



Le refus de soin

Pascal Puig

► **To cite this version:**

Pascal Puig. Le refus de soin. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2013, pp.41-60. hal-02545779

HAL Id: hal-02545779

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02545779>

Submitted on 17 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le refus de soins¹

Pascal PUIG

*Professeur à l'Université de La Réunion
Doyen de la Faculté de Droit et d'Économie*

Résumé :

Le refus de soins recouvre de nombreuses réalités fort différentes. Exprimé par le patient, le refus de se soigner tantôt reflète des convictions idéologiques, souvent religieuses, proscrivant certaines atteintes corporelles (transfusion sanguine...), tantôt exprime le désir de quitter une vie devenue trop douloureuse ou indigne d'être vécue, le désir de mourir (euthanasie). Exprimé par le médecin, le refus de soigner vise le cas du professionnel qui refuse de prendre en charge une personne ou lui refuse une prescription. En l'état du droit positif, ce refus peut être, selon les circonstances, parfaitement légitime ou au contraire discriminatoire. Quel que soit son visage, le refus de soins met en œuvre et confronte de nombreux droits, devoirs et libertés fondamentaux souvent – trop souvent – instrumentalisés au service de la défense d'intérêts privés et/ou de convictions individuelles.

Refuser de se soigner, refuser de se faire soigner, refuser de faire soigner, dans l'espoir de vivre, dans l'espoir de mourir, refuser de soigner, refuser de prendre en charge, refuser de prescrire, refuser de poursuivre des soins, refuser l'obstination déraisonnable... le refus de soins se présente sous un masque aux multiples visages.

Tantôt exprimé par le patient, tantôt exprimé par ses proches, tantôt exprimé par le médecin, le refus de soins met en œuvre et confronte de nombreux droits, devoirs et libertés fondamentaux : droit à la vie, sauvegarde de la dignité, droit à la protection de la santé, droit au respect du corps humain, droit de disposer de son corps, liberté individuelle, liberté religieuse, inviolabilité et indisponibilité du corps humain, interdiction des discriminations, liberté de conscience, liberté thérapeutique... autant de droits et libertés qui, comme à l'accoutumée, se retrouvent instrumentalisés au service de la défense d'intérêts privés et/ou de convictions individuelles.

¹ Intervention au colloque « Droits des Patients, Regards croisés », organisé par l'ARAR soins à domicile et la Faculté de Droit et d'Économie de l'Université de La Réunion, les 24 et 25 novembre 2011. Le style oral a été conservé.

Le refus de soins confronte également de nombreux textes, parfois flous ou ambigus, souvent contradictoires, dont l'articulation fait appel à la conscience du médecin, à la sagesse du juge et, trop rarement, à la responsabilité du législateur.

Par exemple : comment peut-on à la fois respecter la volonté du patient de ne pas être soigné et le devoir de respecter sa vie et sa santé ? Comment peut-on respecter sa volonté de mourir s'il est interdit de l'aider à mourir ? Comment concilier le droit de disposer librement de son corps et le principe d'inviolabilité et du respect dû au corps humain ?

Les solutions, on s'en doute, ne sont pas certaines et dépendent d'une casuistique source d'insécurité juridique.

Mitigation of damages. J'évoquerai en introduction les questions de refus de soins ne concernant pas directement la relation médicale, mais ayant seulement des incidences sur l'indemnisation des victimes. Voici une victime d'accident qui refuse de subir les soins médicaux que lui préconise son médecin, soins qui auraient pu améliorer son état et réduire du même coup l'étendue de son préjudice. La victime sollicite néanmoins la réparation intégrale dudit préjudice. Le responsable peut-il tenter de s'exonérer partiellement en faisant valoir une faute de la victime puisqu'elle a, d'une certaine façon, contribué à son préjudice ?

La doctrine et la jurisprudence avaient d'abord distingué entre les actes médicaux pénibles ou aléatoires que la victime avait le droit de refuser et les soins ni douloureux ni risqués que la victime ne pouvait refuser sans commettre de faute.

Puis la Cour de cassation a décidé, sur le fondement de l'article 16-3 C. civ., que « nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale »¹. Autrement dit, toute distinction selon la gravité de l'acte médical est abandonnée dès lors que l'acte médical, en l'occurrence la pose d'une prothèse, suppose une atteinte à l'intégrité physique.

En 2003, La Cour de cassation va encore plus loin puisqu'elle pose en principe que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »². Celui-ci est tenu, en vertu du principe de réparation intégrale, de réparer toutes les conséquences dommageables de son acte. Il n'existe donc aucune obligation de minimiser son dommage³, ni en matière d'accidents corporels, ni même en matière de dommage économique, souvent de nature contractuelle, alors qu'il y aurait probablement lieu de distinguer⁴. Il en va toutefois différemment

¹ Civ. 2^e, 19 mars 1997 : *RTD civ.* 1997, p. 632, obs. J. HAUSER ; p. 675, obs. P. JOURDAIN.

² Civ. 2^e, 19 juin 2003 : *RTD civ.* 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN.

³ V. cep. Civ. 2^e, 24 novembre 2011 : *D.* 2012, p. 141, note H. ADIDA-CANAC ; p. 644, obs. H. ADIDA-CANAC et O.-L. BOUVIER ; *Gaz. Pal.* mai 2012, *Chron. Droit de la responsabilité civile*, obs. M. MEKKI, qui tend discrètement à l'adoption d'un tel devoir en matière contractuelle.

⁴ S. PIMONT, « Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage », *RLDC*, 2004/10, p. 15 et 2004/11, p. 14.

lorsqu'un fait postérieur à l'accident vient rompre la chaîne des causalités. Il s'agit alors d'un nouveau dommage, sans lien de causalité avec le précédent, et non d'une aggravation du dommage initial¹. La distinction est parfois ténue.

Plan. Dans les relations entre patient et médecin, le refus de soins peut être opposé à l'autre par chacun d'eux. Il convient donc de distinguer : le refus de soins *exprimé par le patient* et le refus de soins *opposé par le médecin*, autrement dit le refus *de se soigner* (I) et le refus *de soigner* (II).

I.- Le refus de se soigner

Vivre ou mourir. Le refus de se soigner, exprimé par le patient (ou son entourage), recouvre deux réalités qu'il importe de distinguer selon la cause du refus.

Dans certains cas, le refus de soins est exprimé pour des raisons idéologiques, souvent religieuses, ne traduisant aucun souhait de mourir, mais simplement la volonté de ne pas subir d'atteinte corporelle qui n'aurait pas été préalablement consentie. *Noli me tangere* ! « Ne me touchez pas... sans mon consentement » ! Ce refus requiert une *abstention* du médecin.

Dans d'autres cas, le refus de soins traduit le désir d'en finir, de quitter une vie devenue trop douloureuse ou indigne d'être vécue, le désir de mourir. Ce refus demande bien davantage au médecin qu'une simple abstention. Il requiert de lui un acte positif : arrêter le traitement qui maintient le patient en vie et le laisser partir. Il s'agit de ce que l'on nomme, non sans abus de langage, euthanasie « passive ».

Dans les premiers cas, le patient espère vivre malgré son refus de se soigner (A) tandis que, dans les seconds, il souhaite mourir grâce au refus de soins (B).

Puisque le colloque traite des droits du patient, je distinguerai donc en fonction de ce que sa volonté recouvre : la volonté de vivre malgré le refus de se soigner et la volonté de mourir par le refus de se soigner

A.- La volonté de vivre malgré le refus de se soigner

Transfusions sanguines. La volonté de vivre malgré le refus de se soigner repose généralement sur des convictions personnelles, souvent religieuses. L'évolution du droit doit ici beaucoup aux Témoins de Jéhovah qui, par conviction, refusent toute transfusion sanguine.

¹ Civ. 2^e, 13 juillet 2006 : *RTD civ.* 2007, p. 128, obs. P. JOURDAIN.

Avant la loi du 4 mars 2002. Dans une célèbre affaire jugée en 2001 par le Conseil d'État, un médecin était passé outre le refus réitéré d'un témoin de Jehovah de subir des transfusions sanguines, dans le but de le sauver. Le Conseil d'État commence par annuler l'arrêt pour erreur de droit au motif que « *l'obligation pour le médecin de sauver la vie ne saurait prévaloir de façon générale sur celle de respecter la volonté du malade* »¹. Autrement dit, il n'existe aucune hiérarchie normative entre le droit à la vie et le respect de la volonté du malade. Les juges doivent apprécier dans chaque cas d'espèce la réalité de la faute reprochée au regard du but poursuivi et des moyens utilisés.

C'est ainsi que la Haute juridiction administrative décide ensuite que « *compte tenu de la situation extrême dans laquelle le patient se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que dans ces conditions, et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris* »².

En d'autres termes, la volonté du patient peut être transgressée à trois conditions cumulatives : l'acte médical doit être indispensable à sa survie, proportionné à son état et accompli avec l'intention de le sauver.

Jurisprudence combattue par la loi du 4 mars 2002. La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades, modifiée par la loi du 22 avril 2005, n'a pas repris la solution du Conseil d'État que certains auteurs avaient pu critiquer.

Outre l'article 16-3 du Code civil qui exige le consentement préalable de la personne, le Code de la santé publique dispose littéralement que : « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* »³. L'alinéa 2 ajoute que « *le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix* ». L'alinéa 3 réitère : « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

L'article R. 4127-36 (code de déontologie médicale) va dans le même sens en expliquant clairement que « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences* »⁴.

¹ CE, 26 octobre 2001 : D. 2001, IR 3253 ; JCP G 2002, II, 10025, note J. MOREAU ; RTD civ. 2002, p. 484, obs. J. HAUSER (nous soulignons).

² Nous soulignons.

³ Article L. 1111-4, al. 1^{er} CSP (nous soulignons).

⁴ Nous soulignons.

À lire ces dispositions, on comprend que la volonté du patient doit toujours l'emporter sur le pouvoir décisionnel du médecin. Celui-ci doit seulement informer le patient des risques qu'il encourt et, si le refus de soins met la vie du patient en danger, « le médecin doit tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical »¹.

Autrement dit, le médecin a un devoir d'information et, si la vie est en danger, un devoir de conviction, le devoir de « raisonner » le patient, de le faire fléchir. Il n'a aucun pouvoir d'opposition. Sa seule marge de manœuvre serait de considérer que le refus du patient constitue pour lui un motif légitime de se retirer de la relation et de refuser de soigner (*cf. infra* II.).

Il s'ensuit que le refus éclairé du malade doit être respecté par le médecin et que la responsabilité civile du médecin qui se conforme au refus du patient ne devrait jamais pouvoir être engagée², sous réserve toutefois qu'il soit en mesure d'administrer la preuve de l'information et du refus, notamment par un écrit³.

À l'inverse, si le médecin passe outre le refus du patient, sa responsabilité devrait pouvoir être engagée quels que soient ses intentions louables. La conscience du médecin ne saurait prévaloir sur la volonté du patient !

Patient hors d'état de manifester sa volonté. Ce n'est que lorsque le patient est hors d'état de manifester sa volonté que le médecin peut décider d'opérer, non sans avoir préalablement consulté la personne de confiance, la famille ou les proches⁴.

Une pratique autrefois répandue consistait, pour le médecin, à solliciter, contre la volonté du patient et de sa famille, l'autorisation du Procureur de la République. Si certaines cours d'appel ont pu implicitement approuver de tels recours⁵, on n'en trouve nulle trace dans les dispositions du Code de la Santé

¹ Article L. 1111-4, al. 2 CSP.

² Crim., 3 janvier 1973 : *Bull. crim.* 1973, n° 2 ; CE, 27 janvier 1982, *aff. Benhamou* : *D.* 1982, IR 275 ; CA Aix-en-Provence, 21 février 2006 : *Resp. civ. et assur.* 2007, comm. 128, Ch. RADÉ ; Crim., 11 mai 2010, n° 09-87010.

³ Article R.1112-43 CSP : « *Lorsqu'un malade n'accepte pas le traitement, l'intervention ou les soins qui lui sont proposés, sa sortie, sauf urgence médicalement constatée nécessitant d'autres soins, est prononcée par le directeur après signature par l'hospitalisé d'un document constatant son refus d'accepter les soins proposés. Si le malade refuse de signer ce document, un procès-verbal de ce refus est dressé* ».

⁴ Al. 4. Pour les mineurs, l'art. L. 1111-4 prévoit que « *le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ».

⁵ CA Aix-en-Provence, 21 décembre 2006, *D.* 2007, p. 1848, note F. VIALLA.

publique (ci-après CSP) qui ne prévoit que le recours à un autre membre du corps médical...

Loi combattue par la jurisprudence. Ces solutions dictées par la loi ne sont pas suivies à la lettre par les juridictions administratives – et spécialement le Conseil d'État – qui n'hésitent pas à réécrire le Code de la Santé publique à l'aune de leur conscience.

En 2002¹, le Conseil d'État, statuant en référé, a décidé que, bien que le droit de refuser des soins constitue une liberté fondamentale pour le patient, les médecins ne portent pas une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté en accomplissant un acte médical malgré le refus clairement exprimé par le patient dès lors que les médecins avaient tout mis en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables à sa survie, que le recours à une transfusion était un acte indispensable à la survie de l'intéressé et proportionné à son état.

Autrement dit, le législateur peut s'évertuer à rappeler qu'aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement du patient, la conscience du médecin doit l'emporter sur le choix du patient lorsque son pronostic vital est engagé. Le médecin est en droit, pour les juridictions administratives, de soigner le patient contre son gré, de le sauver malgré lui².

Dernier épisode ? Cette jurisprudence est-elle de nouveau combattue et remise en cause par la loi de 2005 ? Le respect de la volonté du patient semble en effet avoir été renforcée par la loi « Léonetti » qui permet au patient de refuser, non plus « *un* » traitement, mais « *tout* » traitement, ce qui interdit semble-t-il toute distinction selon le caractère vital ou non de l'acte médical. À suivre...

B.- La volonté de mourir par le refus de se soigner

La volonté de mourir par le refus de se soigner vise le cas du patient, en phase avancée et terminale d'une affection grave et incurable, qui demande la limitation ou l'arrêt de tout traitement. La loi envisage cette hypothèse sous deux angles, selon que le malade est conscient (1) ou hors d'état de manifester sa volonté (2).

1 - Malade conscient

Respect de la volonté du patient. – L'article L. 1111-4 du CSP prévoit que si la volonté de la personne d'interrompre tout traitement met sa vie en danger,

¹ TA Lille, référé, 25 août 2002 et CE, référé, 16 août 2002, *RTD civ.* 2002, p. 781, obs. J. HAUSER ; *D.* 2004, somm. p. 602, obs. J. PENNEAU.

² On admettra aussi, dans le prolongement, que le médecin doit faire l'impossible pour tenter de sauver la personne après une tentative de suicide, laquelle marque bien pourtant le refus de la vie, donc de soins (P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, n° 1907).

le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical.

Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical.

Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 (soins palliatifs).

Il ressort de ces dispositions que lorsqu'une personne, en phase avancée et terminale d'une affection grave et incurable, demande en toute conscience et liberté la limitation ou l'arrêt d'un traitement devenu inutile quant à un espoir de guérison, le médecin doit respecter sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. L'arrêt du traitement curatif impose alors de passer à des soins palliatifs.

L'arrêt du traitement est licite, non l'arrêt des soins¹.

A cet égard, la loi prévoit notamment que « *toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur* » laquelle doit être « *en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée* »².

C'est ici que la loi de 2005 a introduit une disposition remarquable prévoyant que : « *Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger sa vie, il doit en informer le malade, la personne de confiance (visée à l'article L. 1111-6), la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical* ».

Ce dispositif est une application de la théorie du double effet présentée dans la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin. Elle traduit cette différence « *dans la conscience réelle, entre le bien d'une intention et le mal d'une conséquence non voulue. C'est elle qui permet de distinguer ce qui relève de l'euthanasie et ce qui relève des justes moyens de lutte contre la douleur* »³.

Les travaux parlementaires ont illustré cette distinction : « *Demandons-nous quelles substances il ne faut pas donner. On peut administrer de la morphine - qui soulage de la douleur, même si elle peut abrèger la vie - mais jamais de chlorure de potassium - qui à forte dose, n'est rien d'autre qu'un coup de pistolet chimique ou de curare* »⁴.

¹ B. BEIGNIER et Y. PUYO, *Respect et protection du corps humain – La mort*, Juris-Class. Civ., Fasc. 70, n° 48.

² Article L. 1110-5 CSP.

³ N. AUMONIER.

⁴ JO Débats AN, intervention de P.-L. FAGNIEZ, 2^{ème} séance du 26 novembre 2004.

Certains y ont vu « *l'affirmation acceptable d'un droit d'euthanasie passive* »¹. Pour d'autres, la loi permet ce qu'elle veut interdire². C'est avant tout un débat sémantique. Le médecin ne fait que soulager la douleur et accompagner la fin de vie sans la provoquer délibérément³.

2 - Malade hors d'état de manifester sa volonté

Procédure collégiale. Lorsque la personne est inconsciente, le problème se pose en des termes différents. La question n'est plus celle de la libre disposition d'un individu sur son propre corps, mais celle de la reconnaissance à autrui du droit de décider d'un arrêt des soins, notamment dans l'hypothèse où ceux-ci semblent constituer une obstination déraisonnable.

L'article L. 1111-4 CSP prévoit que : « *Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical* »⁴.

L'article L. 1111-13 CSP rappelle de manière redondante que : « *Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à*

¹ D. BAILLEUL, Le droit de mourir au nom de la dignité humaine : *JCP G* 2005, I, 142, n° 3.

² F. ALT-MAES, La loi sur la fin de vie devant le droit pénal : *JCP G* 2006, I, 119.

³ Article R4127-38 CSP : « *Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et reconforter son entourage.*

Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort » (nous soulignons).

⁴ Sur la personne de confiance, cf. Article L. 1111-6 CSP : « *Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.*

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci ».

défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. Sa décision, motivée, est inscrite dans le dossier médical ».

Cette procédure collégiale, précisée à l'article R. 4127-37 CSP, est issue du décret du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement¹.

1. Initiative

Le médecin peut engager la procédure collégiale de sa propre initiative.

Il est tenu de le faire au vu des directives anticipées du patient présentées par l'un des détenteurs de celles-ci mentionnés à l'article R. 1111-19 ou à la demande de la personne de confiance, de la famille ou, à défaut, de l'un des proches.

Les détenteurs des directives anticipées du patient, la personne de confiance, la famille ou, le cas échéant, l'un des proches sont informés, dès qu'elle a été prise, de la décision de mettre en œuvre la procédure collégiale.

2. Avis, souhaits et concertation

La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient, après concertation avec l'équipe de soins si elle existe et sur l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est demandé par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile.

La décision de limitation ou d'arrêt de traitement prend en compte les souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés, en particulier dans des directives anticipées, s'il en a rédigé, l'avis de la personne de confiance qu'il aurait désignée ainsi que celui de la famille ou, à défaut, celui d'un de ses proches.

Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre, selon les cas, l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation.

3. Motivation et information

La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est motivée. Les avis recueillis, la nature et le sens des concertations qui ont eu lieu au sein de l'équipe de soins ainsi que les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient. La personne de confiance, si elle a été désignée, la famille ou, à défaut, l'un des

¹ Journal Officiel du 30 janvier 2010.

proches du patient sont informés de la nature et des motifs de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement.

Directives anticipées du patient. Introduite en droit positif par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades en fin de vie, la technique des directives anticipées du patient (ou testament de vie) est prévue à l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique aux termes duquel :

*« Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou de l'arrêt du traitement »*¹.

Seule une personne majeure peut donc rédiger de telles directives, qui sont toujours librement révocables, mais dont les effets sont toutefois limités. Leur seul effet impératif est, depuis le décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010, d'obliger le médecin à mettre en œuvre la procédure collégiale instituée en cas d'arrêt de soins, sans toutefois présager de la décision que celui-ci pourra prendre.

En dehors de cette hypothèse, ces directives, et à la condition qu'elles aient été exprimées depuis moins de trois ans, sont seulement un élément de la décision du médecin, qui n'est donc pas tenu de les suivre. Par ailleurs, elles ne produisent d'effet qu'à la fin de vie de l'intéressé sans avoir une quelconque valeur légale dans d'autres hypothèses. Leurs modalités précises de rédaction, de révocation, et de conservation sont détaillées aux articles R. 1111-17 à R. 1111-20 du Code de la santé publique².

¹ F. ALT-MAES, « Le respect de la dignité au centre des pratiques et de la loi sur la fin de vie », *Gaz. Pal.* 30 mai 2006, 2.

² Article R.1111-17 : « Les directives anticipées mentionnées à l'article L. 1111-11 s'entendent d'un document écrit, daté et signé par leur auteur dûment identifié par l'indication de ses nom, prénom, date et lieu de naissance.

Toutefois lorsque l'auteur de ces directives, bien qu'en état d'exprimer sa volonté, est dans l'impossibilité d'écrire et de signer lui-même le document, il peut demander à deux témoins, dont la personne de confiance lorsqu'elle est désignée en application de l'article L. 1111-6, d'attester que le document qu'il n'a pu rédiger lui-même est l'expression de sa volonté libre et éclairée. Ces témoins indiquent leur nom et qualité et leur attestation est jointe aux directives anticipées.

Le médecin peut, à la demande du patient, faire figurer en annexe de ces directives, au moment de leur insertion dans le dossier de ce dernier, une attestation constatant qu'il est en état d'exprimer librement sa volonté et qu'il lui a délivré toutes informations appropriées ».

Article R.1111-18 : « Les directives anticipées peuvent, à tout moment, être soit modifiées, partiellement ou totalement, dans les conditions prévues à l'article R. 1111-17, soit révoquées sans formalité.

Leur durée de validité de trois ans est renouvelable par simple décision de confirmation signée par leur auteur sur le document ou, en cas d'impossibilité d'écrire et de signer, établie dans les conditions prévues au second alinéa de l'article R. 1111-17. Toute modification intervenue dans le respect de ces conditions vaut confirmation et fait courir une nouvelle période de trois ans.

Dès lors qu'elles ont été établies dans le délai de trois ans, précédant soit l'état d'inconscience de la personne, soit le jour où elle s'est avérée hors d'état d'en effectuer le renouvellement, ces directives demeurent valides quel que soit le moment où elles sont ultérieurement prises en compte ».

La personne de confiance. Désignée en application de l'article L. 1111-6 CSP¹, la personne de confiance peut être appelée à jouer un rôle central dans la décision médicale. L'article L. 1111-12 CSP dispose en effet que :« *Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et hors d'état d'exprimer sa volonté, a désigné une personne de confiance en application de l'article L. 1111-6, l'avis de cette dernière, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin ».*

Le refus de soins manifesté par le patient exprime tantôt un désir de vivre malgré ce refus, tantôt un désir de mourir grâce à ce refus. Le patient n'est pas le seul à pouvoir exprimer un tel refus. Le médecin peut lui opposer ce refus dans certaines conditions qu'il importe désormais d'examiner.

Il convenait en effet de distinguer le refus de soins *exprimé par le patient* et le refus de soins *opposé par le médecin*, autrement dit le refus **de se soigner** et le refus **de soigner**.

II.- Le refus de soigner

Le refus de soigner vise le cas du médecin qui refuse de prendre en charge une personne ou qui refuse une prescription à une personne. Ce refus est parfois, en l'état du droit positif, parfaitement légitime (A). Dans d'autres cas, ce refus est discriminatoire et susceptible d'être sanctionné (B).

Article R.1111-19 : « *Les directives anticipées doivent être conservées selon des modalités les rendant aisément accessibles pour le médecin appelé à prendre une décision de limitation ou d'arrêt de traitement dans le cadre de la procédure collégiale définie à l'article R. 4127-37.*

À cette fin, elles sont conservées dans le dossier de la personne constitué par un médecin de ville, qu'il s'agisse du médecin traitant ou d'un autre médecin choisi par elle, ou, en cas d'hospitalisation, dans le dossier médical défini à l'article R. 1112-2.

Toutefois, les directives anticipées peuvent être conservées par leur auteur ou confiées par celui-ci à la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6 ou, à défaut, à un membre de sa famille ou à un proche. Dans ce cas, leur existence et les coordonnées de la personne qui en est détentrice sont mentionnées, sur indication de leur auteur, dans le dossier constitué par le médecin de ville ou dans le dossier médical défini à l'article R. 1112-2.

Toute personne admise dans un établissement de santé ou dans un établissement médico-social peut signaler l'existence de directives anticipées ; cette mention ainsi que les coordonnées de la personne qui en est détentrice sont portées dans le dossier médical défini à l'article R. 1111-2 ».

Article R.1111-20 : « *Lorsqu'il envisage de prendre une décision de limitation ou d'arrêt de traitement en application des articles L. 1111-4 ou L. 1111-13, et à moins que les directives anticipées ne figurent déjà dans le dossier en sa possession, le médecin s'enquiert de l'existence éventuelle de celles-ci auprès de la personne de confiance, si elle est désignée, de la famille ou, à défaut, des proches ou, le cas échéant, auprès du médecin traitant de la personne malade ou du médecin qui la lui a adressée. Le médecin s'assure que les conditions prévues aux articles R. 1111-17 et R. 1111-18 sont réunies ».*

¹ Cf. *supra* note 25.

A.- Le refus légitime

Droits fondamentaux et principe de proportionnalité. Le refus est légitime lorsqu'il est justifié par le respect de droits, principes et devoirs dont le médecin est le naturel gardien et que ce refus est proportionné, c'est-à-dire qu'il ne porte pas une atteinte excessive à d'autres droits et principes fondamentaux. Comme à chaque fois qu'il est sollicité, le principe de proportionnalité impose de trouver un subtil équilibre entre des intérêts contradictoires.

Le consentement du patient est certes une condition essentielle à la validité de l'acte médical, mais elle n'est pas suffisante. Encore faut-il que l'acte médical respecte les principes fondamentaux égrenés par loi.

Quels sont principes ? Citons-en quelques-uns.

- **La nécessité médicale justifiant l'atteinte** (article 16-3 du Code civil). Mais qu'est-ce qu'une « nécessité médicale » si ce n'est la nécessité appréciée par le seul médecin, ce que n'était pas la « nécessité thérapeutique » antérieure à 1999 ?

- **les principes d'inviolabilité et d'indisponibilité du corps humain** (article 16-1 du Code civil). Par exemple, pas d'intervention médicale en vue d'une gestation pour autrui (mères porteuses).

- **le principe de proportionnalité entre le bénéfice escompté et les risques encourus.**

Article L. 1110-5 CSP : « *Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté* ».

Article R. 4127-40 CSP : « *Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié* ».

- **Demande de traitement dont l'efficacité n'est pas reconnue ou qui ne serait pas fondée sur des connaissances médicales avérées.**

Article L. 1110-5 CSP : « *Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées* ».

Article R4127-32 CSP : « *Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* ».

- Refus de l'obstination déraisonnable, autrefois acharnement thérapeutique, et des actes n'ayant pour objet ou pour effet que le seul maintien artificiel de la vie.

Article L. 1110-5 CSP : « *Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris* ».

Article R. 4127-37 CSP : « *I.- En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement. Il doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet ou effet que le maintien artificiel de la vie* ».

- Clause de conscience du médecin en matière d'interruption volontaire de grossesse

Article L. 2212-8 CSP : « Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse, mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.

Aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse.

Un établissement de santé privé peut refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux. »

Article R. 4127-18 du Code de déontologie : « *Un médecin ne peut pratiquer une interruption volontaire de grossesse que dans les cas et les conditions prévus par la loi ; il est toujours libre de s'y refuser et doit en informer l'intéressée dans les conditions et délais prévus par la loi* ».

Euthanasie. Enfin, au nom du droit à la vie, on relèvera que le médecin peut - et doit - refuser de donner la mort. C'est la question de l'euthanasie.

Dans son sens originel (du grec *eu* qui signifie bon, doux, paisible et *thanatos*, la mort), l'euthanasie désigne la mort douce et exempte de souffrance survenue naturellement. Dans son sens dérivé, mais aujourd'hui courant, il s'agit de la mort provoquée à la personne (avec ou sans son consentement) dans le but d'abrèger ses souffrances ou d'éviter une déchéance. Ce n'est pas un terme juridique, sauf appliqué à l'animal¹.

¹ Article L211-11 du Code rural.

On a aussi pris l'habitude – mauvaise selon de nombreux auteurs – de distinguer l'euthanasie passive de l'euthanasie active. L'euthanasie passive désigne habituellement le refus de l'acharnement thérapeutique, c'est-à-dire le refus de recourir à des techniques de soin ou à interrompre ces soins en présence d'une personne atteinte d'un mal incurable. L'euthanasie active consiste à provoquer délibérément la mort, ce qui reste interdit.

Pourtant, de l'euthanasie passive à l'euthanasie active, consistant à provoquer délibérément la mort d'une personne qui le demande, la distance est bien mince. Et le risque d'une condamnation pour aide au suicide ou même pour homicide volontaire n'est pas négligeable même si, en pratique, l'indulgence des juges et des jurés se fait ici ressentir.

On se souvient de l'émoi qui a suivi l'affaire Humbert lorsque, le 25 septembre 2003, Marie Humbert tentait de mettre fin aux jours de son fils Vincent, jeune tétraplégique aveugle et muet qui avait demandé par lettre le droit de mourir au Président de la République. Cette affaire avait abouti à la loi « *Léonetti* » du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

Plusieurs propositions de lois ont été déposées afin de légaliser l'euthanasie, à l'instar de certains États de l'Union européenne. Aucune n'a encore abouti, pas même les trois dernières propositions sénatoriales tendant à la reconnaissance d'une mort médicalisée, rapide et sans douleur¹. Il n'est pas certain qu'il faille légiférer en pareille matière tant le débat est complexe et la mise en œuvre d'un texte incertaine.

L'euthanasie en droit positif. En droit positif, l'euthanasie (active) est clairement condamnée, tant sur le plan de la déontologie médicale que du Code pénal : empoisonnement, non-assistance à personne en péril, homicide involontaire. Le meurtre par pitié reste un meurtre !

Il semblerait toutefois, selon certains auteurs, que notre droit pénal permette plus qu'il n'interdise en matière d'euthanasie². D'une part, il y a la « *permission de la loi* »³ qui autorise le double effet des traitements contre la douleur (apaiser la souffrance en écourtant la vie), qui enjoint au médecin de ne pas soigner un patient qui le refuse et lui interdit toute obstination déraisonnable. D'autre part, les auteurs relèvent la rareté des poursuites par rapport à la fréquence des cas, le parquet usant en la matière de son pouvoir de ne pas déclencher des poursuites qu'il estime inopportunes. Les rares cas de poursuites s'expliquent le plus souvent par des conflits au sein de la famille ou entre soignants. Le juge d'instruction prononce

¹ Propositions Godefroy, Fischer et Fouché, sur lesquelles cf. F. VIALLA, « Vers un acte « médico-létal » ? », *JCP G* 2011, 98.

² A. PROTHAIS, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP G* 2011, 536.

³ Article 122-4 du Code pénal.

alors parfois un non-lieu et, si l'affaire vient à être jugée, la condamnation est le plus souvent symbolique (emprisonnement avec sursis).

Certains y voient une hypocrisie de notre système répressif, d'autres préfèrent y déceler une forme de permission de la loi au sens du Code pénal.

Au niveau européen, la question de l'assistance au suicide puis du droit de se suicider a été posée à la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Assistance au suicide ? Cette douloureuse question a été posée à la Cour européenne des Droits de l'Homme dans la très médiatique affaire *Diane Pretty c/ Royaume-Uni*¹ : atteinte d'une sclérose en plaques incurable, elle souhaitait l'assurance que son mari ne serait pas poursuivi s'il mettait fin à ses souffrances en l'aidant à se suicider. L'argument avancé par la malade se fondait notamment sur l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le droit à la vie. Elle avançait que le droit à la vie suppose le droit pour chaque personne de choisir la mort ; le droit à la vie serait ainsi réversible. L'arrêt rendu par les juges de Strasbourg lui refusa ce droit et elle décéda quelques semaines plus tard.

La Cour s'est fondée sur la **prééminence du droit à la vie** proclamé par l'article 2 CEDH qui ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir. Au-delà de cet argument technique, la décision de la Cour, que chacun appréciera selon sa sensibilité, repose sur le souci de ne pas jouer aux apprentis sorciers en un domaine aussi sensible et surtout aussi médiatisé. Créer un précédent en ouvrant de manière générale les portes de l'euthanasie à partir d'une affaire exemplaire où le courage, la lucidité et la détermination de la requérante forçaient l'admiration présentait des risques de dérives d'autant plus grands que l'affaire était fortement médiatisée. Selon un commentateur attentif, la solution aurait peut-être été différente si l'affaire n'avait pas été aussi frénétiquement médiatisée...

Vers un droit de se suicider ? – Plus récemment, la question de la reconnaissance d'un droit au suicide a été posée aux juges de Strasbourg dans l'affaire *Haas c/ Suisse*². M. Ernst Haas est un quinquagénaire suisse atteint depuis une vingtaine d'années d'un grave trouble affectif bipolaire qui fait de sa vie un enfer. Après deux tentatives vaines de suicide, il adhère à l'association suisse *Dignitas* d'assistance organisée au suicide et réclame le moyen de parvenir à une mort assurée, sans douleur : 15 grammes de pentobarbital sodique, substance soumise à prescription médicale.

Or aucun des 170 médecins consultés n'a accepté de lui prescrire la précieuse dose fatale, si bien qu'il engagea une bataille juridique en vue de

¹ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; *RTD civ.* 2002, p. 858, J.-P. MARGUÉNAUD.

² Cour EDH, 20 janvier 2011, *Haas c/ Suisse* ; *RTD civ.* 2011, p. 311, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 2011, p. 925, note E. MARTINENT, M. REYNIER et F. VIALLA.

l'obtenir sans ordonnance en invoquant notamment une obligation positive de l'État de prendre les mesures nécessaires permettant un suicide digne au regard des dispositions de l'article 8 CEDH.

À l'unanimité, les juges strasbourgeois décident que : « Le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention ».

Selon un auteur, c'est la reconnaissance d'un véritable droit conventionnel au suicide ! Un droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore, ce qui est en soi un événement ! Mais ce qui peut aussi décevoir, car les juges n'ont pas fait de ce droit une prérogative de l'individu qu'il pourrait exercer contre l'État. Ce nouveau *droit à...* vient rejoindre la cohorte de déclarations d'intention et de prétendus droits subjectifs dépourvus de débiteur (emploi, logement, environnement sain...)

Les États bénéficient en effet d'une marge d'appréciation considérable en ce domaine. Et lorsqu'ils adoptent une législation libérale, comme en Suisse, la Cour estime que l'exigence d'une ordonnance pour la délivrance d'une dose létale est justifiée par la prévention des abus et des décisions irréfléchies et précipitées de la personne.

Débat. Les voix sont nombreuses à s'exprimer au sujet de l'euthanasie.

Les thuriféraires soutiennent le droit de chacun de mourir dans la dignité, c'est-à-dire de choisir le moment et les moyens de sa mort, ce qui autoriserait les tiers à assister la personne souhaitant mettre un terme à sa vie et conduirait à une dépénalisation de l'aide au suicide. À la dignité s'ajoute la liberté individuelle (l'autonomie personnelle, dirait la Cour européenne des Droits de l'Homme) : chacun doit être libre de mourir comme il l'entend et quand il l'entend. C'est un droit au suicide assisté qui est réclamé.

À l'opposé, d'autres insistent sur le respect dû à la vie et condamnent toute forme d'euthanasie active même s'ils reconnaissent, en pratique, la nécessité pour les juges de savoir faire preuve d'indulgence. La dignité, ajoutent-ils, n'est pas une affaire personnelle, elle traduit l'attitude de la société envers la personne, envers la mort. Le médecin, dont le rôle est de soigner, ne saurait ratifier un désir de mort. Enfin, le patient incapable d'exprimer sa volonté risquerait de subir la décision d'héritiers intéressés par la succession.

Faut-il légiférer ? Les drames individuels ne peuvent manquer de sensibiliser l'attention du législateur. Mais la généralité de la loi enseigne la prudence face à l'incapacité de prévoir l'ensemble des cas particuliers.

Le Comité consultatif national d'éthique avait suggéré d'instituer, dans les cas d'extrêmes détresses, une « exception d'euthanasie » permettant à leur auteur d'échapper à la rigueur de la loi pénale dès lors que la décision a été prise en concertation avec l'équipe médicale et l'entourage du malade.

L'adoption d'une telle disposition soulève d'innombrables difficultés : combien de médecins doivent prendre part à la décision ? Quels membres de la famille du malade et combien ? Que faire en cas d'opposition d'une, deux ou trois personnes ? L'unanimité est-elle requise ou se contentera-t-on de la majorité, avec les risques que l'on peut imaginer si les personnes en cause ont vocation à recueillir la succession du malade ? Faut-il reconnaître au malade lui-même la possibilité de l'exiger par un « testament de vie » antérieurement rédigé ? Mais comment s'assurer qu'il n'a pas changé d'avis ?...

À supposer ces questions tranchées, il convient de prendre conscience que l'adoption d'un texte, quel qu'il soit, exclura à l'avenir toute indulgence des tribunaux à l'égard de ceux qui auront procédé, en dehors de la procédure mise en place, à un acte d'euthanasie. Or le problème risque fort de se poser ! Imaginons que la famille refuse l'euthanasie pour des raisons de conviction religieuse ou autres alors qu'elle apparaît, aux yeux des médecins ou de quelque infirmière, humainement nécessaire... Nulle clémence dans ce cas ! Y a-t-il vraiment un progrès du droit ?

Sur cette question comme sur bien d'autres, il faut se garder de croire qu'il suffit d'une loi pour régler les problèmes. L'abstention est souvent le meilleur moyen de légiférer. Car, au mieux, la loi est bien faite et elle ne fait que déplacer les problèmes en en réglant certains, mais en en créant d'autres, au pire la loi est mal faite (ce qui est de plus en plus fréquent) et, loin de résoudre les difficultés, elle les accroît en rendant les problèmes plus compliqués et les solutions plus incertaines.

« *Il faut légiférer d'une main tremblante* » écrivait déjà Montesquieu dans ses *Lettres persanes*. Pourquoi ? Parce que, selon la formule de Carbonnier, « *toute loi est un mal* » ! Elle est un mal non seulement en ce qu'elle prescrit ou interdit, donc réduit la liberté individuelle, mais également en ce qu'elle s'accompagne presque inévitablement d'un cortège d'effets pervers. Loin d'être la panacée, le remède législatif s'avère ainsi parfois pire que le mal.

Le refus du médecin est parfois, en l'état du droit positif, légitime (A.). Dans d'autres cas, ce refus est discriminatoire et susceptible d'être sanctionné (B.).

B.- Le refus discriminatoire

Discrimination. « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* », proclame l'article L. 1110-3 du CSP.

Le refus de soins est tout d'abord discriminatoire s'il se fonde sur l'un des critères distinctifs énoncés à l'article 225-1 du Code pénal. D'après cette disposition, « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales* ». D'après l'article 225-2 du même Code, « *La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste : (...) À refuser la fourniture d'un bien ou d'un service [...]* »

Refus de prestation de service. En dehors de ces hypothèses de discriminations prohibées, le refus de soins constitue ensuite un refus de vente ou de prestation de services au sens de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, constitutif d'une infraction pénale à l'égard des consommateurs punie d'une contravention de cinquième classe (art. R. 121-13 du Code de la consommation). Ce refus de soigner échappe toutefois à la sanction s'il repose sur un **motif légitime** comme, par exemple, la clause de conscience du médecin en matière d'interruption volontaire de grossesse (*cf. supra*). Mais des raisons professionnelles ou personnelles peuvent plus généralement autoriser le médecin à refuser de soigner, sauf dans les cas d'urgence et d'atteinte à la continuité des soins. L'article R. 4127-47 CSP dispose en effet que : « *Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins* ».

L'article L. 1110-3 du CSP est également en ce sens, disposant que « *hors le cas d'urgence et celui où le professionnel de santé manquerait à ses devoirs d'humanité, le principe énoncé au premier alinéa du présent article [interdiction du refus de soins] ne fait pas obstacle à un refus de soins fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins. La continuité des soins doit être assurée quelles que soient les circonstances, dans les conditions prévues par l'article L. 6315-1 du présent code* ».

Qui veut encore soigner les pauvres¹ ? Enfin, une discrimination particulière est apparue au cours de ces dernières années à l'égard des personnes bénéficiaires de la CMU que certains médecins refusaient de prendre en charge.

Selon une enquête de Médecins du monde publiée en 2003 et menée auprès de 230 dentistes libéraux, dans 35,3 % des cas, le praticien a refusé de soigner un bénéficiaire de la CMU. Une enquête réalisée en 2003 par la Direction de la recherche, des études et des statistiques (DREES) révèle que 15% des personnes interrogées déclarent qu'il leur est arrivé qu'un médecin ou un autre professionnel de santé refuse de les recevoir au motif qu'elles sont bénéficiaires de la CMU². Les professionnels de santé le plus souvent cités sont les médecins spécialistes (7% des personnes interrogées), les dentistes (6%) et, pour une moindre part, les médecins généralistes (2%).

En 2006, le Rapport déposé par Jean-François Chadelat sur « le refus de soins aux bénéficiaires de la CMU » formule 13 propositions pour lutter contre le phénomène, dont celle d'introduire des sanctions contre les professionnels de santé qui pratiquent ce refus de soins. La même année, la HALDE formule des propositions similaires.

Afin de faciliter la preuve du motif du refus de soins, il est proposé d'instaurer une présomption de preuve en faveur des assurés et d'admettre le recours au « testing »³. Le Parlement va cependant rejeter ces propositions en raison de la suspicion qu'elles font peser sur les professionnels de santé et du risque d'accroissement du contentieux. La loi du 21 juillet 2009 finalement adoptée commence par affirmer, à l'article L. 1110-3 CSP, l'interdiction de refuser de soigner une personne au motif qu'elle est bénéficiaire de la CMU. Puis afin de contrôler cette interdiction, elle met en place un mécanisme long et complexe dont il est peu probable qu'il sera d'une grande efficacité.

1^{re} étape : saisine de l'ordre ou de la caisse : « *Toute personne qui s'estime victime d'un refus de soins illégitime peut saisir le directeur de l'organisme local d'assurance maladie ou le président du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné des faits qui permettent d'en présumer l'existence. Cette saisine vaut dépôt de plainte. Elle est communiquée à l'autorité qui n'en a pas été destinataire. Le récipiendaire en accuse réception à l'auteur, en informe le professionnel de santé mis en cause et peut le convoquer dans un délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte* ».

2^e étape : procédure de conciliation : « *Hors cas de récidive, une conciliation est menée dans les trois mois de la réception de la plainte par une*

¹ C. PRIEUR, in *Le Monde* du 11 novembre 2006.

² Études et statistiques, n° 294, mars 2004, p. 8.

³ Sur l'étude du projet de loi, v. le riche commentaire de F. VIALLA, « Le refus de soins peut-il induire une discrimination ? La réforme annoncée de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique », *Médecine et Droit*, janv.-févr. 2009, p. 2 et s.

commission mixte composée à parité de représentants du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné et de l'organisme local d'assurance maladie ».

3e étape : procédure disciplinaire : « *En cas d'échec de la conciliation, ou en cas de récidive, le président du conseil territorialement compétent transmet la plainte à la juridiction ordinale compétente avec son avis motivé et en s'y associant le cas échéant* ».

4e étape : sanction par la caisse d'assurance maladie : « *En cas de carence du conseil territorialement compétent, dans un délai de trois mois, le directeur de l'organisme local d'assurance maladie peut prononcer à l'encontre du professionnel de santé une sanction dans les conditions prévues à l'article L. 162-1-14-1 du code de la sécurité sociale* ».

Conformément au Code de la sécurité sociale, la sanction peut consister en une pénalité financière forfaitaire, dans la limite de deux fois le plafond mensuel de la sécurité sociale et, en cas de récidive, en un retrait temporaire du droit à dépassement ou une suspension de la participation des caisses au financement des cotisations sociales. Ces sanctions peuvent faire l'objet d'un affichage au sein des locaux de l'organisme local d'assurance maladie et peuvent être rendues publiques, en cas de récidive et après épuisement des voies de recours, par voie de presse. Elles peuvent être contestées devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

Conclusion. Qu'il prenne le masque du refus de soigner ou du refus de se soigner, le refus de soins recouvre des réalités fort différentes qui suscitent des questions complexes et délicates. Une chose est sûre : la loi n'est pas, ici comme ailleurs, le remède miracle, la panacée. L'expérience le montre. Lorsqu'elle a voulu combattre la jurisprudence du Conseil d'État sur les Témoins de Jéhovah, la loi a, son encre à peine sèche, été à son tour combattue et allègrement ignorée par la même Haute juridiction. Lorsqu'elle a voulu combattre les discriminations fondées sur la CMU, les contraintes ont été telles que la montagne a accouché d'une souris et que la loi reste largement inefficace, à l'instar de nombreuses lois de compromis inutilement complexes.

La conscience du médecin ne se laisse pas enfermer dans le marbre de la loi. La conscience du juge paraît, de ce point de vue, mieux à même d'en épouser les subtilités d'espèce. La loi est une science. Elle peut imprégner les consciences, mais elle ne doit pas les commander.

Faut-il une loi sur l'euthanasie ? Quand on prend la mesure des difficultés d'expression du consentement, sa versatilité, l'emprise de certains proches sur les choix du malade, quand on songe à l'impuissance de la loi à tout prévoir, à son cortège d'effets pervers, il y a de quoi, face à la gravité de l'acte envisagé, avoir la main qui tremble !