

DÉBUT ET FIN DE VIE

**Le droit
et la bioéthique en question**

Colloque international de Beyrouth
Mercredi 16 et jeudi 17 mai 2018

LE REFUS DE SOINS FACE AU RISQUE DE MORT¹

Mathieu Maisonneuve²

« *Mourir pour des idées* », la chanson est sceptique³. Refuser par conviction personnelle des soins médicaux au risque d'en mourir, mais pas « *de mort lente* »⁴, le droit le permet-il ? Autonomie individuelle contre devoir de préserver la vie, le débat est connu.

Il est toutefois relativement rare qu'il se pose uniquement en ces termes. Le refus de soins opposé par le conjoint d'une personne inconsciente ? Le refus de soins opposé par le tuteur d'un majeur protégé ? Le refus de soins opposé par les parents d'un mineur ? Le débat est faussé par l'intervention d'une tierce volonté. Les refus de soins opposés par des mineurs non émancipés ou des majeurs protégés eux-mêmes ? Le débat est faussé par un doute susceptible de peser sur la capacité juridique ou au moins de discernement. Le refus de césarienne opposé par une femme enceinte, pour des raisons culturelles par exemple ? Le risque de mort de l'enfant à naître doit être pris en considération. Les refus de soins opposés par des femmes à des médecins masculins, pour des raisons religieuses notamment ? C'est un autre débat. Il s'agit en effet moins d'une question de refus du soin que d'une question de refus du soignant. Les refus de soins opposés par des malades incurables ? Il n'y a plus de risque de mort, seulement une possibilité de la repousser un peu. C'est là encore un autre débat, le débat sur l'acharnement thérapeutique.

Une seule situation met seuls face à face l'autonomie individuelle et le devoir de préserver de la vie : celle où un adulte à peu près libre et sain d'esprit a exprimé son refus d'être soigné, ne mettant en jeu que sa propre vie. Les médecins ont-ils l'obligation juridique de respecter sa volonté, alors même que cet adulte ne souhaite pas spécialement mourir et qu'il est parfaitement conscient que le soin qu'il refuse pourrait raisonnablement le sauver s'il y consentait ? Le cas le plus fréquent et le plus connu est

1. Le style oral de la communication a été largement conservé.

2. Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public à l'Université d'Aix-Marseille, Professeur détaché à l'Université Saint-Joseph de Beyrouth (2015-2018).

3. Chanson de G. Brassens, parue en 1972 sur l'album *Fernande*.

4. *Idem*.

celui des témoins de Jéhovah refusant des transfusions sanguines pour des raisons religieuses. D'autres cas ne sont pas à exclure, tel celui d'un gréviste de la faim qui refuserait d'être alimenté pour des raisons politiques ; ou tout simplement d'un malade qui préférerait prendre le risque de mourir que de passer ses derniers jours, semaines ou mois dans un milieu médicalisé.

I- Si la plupart des droits nationaux consacrent le principe du nécessaire consentement aux soins, même dans ces cas sans possibilité d'échappatoire, les réponses juridiques varient d'un État à l'autre.

I.A- Certains font prévaloir de manière absolue la volonté du patient. En Suisse, le Tribunal fédéral a ainsi jugé, dans un arrêt du 28 avril 2003⁵, que « *l'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle, qui est un bien protégé par un droit absolu* » (consid. 4.1). Il en découle que « *le droit d'autodétermination du patient est extrêmement large, et qu'il inclut pour l'intéressé le refus de toutes mesures curatives, même si cela doit le conduire à la mort* » (consid. 5.6).

Au Canada, dans l'affaire *A.C. c/ Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*⁶, la Cour suprême a ainsi synthétisé l'état du droit : « [39] *Le contexte juridique des décisions des adultes en matière de traitement médical est important parce qu'il démontre la solide pertinence qui, dans notre système juridique, caractérise le principe selon lequel les personnes mentalement capables peuvent - et doivent pouvoir - prendre en toute liberté des décisions concernant leur intégrité corporelle. [40] En common law, les adultes sont présumés avoir le droit de diriger le cours de leur traitement médical et doivent généralement donner leur [...] « consentement éclairé » avant le traitement, bien que cette présomption de capacité mentale puisse être réfutée par une preuve contraire [...]. Lorsque la capacité n'est pas remise en question, ce droit de [...] « décider de son propre sort » comprend le droit absolu de la personne de refuser un traitement médical vital* ».

I.B- D'autres droits nationaux admettent que, dans des circonstances exceptionnelles, il soit passé outre la volonté du patient. C'est par exemple le cas au Liban où la question particulière de la transfusion des témoins de

5. Arrêt 4P265/2002.

6. 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181. Voir aussi *Rodriguez c. ColombieBritannique* (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 519, p. 598.

Jéhovah est même expressément réglée par la loi. Selon l'article 27 alinéa 9 du Code de déontologie médicale créé par une loi du 22 février 1994 et modifié par une autre du 22 octobre 2012 : « *Pour ceux dont les convictions interdisent les transfusions sanguines, le médecin doit respecter leur volonté, mais en cas de danger imminent, il doit, après avoir obtenu l'autorisation des autorités judiciaires compétentes, faire ce que sa conscience professionnelle lui impose et supporter l'entière responsabilité* »⁷.

C'est plus généralement le cas en France⁸. Selon le Conseil d'État, s'il n'existe pas d'obligation générale pour un médecin de sauver la vie qui prévaudrait sur celle de respecter la volonté du malade, il n'en reste pas moins que les médecins qui passent outre la volonté du patient ne commettent pas de faute lorsqu'ils accomplissent un acte indispensable à la survie du patient et proportionné à son état. Cette position, dégagée dans l'arrêt *Senanayké*⁹, l'a été alors que l'article 16-3 du Code civil posant le principe du consentement aux soins¹⁰ n'était pas applicable aux faits de l'espèce, lesquels étaient antérieurs à son entrée en vigueur. Elle a par la suite été confirmée¹¹, et ce alors même que l'obligation législative de respecter la volonté du patient avait été renforcée par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades¹². L'article 5 de la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades renforce l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique en précisant expressément que

7. Traduction libre de l'arabe.

8. Sur lequel voir notamment A. Pariente, « Le refus de soins : réflexions sur un droit en construction », *RDP* 2003, p. 1419.

9. CE, Ass., 26 octobre 2001, *Catherine Sananayké*, req. 198546, *RFDA* 2002, p. 156, note D. De Bechillon ; *AJDA* 2002, p. 259, note M. Deguergue ; *JCP G* 2002, p. 302, note J. Moreau ; *DA* 2002, n° 7, p. 5, note A. Mersch ; *RDSS* 2002, p. 41, note L. Dubouis ; *LPA* 2002, n° 11, p. 18, note C. Clément.

10. « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

11. CE, ord., 16 août 2002, *Consorts Feuillatay c/ CHU de Saint-Etienne*, req. 249552, *DA* 2002, n° 11, p. 29, note E. Aubin ; *JCP E* 2003, n° 15, p. 36, note B. Pitcho ; *JCP A* 2002, n° 1, p. 26, note A. Mersch ; *RJPF* 2002, n° 11, p. 11, note E. Putman ; *JCP G* 2002, n° 48, p. 2125, note P. Misretta ; *LPA* 2003, n° 61, p. 4, note C. Clément.

12. Selon l'article L. 111-4 du Code de la santé publique, issue de l'article 11 de cette loi, « *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* ».

« toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement [...] Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité ». Le Conseil d'État n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer depuis.

II- Comment expliquer que, dans certains pays, notamment au Canada ou en Suisse, la préférence soit donnée par les juridictions au respect de la volonté du patient, au moins lorsque cette volonté n'est pas douteuse et que son respect ne fait pas courir de risque aux tiers, alors que dans d'autres, en particulier en France et au Liban, les juridictions acceptent pour l'heure que les médecins puissent passer outre pour préserver la vie ?

II.A- Serait-ce parce qu'elles se situeraient dans un cadre normatif différent ? Ce n'est guère convaincant. Si aucun droit national n'est bien sûr parfaitement identique à un autre, les normes intéressant la question du refus de soins vitaux sont globalement les mêmes : la liberté individuelle, l'autonomie personnelle, le droit au respect de la vie privée, le droit à l'intégrité physique, l'inviolabilité du corps humain, la liberté de conscience, la liberté de religion, le respect de la dignité humaine, le devoir de préserver la vie, le devoir de soigner, etc.

Avec les dispositions législatives sur le consentement des patients, le Conseil d'État dispose même d'une assise textuelle de plus en plus claire pour consacrer un droit absolu au refus de soins. Il s'y est à ce jour refusé. Il lui serait pourtant d'autant plus loisible de s'engager dans cette voie que la Cour européenne des droits de l'homme semble l'y inviter. Dans son arrêt *Pretty c/ Royaume Uni* du 29 avril 2002, elle a ainsi affirmé que, *« en matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention »*, à savoir le droit au respect de la vie privée¹³.

13. D'une manière générale, voir J. Marshall, *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 57 ; M. Levinet, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n° 49, p. 4 ; A. d'Alton, « La notion d'autonomie personnelle en droit européen des droits de l'homme, approche de philosophie du droit », *RRJ* 2009, p. 1749.

II.B- La différence de jurisprudence pourrait-elle s'expliquer par la conception différente que se feraient les juridictions nationales de normes en apparence communes ? En particulier de la dignité humaine ?

L'argument semble de prime abord sérieux et a même été utilisé en appel par le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions sur l'affaire *Senanayake*. Côté français, une conception objective de la dignité humaine qui se fonderait « *sur l'appartenance de l'individu à l'humanité, qui amène à faire prévaloir, quand est en cause une valeur propre à la condition humaine, l'universel sur les préférences singulières* »¹⁴, la vie sur les convictions personnelles. Outre Atlantique, ou même en Allemagne¹⁵, une conception subjective de la dignité humaine qui renverrait à l'idée d'autonomie personnelle, à ce « *fait moral* », pour reprendre les mots d'un auteur cité par le juge Stevens dans une décision de la Cour suprême des États-Unis en 1986¹⁶, « *selon lequel la personne appartient à elle-même et non aux autres, ni à la société comme un tout* ». D'un côté, au nom de la dignité humaine, la préférence doit être donnée à la vie ; de l'autre côté, c'est aussi au nom de la dignité humaine que la préférence doit être donnée au respect de la volonté du patient. L'argument est d'autant plus sérieux que la conception subjective de la dignité humaine irrigue la jurisprudence canadienne ou américaine¹⁷, et qu'à l'inverse la conception objective de cette même dignité a été consacrée par la jurisprudence administrative française, à l'occasion de la célèbre affaire du lancer de nains¹⁸.

Dans le cas la jurisprudence *Senanayaké*, indépendamment de son pouvoir explicatif par ailleurs, l'argument peine toutefois à pleinement

14. M. Heers, concl. sur CAA Paris, 9 juin 1998, *Madame Donyoh et Madame Senanayké*, RFDA 1998, p. 1231.

15. L. Marguet, « Entre protection objective et conception subjective droit à la vie et à la dignité humaine : l'encadrement juridique de la fin de vie en France et en Allemagne », *La Revue des droits de l'homme*, 11/2017, mis en ligne le 9 janvier 2017, disponible sur le lien <https://journals.openedition.org/revdh/2866>.

16. *Thornburgh v. Amer. Coll. of Obstetricians*, 476 U.S. 747 (1986).

17. S. Hennette-Vauchez, « Le principe de dignité en droit américain », in C. Girard et S. Hennette-Vauchez (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, coll. Droit et Justice, 2005, p. 150.

18. CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Lebon, p. 372, concl. P. Frydman ; *GAJA* et les références.

emporter la conviction¹⁹. Il est en effet difficile de regarder cette jurisprudence comme fondée sur telle ou telle conception de la dignité humaine. Le Conseil d'État a certes jugé que les médecins qui, au nom de la vie, méconnaissaient la volonté d'un patient, ne commettaient pas de faute. Il n'a pas pour autant *a contrario* jugé qu'ils en auraient commis une s'ils avaient respecté la volonté du patient au détriment de la vie. Le Conseil d'État a même pris soin de le préciser sur son site Internet pour éviter toute ambiguïté : « *Les motifs de cette décision ne signifient pas pour autant que, s'ils s'étaient abstenus de pratiquer des transfusions sanguines sur leur patient, les médecins auraient commis une faute* »²⁰. Ce « ni-ni » est difficilement conciliable avec la conception objective de la dignité humaine que l'on retrouve notamment exposée par le commissaire du Gouvernement Frydman dans l'affaire de Morsang-sur-Orge : « *La dignité de la personne, principe absolu s'il en est, ne saurait s'accommoder des conceptions subjectives que chacun peut en avoir, même l'intéressé* »²¹.

II.C- La différence de jurisprudence s'expliquerait-elle simplement par une conception différente que le juge se fait de son rôle ? Une différence entre un juge qui n'hésiterait pas à trancher clairement des questions éthiques ou de société, et un juge qui aurait la main qui tremble au moment de véritablement trancher ?

« Aux États-Unis », écrit ainsi le Professeur Zoller, « *la justice est politique moins parce qu'elle s'attaque à des hommes politiques ou juge des affaires que nous considérerions comme politiques ; la justice est politique dans un sens plus fondamental, en ce sens concrètement que les affaires de la cité, ses choix de société, son destin, ses libertés dépendent de son aval. Aujourd'hui, la plupart des choix de société aux États-Unis dépendent moins du choix des électeurs que de celui des juges* »²². En France, le vice-président du

19. Pour une critique de la présentation de la jurisprudence *Senanayké - Feuillat* comme fondée sur la philosophie kantienne, voir S. Hennette-Vauchez, « Kant contre Jéhovah ? », *D.* 2004, p. 3154.

20. Disponible sur le lien <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/La-transfusion-d-un-patient-pour-le-sauver-en-depit-de-son-refus-n-engage-pas-la-responsabilite-de-l-Etat>.

21. *RFDA* 1995, p. 1204.

22. E. Zoller, « La place de la justice dans la société américaine », communication présentée à l'Académie des sciences morales et politiques, 15 mai 2006, disponible sur le lien <http://academiesciencesmoraletpolitiques.fr/2006/05/15/la-place-de-la-justice-dans-la-societe-americaine/>.

Conseil d'État, s'exprimant sur le juge administratif face aux questions éthiques et reprenant les trois modèles du juge dégagés par François Ost, se félicitait que le Conseil d'État ne soit ni Jupiter, ni Hercule, mais plutôt Hermès²³. Dans sa note sous l'arrêt *Senanayké*, le Professeur Denys de Béchillon estimait que le Conseil d'État n'avait pas « voulu trancher net dans le conflit de valeurs »²⁴.

Le « ni-ni », ni droit absolu au refus de soins, ni devoir absolu de soigner, n'est toutefois pas un non-choix ; c'est un véritable choix. C'est un choix qui revient à laisser un pouvoir discrétionnaire aux médecins dans les cas les plus délicats²⁵. Là où les juges canadiens ou suisses respectent le choix de l'individu, privilégiant l'autonomie personnelle, le juge administratif français fait confiance aux spécialistes, laissant perdurer une forme de paternalisme médical. L'autonomisme aurait-il « mauvaise réputation » au Conseil d'État ? Avec la loi n° 2016-87 du 2 février créant de nouveaux droits en faveur des malades, il suit inéluctablement son « *chemin de petit bonhomme* »²⁶.

Mai 2019

23. F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007.

24. *RFDA* 2002, p. 156.

25. En ce sens, voir L. Dubouis, *RDSS* 2002, p. 41.

26. G. Brassens, *La mauvaise réputation*, 1952.