

Le droit de la santé à l'épreuve de la pandémie du COVID-19 - En droit Tunisien et comparé

Aïda Caïd Essebsi

Agrégée en Droit Privé. Maître de conférences, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis. Responsable du Master Droit de la Santé. Université de Carthage-Tunisie.

aida.caidessebsi@planet.tn

Résumé

La pandémie du COVID-19 est à l'origine d'une véritable crise sanitaire. Les décideurs sont contraints de faire appel aux règles existantes pour gérer la situation mais aussi d'adopter de nouveaux textes afin de trouver des solutions idoines. Les décideurs politiques se trouvent face à des dilemmes qu'ils sont obligés de résoudre, en optant pour des solutions équilibrées. Ils doivent procéder à une pondération des intérêts en jeu et respecter le principe de la proportionnalité entre les différents droits et libertés.

Pour leur part, les professionnels de la santé sont tenus de respecter certaines obligations aussi bien lors du diagnostic que lors du traitement. Le médecin doit assumer les conséquences de ses fautes et doit respecter les données acquises de la science, même si en temps du COVID, il est difficile de parler de « données acquises ».

Mots clés: COVID-19 ; Santé ; Décisions politiques ; Proportionnalité ; Obligations ; Médecin ; Diagnostic ; Traitement

Citez cet article comme: Essebsi A.C., « Le droit de la santé à l'épreuve de la pandémie du COVID-19 En droit Tunisien et comparé », *International Review of Law*, Vol. 9, Issue 4, 2020, Special Issue on (Law and COVID-19)

<https://doi.org/10.29117/irl.2020.0146>

© 2020, Essebsi, licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

OPEN ACCESS

Submitted: 20/08/2020

Accepted: 28/09/2020

قانون الصحة على محك فيروس كوفيد-19 في القانون التونسي والمقارن

عائدة قايد السبسي

أستاذ محاضر بالقانون الخاص (أستاذ مشارك)، مسؤولة عن ماجستير قانون الصحة،
كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، جامعة قرطاج.
aida.caidessebsi@planet.tn

ملخص

يعدّ فيروس كورونا جائحة يتعين على الدول التعامل معها، ومجابهة تداعياتها الصحية والاقتصادية والاجتماعية. وهو ما يطرح إشكالية كيفية تأقلم القواعد القانونية الموجودة مع هذا الوضع الحرج، أو ضرورة اتخاذ قواعد جديدة أكثر تلاؤماً.

وقد تبينا من خلال دراسة القانون التونسي والمقارن أن أصحاب القرار مضطرون لإيجاد حلول متوازنة، والاهتداء إلى القرارات الصائبة؛ لتفادي قيام مسؤوليتهم لاحقاً. فعلى صاحب القرار إيجاد توازن بين مختلف الحقوق التي يجب حمايتها، وذلك من خلال تطبيق مبدأ التناسب. وقد صدر في هذا الشأن عدة نصوص أدت إلى تغليب الحق في الصحة على بعض الحقوق الأخرى.

أما الأطباء ومهنيو الصحة فهم مجبرون على احترام حقوق المريض منذ ولوجه إلى المستشفى وضمان حقه في الفحص دون تمييز، ويتحمل الطبيب المسؤولية الناجمة عن أخطائه، كما يلتزم باحترام القواعد العلمية الثابتة وإن كان من الصعب اليوم - في زمن الكورونا - الحديث عن مثل هذه القواعد. هذا فضلاً عن الصعوبات المتعلقة بالعلاج والتلقيح.

الكلمات المفتاحية: كوفيد-19، الصحة، القرارات السياسية، التناسب، التزامات الطبيب،

التشخيص، العلاج

للاقتباس: السبسي، عائدة قايد. "قانون الصحة على محك فيروس كوفيد-19 في القانون التونسي والمقارن"، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد الرابع، 2020، عدد خاص حول (القانون وفيروس كورونا المستجد "كوفيد-19")

<https://doi.org/10.29117/irl.2020.0146>

© 2020، السبسي، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية وفقاً لشروط Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). تسمح هذه الرخصة بالاستخدام غير التجاري، وينبغي نسبة العمل إلى صاحبه، مع بيان أي تعديلات عليه. كما تتيح حرية نسخ، وتوزيع، ونقل العمل بأي شكل من الأشكال، أو بأية وسيلة، ومزجه وتحويله والبناء عليه، طالما يُنسب العمل الأصلي إلى المؤلف.

Health law put into test by the Covid-19 pandemic in Tunisian and comparative law

Aïda CAÏD ESSEBSI

Associate Professor Legal, Political and Social Sciences College, University of Tunis, Manager of the Master in Health Law Program. University of Carthage, Tunisia
aida.caïdessebsi@planet.tn

Abstract

The coronavirus COVID-19 pandemic is an alarming health crisis. The decision-makers are bound to use the existing rules to manage the situation while adopting new legal texts in order to find adequate solutions. Policymakers are facing dilemmas they are obliged to address in order to find balanced solutions. They are to weigh up the interests at stake and observe the principle of proportionality between the different rights and freedoms.

From their side, health care professionals are required to comply with a number of obligations upon examination, diagnosis of infection as well as while prescribing the supportive treatment. The doctor must assume the consequences of his or her faults and should respect scientifically accepted data, even though in times of COVID-19 it is difficult to determine “scientifically accepted data”.

Keywords: COVID-19; Health; Political decision-makers; Proportionality; Health care professionals; Obligations; Diagnostic; Treatment

Cite this article as: Essebsi A.C., "Health law put into test by the Covid19- pandemic in Tunisian and comparative law", *International Review of Law*, Vol. 9, Issue 2020 ,4, Special Issue on (Law and COVID-19)

<https://doi.org/10.29117/irl.2020.0146>

© 2020, Essebsi, licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

Introduction

Rien de plus angoissant pour l'homme que de vivre dans l'incertitude, de ne pouvoir prévenir l'avenir et voir où il va. Or, pendant ces derniers mois, le monde entier est en train de vivre une situation d'incertitude et d'angoisse face à une pandémie sans précédent n'épargnant aucun pays, aucun âge, aucune classe sociale.

La COVID-19¹ – appelée par les scientifiques SARS COV-2 et par la population le Coronavirus² - est à l'origine d'une véritable crise sanitaire, une situation des plus difficile à gérer. Certes, ce n'est pas la première fois que la planète affronte des maladies qui se propagent rapidement ou qui font d'innombrables victimes. L'humanité se souvient encore des maladies ravageuses et très contagieuses depuis le moyen âge telles que la peste ou la lèpre et plus récemment le choléra. Entre 1817 et 1923, six épidémies de choléra ont été recensées dans diverses parties de la planète³. Dans le même sillage, on peut également citer la grippe dite « espagnole » qui s'est répandue aux États-Unis entre 1918 à 1919, et qui a fait de 20 à 50 millions de morts selon l'Institut Pasteur; ou encore l'Ebola, qui a frappé certaines régions de l'Afrique de l'Ouest entre 2014 et 2016.

Mais cantonnée dans un pays ou dans une partie de la planète, la propagation de telles épidémies était moins grave que celle de la COVID-19. En effet, le coronavirus est caractérisé par une vitesse de prolifération très élevée dans un monde où le déplacement des personnes et des marchandises se fait très rapidement, en quelques heures d'un continent à un autre. C'est ce qui a poussé l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) à considérer la COVID-19 ne serait pas une simple « épidémie » mais la dépasse pour devenir une « pandémie »⁴, ayant un impact très large, voire même planétaire⁵.

Face à une telle crise, chaque Etat doit faire appel à son arsenal juridique pour gérer la situation aussi bien au niveau sanitaire qu'économique et social. Or, parmi ces règles figure ce qu'on pourrait appeler le droit de la santé, cet ensemble de règles juridiques qui régit le secteur de la santé, avec tous ses intervenants, qu'ils soient médecins et

1 Entre la dénomination « le covid » ou « la covid », l'académie française a fini par opter pour le féminin, https://www.bfmtv.com/societe/le-covid-ou-la-covid-l-academie-francaise-tranche-pour-le-feminin_AN-202005120159.html, consulté le 17/9/2020.

2 Dès lors qu'il appartient à la famille des virus à couronnes.

3 https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89pid%C3%A9mie_de_chol%C3%A9ra, consulté le 21/8/2020.

4 « À son entrée dans le dictionnaire français, en 1752, le mot pandémie était considéré comme un synonyme d'épidémie. Aujourd'hui, les deux termes sont utilisés pour qualifier des phénomènes distincts. D'après le Larousse, une épidémie est « le développement et la propagation rapide d'une maladie contagieuse, le plus souvent d'origine infectieuse, dans une population ». Quant à elle, la pandémie est « une épidémie étendue à toute la population d'un continent, voire au monde entier ». Tout est donc une question d'ampleur. <https://www.futura-sciences.com/sante/questions-reponses/epidemie-epidemie-pandemie-difference-13437>, consulté le 18 août 2020 à 08h 23.

5 <https://www.futura-sciences.com/sante/actualites/coronavirus-covid-19-oms-qualifie-epidemie-coronavirus-pandemie-79323>, consulté le 18/8/2020.

autres professionnels de la santé, structures et établissements sanitaires ou malades. Les législateurs et les décideurs politiques sont contraints de faire appel aux règles existantes pour gérer la situation mais aussi d'adopter de nouveaux textes afin de trouver les solutions idoines à cette crise, et c'est ce qui incite à réfléchir sur la capacité du Droit à gérer de telles situations de crise. En effet, comment est-ce que le droit de la santé pourrait faire face à une crise sanitaire d'une telle envergure ?

Le Droit doit tenter de gérer cette situation difficile, et ce à travers les actions des différents intervenants, qu'ils soient des acteurs politiques, ou des professionnels de la santé. Dans cette crise sanitaire inégalée, les Etats et les décideurs politiques sont obligés de prévenir, d'agir et de faire les bons choix. Et là les décideurs politiques se trouvent dans des dilemmes à gérer (Première Partie). Pour leur part, les médecins et les professionnels de la santé ont des obligations à respecter (Deuxième Partie).

Première Partie: Des dilemmes à gérer par les décideurs politiques

« Prévenir, c'est devancer, c'est aller de l'avant. Mais prévenir c'est aussi avertir, attirer l'attention»⁶. Un bon décideur est celui qui réussit à anticiper afin de se prémunir contre l'incertain, de devancer le danger pour s'en protéger. Aujourd'hui, Les Etats, parmi lesquels la Tunisie, se trouvent face à une nécessité de prendre des décisions rapides, adéquates et efficaces dans une situation d'urgence. Or, tout décideur se trouve devant un dilemme à chaque fois qu'il doit prendre une mesure. Ces dilemmes sont d'abord à déterminer (paragraphe I), avant de pouvoir envisager des solutions (paragraphe II).

Paragraphe I: Détermination des dilemmes

En situation de crise et de doute, un décideur est souvent tiraillé entre deux choix : prendre des mesures préventives afin de parer aux risques possibles, en dépit de l'adage « Trop de précaution nuit »⁷, ou s'abstenir de décider en attendant que la situation se stabilise en application de l'adage « En cas de doute, abstiens-toi », au risque d'être tenu pour responsable de cette abstention qualifiée de fautive après coup. Et les exemples de cette situation ne manquent pas:

6 N. De Sadeleer, *Les principes du pollueur payeur, de prévention, et de précaution, essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Universités Francophones, Bruylant, Bruxelles, 1999, p119.

7 Voir en ce sens A. Caïd Essebsi, « Prévention, réparation et responsabilité civile », *in* Questions doctrinales de droit civil contemporain, sous la direction du Professeur M. Kamel Charfeddine, Unité de recherche « Droit civil », éd. Latrach Tunis 2014, pp 189 et ss.

Dans certains cas, les décisions des autorités politiques ont été qualifiées d'excessives:

En 2009 et à l'occasion de la propagation du virus AH1N1, les autorités tunisiennes ont annulé le pèlerinage, une décision qui a été qualifiée d'excessive par certains⁸.

Dans le même sillage, les mesures prises par les Etats et les compagnies aériennes en Europe le 20 Mars 2010 par précaution à cause de la fumée émise par Le volcan Islandais EYJAFJALLAJÖKULL ont été jugées par la suite excessives et certains tribunaux ont admis la réparation des dommages matériels causés par la fermeture des espaces aériens.⁹

Dans d'autres cas, on a reproché aux autorités de ne pas avoir pris les précautions nécessaires, leur abstention a été alors qualifiée de fautive après coup. Tel a été le cas concernant l'affaire du sang contaminé¹⁰, de la vache folle¹¹, de hormones de croissance.¹²

Parmi les abstentions qui ont été également qualifiées de fautives par la suite, on peut citer les affaires relatives à la contamination par l'amiante¹³, ou encore celles de la fabrication et de la commercialisation du Distilbène, un médicament qui a causé des dommages corporels aux enfants mis au monde suite à l'ingestion de ce produit par leurs mères¹⁴.

Dans ce sens et à l'occasion de l'avènement du virus COVID-19, Les Etats se sont trouvés face à beaucoup de décisions difficiles :

8 *Ibid.*

9 Dans deux arrêts du 8 mars 2012, la cour de cassation française a eu à se prononcer sur les conséquences judiciaires de la fermeture de l'espace aérien islandais et à décider du droit à indemnisation des dommages des voyageurs qui ont été contraint à prolonger leur séjour, en leur accordant le droit au paiement des prestations de remplacement. (Civ. 1ère, 8 mars 2012, n° 10-25.913 et Civ. 1ère, 8 mars 2012, n° 11-10.226, D. 22 mars 2012, n° 12,733). Pour d'autres exemples d'excès de précaution et ses inconvénients, voir P. Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, P.U. d'Aix Marseille, 2003, Collection du Centre de Droit de la Santé, p 222.

10 Voir en ce sens M. Deguerge, « Risque et précaution dans les domaines de la santé et de l'environnement en France », in *Quelles précautions pour quels risques ? Regards croisés, biomédecine, environnement, santé, sous la responsabilité de A.Aouij Mrad*, Latrach édition, Tunis 2011, pp 389 et s.

11 M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, L.G.D.J, Droit Privé, Tome 444, Paris, 2005, p 410; Ch. Huglo, « La décision politique :Principe de précaution et procédure d'urgence », in *Ethique et environnement, Colloque sous l'égide du ministère de l'environnement, Actes publiés in La documentation Française*, 1997, pp128 et ss.

12 Dans un arrêt de la cour de Cassation du 24 janv. 2006, (Civ. 1ère n° 03-20.178, RCA 2006, comm. 89, obs. Ch. Rade) la patiente avait été atteinte de la maladie de *Creutzfeldt Jakob*, suite à la prise des hormones de croissance. La cour de cassation française avait rappelé les obligations de prudence et de diligence dont le producteur d'un traitement est tenu, elle a soulevé qu'il doit prendre les précautions nécessaires pour éviter le dommage et qu'il « devait répondre des conséquences dommageables de l'insuffisance des précautions ». La Cour a fini par caractériser « les manquements à la prudence par une référence au manquement à la nécessité impérative de prendre toutes les précautions dans l'extraction, la purification et la composition des hormones de croissance ». Elle a affirmé dans ce sens que « L'institut Pasteur pouvait savoir que les précautions, dont le rapport de l'IGAS a ultérieurement déploré l'absence, étaient nécessaires pour éviter le risque de contamination ». Ch. Rade, note sous Cass. Civ. 1, 24 janv. 2006, n° 03-20.178, RCA 2006, comm. 89.

13 Voir en ce sens M. Deguerge, « Risque et précaution dans les domaines de la santé et de l'environnement en France », *op.cit.*, pp 389 et s.

14 Voir en ce sens M. Mekki, « Le doute scientifique n'est pas le sel de l'esprit juridique : l'affaire du Distilbène », *Gaz. Pal.*, 11 mars 2010, n° 70, pp 14 et ss. Voir en ce sens L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J. 2006, pp 45 et ss.

Doit-on prendre trop de précautions, au risque de paralyser l'économie? Ou laisser faire, au risque de perdre des vies humaines et d'être accusé par la suite d'inaction en n'ayant pas pris les précautions nécessaires? Faut-il décréter et maintenir le confinement au détriment de l'activité économique et de la paix sociale, ou autoriser le dé-confinement, au risque d'affronter le danger d'une propagation incontrôlable de virus, à l'instar de ce qui s'est passé en Italie ou en Espagne?

La décision du confinement est en réalité une atteinte à la liberté de circulation des citoyens. En effet, l'article 24 § 2 de la constitution Tunisienne de 2014 affirme que « Tout citoyen dispose de la liberté de choisir son lieu de résidence et de circuler à l'intérieur du territoire ainsi que du droit de le quitter ». C'est également une atteinte au principe du libre exercice du commerce et de l'industrie, ces activités qui se voient ralenties ou totalement mises à l'arrêt afin d'empêcher la propagation de la pandémie.

Ceci n'est pas sans rappeler l'affaire du bœuf contaminé en Europe, qui est l'un des exemples où les pouvoirs publics français et européens ont dû trancher entre le principe de la libre circulation des marchandises et le principe de précaution visant la sécurité sanitaire des citoyens¹⁵.

Le décideur politique est donc tiraillé entre ces principes qui prêchent la liberté d'une part et les principes de protection de la santé des citoyens d'autre part.

Aujourd'hui encore et après l'ouverture des frontières tunisiennes, le même dilemme est toujours d'actualité. Faudrait-il continuer à accueillir les étrangers et les tunisiens résidents à l'étranger ou est-il plus prudent d'imposer des restrictions voire même répondre aux voix qui s'élèvent pour réclamer la re-fermeture des frontières, dès lors que le nombre de cas de personnes atteintes du virus s'est élevé depuis cette réouverture. En effet, la crainte aujourd'hui d'une deuxième vague du virus, qui risque d'être encore plus virulente, est tout à fait justifiée¹⁶.

Dans la même lignée, le ministère de la santé ne devrait normalement autoriser l'usage d'un médicament que si son innocuité est prouvée, suite à des tests et des essais cliniques. Or, si on prend le temps de respecter toutes ces procédures, et qu'on laisse les personnes

15 La cour de justice de la communauté européenne (CJCE) avait approuvé la décision des autorités Françaises qui avaient décrété un embargo sur la viande bovine anglaise. Voir en ce sens M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p 410; voir également N. De Sadeleer, op. cit. p145, p 172 et p 176. C'était également le cas concernant la viande américaine puisque « les communautés européennes ont défendu, devant les organes de règlement des différends de l'OMC, la décision d'embargo qu'elles avaient prise, en s'appuyant sur le principe de précaution, contre les exportations américaines de viande provenant d'animaux nourris aux hormones » G. Viney et Ph. Kourilsky, *Le principe de précaution, rapport au Premier ministre*, Paris, O. Jacob : la Documentation française, 2000, p 200.

16 Certains scientifiques affirment toutefois que la deuxième vague serait plus « bénigne » dès lors qu'elle cause moins de décès, bien qu'elle touche plus de personnes. <https://gomet.net/pour-didier-raoult-la-nouvelle-vague-de-covid-19-est-beaucoup-plus-benigne/> consulté le 1/9/2020.

atteintes par le virus sans traitement, on risque d'être tenu pour responsable après coup pour abstention fautive. Mais si on autorise un tel usage sans qu'il ne soit fondé sur des arguments scientifiques valables, l'Etat et ses décideurs pourraient être tenus pour responsables des dommages subis par les malades, même des années plus tard.

C'est face à des dilemmes pareils que les décideurs doivent trancher et trouver les solutions idoines.

Paragraphe II: Les solutions envisageables face aux dilemmes

Afin de se protéger contre l'engagement de leur responsabilité *a posteriori*, les décideurs doivent fonder leur choix sur des positions réfléchies, et afin d'opter pour une solution adéquate et raisonnable, il faut procéder à **une pondération des intérêts en jeu**.

Certes, la balance avantages/ risques n'est pas facile à mettre en œuvre, une attitude trop prudente peut bloquer la libre circulation des personnes et des marchandises alors qu'une attitude trop libérale peut mettre en péril la santé des citoyens. Toutefois, entre deux maux, il faut choisir le moindre. Le droit à la santé doit primer sur d'autres droits et intérêts tels que le droit à la libre circulation des personnes, garanti par la constitution. Il est en effet nécessaire de protéger la santé du grand public, un impératif qui devrait primer sur les intérêts individuels, économiques ou sociaux, à tel point qu'on pourrait parler aujourd'hui d'un « ordre public sanitaire »¹⁷.

Dans cette lignée, des textes ont été adoptés en Tunisie afin de permettre la restriction du droit des citoyens à la libre circulation. On peut citer dans ce sens le Décret présidentiel du 22 mars 2020, limitant la circulation des personnes et les rassemblements hors horaires du couvre-feu¹⁸, le Décret-loi du Chef du gouvernement n° 2020-9 du 17 avril 2020, relatif à la répression de la violation du couvre-feu, de la limitation de circulation, du confinement total et des mesures prises à l'égard des personnes atteintes ou suspectées d'être atteintes par le Coronavirus « Covid-19 »¹⁹. Par ailleurs, la COVID-19 a été insérée dans la liste des maladies transmissibles²⁰ et ce afin de justifier les restrictions qui peuvent être imposées aux malades, tels que l'interdiction de déplacement ou les mesures d'isolement. En effet, l'article 11 de la loi du 27 juillet 1992 relative aux maladies transmissibles autorise aussi bien l'isolement, que l'hospitalisation d'office²¹. Cette assimilation de la COVID-19 à une

17 Concernant cette notion, voir J-M De Forges, L'ordre public sanitaire, Paris, Collection Que sais-je?, Presses Universitaires de France, 2012.

18 Le Décret présidentiel n° 2020-28 du 22 mars 2020 *JORT* n° 24 du 22 mars 2020.

19 Ce décret fixe une amende de 50 d à toute personne qui enfreint l'interdiction de circuler. Cette peine est portée au double en cas de récidive.

20 Décret gouvernemental n° 2020-152 du 13 mars 2020, portant assimilation de l'infection par le nouveau Coronavirus « COVID-19 » à la catégorie des maladies transmissibles, *JORT* n° 33 du 17.04.2020.

21 L'article 11 de cette loi dispose « L'hospitalisation d'office en vue de l'isolement prophylactique peut être décidée à l'encontre des personnes atteintes de l'une des maladies visées à l'annexe 2 de la présente loi ».

maladie transmissible permet de sanctionner les personnes qui ne respectent pas les mesures de confinement. Des sanctions sont également adoptées par le décret gouvernemental du 17 avril 2020²².

Par ailleurs, l'article 7 de la Loi du 27 juillet 1992 relative aux maladies transmissibles²³- applicable désormais à la COVID-19- impose aux médecins, en dérogation du secret professionnel²⁴, de déclarer aux autorités les cas et l'identité des personnes atteintes de ces maladies. Mais une fois les informations relatives à ces patients récoltées, un autre dilemme surgit : Les autorités peuvent-elles et doivent-elles divulguer ces données ? Pourront-elles divulguer l'identité de ces malades au grand public ?

À l'occasion de la crise de la COVID-19, deux principes constitutionnels sont mis à l'épreuve. Un choix et une pondération des intérêts -doivent s'effectuer entre le respect des données personnelles du patient, droit protégé par l'article 24 de la constitution²⁵ et le droit du public à l'information et le nécessaire accès à cette dernière, également protégé par le texte constitutionnel²⁶.

En effet, d'une part, la constitution affirme le droit d'accès à l'information et le droit à la santé. Leur combinaison permet d'accorder aux citoyens un droit d'accès à une information sanitaire correcte et permet d'exercer le droit d'accès à l'information, en cas de réticence douteuse de la part des autorités qui refusent de communiquer et de divulguer des données nécessaires ou utiles. Une instance d'accès à l'information (INAI) protège d'ailleurs ce

22 L'article 3 du Décret-loi du Chef du gouvernement n° 2020-9 du 17 avril 2020 précité dispose dans ce sens « Le ministre de la santé prend des mesures à caractère préventif ou curatif, sur proposition d'un conseil scientifique *ad hoc* créé par arrêté dudit ministre, après coordination avec le ministre de l'intérieur, et ce, afin de prévenir la propagation de l'infection par le Coronavirus « Covid-19 », y compris l'assignation à résidence des personnes atteintes ou suspectées d'être atteintes par le virus, durant la période requise pour le suivi de leur état de santé, et ce, soit aux établissements hospitaliers, soit à d'autres espaces réservés à cet effet par les autorités publiques compétentes. En ce cas, ces personnes bénéficient de la gratuité des soins et de séjour, et sont prises en subsistance. Les personnes indiquées au premier alinéa du présent article, peuvent être astreintes à l'isolement prophylactique à domicile, durant la période requise pour le suivi de leur état de santé. Les mesures prévues par le présent article sont applicables aux personnes venant de zones ou pays d'endémie ».

L'article 5 ajoute « Quiconque n'aura pas déféré aux mesures prévues par l'article 3 du présent décret-loi, est puni d'une amende de 1000 à 5000 dinars En cas de récidive, l'amende est portée au double. L'application de la peine prévue par le présent article ne fait pas obstacle à l'application des peines prévues par les articles 217, 225 et 312 du Code pénal, et le second alinéa de l'article 18 de la loi n° 92-71 du 27 juillet 1992 susvisée, au cas où le refus de se conformer s'accompagnerait de suspicions de transmission de l'infection à autrui.

Lorsque des poursuites pénales sont engagées pour commission de l'une des infractions prévues par le troisième alinéa du présent article, les détenus ou les condamnés sont placés dans un établissement pénitentiaire ou dans un centre d'hébergement réservé à cet effet, auquel sont applicables les dispositions législatives et réglementaires relatives aux établissements pénitentiaires ».

23 *Précitée*.

24 Obligation instaurée par l'article 8 du code de déontologie médicale.

25 L'article 24 de la constitution dispose: « L'État protège la vie privée, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances, des communications et des données personnelles. ... »

26 L'article 32 : « L'État garantit le droit à l'information et le droit d'accès à l'information. L'État œuvre en vue de garantir le droit d'accès aux réseaux de communication ».

droit²⁷. Un souci de sécurité sanitaire impose donc d'informer la population des risques possibles, de l'existence et du déplacement des personnes atteintes.

Mais d'autre part, les applications de localisation et d'identification des malades porteraient un coup de brèche au droit à la protection des données personnelles, affirmé en Tunisie par l'article 32 de la constitution²⁸, et dont le respect est supervisé par l'Instance Nationale de Protection des Données Personnelles (INPDP).

Beaucoup de pays ont fait le choix de la localisation des personnes atteintes de la COVID-19. En Corée du Sud par exemple, les autorités ont adopté une application qui permet de localiser les lieux les plus infectés et ils ont monté des cartes en ligne pour suivre les cas confirmés²⁹. En Chine et dès l'avènement de la pandémie, des applications ont été créées pour détecter le virus. C'est aussi le cas en Singapour avec l'application *Tracetogether*. Pour sa part, la Russie a plutôt opté pour la reconnaissance faciale afin de surveiller les personnes atteintes ou tenues d'être confinées chez elles³⁰.

Or, toutes ces mesures préventives portent atteinte au droit à la protection des données personnelles du patient puisqu'elles peuvent permettre d'identifier les personnes atteintes. C'est ce qui explique le cas de certains pays européens, notamment la France³¹, qui était très réticente à l'égard de telles mesures.

En dépit de ce dilemme entre la protection des données personnelles d'une part et la protection de la santé des citoyens et l'accès à l'information d'autre part, la Tunisie a fini par adopter l'application « *Ehmi* »³² (Protège). Les autorités ainsi que l'Instance Nationale de Protection des Données Personnelles estiment qu'elle ne porte pas atteinte aux données personnelles puisque l'usage de l'application de traçage en question est volontaire et que « Les données personnelles, archivées durant 14 jours sous le contrôle de l'Instance nationale de Protection des Données Personnelles, ne pourront être consultées que par

27 L'Instance Nationale de l'Accès à l'Information (INAI) est une instance indépendante créée par la loi organique n° 2016-22 adoptée le 24 mars 2016 par l'Assemblée des représentants du peuple.

28 *Précité*.

29 Ils adoptent ce qu'on appelle le « Coronamap.live ».

30 <https://siecldigital.fr/22/02/2020/coronavirus-moscou-deploie-la-reconnaissance-faciale-pour-surveiller-les-malades/>, consulté le 31/8/2020.

31 Même si elle a fini par adopter l'application StopCovid, <https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/confinement/ou-en-est-avec-stopcovid-l-application-de-tracage-qui-doit-nous-faire-reussir-le-deconfinement-6818527>, consulté le 23/8/2020.

Sur la protection des données personnelles en matière médicale, voir par exemple C. Marliac-Negrier, *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, Tome II, Marseille, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2001.

32 Cette application de traçage de contacts a été lancée le 19 mai 2020. Elle permet d'identifier via Bluetooth et de prévenir les personnes ayant été en contact proche avec une personne diagnostiquée positive au virus.

l'ONMNE³³ pour les contacts des personnes testées positives au nouveau coronavirus». ³⁴ Ce serait un équilibre entre les deux principes constitutionnels d'accès à l'information et de protection de la vie privée et des données personnelles.

En application du principe de la pondération des différents intérêts en jeu, le droit d'accès à l'information n'aura de limites que le droit reconnu à tout citoyen de protéger ses données personnelles. Une ligne certes difficile à tracer et le conflit est très fréquent entre les deux instances qui sont tenues de veiller au respect de chaque principe puisque leurs champs pourront faire l'objet de recouvrements. Un problème qui se poserait avec moins d'acuité en France où une seule instance veille sur le respect de ces deux principes.

La pondération des intérêts en jeu trouve en réalité son fondement dans le principe de la proportionnalité. Ce principe adopté par l'article 556 du code des obligations et des contrats³⁵ affirmant «qu'entre deux inconvénients, il faut choisir le moindre»³⁶ est désormais consacré par l'article 49 de la constitution de 2014. Ce dernier autorise le législateur à limiter les droits et libertés affirmés par la constitution à chaque fois que c'est nécessaire et afin de garantir les droits et libertés d'autrui et de protéger l'intérêt général³⁷. Cet article cite de manière expresse comme motif de restriction des droits et libertés *la sauvegarde des droits d'autrui ou les impératifs....de la santé publique*, ce qui est le cas en situation de pandémie.

Ainsi, tout décideur doit tenter de bien peser le pour et le contre entre l'arrêt de l'activité économique et son impact social d'une part et la lutte contre la propagation de la maladie d'autre part. C'est une pondération **entre le coût et le bénéfice**, tel que le coût économique de l'arrêt d'activité et le bénéfice de l'évitement d'une propagation de la pandémie.

33 Observatoire national des maladies nouvelles et émergentes.

34 <https://www.ouest-france.fr/monde/tunisie/coronavirus-la-tunisie-lance-son-application-de-tracage-6840347>, consulté le 21/8/2020.

35 Promulgué en 1906, entré en vigueur en 1907.

36 Prévue par certains textes en droit comparé, cette idée de proportionnalité émane de la logique et du réalisme et peut se fonder en droit tunisien sur l'article 556 du C.O.C dès lors qu'on met en balance des intérêts présents, réels et des risques éventuels mais graves et irréversibles. Par ailleurs, la cour de cassation se réfère à cette notion de proportionnalité dans l'application de l'article 99 du C.O.C relatif aux troubles anormaux de voisinage. Arrêt des chambres réunies de la cour de cassation n° 36870 du 24/04/1997, *Recueil Des Arrêts Des Chambres Réunies de la Cour de Cassation*, 1997, pp 37 et ss.

37 L'article 49 de la constitution dispose : « Sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice. Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte. Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution ».

Une certaine proportionnalité³⁸ doit également se vérifier entre le risque encouru, et le dommage possible. Tel est le cas de l'usage d'un médicament (l'hydroxychloroquine par exemple) et la pondération entre ses effets et le dommage éventuel qui serait le décès de la personne atteinte.

Il est à noter par ailleurs que les mesures prises par les politiques doivent s'adosser à des décisions collégiales et non pas à une opinion dissidente³⁹. La position du Pr. Raoult à l'égard de l'hydroxychloroquine et son association à l'azithromicine dès la détection de la contamination par le virus par exemple demeure jusque-là une position isolée⁴⁰.

Il faut également fonder les mesures prises sur des guides et des protocoles établis par des collègues d'experts et des scientifiques qui pourraient justifier telle ou telle décision. Dans ce sens, l'INEAS⁴¹ vient d'établir des protocoles et des guides qui émanent de décisions collégiales de ses experts, et ce, relativement au tri des patients, aux précautions à prendre, aux méthodes de diagnostic, à l'hospitalisation, à la prise en charge clinique et thérapeutique des patients suspects ou atteints de la COVID-19, etc...⁴². Des décisions que les professionnels de santé sont censés respecter.

Deuxième Partie: Des obligations à respecter par les professionnels de la santé

Chaque citoyen a un droit à la protection de sa santé. En effet, le droit à la santé est un droit désormais consacré par la constitution Tunisienne de 2014⁴³. Ce droit doit être respecté par les professionnels de la santé tant quant au droit même d'accès aux soins (Paragraphe I) que quant aux soins prodigués par ces professionnels (Paragraphe II).

Paragraphe I: Des obligations relatives au droit d'accès aux soins

38 Voir en ce sens S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, L.G.D.J; Paris 2000, Collection Thèses, Bibliothèque de droit privé, Tome 335. Voir également A. Caïd Essebsi, *L'endiguement du préjudice réparable*, thèse de doctorat en Droit, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2015, pp 123 et ss.

39 Concernant le rôle des opinions dissidentes en situation de doute scientifique, voir par exemple M. -A. Hermitte, « Processus d'expertise et opinions dissidentes », in *Ethique et environnement*. Actes du colloque du 13 décembre 1996 à la Sorbonne, La documentation française, Paris, 1997, p 122; O. Borraz, C. Gilbert et P-B. Joly, « Risques, crises et incertitudes : pour une analyse critique », in *Cahiers du GIS risques collectifs et situations de crise*, n° 3, Mars 2005, p 146. M. Boutonnet, *op.cit.*, p 419. G. Viney et Ph. Kourilsky, *Le principe de précaution, rapport au Premier ministre*, Paris, O. Jacob : la Documentation française, 2000, p 188.

40 Sur la polémique créée par la position du Pr. Didier Raoult, voir par exemple <https://www.doctissimo.fr/sante/epidemie/coronavirus-chinois/hydroxychloroquine-traitement-autorise-covid19>, https://www.challenges.fr/france/comment-l-hydroxychloroquine-du-pr-raoult-est-devenue-virale_704781, consulté le 31/8/2020.

41 L'Instance Nationale d'évaluation et d'accréditation en santé.

42 Deux guides sont déjà établis: « Le Guide Parcours du patient suspect ou atteint par le Covid-19 Consensus d'experts Version : 13 mai 2020 », et « Le Guide parcours du patient suspect ou atteint par le Covid-19 Situations particulières Consensus d'experts Version : 01 avril 2020 ». Une nouvelle actualisation de ces guides est en train d'être effectuée pour affronter la deuxième vague du virus.

43 L'article 38 dispose: « Tout être humain a droit à la santé. L'État garantit la prévention et les soins de santé à tout citoyen et assure les moyens nécessaires à la sécurité et à la qualité des services de santé. L'État garantit la gratuité des soins pour les personnes sans soutien ou ne disposant pas de ressources suffisantes. Il garantit le droit à une couverture sociale conformément à ce qui est prévu par la loi.

Le droit d'accès aux soins devrait s'appliquer quel que soit le type d'établissements. Au temps de la COVID-19, tous les établissements sanitaires sont en état d'alerte, tant les hôpitaux que le secteur privé. Certains médecins du secteur privé viennent même prêter main forte aux hôpitaux tout comme les bénévoles et les étudiants en médecine, ce qui pose un problème de détermination de la responsabilité civile médicale en cas de dommages subis.

Il est à noter que les règles de la responsabilité médicale varient selon qu'on agisse dans le secteur public ou privé. Si un dommage survient à l'hôpital, c'est l'Etat qui est tenu pour responsable des fautes commises par les professionnels de santé, appelées fautes de service⁴⁴. La responsabilité personnelle du médecin ne pourra être retenue qu'en cas de faute grave de sa part⁴⁵. Alors que pour le secteur privé, les cliniques sont responsables du fait de leurs préposés, à savoir les équipes para- médicales et autres professionnels de la santé, et du matériel mis à la disposition des médecins. Toutefois, la clinique n'est pas tenue pour responsable des actes du médecin lui-même, dès lors qu'il n'est pas en relation de subordination avec elle, il est donc responsable de ses propres fautes. Néanmoins, la responsabilité peut être solidaire entre cet établissement sanitaire et le médecin⁴⁶.

Toutefois, quel que soit le cadre dans lequel il exerce, le médecin est tenu de respecter des devoirs éthiques et des obligations légales.

Le droit à la santé instauré par la constitution et plus précisément le droit d'accès aux soins se traduit également par l'interdiction du refus de soins. Ainsi, un établissement sanitaire ou un professionnel de la santé ne pourrait *a priori* refuser ses services à un patient, notamment en situation d'urgence. Cette solution déduite d'un principe constitutionnel est retenue explicitement par le Code de déontologie médicale. En effet, ce dernier dispose dans son article 5 que « tout médecin doit porter secours d'extrême urgence à un malade en danger immédiat si des soins médicaux ne peuvent lui être autrement assurés ». L'article 6 ajoute que le médecin ne peut pas abandonner ses malades en cas de « danger public ». Ainsi, même si l'article 37 du même code autorise le refus de soins dans des

44 L'article 84 du C.O.C dispose : « La responsabilité établie aux deux articles ci-dessus (à savoir la responsabilité pour faute) s'applique également à l'Etat, même lorsqu'il agit comme puissance publique, aux communes et aux administrations publiques, pour les faits ou les fautes imputables à leurs représentants, agents et fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, sans préjudice de la responsabilité directe de ces derniers envers les parties lésées ».

45 L'article 85 du C.O.C dispose « Le fonctionnaire ou employé public qui, par son dol ou sa faute lourde, cause à autrui un dommage matériel ou moral dans l'exercice de ses fonctions ou de son service, est tenu de réparer le dommage, lorsqu'il est établi que son dol ou sa faute en sont la cause directe; cependant, en cas de faute simple, les parties lésées n'ont action contre le fonctionnaire qu'à défaut de tout autre moyen de se faire indemniser ». L'action subrogatoire de l'Etat contre le médecin ayant commis une faute dolosive ou lourde est permise par les textes. Toutefois, en pratique elle n'est presque jamais utilisée.

46 Voir en ce sens Cassation civile n° 68350-2011 du 21-02-2012, *inédit*; Cassation civile n° 6836 du 16 décembre 2013, *Revue de la jurisprudence et de la législation (RJL)*, Février 2014, pp129 et ss.

circonstances ordinaires⁴⁷, il exclut les situations d'urgence et de manquement aux devoirs d'humanité. Il en découle une obligation éthique et déontologique de porter secours à un malade en cas d'urgence, sinon cela pourrait être qualifié de manquement fautif à une obligation déontologique et irait même jusqu'à la qualification de non-assistance à personne en danger, passible de peines pénales⁴⁸.

Le refus de soins est de ce fait considéré comme un comportement fautif juridiquement, contraire à l'éthique et aux droits fondamentaux.

Or, urgence, danger immédiat et danger public sont descriptifs de la situation du malade de la COVID-19. Pourtant, lors de cette crise sanitaire, on a pu voir des situations où le personnel des hôpitaux s'abstient de soigner les personnes suspectées d'être atteintes de la Covid 19. Tel a été le cas du personnel qui a refusé l'admission d'un malade à la réanimation de l'hôpital de Médenine, au sud de la Tunisie au mois d'avril dernier⁴⁹.

Dans le même sens, un malade a été laissé sans soins pendant des heures dans l'un des hôpitaux de la ville de Sfax, par crainte de contamination par le virus. Le patient est décédé suite à cette négligence⁵⁰. Le procureur de la République au Tribunal de Première Instance de Sfax 2 a décidé d'ouvrir une enquête judiciaire; l'enquête administrative engagée dans la même affaire a d'ores et déjà qualifié cette attitude de fautive.⁵¹ Une enquête administrative a été également engagée à Gabès suite au décès d'un enfant d'un an ayant des difficultés à respirer et provenant d'une zone considérée comme un cluster, pendant l'attente de son transfert à un hôpital ayant un service COVID pédiatrique⁵².

47 L'article 37 dispose : « Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, le médecin a toujours le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles ».

48 Voir en ce sens l'article 2 de la loi 66-48 du 3 juin 1966 relative à l'abstention délictueuse (*JORT*, n°24 du 3 juin 1966, pp 879-880) qui dispose « sera puni des peines prévues à l'article premier (à savoir cinq années d'emprisonnement et dix mille dinars d'amende), quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ni pour les tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours, si, faute d'être secourue, cette personne a perdu la vie, souffert un préjudice corporel ou subi l'aggravation de son état. Encourt les mêmes peines celui qui, d'après les règles de son profession, doit porter assistance et secours à autrui et qui, dans les conditions prévues à l'alinéa précédent s'abstient de le faire. Les dispositions de l'article 53 du code pénal ne sont pas applicables à l'infraction prévue à l'alinéa 2 ci-dessous ». Voir également son texte d'application, la circulaire du ministre de la justice relative à la loi 66-48 du 3 juin 1966 qui a trait à l'abstention délictueuse (*RJL* n° 9, Novembre 1966, p 51). Cette circulaire du 9 août 1966 confirme l'obligation légale à laquelle sont soumis les médecins pour assistance à des personnes en péril, et ce, quelle que soit leurs fonctions ou leurs spécialités sauf cas de force majeure. La circulaire précise également que les médecins n'ont pas droit de refuser l'assistance de personnes en péril au motif qu'ils sont astreints au plein temps et que leur activité est réservée aux hôpitaux, le plein temps ne constitue pas une dispense. Voir en ce sens <http://www.freecontentweb.com/content/commentaire-de-l%E2%80%99article-2-de-la-loi-66-48-du-3-juin-1966>, consulté le 21/8/2020.

49 Ces actes pourraient être qualifiés de non-assistance à personnes en danger selon le porte-parole du Tribunal de Première Instance de Médenine. <http://kapitalis.com/tunisie/17/04/2020/refus-daccueilir-des-patients-a-lhopital-de-medenine-ouverture-dune-information-judiciaire>, consulté le 31/8/2020.

50 <https://lapresse.tn/60146/sfax-enquete-sur-la-mort-dun-patient-a-lhopital-hedi-chaker>, consulté le 29/8/2020.

51 <https://lapresse.tn/60602/deces-de-yassine-mosbah-a-lhopital-hedi-chaker-une-defaillance-relevee-selon-un-premier-rapport>, consulté le 1/9/2020.

52 <https://www.tunisienumerique.com/tunisie-gabes-un-bebe-dun-an-decede-a-lhopital-dans-lattente-de-son-transfert-dans-un-service-covid-pediatrique/>

Le comportement du médecin et des professionnels de santé serait donc qualifié de fautif s'ils refusent d'accueillir un patient atteint de la COVID-19 et ne lui portent pas secours.

Leur comportement serait également fautif s'ils ne prennent pas les précautions nécessaires pour procéder au tri des patients. Un circuit COVID a été établi par les hôpitaux conformément aux recommandations de l'INEAS. Ces recommandations ne sont pas obligatoires mais représentent des normes de comportement émanant d'un certain consensus des sociétés savantes. Le non respect d'un tel procédé peut être qualifié de faute.

D'autres obligations incombent aux médecins lorsqu'ils soignent leurs malades.

Paragraphe II: Des obligations relatives aux soins prodigués

Une fois le malade pris en charge, le médecin est tenu de respecter les règles de l'Art et les données acquises de la science aussi bien lors du diagnostic que dans sa démarche thérapeutique. En effet, lors de l'exercice de sa mission, le médecin doit se comporter en « bon père de famille »⁵³, comme un « médecin raisonnable »⁵⁴, il ne doit pas commettre de fautes⁵⁵, afin de ne pas engager sa responsabilité.

Or, comment pourrait-on définir la faute en matière médicale⁵⁶ ?

53 Concernant la notion de bon père de famille, voir A. Caïd Essebsi, *L'endiguement du préjudice réparable*, thèse de doctorat en Droit, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2015, pp 627 et s.

Cette méthode d'appréciation *in abstracto* qui se réfère à un modèle abstrait, théorique pour apprécier un comportement, est adoptée par la jurisprudence comparée, aussi bien française (Pour des exemples d'appréciation *in abstracto* en droit français, voir Ch. Rade, « Droit à réparation, condition de la responsabilité contractuelle, dommage », *op.cit.*, p 9 n° 26.) qu'égyptienne

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني- النظرية العامة للالتزام، ج 1 "مصادر الالتزام"، ص 560 وما بعدها؛ بسام المحتسب بالله، المسؤولية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، بيروت 1984، ص 244 وما بعدها.

Concernant le dépassement de cette notion en droit français, voir l'article 26 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes qui a remplacé le terme « bon père de famille » figurant dans le code civil par « raisonnable » ou « raisonnablement ».

54 La notion de « raisonnable » est une notion anglo-saxonne. « Le critère de la personne raisonnable est, en principe, un critère objectif. Après avoir déterminé les caractéristiques de la personne raisonnable dans un cas donné, le tribunal précise la conduite que cette personne raisonnable, ainsi déterminée, aurait adoptée si elle s'était retrouvée à la place de la partie défenderesse ». L. Belanger -Hardy Et A. Grenon (sous la direction de), *Eléments de Common Law, aperçu comparatif du droit civil québécois*, Montréal, Carswell, 1997, p 209.

55 Sur la notion de faute et sa place dans la responsabilité civile, voir par exemple H -L et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, 9ème édition, Montchrestien, 1998, 21ème leçon, p 434. Sur l'importance de la responsabilité fondée sur la faute, voir Ph. Brun, *La responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 3 ème édition, 2014, pp 96 et ss.

محمد كمال شرف الدين، «قراءة في المبادئ التأسيسية للقانون المدني» مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، وحدة بحث القانون المدني، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص 68، وما بعدها؛

P. Esmein, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », R.T.D Civ. 1949, p 481. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd. Paris, L.G.D.J., 1949, n° 112, p 200.

56 Voir J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Toulouse, 1996, 2ème édition. A. Ladhar, « La faute médicale à travers la jurisprudence », *RJL*, Avril 2012, pp 45 et ss ;

م.ا. كورشيد، المسؤولية المدنية الطبية، تونس، 2011

La faute est le fait de commettre un écart de conduite, de ne pas se comporter conformément aux données acquises de la science⁵⁷. Toutefois, en temps de COVID et face à un virus nouveau, inconnu, peut-on parler de données acquises de la science ? Les données « acquises » sont les méthodes de diagnostic et de thérapeutique sur lesquelles il y a un consensus et qui ont été jugées adéquates par différents experts et divers essais cliniques. Or, aujourd'hui, la communauté scientifique n'a pas de certitudes, de comportements adoptés par la majorité. La contamination par ce virus, sa possible mutation, font encore objet de tâtonnements.

Mais en dépit de cette situation de doute, le comportement des médecins doit être correct et non fautif. Ils doivent se fonder sur les recommandations qui commencent à voir le jour un peu partout dans le monde et dans les revues scientifiques reconnues. Ils doivent suivre les protocoles établis par les collègues d'experts traçant ce qu'ils estiment être un comportement adéquat, correct. Dans ce sens, des comportements modèles sont en train de se dessiner, en Tunisie, à travers des normes de comportement établies par l'INEAS⁵⁸.

Dès qu'il s'agit de prodiguer des soins, le médecin doit tenter de diagnostiquer la maladie. Or, un médecin n'est pas à l'abri d'erreurs. En effet, face à des pathologies qui se ressemblent, le professionnel de la santé peut commettre une **erreur de diagnostic**, c.-à-d. une confusion entre des maladies donnant des symptômes similaires. *A priori*, l'erreur de diagnostic n'est pas fautive⁵⁹, mais elle peut le devenir⁶⁰ s'il est établi que les médecins ont commis une négligence ou un manquement à leur devoir d'effectuer un diagnostic correct, conformément aux moyens techniques disponibles⁶¹. Ainsi, le défaut de détection de la COVID-19 dans un contexte de pandémie et le fait de ne pas procéder à des analyses pour vérifier si c'est une grippe saisonnière, une grippe AH1N1 ou le coronavirus est une erreur de diagnostic fautive.

Une fois le diagnostic effectué, le médecin est tenu de déterminer les soins à prodiguer

57 Cette position a été rappelée par la cour de cassation tunisienne dans un arrêt n° 7240 du 15 Avril 2014, *inédit*.

58 Voir en ce sens *supra* (Partie I).

59 Sur la distinction entre la faute et l'erreur de diagnostic; voir S. Porchy- Simon, « Emergence d'une définition de la faute caractérisée dans le contentieux des préjudices liés à la naissance d'un enfant handicapé », *D.*2013, n° 10, p 685; A. Ladhar, *La faute et la responsabilité en matière médicale*, thèse pour le doctorat en Droit, Faculté de Droit de Sfax, 2011-2012, pp 28 et ss; A. Ladhar, « La faute médicale à travers la jurisprudence », *RJL*, Avril 2012, pp 45 et ss ; S. Abid Mnif, « L'évolution de la responsabilité civile médicale dans la jurisprudence tunisienne » », in *Questions doctrinales de droit civil contemporain*, sous la direction de Kamel Charfeddine, Unité de recherche « Droit civil », éd. Latrach Tunis 2014, pp144 et ss.

60 L'erreur de diagnostic est qualifiée dans certains cas de faute de diagnostic, reconnue par l'article 32 du code de déontologie médicale. Sur l'assimilation de l'erreur de diagnostic à une faute; voir M. Deguerge, *op. cit.*, p17; Voir aussi S. Welsch, *Responsabilité du médecin*, Litec, Paris, 2003, pp 254 et ss.

61 Ainsi, une mauvaise interprétation d'un scanner, d'une radiographie, le fait de juger à tort que l'état du patient est stable alors que ce dernier souffre en réalité d'un cancer, d'une tumeur ou d'une maladie pulmonaire qui s'avère fatale par la suite sont des fautes.

et le traitement à suivre, là aussi les obligations classiques des médecins sont mises à l'épreuve.

En effet, dans certains pays comme l'Espagne ou l'Italie, et faute de nombre suffisant de lits dans les services de réanimation, des médecins ont dû faire des choix entre des jeunes patients et des personnes âgées. Ceci semble choquant, contraire à la loi qui interdit toute discrimination pour quelque critère que ce soit⁶², contraire à l'éthique voire même inhumain. D'ailleurs, dans ce sens, l'article 3 du code de déontologie médicale impose au médecin de soigner tous les malades sans aucune discrimination. Un tel tri des patients selon l'âge serait donc contraire aux textes de lois et à l'éthique médicale, même s'il est parfois imposé par l'état d'urgence et de nécessité.⁶³ Dans de telles situations, il faudrait vérifier si le comportement est fautif ou pas en le comparant à celui du médecin raisonnable, consciencieux. Ce dernier aurait fait le même choix ou pas s'il s'est trouvé dans les mêmes circonstances.

Quid alors du traitement ?

Aujourd'hui, à l'occasion de la pandémie de la COVID-19, le corps médical se trouve dans une situation où on ne peut parler de données acquises de la science et où le traitement possible du virus ou des symptômes n'est pas encore établi. Dans ce sens, les traitements possibles pour arrêter son évolution, telle que l'hydroxychloroquine et son association à l'azithromicine font encore objet de polémique, les tests et les essais cliniques actuels ne sont pas encore suffisants pour tirer des conclusions, qui ne seraient que hâtives. On est donc en plein doute scientifique, l'attitude à suivre ne fait pas l'unanimité. Alors comment juger le comportement du médecin en ces temps de doutes et comment le protéger juridiquement d'un éventuel engagement de sa responsabilité ?

Le principe est que le médecin est libre de prescrire le traitement qu'il estime adéquat selon l'état de son patient. Mais en principe aussi, le médecin doit prescrire un médicament qui a respecté les normes de fabrication et de commercialisation en respectant -entre autre- l'autorisation de mise sur le marché (AMM) pour soigner les maladies indiquées dans le prospectus dudit médicament.

Toutefois, dans certains cas, les médecins se trouvent contraints d'utiliser le médicament pour une maladie autre que celle pour laquelle il est mis sur le marché.

62 L'article 21 de la constitution interdit les discriminations.

63 Ceci pourrait être expliqué par le principe d'interprétation affirmé par l'article 541 du C.O.C « L'interprétation peut, en cas de nécessité, modérer la rigueur de la loi, elle ne doit jamais l'aggraver », et inspiré du principe de droit musulman "الضرورات تبيح المحظورات".

Ainsi, « L'ensemble des données disponibles sur le niveau global des prescriptions dites hors AMM ou encore « non conformes » en France permet de retenir un pourcentage de l'ordre de 20%. La prescription hors AMM n'est donc pas une pratique marginale »⁶⁴.

La prescription hors AMM n'est donc pas totalement exclue, ce qui permettrait d'utiliser l'hydroxychloroquine, mise sur le marché pour soigner le malaria, le paludisme, la polyarthrite ou le lupus pour traiter les symptômes de la COVID-19.

Mais ceci nécessite le respect de certaines conditions :

D'abord, il faut que le ministère de santé autorise l'usage de ce médicament hors AMM, chose qui a été faite récemment.

Néanmoins, une telle **autorisation** n'est ni une carte blanche pour un usage systématique ni une obligation pour le médecin de le prescrire même s'il estime que l'état de santé de son patient ne le permet pas.

La prescription hors AMM, même si elle est autorisée par le ministère n'exonère pas le médecin de toute responsabilité. En effet, ce dernier doit accomplir convenablement son **obligation d'information**. Cette obligation déduite du code de déontologie médicale⁶⁵ et entérinée par la jurisprudence⁶⁶ doit être accomplie convenablement. Le médecin est tenu d'informer son patient du fait que c'est un médicament qui n'est pas -à la base- destiné au traitement de la COVID-19, qu'il risque d'avoir des effets secondaires. Le professionnel de la santé est tenu de préciser tous les risques possibles encourus par ce produit, qu'ils soient des risques fréquents ou rares, exceptionnels, minimes ou graves.

Le but de cette obligation d'information dûment accomplie est de recueillir le **consentement « éclairé » du patient**, c.-à-d. que son acceptation de subir le traitement soit basée sur une volonté libre et consciente, « en connaissance de cause ».

Ce consentement éclairé devrait être formulé par écrit afin de faciliter sa preuve.

Le médecin qui accomplit ses obligations convenablement pourra se prémunir contre tout engagement de sa responsabilité si des risques se réalisent ou des séquelles sont subies

64 <http://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/11/2018/Rapport-Hors-AMM-pour-ANM-vs-26-11-18.pdf>, consulté le 17/3/2020.

65 Des articles instaurent de manière claire cette obligation lorsqu'il s'agit d'expérimentation thérapeutique ou non (l'article 103 et les articles de 106 à 111). Par ailleurs, elle peut être déduite par des lectures *a contrario* ou implicite des articles 34, 35, 41 et 42 ; Voir en ce sens N. Ben Salah, « Déontologie médicale et communication médecin-malade », in *Ethique et communication de la santé, Quatrième conférence annuelle, Comité national d'éthique médicale*, Tunis 13 novembre 1999, pp 64 et ss.

66 Dans ce sens, un arrêt inédit de la cour de cassation tunisienne n° 20241 du 13 mars 2008 a consacré de manière claire et large cette obligation en estimant qu'elle relève d'un « devoir médical, scientifique et humain ». Un champ semblable a été tracé par un arrêt du Tribunal Administratif, du 31 décembre 2007 du Tribunal Administratif de 2007 en des termes moins explicites. (3^e ch. de cassation, affaire n° 38643, chef du contentieux de l'Etat *c/ Zohra Bazzi*).

par le malade suite à ce traitement même quelques années plus tard.

Par ailleurs, les décisions de suivre cette thérapeutique devrait être fondées sur des examens préalables et concomitants au traitement afin de vérifier l'inexistence de contre-indications d'une part et pour prouver que le traitement a été administré de manière raisonnable et que le comportement du médecin n'est pas considéré comme fautif, d'autre part.

Dans ce sens, une décision collégiale des médecins traitants pourrait être réconfortante pour le malade et protectrice pour les médecins, dès lors qu'elle peut être un signe de consensus scientifique.

Toutefois, la solution la plus efficace pour faire face à cette pandémie serait de trouver un vaccin. Les recherches ont déjà commencé et des échos sur des résultats qui seraient fiables se font entendre. Or, les recherches pour trouver un vaccin sont longues et difficiles, elles doivent respecter des phases obligatoires qui nécessitent du temps et de l'expérimentation avant d'aboutir à un consensus.⁶⁷ Tout produit qui ne serait pas conformes à ces conditions pourrait engager la responsabilité de ceux qui l'ont fabriqué, commercialisé, autorisé ou expérimenté; à savoir les laboratoires fabricants, les Etats et autorités sanitaires ou même les professionnels de santé qui l'auraient administré sans faire les essais et expérimentations nécessaires⁶⁸.

Conclusion et recommandations:

Certes, à situation exceptionnelle, il faut tolérer des mesures exceptionnelles, mais tout décideur est contraint de tenir compte des différents intérêts en jeu afin de décider de manière raisonnable. De même, tout professionnel de la santé doit respecter les obligations légales, déontologiques et éthiques qui lui incombent et qui se voient renforcées au temps de la COVID- 19. Il est ainsi recommandé de bien jauger les avantages et les inconvénients de chaque décision. La proportionnalité devient alors le critère à respecter. Tel est le cas de la proportionnalité entre le coût et le bénéfice ou entre le risque et le dommage.

67 Sur les critiques adressées au vaccin russe et une possibilité qu'il n'ait pas respecté les étapes d'expérimentation nécessaires, voir <https://www.lemonde.fr/blog/realitesbiomedicales/12/08/2020/vaccin-russe-contre-le-coronavirus-sars-cov-2-une-annonce-jugee-prematuree-et-non-credible>, consulté le 20/8/2020.

68 Sur les circonstances de fabrication et de commercialisation du vaccin contre la grippe AH1N1 ainsi que la polémique qu'il a causé, voir <https://www.pseudo-sciences.org/Les-polemiques-autour-de-la-vaccination-contre-le-virus-H1N1> consulté le 1/9/2020.

Ce vaccin aurait entraîné des cas de narcolepsie (maladie qui se caractérise par des endormissements intempestifs) chez une soixantaine de patients. Voir en ce sens <https://infoguerre.fr/06/2014/nouvelle-polemique-autour-du-vaccin-h1n1/> consulté le 1/9/2020.

Et sur l'immunité légale accordée aux producteurs de ce vaccin aux USA, voir A. Caïd Essebsi, « Prévention, réparation et responsabilité civile », *op.cit.*, p 191.

Il est également recommandé de fonder les positions prises sur des décisions collégiales, impliquant les scientifiques et les sociétés savantes.

Les décideurs doivent aussi respecter les principes constitutionnels et les droits fondamentaux tout en trouvant un équilibre entre les droits et libertés d'une part et la sécurité sanitaire d'autre part; « l'ordre public sanitaire » devrait primer sur tous les autres intérêts individuels, économiques et sociaux.

Par ailleurs et concernant le médecin, il devrait avoir un comportement conforme à l'éthique, à la déontologie, et à celui du médecin « raisonnable » même en l'absence de « données acquises » de la science. Il devrait informer le malade des risques qu'il encourt et respecter les droits de ce dernier, consacrés par la constitution et par les différentes règles déontologiques. Il doit tenir compte de toutes ces obligations qui se voient encore plus renforcées en ces temps de crise sanitaire où le doute plane et les certitudes scientifiques font défaut.

Ainsi et contrairement au proverbe anglais qui dit « Vite et bien ne s'accordent guère », les décideurs et les professionnels de la santé doivent veiller à faire les choses « vite et bien » afin de tenter de sauver l'humanité.

BIBLIOGRAPHIE

- A- Al-Sanhūrī A.A., Alwasīṭ fī alqānūn Al-madanī, anaẓaria āl‘āmmā lil iltizām, maṣādir al-iltizām, (En arabe) al-iskandariya 2004.
- B- Al- muhtasab bilāh B., Almas‘ūlia Aṭebbiya Al-madaniya wa al-jinā‘ia bayna al-naẓariya wa al-taṭbīq, (En arabe), 1ère éd. Beyrouth,1984.
- C- Korchid M.A., Almas‘ūlia Aṭebbiya Al-madaniya, (En arabe), Tūnis, 2011.
- D- Charfeddine M.K., « Qirāā fi al Āl mebedḍi aṭāṣiliya lil qanūn al madanī, » (En arabe), Mesā’l fi fiqh al alqānūn Al-madanī Al-mou‘aṣir, ṭḥtā iṣrāf Al Osteḍ Mohamed Kamel Charfeddine, wiḥḍāt bāḥṭ alqānūn Al-madanī, Majmā Āl Ātraš lil kitab Āl Moḥṭāṣ , tūnis 2014, assafāḥat 68w mā bāād.

