
COUR SUPREME

**AUDIENCE SOLENNELLE
DE RENTREE DES COURS ET TRIBUNAUX**

VENDREDI 23 JANVIER 2009

-----00-00-00-00-00-00-00-----

**THEME :
La responsabilité médicale
au Sénégal**

ALLOCUTION

DE MONSIEUR ABDOULAYE GAYE

PROCUREUR GENERAL

PRES LA COUR SUPREME

ANNÉE JUDICIAIRE 2008-2009

Monsieur le Président de la République,

Président du Conseil Supérieur de la Magistrature,

L'histoire ne manquera certainement pas de retenir, que la cérémonie de rentrée des cours et tribunaux de cette année judiciaire 2009, se présente sous le signe d'un renouveau dont vous avez été le principal acteur puisque c'est sur votre initiative qu'après l'évaluation du fonctionnement de nos juridictions suprêmes, issues de la réforme judiciaire de 1992, la Cour suprême a été réinstituée, en lieu et place du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Ce renouveau vient de connaître il y'a quelques semaines en la forme la plus solennelle sa concrétisation, avec l'installation officielle de la Cour suprême à laquelle vous avez procédé personnellement. Cette démarche novatrice s'inscrit dans la continuité, s'agissant du cérémonial de la présente audience solennelle, puisque mes collègues et moi-même avons l'honneur et la joie de vous accueillir ce matin, comme les années précédentes, pour vous voir la présider. La régularité avec laquelle vous sacrifiez à cette tradition est à la mesure de tout l'intérêt que le garant du fonctionnement normal des Institutions républicaines que vous êtes, accorde à notre système judiciaire.

Monsieur le Président du Sénat,

Monsieur le Président de l'Assemblée nationale,

Le renouveau avait déjà, avant de se manifester au niveau de notre organisation judiciaire, réinsufflé le bicaméralisme dans l'organisation du pouvoir législatif. Le fait que cette option organique du Parlement ait déjà été expérimentée dans notre pays, me paraît être de bon augure quant aux espoirs de succès suscités par cette nouvelle aventure humaine. Votre cordiale disponibilité à l'égard de la famille judiciaire, se manifeste notamment par vos réponses toujours positives, à son invitation à assister à l'audience de la rentrée judiciaire.

Monsieur le Premier Ministre,

Au bout d'environ un an et demi d'exercice de vos délicates fonctions, j'ai le sentiment que les appréciations élogieuses inspirées à l'époque par votre promotion, loin d'être démenties par votre pratique gouvernementale, les a plutôt confortées. C'est dire que selon toute apparence vous êtes au diapason du Chef de l'Etat, relativement aux grandes ambitions qu'il nourrit pour l'Institution judiciaire.

Madame le Président du Conseil constitutionnel,

Les importantes avancées démocratiques réalisées par notre pays depuis quelques années, ont démontré combien l’Institution que vous dirigez a pu en imposer par son expertise et son efficacité illustrant par sa pratique, sa stature d’organe de régulation du fonctionnement harmonieux de nos Institutions politiques. C’est pourquoi les éminents juges qui l’animent devraient à mon humble avis être cités en exemple, à l’adresse des générations montantes de la magistrature judiciaire.

Monsieur le Ministre d’Etat,

Garde des Sceaux, Ministre de la Justice,

Vice Président du Conseil Supérieur de la Magistrature,

Le Président de la République vous a investi il y’a quelques mois de la mission de diriger le département de la Justice. Vos attributions gouvernementales sont assurément redoutables puisque la Justice dont vous êtes un auxiliaire en tant qu’avocat, devra désormais pouvoir compter pour ses besoins infrastructurels et fonctionnels, sur votre capacité à concrétiser sous l’impulsion de Monsieur le Premier Ministre, les ambitions présidentielles pour la justice. Le dynamisme, la capacité d’écoute et le pragmatisme qui vous sont reconnus comme professionnel du Barreau, constituent à mes yeux un viatique qui devrait vous garantir le succès.

Madame, Messieurs les Ministres d’Etat,

Mesdames, Messieurs les Ministres,

Mesdames, Messieurs les Sénateurs,

Mesdames, Messieurs les députés,

Monsieur le Président de la Cour des comptes,

Mesdames, Messieurs les Représentants diplomatiques et consulaires,

Monsieur le Médiateur de la République,

Messieurs les Officiers généraux,

Messieurs les Recteurs, Messieurs les Doyens et Professeurs représentant la communauté universitaire,

Messieurs les Dignitaires religieux et coutumiers,

Messieurs les anciens Chefs ou membres de juridiction suprême,

Monsieur le Premier Président de la Cour suprême, Mes chers collègues,

*Monsieur le Bâtonnier de l'ordre des avocats,
Mesdames, Messieurs les Avocats,
Mesdames, Messieurs les Officiers ministériels et Auxiliaires de justice,
Mesdames, Messieurs,*

J'aurais été particulièrement heureux de dire à chacune et chacun des honorables invités ici présents, quelques mots pour leur souhaiter la bienvenue et les remercier, d'avoir bien voulu répondre à l'invitation de la Cour. Aussi me pardonneront-ils certainement, eu égard aux contraintes du cérémonial, d'y procéder en m'adressant à tous collectivement. Je voudrais également profiter de cette occasion pour souhaiter à tous nos hôtes de ce matin, une bonne et heureuse année 2009 et aussi, avoir une pensée pieuse pour les parents, collègues, collaborateurs et amis décédés durant l'année 2008, en priant avec ferveur pour que le Tout-Puissant les accueille en son paradis.

Si la cérémonie de rentrée des cours et tribunaux est l'occasion de retrouvailles conviviales entre diverses sensibilités de l'Etat, des collectivités locales, de la diplomatie et de la société civile, les débats y ont vocation à sublimer la réflexion. A cet égard, le thème retenu cette année « **responsabilité médicale au Sénégal** » est d'une actualité brûlante, en raison de la tendance prolifique des procès y afférents notamment dans des pays développés d'Europe ou d'Amérique. Au Sénégal, la question de la responsabilité médicale mérite d'être analysée sous l'éclairage sociologique spécifique à notre pays. C'est pourquoi, comme l'a fait avec brio mon collègue Waly FAYE pour structurer son adresse introductive, je voudrais m'interroger sur le sens et la portée de la responsabilité médicale au Sénégal. Aussi serait-il peut être indiqué de commencer par rappeler que la Constitution sénégalaise consacre au onzième paragraphe de son article 8, **le droit à la santé**. Ce faisant notre loi fondamentale adoptée en l'an 2001, a intégré pour la première fois me semble-t-il au droit interne, une norme internationale figurant dans les conventions internationales sur les droits humains, auxquelles le Sénégal est partie. Ceci étant, la problématique de la responsabilité médicale comporte sûrement l'adaptation des mécanismes de la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle, ainsi que celle du plein contentieux administratif au domaine médical. Mon collègue FAYE y a procédé de manière quasi exhaustive et mérite d'être félicité pour cela. Cependant j'ai le sentiment que la responsabilité médicale

devrait en plus, comporter une autre dimension eu égard au droit à la santé. Voici un commentaire de feu le juge Kéba MBAYE, dans son ouvrage publié en 1992 et intitulé « *Les droits de l'homme en Afrique* » concernant justement le droit à la santé, dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Je cite « **Le droit à la santé est reconnu en ce sens que toute personne doit pouvoir jouir du meilleur état de santé. En conséquence, les Etats parties se sont engagés à prendre toutes les mesures nécessaires, en vu de protéger la santé de leur population et de leur assurer une assistance médicale en cas de maladie.** » Ce constat de mon illustre aîné, paix à son âme, m'inspire quelques questions comme par exemple ;

- est-ce qu'en l'état actuel de notre droit positif la responsabilité de rendre effectif le droit qu'a toute personne de pouvoir jouir du meilleur état de santé possible et à cet effet, d'obtenir l'assistance médicale adéquate en cas de besoin, ne devrait pas conduire à une conception plus large de la responsabilité médicale, à tout le moins en ce qui concerne celle de l'Etat ?

- est-ce que cette responsabilité ne devrait pas par delà l'Etat, impliquer toute la collectivité nationale ?

- est-ce qu'une telle approche ne pourrait pas permettre la mise en place d'un dispositif plus efficace, relativement au dommage causé à l'occasion d'accomplissement d'actes thérapeutiques, dans l'esprit de la solidarité nationale déjà évoquée par mon collègue FAYE ?

- est-ce que l'organisation de cette solidarité nationale ne devrait pas être un préalable à tout appel éventuel à la solidarité internationale ?

Pour tenter de répondre à ces questions, il me semble qu'il faut commencer par se souvenir, s'agissant de l'accès à l'assistance médicale nécessaire, de l'alinéa 2 du serment d'Hippocrate : « **je donnerai mes soins gratuits à l'indigent et je n'exigerai jamais un salaire au-dessus de mon travail** ». L'on note là, un message prégnant de solidarité humaine. Ce passage sacralise le médecin même s'il faut reconnaître que de nos jours, cet homme de l'art est devenu « **un ingénieur** », souvent membre d'une équipe opérant dans une structure privée ou publique, dont les progrès quasi miraculeux de la science médicale moderne, ont rendu aux yeux du patient, son inertie ou ses insuccès thérapeutiques quasi irrémédiables. Il faut ensuite constater que la législation applicable au secteur de la santé qui ne me semble plus

être en phase avec la norme constitutionnelle précitée, maintient au plan financier le rôle traditionnel de l'Etat et des collectivités publiques. Je voudrais me référer notamment à ce sujet aux lois N° 98-08 du 02 mars 1998 portant réforme hospitalière et 98-12 du 02 mars 1998 relative à la création, à l'organisation et au fonctionnement des établissements publics de santé.

On comprend aisément la volonté du législateur de faire financer le coût de l'accès à l'assistance médicale principalement avec les moyens publics en plus de la contribution plutôt modeste du patient. Cette option est en adéquation avec la logique du service public. D'ailleurs il faut reconnaître qu'elle s'inscrit en droite ligne des efforts d'investissement importants réalisés par l'Etat, pour l'édification d'infrastructures de santé suffisantes. Actuellement il y'a au moins un hôpital au niveau de chaque chef lieu de région administrative. Il convient cependant de reconnaître, que dans la plupart des pays du monde y compris le nôtre, l'accroissement exponentiel du coût de financement du fonctionnement des hôpitaux, comprenant notamment l'entretien des infrastructures et des équipements, l'acquisition des intrants et autres produits consommables est tel, que les structures hospitalières publiques sont souvent confrontées surtout dans les pays comme le nôtre où les moyens financiers publics sont relativement modestes, à un endettement chronique. C'est peut être cela qui est à l'origine du, je cite mon collègue FAYE **« refus systématique des structures sanitaires d'accueillir et d'admettre les malades en prétextant le manque de place disponible ou l'insolvabilité de ces derniers »**. Mais alors, n'y a-t-il pas là, un risque de voir la responsabilité de l'Etat et des structures hospitalières publiques engagée devant les tribunaux pour carence du service public ayant occasionné une violation du droit à la santé ?

Il est intéressant de noter que le professeur Alain BOCKEL, dans son ouvrage intitulé « Droit Administratif » consacré essentiellement au Sénégal, aux pages 362 et 363, à propos de la notion de « faute de service » ou « fonctionnement défectueux du service public », qu'il considère comme une notion objective, assimile d'une façon générale, la carence au mauvais fonctionnement du service public, susceptible de fonder l'application de l'article 142 du Code des Obligations de l'Administration. Monsieur BOCKEL cite pour conforter son opinion une affaire, qui certes ne relève pas du domaine de la responsabilité médicale mais permet, de se faire une idée de la notion de carence de l'Administration. C'est le cas Mor DIAW C/ la ville de Dakar, jugée par la Cour d'appel de Dakar dans son arrêt du 09 janvier 1970.

Certes dans cette affaire la responsabilité de la ville de Dakar n'a pas été retenue. En effet, il semble que pour le professeur BOCKEL et à l'analyse de la décision de la Cour d'appel, il conviendrait de retenir que la responsabilité de la puissance publique à raison du fonctionnement d'un service public, n'est encourue que s'il y a eu fonctionnement défectueux par rapport au service normal, se singularisant par une certaine gravité, compte tenu des difficultés rencontrées par l'Administration dans le domaine d'activités concerné et des moyens dont elle dispose. En l'espèce, il n'avait pas été démontré que le dépôt d'ordures et l'engin dangereux qui s'y trouvait et qui avait explosé entre les mains de l'enfant qui l'avait ramassé lui occasionnant des blessures, séjournait depuis un temps anormalement long, sur la voie publique avant l'accident, sans intervention des services de nettoyage ou de la police municipale, ce qui aurait constitué une carence de l'Administration.

Quoiqu'il en soit de la portée de cette décision, il me semble que le moment est venu de réfléchir résolument, aux voies et moyens par lesquels notre pays pourrait s'assurer la capacité de mieux mettre en œuvre le droit à la santé. Des jalons importants d'une telle réflexion, intéressant tout naturellement et à titre principal le monde du droit et celui de la médecine, ont déjà été posés. Permettez-moi Mesdames Messieurs de soumettre à votre réflexion, les quelques considérations auxquelles m'ont conduit mes modestes lectures.

Sans avoir la prétention de remettre en cause le principe du service public hospitalier, l'intérêt général qui en est le fondement devrait être complété par l'idée de solidarité entre toutes les composantes de la communauté nationale que j'évoquais tantôt. Dans cette perspective l'Etat jouerait le rôle d'incitateur et d'encadreur. En s'inspirant d'expériences voisines mais moins ambitieuses qui existent déjà, la collectivité nationale pourrait alors organiser cette solidarité sur la base de l'assurance mutuelle. Celle-ci devrait évidemment être adaptée à la situation économique de chaque catégorie sociale concernée. Ce dispositif favoriserait l'émergence de nouveaux moyens financiers destinés notamment au paiement des prestations fournies aux mutualistes par les structures hospitalières publiques, lesquelles pourraient continuer à bénéficier de la participation financière de l'Etat, au besoin et autant que possible accrue. Ledit dispositif pourrait aussi assumer à priori la prise en charge d'un dommage subi dans le cadre des soins prodigués. Dans ce dernier cas, cette prise en charge opérerait automatiquement quelque soit le fondement de responsabilité susceptible d'être invoqué. C'est peut être le lieu de préciser qu'au Sénégal les juges semblent plutôt réticents à expérimenter ne serait-ce

qu'à titre exceptionnel, un régime de responsabilité sans faute procédant d'une obligation de résultat ou celui d'une présomption de faute à la charge du médecin, contrairement à leurs homologues français par exemple. Ces derniers ont eu à prendre en ces matières des initiatives parfois très audacieuses, souvent perçues par le monde médical, comme de l'incurie jurisprudentielle. Pour illustrer cette prudence des juges sénégalais, que certains observateurs considèrent comme une frilosité génératrice d'une lacune du droit de la responsabilité médicale, je voudrais évoquer l'arrêt de la Cour d'appel de Dakar du 26 juin 1986, déjà cité par mon collègue FAYE, qui tranchait une question de responsabilité en matière de chirurgie esthétique. Après avoir donné l'impression que sur le chirurgien esthéticien pesait une responsabilité sans faute ou une présomption de faute, la Cour a estimé que **« le docteur BASSOUM a exécuté de manière défectueuse l'obligation de moyen qui lui incombait »**, se référant ainsi finalement à la responsabilité pour faute. D'ailleurs, le professeur de Droit Abdoulaye SAKHO et le docteur en médecine Gaston De MEDEROS, dans le numéro de la revue EDJA de mars 1987 introduisent leurs observations sur cet arrêt ainsi qu'il suit : **« si le temps est révolu ou constituait une faute en soi, le fait pour le chirurgien esthétique d'entreprendre une opération présentant des risques d'une certaine gravité sur un organe sain, pour corriger des imperfections de la nature, et sans que l'intervention présente une utilité quelconque pour la santé ni soit imposée par une nécessité thérapeutique, il convient de remarquer que la responsabilité de cet homme de l'art n'en continue pas moins de présenter une certaine originalité voire une certaine gravité, par rapport à celle des autres praticiens de la médecine. »**

Un autre arrêt N° 420 du 10 mai 1985 de la même juridiction illustre encore plus nettement, l'ancrage de la jurisprudence sénégalaise dans la notion de faute. En l'espèce, une personne du nom de Nemer SABBAH, hospitalisée pour fracture, était décédée dans sa chambre par suite de brûlures et d'asphyxie causées par un incendie. Le juge du premier degré avait cru devoir retenir à l'encontre de la formation hospitalière en cause, une responsabilité sans faute fondée sur l'obligation de sécurité, qui est une obligation de résultat, en faveur du patient, décédé alors surtout que maints indices provenant de l'enquête, semblaient révéler une responsabilité du patient grand consommateur de cigarettes. Par l'arrêt précité la Cour, tout en maintenant le principe de la responsabilité de l'hôpital, a procédé à une

substitution de motif en retenant le défaut de surveillance du malade, obligation de moyen, comme constitutif d'une faute.

- Toutefois, il semble que si la faute reste au Sénégal la clef de voute de la responsabilité médicale, elle est souvent interprétée de manière extensive, singulièrement en matière civile ce qui me paraît important sur le plan pratique. Au demeurant, cette interprétation me paraît conforme aux dispositions de l'article 120 du Code des Obligations Civile et Commerciale (C.O.C.C.) aux termes desquelles, **« le juge qualifie les faits constitutifs de faute par rapport à la conduite d'un homme prudent, diligent, en tenant compte des circonstances de l'espèce ».**

Les deux décisions judiciaires suivantes sont à cet égard assez significatives.

Il s'agit de l'arrêt N° 366 du 11 juin 2003, opposant les héritiers de feu Issam FARAT à une équipe de médecins et à la clinique CASAHOUS, que la Cour de cassation a maintenu par un arrêt N° 33 du 20 septembre 2005. Ce dernier arrêt a rappelé la distinction entre la faute pénale et la faute civile pour rejeter le pourvoi qui reprochait à la Cour d'appel de Dakar d'avoir constaté la faute du prévenu alors que celui-ci avait été relaxé en première instance et que seule la partie civile avait fait appel.

Pourtant il ne fait aucun doute que les structures hospitalières, les cabinets médicaux ici comme ailleurs, sont susceptibles d'être à l'origine d'accidents médicaux liés aux aléas thérapeutiques donc n'étant pas causés par une faute, où d'infections nosocomiales qui par définition sont contractées fortuitement au sein des structures et cabinets que voilà, comme par exemple dans les blocs opératoires et pour lesquelles, la jurisprudence française avait retenu la responsabilité sans faute d'une part et la responsabilité pour présomption de faute d'autre part. Le manque d'audace des juges sénégalais à cet égard, n'est peut-être pas sans lien avec la propension bien sénégalaise à s'en remettre à la volonté divine, au lieu de chercher à faire établir en justice une responsabilité médicale. En tout cas, j'ai bon espoir que le dispositif préconisé plus haut pourrait permettre de prendre en charge le dommage résultant d'accidents médicaux ou d'infections nosocomiales. Ce dispositif n'exclurait évidemment pas, une action judiciaire contre le médecin, la structure publique ou privée de santé mis en cause. Il appartiendrait alors, à l'organe chargé de la gestion du dispositif d'agir par voie d'action récursoire, après avoir désintéressé les victimes de dommages entrant dans le cadre médical.

Cet organe pourrait à cette occasion, prendre des initiatives tendant à susciter une évolution jurisprudentielle, moins tributaire de la notion de faute en matière de responsabilité médicale. Quoiqu'il en soit, les médecins continueraient à avoir intérêt à s'assurer individuellement, contre les risques inhérents à l'exercice de leur profession, qu'ils agissent dans le cadre d'une profession libérale ou comme salarié, le dispositif préconisé n'engendrant pas une immunité en leur faveur. L'idée de solidarité qui est à la base de ce dispositif pourrait aussi avoir pour conséquence, l'adoption d'une méthodologie conventionnelle d'évaluation de la prise en charge à laquelle le patient victime ou ses ayant droits éventuellement, pourraient prétendre, inspirée par une règle relative à la solidarité familiale et régissant l'obligation alimentaire entre parents, bien différente de celle qui en droit commun est applicable à la réparation d'un préjudice. En effet cette obligation alimentaire est concrètement appréciée, en tenant compte à la fois des besoins du débiteur et des possibilités du créancier.

En guise de conclusion je voudrais soulever la question de savoir, si la logique de la solidarité nationale ne devrait pas justifier l'insertion dans le dispositif préconisé, d'un volet assistance en direction des citoyens indigents. J'ai conscience qu'il s'agit d'un problème particulièrement délicat, puisqu'il s'agirait pour des mutualistes d'accepter que des tiers puissent bénéficier d'avantages et autres prestations fournies par leur institution. Pourtant cette idée me paraît compatible avec la culture de la société sénégalaise où en général, l'individu favorisé par la fortune accepte très souvent de soutenir et d'aider autant que possible, ses parents et ses amis en situation de précarité. Cette culture imprègne certainement le plan CESAME, qui sur financement de l'Etat, permet de fournir gratuitement aux personnes âgées de soixante ans au moins, les soins après consultation et les médicaments principaux nécessaires. En tout état de cause, il appartiendrait aux mutualistes de se déterminer sur cet aspect éminemment humain de la solidarité nationale. Peut-être bien qu'un tel élan serait de nature à impulser plus vigoureusement la solidarité internationale.

Je vous remercie de votre attention.