurence ENGEL et Antoine GARAPON, ce phénomène général serait né de « *l'évolution majeure des sociétés démocratiques qui propulsent le droit et la justice en leur centre*<sup>99</sup> ». Appliquée à la médecine, la judiciarisation signifie que les praticiens sont poursuivis de manière croissante devant les tribunaux.

En dehors des demandes légitimes de réparation des patients, la judiciarisation revêt surtout un caractère péjoratif lorsqu'elle traduit « *un recours abusif des malades aux tribunaux*<sup>100</sup> ». Il en résulte que le corps médical entrevoit le procès comme une épée de DAMOCLES pesant sur sa tête. Cette situation se traduit par une peur, une pression médico-légale au quotidien, que les praticiens associent dans leur discours au thème récurrent de la perte de confiance dans le médecin, de sa désacralisation<sup>101</sup>. De même, « *les médecins acceptent cette lourde charge et en supportent les conséquences lorsqu'une faute leur est imputable. Mais ils ne peuvent endosser des responsabilités excessives qui reviennent à d'autres intervenants ou à l'ensemble de la société, suivant des principes fondamentaux de solidarité et d'assistance*<sup>102</sup> ». Les évolutions jurisprudentielles en matière de la présomption de faute ou de la perte de chance alimentent, sans nul doute, ce discours sur l'engagement abusif de la responsabilité des professionnels de santé. Cependant, la réalité d'une judiciarisation de la médecine reste à apprécier<sup>103</sup>. Si la

<sup>98</sup> Dictionnaire Larousse, V° « Judiciarisation », 2012.

<sup>99</sup> ENGEL (L.), GARAPON (A.), « La montée en puissance de la justice, disqualification ou requalification du politique ? », *Esprit*, août-septembre 1997, p. 167.

<sup>100</sup> PELLISSIER-FALL (A.), « Les médecins hospitaliers et la judiciarisation de la médecine », *RGDM*, 2010, numéro spécial, p. 153.

<sup>101</sup> JACQUES (B.), *Sociologie de l'accouchement*, Paris, P.U.F, 2007, 208 p.

<sup>102</sup> JAUNAIT (A.), *Comment pense l'institution médicale ? Une analyse des codes français de déontologie médicale*, Paris, Dalloz, 2005, p. 327. L'auteure citait le Communiqué du CNOM du 23 novembre 2000

<sup>103</sup> Voir dans ce sens, ROUSSET (G.), « Judiciarisation et juridicisation de la santé : entre mythe et réalité », *Carnets de bord*, 2009, n°16, p. 24. ; HELMLINGER (L.), MARTIN (D.), « La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité », *Les Tribunes de la santé*, 2004, vol. 4, n°5, p. 39 et s.



théorie d'une judiciarisation de la médecine reste à démontrer, la crainte d'un procès médical participe incontestablement à l'émergence d'une médecine dite « défensive ». Ainsi, « *la judiciarisation de la médecine et sa médiatisation, au lieu d'aboutir à une meilleure protection du patient, risquent de se retourner contre lui en proposant des pratiques coûteuses, iatrogènes et en faisant fuir les médecins des disciplines dites à risques* <sup>104</sup> ».

Le principe de responsabilité du médecin ne suffit pas à lui seul à définir la place croissante du droit dans l'activité médicale. Un autre phénomène du nom de juridicisation, définie par la doctrine comme « *une formalisation et une extension des règles écrites inscrites dans l'ordre juridique constituant des références disponibles, pratiques et utilisées pour les actions et interactions en vigueur* <sup>105</sup> », est également à l'œuvre. La prolifération de règles juridiques atteste de la place croissante du droit dans le champ médical. Si l'encadrement juridique de l'activité médicale s'avère nécessaire pour imposer des limites, le foisonnement de règles juridiques auxquelles les praticiens de santé doivent se soumettre suscite des interrogations voire des contestations dans le monde médical. Le professeur Bernard GUIRAUD-CHAUMEIL a su bien traduire les préoccupations des médecins en ces termes : « *pouvez-vous accepter que nous ayons besoin de protection dans chacun de nos actes, que les décrets, les arrêtés, les circulaires décident pour nous. La médecine est souvent incertaine et le doute intervient dans chacune de nos décisions. N'oublions pas aussi, s'il nous reste un peu d'humour, que les arrêtés sont faits pour que rien ne bouge, et que les circulaires tendent à ce que tout tourne en rond* <sup>106</sup> ».

Ainsi, le paternalisme médical a laissé place à une « *procéduralisation* » de la médecine qui se traduit par un nombre croissant de procédures à respecter à l'occasion de soins médicaux <sup>107</sup>. À titre d'illustration, l'obligation d'information du patient répondrait à une certaine exigence formelle qui, selon Daniel SAADOUN, « *soumet davantage encore la médecine à une règle procédurale, qui place la médiation symbolique du médecin non plus au sein de l'acte, mais dans le droit* <sup>108</sup> ». Au Togo, la reconnaissance de droits individuels et collectifs aux usagers, à travers la loi n°2009-007 du 15 mai 2009 portant code de la santé publique en République Togolaise, a conduit au renforcement des devoirs qui incombent aux praticiens. Dès lors,

<sup>104</sup> LANSAC (J.), SABOURAUD (M.), « Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale », *Sève*, 2004, p. 47 et s.

<sup>105</sup> PELISSE (J.), « Juridicisation n'est pas judiciarisation : usages et réappropriations du droit dans la conflictualité au travail », *Colloque AFSP*, 2007, p. 10.

<sup>106</sup> GUIRAUD-CHAUMEIL (B.), *La confiance et le respect retrouvés. Le renouveau médical, Discours aux chirurgiens*, Paris, 9 décembre 2004, p.5.

<sup>107</sup> LAUDE (A.), « Les obligations de "procédure" à l'occasion des soins », *RGDM*, 2003, n°11, p. 41 et suiv. Voir le même auteur LAUDE (A.), « Les médecins et les malades face au droit », *RFAP*, 2005, vol. 1, n°113, p. 114.

<sup>108</sup> SAADOUN (D.) cité par GIRAULT (V.), « La médecine dans les mains des patients et des juges », *Press. Med.*, 2004, vol. 33, n°8, p. 554.



l'encadrement juridique prégnant de l'activité médicale pose la question de la conciliation entre, d'une part, l'autonomie du médecin et, la « *procéduralisation* » du colloque singulier<sup>109</sup> en vue de protéger le patient.

Aujourd'hui, le droit est un instrument d'organisation de l'activité médicale. Il est également le cadre du contrôle et de la sanction des activités de soins<sup>110</sup>. Ce contrôle s'est progressivement extirpé de la censure corporatiste pour prendre une dimension publique et ordinaire dans l'enceinte des juridictions. Le monde médical s'est ainsi progressivement trouvé convoqué dans les prétoires<sup>111</sup>. L'irruption du droit dans l'activité médicale est perçue, par les professionnels de santé, comme une ingérence. Selon Nathalie ALBERT, « *à trop vouloir encadrer l'entre-deux qui s'instaure entre le malade et son médecin, le risque est en effet d'altérer le climat de confiance qui doit l'imprégner et d'alimenter une suspicion dans laquelle nul n'a rien à gagner* »<sup>112</sup>. En effet, la norme juridique est envisagée par le corps médical que sous son angle de coercition. Elle apparaît, dans l'imaginaire social surtout médical, uniquement comme « *un ensemble de normes articulant des obligations, et même plus précisément des obligations assorties de sanctions* »<sup>113</sup>.

L'ordre juridique est réduit à son angle répressif, « *comme si tout le droit était constitué sur le modèle du droit pénal* »<sup>114</sup>. Cette technique de direction des conduites médicales apparaît rigide et laisse peu de marge de manœuvre aux praticiens. La juridicisation de la médecine est vue par la plupart des praticiens comme un élément inhibiteur de l'activité médicale. Elle placerait le médecin dans une insécurité juridique, réduirait sa part d'initiative et mettrait en danger les principes fondamentaux de l'exercice médical, tels que de la liberté de prescription, de traitement et d'installation. Cette peur du juge est aussi le fruit d'une méconnaissance du droit.

## 2. Une connaissance limitée du droit médical

La médecine et le droit entretiennent des relations dans beaucoup de domaines. Cette relation particulière a été mise en exergue par Jean CLAVREUL en ses termes : « *la médecine instaure un*

---

<sup>109</sup> HARDY (A-C.), « 1. Du colloque singulier à l'éthique médicale », *Travailler à guérir. Sociologie de l'objet du travail médical*, sous la direction de Hardy Anne-Chantal. Presses de l'EHESP, 2013, pp. 23-45. Selon l'auteur, le colloque singulier est, la relation bilatérale et protégée, en confiance, du médecin et de son patient. Selon une expression fréquemment prêtée à Hippocrate, c'est « *la rencontre d'une confiance et d'une conscience* ». Cette notion est essentielle dans la pratique hippocratique qui voit le médecin et le patient comme des alliés dans l'observation, le pronostic et éventuellement le traitement de la maladie perçue comme une crise dans la vie du patient.

<sup>110</sup> CASSUTO (Th.), « Médecine et droit : une relation improbable ? », *op cit.*, pp. 19-62.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> ALBERT (N.), « Obligation d'information médicale et responsabilité », *RFDA*, 2003, n°2, p. 361.

<sup>113</sup> AMSELEK (P.), « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 6.

<sup>114</sup> *Ibid.*



*ordre, qui, à bien des égards, est un ordre juridique*<sup>115</sup>». Ainsi, le droit et la médecine se rencontrent dans diverses circonstances. C'est le cas lors d'une mission d'expertise. Dans ce cadre, le médecin devient un auxiliaire de justice<sup>116</sup>. De même, la médecine légale soulève, selon les termes du Doyen SAVATIER, des « *problèmes de médecine au regard du droit* »<sup>117</sup>. Enfin, le droit médical qui constitue « *un ensemble de règles juridiques applicables aux actions de santé* »<sup>118</sup> traduit la rencontre entre droit et médecine. C'est incontestable, l'intrusion du droit dans les activités médicales est réelle et ne cesse de s'accroître. Cependant, et de manière paradoxale, les praticiens africains ont des connaissances limitées des règles juridiques en lien avec la médecine et de leur profession et de leur environnement de travail.

Il s'avère que la connaissance juridique du médecin, n'est pas toujours acquise. En effet, au-delà de connaître l'existence d'un texte juridique, le médecin n'en connaît pas nécessairement le contenu. Or, il pèse sur tous les praticiens de santé, comme sur tout citoyen, une présomption de connaissance de la loi selon le célèbre adage « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Par conséquent, dans le cadre d'un litige, le médecin ne peut invoquer son ignorance de la loi pour s'exonérer de sa responsabilité médicale. De la même manière, les informations erronées d'une organisation professionnelle ou syndicale qui ont guidé l'action du praticien ne peuvent valoir une cause exonératoire, même s'il démontre sa volonté d'être informé sur la réglementation en vigueur<sup>119</sup>. Enfin, le médecin qui ignore le droit ne peut pas, comme le souligne si bien Gilles DEVERS, « *objecter le caractère succinct de l'apprentissage juridique dispensé au cours des études médicales et celui embryonnaire, apporté par la formation continue* »<sup>120</sup>. Si les connaissances juridiques du praticien sont limitées, cela tient aussi du fait que le droit, qui est une partie consubstantielle de la pratique médicale, ne représente malheureusement qu'une portion congrue de la formation initiale et/ou continue du praticien. Les études médicales et paramédicales sont essentiellement techniques et pauvres en enseignements juridiques. Et c'est à juste titre que le Professeur Louis ROCHE interpellait les acteurs de la formation médicale en ses termes : « *tout médecin doit avoir des connaissances en droit médical et médecine légale*

<sup>115</sup> CLAVREUL (J.), *L'Ordre médical*, Paris, Le Seuil, 1978, 282 p.

<sup>116</sup> BARBOT (J.), RABEHARISOA (V.). « Médecine et Justice », *Sciences sociales et santé*, vol. 36, n° 4, 2018, pp. 5-14.

<sup>117</sup> SAVATIER (R.), AUBY (J.-M.), SAVATIER (J.), PEQUIGNOT (H.), *Traité de droit médical*, avant-propos, Paris, Librairies techniques, 1956.

<sup>118</sup> AUBY (J.-M.), *Le droit de la santé*, Paris, P.U.F, 1981, p. 13.

<sup>119</sup> DEVERS (G.), « Le procès disciplinaire ordinal », *DDS*, 2006, vol. 6, n°3, p. 325. Selon l'auteur, « *le médecin peut alors être tenté de se référer à l'interprétation donnée par une organisation professionnelle ou syndicale. Ce souci d'information témoigne d'une forme d'attention, mais ne peut valoir cause exonératoire* ».

<sup>120</sup> DEVERS (G.), « Le procès disciplinaire ordinal », *op. cit.*



*nécessaires à l'exercice de la profession, qu'elle se fasse dans un cadre libéral ou hospitalier<sup>121</sup>».*

D'autre part, la présomption de connaissance du droit revêt un caractère fictif, eu égard, à une inflation normative galopante, « [...] posée aujourd'hui à la fois comme une évidence et comme un constat difficilement discutable<sup>122</sup> ». Dans le domaine de la santé, le Professeur Jean-Marc SAUVE met en évidence cette hypertrophie normative constatée en France tout comme en Afrique francophone en prenant l'exemple du Code de santé publique. En effet, il fait observer que : « le premier code de la santé, en 1953, comportait 792 articles. On en dénombrait, au 1<sup>er</sup> juillet 2007, 9672, soit une multiplication de son volume par un facteur douze en un demi-siècle<sup>123</sup> ». Face à cette réglementation mouvante applicable à l'activité médicale, il semble illusoire de prétendre à une connaissance exhaustive du droit en vigueur et ce, en dépit de la « communicabilité de la règle de droit » qui résulte de la promulgation<sup>124</sup> et de la publication<sup>125</sup>. Outre les hypothèses d'une formation juridique déficitaire et d'une hypertrophie normative, la connaissance limitée en droit du médecin s'explique aussi par la méconnaissance du « langage juridique ». À ce propos, François TERRE faisait observer que « le droit est, à sa manière, un langage. Et comme tout langage, sa fonction première est d'assurer la communication de la connaissance juridique<sup>126</sup> ». De même, le Professeur Gérard CORNU affirmait qu'« il y a un langage du droit parce que le droit donne un sens particulier à certains termes <sup>127</sup> ». Mais ce langage n'est pas accessible à tout le monde. Or, pour le Professeur Gérard CORNU le langage juridique a « vocation à régner non seulement sur les échanges entre initiés, mais dans la communication du droit à tous ceux qui en sont les sujets. En ce sens, on peut dire que le langage du droit est un langage public, social, un langage civique <sup>128</sup> ». Mais pour l'auteur, « la communication du droit se heurte à un écran linguistique<sup>129</sup> ».

<sup>121</sup> ROCHE (L.), « Organisation de la médecine légale en France, son intégration hospitalière-introduction », *Journal de médecine légale-Droit médical*, 1984, n°4, p. 415.

<sup>122</sup> VANNEUVILLE (R.), « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlements. Revue d'histoire politique*, 2009, vol. 1, n°1, p. 82. V. dans le même sens, LATOUR (B.), *La Science en action*, Paris, Gallimard, 1995, 663 p.

<sup>123</sup> SAUVE (J.-M.), « Les évolutions du Code de la santé publique », in *Le Code de la santé publique, un demi-siècle après sa légalisation*, Paris, Éditions de santé Presses de Sciences Po, 2008, p. 7.

<sup>124</sup> DEUMIER (P.), « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA*, 2000, n°46, p. 6.

<sup>125</sup> SOUVIGNET (X.), « L'accès au droit, principe du droit, principe de droit », *Juridictoria*, 2008, n°1, p. 33.

<sup>126</sup> TERRE (F.), « Libres propos », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, 2010, n°34, p. 2.

<sup>127</sup> CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 20 ; Voir aussi MEILLET (A.), *Linguistique historique et linguistique générale*, Paris, Champion, 1982, p. 245.

<sup>128</sup> CORNU (G.), *Linguistique juridique*, op. cit., p. 177.

<sup>129</sup> *Ibid.* p.12.



Le « *caractère ésotérique voire impénétrable*<sup>130</sup> » du droit fait aussi l'objet de dénonciations, au regard des objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité du droit<sup>131</sup>. Le Professeur Jean-Claude GEMAR souligne, à ce titre, que « *depuis toujours, la manière de rédiger les lois et les autres textes porteurs de règles juridiques ne cesse de préoccuper le monde des juristes, praticiens et théoriciens confondus*<sup>132</sup> ».

Pour favoriser un accès équitable au droit, les pouvoirs publics français se sont emparés du problème par une volonté de simplification du droit<sup>133</sup> à travers la création d'une Commission de terminologie et de néologie en matière juridique, qui vise à simplifier le langage juridique<sup>134</sup>. Toujours dans le souci de rendre le droit accessible à tout citoyen, apparaissent en Afrique francophone des instruments pédagogiques d'accès au droit comme l'œuvre de codification, l'obligation de motivation des décisions de justice, et la pratique des *obiter dicta*<sup>135</sup>.

Face à un encadrement juridique de plus en plus prégnant, il semble nécessaire que le médecin appréhende le droit médical pour connaître ses obligations et, les droits des patients qu'il soigne. Sans cette connaissance, il est à craindre une augmentation vertigineuse du risque judiciaire ou, au contraire, une inertie de l'action médicale. Par conséquent, la connaissance du droit apporte une sécurité juridique aux professionnels de santé qui seront en mesure de déterminer leur champ d'intervention ainsi que leurs limites d'action. À défaut de cette connaissance, la pratique sera sous une menace constante de la justice.

## B. LA PRATIQUE MEDICALE SOUS MENACE JUDICIAIRE

La prolifération des scandales dans le domaine de la santé un peu partout sur le continent met une pression sans précédent sur les professionnels de santé. Le risque de se voir répondre de ses actes est de plus en plus réel (1) d'où le recours à la pratique de la médecine défensive (2).

<sup>130</sup> PEANO (D.), « Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives », *AJDA*, 2011, p. 612.

<sup>131</sup> Voir la décision du Conseil Constitutionnel français en date du 16 décembre 1999, sur Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, n°99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. C.C., p. 136, JO du 22 décembre 1999, p. 19041.

<sup>132</sup> GEMAR (J.-C.), « De la traduction (juridique) à la Jurislinguistique. Fonctions proactives du traductologue », *Meta : journal des traducteurs*, 2005, vol. 50, n°4, p. 2.

<sup>133</sup> Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO n°0110 du 13 mai 2009, p. 7920.

<sup>134</sup> Décret n°96-602 du 3 juillet 1996 relatif à l'enrichissement de la langue française, JO n°155 du 5 juillet 1996, p. 10169.

<sup>135</sup> Si l'on revient à l'étymologie, cette locution latine, "soit dit en passant", désigne, dans un jugement, "une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution du litige en cause exige de trancher. V. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, P.U.F., 2000, coll. Quadrige n° 309.



### 1. La profusion de scandales sanitaires

En Afrique de l'Ouest francophone, nombreux sont les scandales médicaux pour lesquels les praticiens ont été mis en cause ou condamnés. Ces scandales concourent à faire naître dans la sphère médicale le sentiment d'une judiciarisation de leur pratique. Selon les auteurs Laurence HELMLINGER et Dominique MARTIN, « *les médecins, confrontés au quotidien, à une exigence croissante de transparence et de résultat de la part de leurs patients, subissant effectivement une procédure de réclamation qu'ils n'avaient, pour beaucoup d'entre eux, jamais connue auparavant, s'identifient spontanément à leurs rares confrères "traînés" devant les tribunaux et fortement mis en scène par les médias, alors même que le risque statistique qu'ils soient eux-mêmes confrontés à une telle situation est encore fondamentalement marginal* »<sup>136</sup>. La pratique médicale est jonchée de scandales sanitaires. À ce propos, le cas sénégalais est édifiant.

Au Sénégal, rien qu'en 2022 plusieurs scandales ont choqué l'opinion. En effet, onze bébés ont trouvé la mort dans un incendie survenu au service de néonatalogie de l'hôpital public de Tivaouane. Avant ce drame, quatre nouveau-nés avaient déjà péri le 25 avril 2021 dans un incendie à Linguère, dans le Nord du pays. Cet incendie est dû à un dysfonctionnement électrique d'une unité de climatisation dans la maternité, où se trouvaient six bébés. Une autre affaire dans un hôpital public a fait scandale récemment à Kaolack où, un nourrisson déclaré mort le 8 mai par une infirmière puis déposé à la morgue a été retrouvé vivant par son père quelques minutes après, avant de finalement décéder dans la journée. Le parquet a requis une peine de six mois ferme contre l'infirmière lors du procès. Début avril de la même année, un autre drame survenu dans un autre hôpital public avait déjà bouleversé le Sénégal. Il s'agissait du cas de la dame Astou SOKHNA, une femme d'une trentaine d'années enceinte de neuf mois, était morte le 1<sup>er</sup> avril à l'hôpital public de Louga après avoir attendu dans de très grandes souffrances pendant une vingtaine d'heures la césarienne qu'elle réclamait. Le personnel aurait argué que son opération n'était pas prévue et aurait menacé de la chasser si elle insistait. Trois sages-femmes qui étaient de garde la nuit du drame ont été condamnées le 11 mai à six mois de prison avec sursis pour « *non-assistance à personne en danger* » par le TGI de Louga. Trois autres sages-femmes, de garde pendant la journée, ont été relaxées, selon un avocat de la défense<sup>137</sup>.

<sup>136</sup> HELMLINGER (L.), MARTIN (D.), « La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité », *Les Tribunes de la santé*, 2004, vol. 4, n°5, p. 45.

<sup>137</sup> Ces informations sont disponibles sur <https://www.letemps.ch/monde/nouveau-drame-un-hopital-Sénégal-onze-bébés-tues-un-incendie>. Consulté le 22 novembre 2022.



Ces drames sont malheureusement fréquents dans tous les pays de la sous-région. Face, à tel scandale, la population réclame de plus en plus de réponses et demande que les responsabilités soient situées. Ainsi, des procès sont intentés à l'encontre des établissements de soins et/ou des professionnels de santé. Ainsi, « *quelques procès retentissants ont donc pu donner aux médecins l'impression que leur activité était devenue "à risque de procès", générant un sentiment d'insécurité [...]* »<sup>138</sup>. L'intrusion de plus en plus de la justice dans les pratiques médicales en Afrique francophone peut avoir des répercussions sur la relation de soin. Certes, la médecine est peu impactée par les litiges hospitaliers comme en témoigne la faiblesse des contentieux hospitaliers. Cependant, les praticiens et les établissements de santé commencent par rendre compte de leurs activités devant les tribunaux. Les patients et/ou leurs familles n'hésitent plus à recourir aux juges afin que leurs droits soient protégés. Une situation inédite en Afrique puisque la médecine était sacralisée et les médecins jouissaient d'une impunité quasi-totale. Avec la consécration des droits des patients, les professionnels de santé sont amenés à rendre des comptes sur le choix erroné d'un traitement, ou d'un diagnostic, le non-respect des droits des malades pour ne citer que ces cas. Les patients regimbent de plus en plus et saisissent la justice en cas de faute médicale ou hospitalière.

Le choc est rude pour la profession médicale qui, a pendant longtemps bénéficié d'une forme d'impunité, ou de solides protections. Dans un passé récent, bon nombre de ces affaires seraient étouffées, ou encore les patients auraient évoqué la fatalité, mais aujourd'hui, le paradigme a changé. En effet, lorsqu'une erreur médicale se produit, le patient n'accepte plus facilement de prendre en charge le risque. L'acceptation, hier de la fatalité, est supplantée aujourd'hui par le souci de trouver un responsable à son malheur<sup>139</sup>.

Les corporations médicale et paramédicale doivent réaliser qu'après avoir superbement ignoré l'environnement dans lequel elles évoluaient<sup>140</sup> sans être inquiétées, elles doivent désormais rendre des comptes. Le plus difficile sera de convaincre tous les privilégiés qui accaparent les ressources de l'activité professionnelle, de se conformer à des normes de travail respectant la sécurité des soignants, mais aussi et surtout les droits des patients. Les praticiens doivent à la fois améliorer l'information des patients, et rétablir la relation de confiance entre les praticiens et les patients. Les établissements, pour leur part, doivent mettre les patients et les praticiens

---

<sup>138</sup> PELLISSIER-FALL (A.), « Les médecins hospitaliers et la judiciarisation de la médecine », *RGDM*, 2010, numéro spécial, p.158.

<sup>139</sup> MARTIN (E.), « Précis de déontologie et de médecine professionnelle », *Masson*, 1923, p. 88 et s.

<sup>140</sup> Les professionnels de santé exercent leur métier dans un environnement juridique. Voir Préface de DEVERS (G.), *Guide pratique de droit infirmier*, *op.cit.*



dans un environnement propice à la réalisation d'une médecine de qualité et mettre en place les mécanismes d'indemnisation appropriés en cas de préjudices.

Mais pour l'heure, face à la montée des poursuites judiciaires et le changement de mentalités des patients, les soignants ont adopté la médecine défensive comme arme d'autoprotection.

## ***2. La médecine défensive, une arme d'auto protection des praticiens***

La médecine défensive est une médecine de l'évitement dans laquelle la préoccupation majeure des médecins consiste davantage à se prémunir contre le risque judiciaire qu'à dispenser des soins appropriés et de qualité à leurs malades<sup>141</sup>. Elle est aussi une médecine coûteuse car elle conduit les praticiens à prescrire des examens complémentaires le plus souvent inutiles, mais destinés, en cas de problème, à prouver aux juges qu'ils n'ont pas été négligents<sup>142</sup>. Elle est également une médecine de moins bonne qualité puisque certains médecins renonceraient volontiers aux opérations les plus innovantes, qui paradoxalement sont aussi souvent les plus risquées, ou encore se débarrassaient des patients qu'ils supposent les plus enclins à recourir à la justice<sup>143</sup>.

La médecine défensive est caractérisée par la fin du rapport de confiance entre le praticien et son patient jusqu'alors considéré comme le fondement absolu de la médecine<sup>144</sup>. Ce colloque ne serait d'ailleurs plus si singulier puisque, derrière chaque malade, se cacherait désormais la figure du juge. En pareilles circonstances, la question de l'information donnée au malade dans les pratiques de la « *médecine défensive* » occuperait une place de choix. Cette information ne serait plus administrée par les praticiens en toute âme et conscience à un patient donné. Mais elle répondrait surtout à des contraintes externes et s'imposerait aux praticiens avec d'autant plus de force qu'elle revêt le statut de preuve devant le juge. La médecine défensive est une notion finalement assez fourre-tout, dans laquelle se mélange l'effet de plusieurs peurs du praticien notamment la peur de la justice, de la norme sociale, de son image, de ses doutes, du patient, de mal faire. Lorsque le médecin cherche plus à se protéger qu'à protéger son patient, il pratique une médecine dite défensive. La peur du procès, ou tout simplement des reproches conduit le médecin le plus souvent à multiplier les examens et les traitements inutiles. Cette dérive née aux USA, implantée en Europe, menace désormais l'Afrique.

---

<sup>141</sup> BARBOT (J.), FILLION (E.), « La « médecine défensive » : critique d'un concept à succès », *Sciences sociales et santé*, vol. 24, no. 2, 2006, p. 8.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> RITCHEY (F.), « Physician's perceptions of the suit-prone patient », *Human Organization*, 1979, p.160 et s.

<sup>144</sup> BARBOT (J.), FILLION (E.), « La « médecine défensive » : critique d'un concept à succès », *op.cit.*, p.8.



La menace judiciaire inquiète les praticiens. La médecine n'est pas une science exacte. Elle tributaire de beaucoup d'éléments. En face d'un patient qui présente de symptômes inhabituels, la bonne médecine consiste à prescrire des examens nécessaires, ou à rassurer le patient dans le cas contraire. Le médecin absorbe alors l'inquiétude du patient, inquiétude qui devient chez lui la peur de s'être trompé, d'avoir rassuré le malade à tort, tandis que le patient quitte la structure de soin le cœur léger. Ainsi, tout l'art médical consiste à gérer l'équilibre précaire entre la prescription abusive d'examens et le risque de passer à côté d'une maladie grave. En dehors de cette inquiétude que nous pouvons qualifier de naturelle chez les praticiens, la médecine défensive va plus loin, car elle intègre la peur du procès<sup>145</sup>. C'est une médecine aux risques multiples. En effet, la quotidienne écoute de la plainte du sujet implique le médecin dans la protection de la personne. Du fait de la menace d'un procès, l'erreur médicale n'est plus permise. Sous couvert de prudence, la recherche et la pratique médicale risquent de se voir freinées par la crainte anticipatrice de procédures judiciaires<sup>146</sup>.

Sur un autre plan, des préoccupations indemnitaires peuvent découler des conséquences néfastes. La relation de confiance entre malades et les professionnels de santé se détériorent, entraînant la multiplication des contentieux<sup>147</sup>. Les investigations multipliées par certains praticiens dans l'unique but de se prémunir contre les procès pourraient à terme constituer un parapluie aussi inutile que coûteux. Aussi, certaines disciplines de la médecine comportant un très haut niveau de responsabilité comme l'anesthésie, la chirurgie, la gynécologie-obstétrique, et à un degré moindre la radiologie du fait de la radiologie interventionnelle et de l'échographie obstétricale etc., vont connaître la désaffection des jeunes médecins.

## CONCLUSION

Selon Philippe JESTAZ, « *le droit est une création continue. Il vient de partout et pas seulement des organes officiellement chargés de le produire* <sup>148</sup> ». La reconnaissance de droits subjectifs aux patients induit deux conséquences : d'abord le titulaire de ces droits peut les opposer à des tiers, en l'espèce, des médecins et, ensuite, il peut les invoquer en justice pour les faire reconnaître ou respecter. Selon Dominique THOUVENIN, « *le droit subjectif se caractérise par la possibilité reconnue à son titulaire de le revendiquer contre quelqu'un qui, quant à lui,*

---

<sup>145</sup> *Ibid.*, op. cit., p.9.

<sup>146</sup> BARBOT (J.), « Aux frontières de l'irresponsabilité médicale. Les médecins en procès au début du XIX<sup>e</sup> siècle », *Sciences sociales et santé*, vol. 36, no. 4, 2018, p75 et s.

<sup>147</sup> BANI (W.) et al., « Médecine défensive au pays du jasmin : une révolution des pratiques ? », *La Revue de la Médecine interne*, Vol 38, Supplément 1, juin 2017, p. A200.

<sup>148</sup> JESTAZ (P.), *Le droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 61.



*supporte une obligation [...] <sup>149</sup>*». La consécration des droits subjectifs au profit des patients a des conséquences non négligeables pour les professionnels de santé. Le patient serait le titulaire d'une créance c'est-à-dire d'un « *droit personnel, en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation <sup>150</sup>* ». Si l'objectif premier de la démocratie sanitaire est de parvenir à une relation égalitaire entre le praticien et le patient, il n'en demeure pas moins que cette relation persiste à être asymétrique du seul fait que les obligations ne soient pas égalitairement distribuées entre les parties. À ce propos, le professeur Anne LAUDE observait à juste titre, que « *dans une certaine mesure la loi a donc compensé une asymétrie qui mettait tout le pouvoir du côté du médecin par une asymétrie qui met du pouvoir et notamment juridique du côté du patient <sup>151</sup>* ».

Par ailleurs, l'encadrement juridique des pratiques médicales doit être analysé par les professionnels de santé comme un moyen de repenser la relation de soin et l'organisation des soins dans nos structures de soins. Dans ce cas, les droits subjectifs et collectifs des patients doivent aussi être envisagées comme des marqueurs d'une pratique médicale normale, des critères d'appréciation de la qualité des soins. Malgré la dépendance et la précarité dans lesquelles le place la maladie, le patient demeure un sujet autonome dont la protection de ses droits est cruciale pour une relation saine, équitable, et démocratique.

---

<sup>149</sup> THOUVENIN (D.), « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *op. cit.*, p.81.

<sup>150</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2007,

<sup>151</sup> LAUDE (A.), « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *op. cit.*, p. 1154.