



Université de Rennes 1
Faculté de Droit et de Science Politique
École des Hautes Études en Santé Publique

Master 2 Droit de la santé
Parcours « Droit et éthique des professions et institutions de santé »

REFUS DE SOINS ET URGENCE VITALE

Cécilia GUILLEVIN
Septembre 2019

Sous la direction de Madame Marie-Laure MOQUET-ANGER, Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes 1.

Membres du jury :

- Madame le Professeur Marie-Laure MOQUET-ANGER, Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes 1, directeur de mémoire.
- Monsieur le Docteur Renaud BOUVET, chef du service de médecine légale et médecine pénitentiaire du Centre hospitalier universitaire de Rennes, Médecin légiste et Docteur en droit, Faculté de médecine et Institut du droit public et de la science politique, Université de Rennes 1, suffragant.

La faculté de Droit et de Science politique de Rennes 1 et l'École des Hautes études en Santé Publique n'entendent donner aucune approbation, ni improbation aux propos émis dans ce mémoire. Ces propos doivent être considérés comme propres à leur auteur.



Université de Rennes 1
Faculté de Droit et de Science Politique
École des Hautes Études en Santé Publique

Master 2 Droit de la santé
Parcours « Droit et éthique des professions et institutions de santé »

REFUS DE SOINS ET URGENCE VITALE

Cécilia GUILLEVIN
Septembre 2019

Sous la direction de Madame Marie-Laure MOQUET-ANGER, Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes 1.

Membres du jury :

- Madame le Professeur Marie-Laure MOQUET-ANGER, Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes 1, directeur de mémoire.
- Monsieur le Docteur Renaud BOUVET, chef du service de médecine légale et médecine pénitentiaire du Centre hospitalier universitaire de Rennes, Médecin légiste et Docteur en droit, Faculté de médecine et Institut du droit public et de la science politique, Université de Rennes 1, suffragant.

Remerciements

Je tiens à remercier très sincèrement Madame le Professeur Marie-Laure MOQUET-ANGER. Je la remercie d'abord de la grande qualité de son accompagnement tout au long de ce travail et de sa disponibilité. Ensuite et surtout, je veux la remercier de la réflexion qu'elle a su m'amener à développer.

Je remercie également la clinique Saint-Yves de Rennes et le Centre hospitalier privé de Saint Grégoire, de m'avoir accueillie en stage et de m'avoir permis de rencontrer des praticiens qui ont accepté de me faire part de leur expérience et de répondre à mes questions.

Aussi, je remercie le docteur Richard LAUVIN et le docteur Florence TRIVIN, de la clinique Saint-Yves de Rennes ainsi que le docteur Marc GENTILLI, du Centre hospitalier privé de Saint-Grégoire.

Je remercie enfin Monsieur Pierre MESNARD, Vice-Président, juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Vannes, d'avoir accepté de consacrer de son temps pour répondre à mes questions sur l'office du juge des libertés et de la détention ; au surplus, je le remercie vivement de m'avoir permis d'assister aux audiences en matière de soins psychiatriques sans consentement et d'avoir répondu à mes questions (parfois nombreuses), avant et après ces audiences.

Sommaire

INTRODUCTION

PARTIE 1 – LE CARACTÈRE RELATIF DU DROIT DE REFUSER DES SOINS FACE À UNE URGENCE VITALE

Chapitre 1 – Fondements juridiques et limites pratiques de l'intervention médicale non consentie

Chapitre 2 – L'urgence vitale : condition et justification de la décision médicale imposée

PARTIE 2 – LA POSSIBILITÉ D'UNE AUTRE RÉPONSE DU DROIT

Chapitre 1 – Un arbitrage de valeurs délicat dans une société démocratique respectueuse des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Chapitre 2 – Un cadre normatif imprécis porteur d'instabilité juridique : l'opportunité d'une clarification législative

CONCLUSION

Liste des abréviations

AP-HP : Assistance publique - hôpitaux de Paris
C. Civ. : Code civil
C. pén. : Code pénal
CA : cour d'appel
CAA : cour administrative d'appel
CCNE : comité consultatif national d'éthique
CDH : comité des droits de l'homme des Nations Unies
CDPH : comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
CH : Centre hospitalier
CJA : Code de justice administrative.
CNOM : Conseil national de l'Ordre des médecins
Conv. EDH : convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPP : Code de procédure pénale
CRPA : Code des relations entre le public et l'administration.
CSP : Code de la santé publique
CSS : Code de la sécurité sociale
EPSM : établissement public de santé mentale
HAS : Haute autorité de santé
IMC : indice de masse corporelle
JLD : juge des libertés et de la détention
JO : Journal officiel
MACSF : Mutuelle d'assurances du corps de santé
ONIAM : Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales
Ord. : ordonnance
Réf. : référé
TA : tribunal administratif
TGI : tribunal de grande instance
SPSC : soins psychiatriques sans consentement

Introduction

« *Y a-t-il une oreille assez fine pour entendre le soupir des roses qui se fanent ?* » Derrière cette question soulevée par Arthur Schnitzler, écrivain et médecin autrichien, à laquelle ni l'auteur, ni personne d'ailleurs ne prétendrait répondre, certains pourraient y voir un renvoi par métaphore aux limites de tout un chacun, à ces choses qui arrivent mais dont l'essence et la substance nous échappent. D'autres pourraient y percevoir, de façon plus subtile, la référence à une réalité qui se cache en creux mais qui n'en demeure pas moins hors de portée. Posée dans le cadre d'un refus de soins face à une urgence vitale, une fois le stade de la perplexité dépassé, la question prend tout son sens.

La médecine française a longtemps été qualifiée de paternaliste, le médecin tel un bon père de famille prenait seul les décisions relatives à la santé de son patient. Jusque dans les années 1940, la question du consentement et encore moins celle du refus de soins ne se posaient. Ces principes sont apparus tardivement en droit français. La Cour de cassation, dans l'arrêt *Teyssier*¹ en date du 28 janvier 1942, en imposant au médecin « *avant de pratiquer une opération, d'obtenir le consentement de son patient* », entame la reconnaissance d'un pouvoir décisionnel dévolu au patient, fondé sur le respect de la personne humaine. Cette exigence ne sera pas reprise dans le décret du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale². De la même manière, les décrets de 1955 et de 1979³ n'imposaient pas au praticien de solliciter le consentement de son patient. Tout au plus, celui de 1979, en son article 7, disposait : « la volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible ».

La tendance va s'inverser dans les années 1990. Le scandale de l'affaire du sang contaminé, qui éclate au printemps 1991 va amorcer un profond changement de paradigme. En effet, les dangers auxquels furent exposées les personnes transfusées et l'inaction avérée des pouvoirs publics ont profondément affecté le lien de confiance envers le système de santé. La recherche préalable du consentement est apparue nécessaire pour restaurer cette confiance qui fut, pendant un temps, brisée.

Le droit au consentement a été consacré sur le plan législatif par la loi du 29 juillet 1994⁴, au sein du Code civil. Il devient un véritable droit, une prérogative reconnue par la loi aux hommes⁵. Ce principe a été repris par le décret de 1995⁶.

¹ Req., 28 janvier 1942, *Parcelier c/ Teyssier* DC 1942. 63 ; *Gaz. Pal.* 1942-1, p. 177.

² Décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale, *JO* 28 juin 1947, p. 5993.

³ Décret n°55-1591 du 28 novembre 1955 portant code de déontologie médicale, *JO* 6 décembre 1955, p. 11856 ; Décret n°79-506 du 28 juin 1979, *JO* 30 juin 1979, p. 1568.

⁴ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO* 30 juillet 1994, p. 11056.

Le véritable tournant est à dater de 2002. M. Bernard Kouchner, alors ministre de la santé, a souhaité rompre avec cette tradition paternaliste en rééquilibrant la relation médicale. La loi du 4 mars 2002⁷ consacre au sein du Code de la santé publique, le principe du consentement aux soins à l'article L. 1111-4 qui dispose 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. [...] Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ». Juridiquement, le consentement est l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit⁸. L'asymétrie observée dans la relation médicale résultant du déséquilibre de connaissances qui pendant longtemps laissait reine la volonté du médecin a été atténuée, de sorte qu'aujourd'hui, le patient est acteur de sa prise en charge, des soins qui lui seront ou qui ne lui seront pas délivrés. La règle du consentement, si elle constitue un droit pour le patient se traduit en une obligation pour le professionnel de santé qu'il se doit d'obtenir préalablement à toute intervention, qu'il s'agisse d'acte à visée préventive, diagnostique ou curative. Érigé au rang de liberté fondamentale par le Conseil d'État par une ordonnance rendue le 16 août 2002⁹, le droit de consentir aux soins a acquis une valeur supra législative, qui demeure toutefois infra-constitutionnelle.

En miroir du droit de consentir se trouve le droit de refuser, le non consentement constitue en réalité un refus. Le refus s'entend ici dans son acception la plus classique, la manifestation d'un non vouloir¹⁰, d'une opposition. Le refus constitue une véritable décision unilatérale du patient ; on s'écarte alors de la logique consensuelle qui a marqué la loi Kouchner. Il n'y a en effet aucune rencontre des volontés, le médecin ne souhaitant pas se voir opposer un refus dès lors que sa proposition est celle qu'il juge la meilleure pour son patient. Bien que mentionné dès 2002, le refus de soins n'était pas consacré comme un droit subjectif. La mention qui y était faite se cantonnait aux obligations du professionnel de santé dès lors que, par son refus, le patient se mettait en danger. Jusqu'en 2016, il était tenu par une obligation de moyens, celle de tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables. C'est un droit jusqu'ici en miroir du consentement car ne pas dire oui c'est finalement dire non, le consentement et le refus sont les deux faces d'une même pièce. La loi dite Claeys-Leonetti du

⁵ Cornu G., Vocabulaire juridique, PUF, 2017, p. 376.

⁶ Décret n°95-1000 du 6 sept. 1995 portant code de déontologie médicale, *JO* 8 sept. 1995, p. 13305, art. 36

⁷ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* 5 mars 2002, p. 4118.

⁸ Cornu G., Vocabulaire juridique, PUF, 2017, p. 245.

⁹ CE ord. réf., 16 août 2002, n°249552, Mme F. c/ CHU de Saint-Étienne, Rec. p. 309 ; *D.* 2002. IR.2581, obs. M.C.M. *AJDA* 2002, p. 723 ; *JCP A* 2002 n° 1, p. 27, note Mersch A. ; *Gaz Pal.*, 15 sept. 2002, p. 9.

¹⁰ Cornu G., Vocabulaire juridique, PUF, 2017, p. 878.

2 février 2016¹¹ consacre solennellement le droit de refuser des soins, insérant un nouvel alinéa à l'article L. 1111-4 qui dispose que « Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement ». En s'adressant directement au patient, le législateur en a fait un véritable droit subjectif, au même titre que le droit au consentement, à l'information (CSP, art. L. 1111-2) ou au respect de sa dignité (CSP, art. L. 1110-2).

Dans sa rédaction en vigueur, l'article L. 1111-4 fait du droit de refuser des soins un principe tempéré de prime abord d'aucune exception. Pourtant, ce droit n'est ni absolu, ni indérogeable. Il connaît en effet des exceptions ou aménagements tirés de motifs tenant à la santé publique voire à la sécurité de la collectivité dans son ensemble. S'agissant des limites fondées sur un motif de santé publique, les vaccinations rendues obligatoires pour certains corps de métier, dans certaines régions d'Outre-mer ou encore pour les enfants méritent d'être évoquées. Le législateur institue pour les professionnels de santé et les étudiants en médecine des obligations vaccinales¹² dans le but d'éviter qu'ils transmettent des maladies à des personnes dont l'état de santé est déjà fragilisé, étant par nature très exposés aux risques de contaminations. C'est le cas ensuite des vaccinations obligatoires pour les enfants, étendues par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2018¹³ de trois à onze valences. Cette loi a par ailleurs supprimé la sanction pénale du Code de la santé publique¹⁴ en vigueur sous l'empire de l'ancienne législation. L'infraction plus générale de mise en péril du mineur du Code pénal¹⁵ demeure applicable si l'enfant subit un préjudice en raison de ce refus de vaccination. Cependant, la contrainte instituée au nom de la santé publique peut trouver une limite dans le refus de la personne de s'y soumettre ou d'y soumettre les personnes au nom desquelles elle dispose du droit d'agir. En pareille hypothèse, la liberté l'emporte mais la personne qui décide d'en faire usage devra en assumer les responsabilités et selon les cas, cesser d'exercer sa profession, renoncer à inscrire son enfant dans un établissement recevant des mineurs ou prendre le risque d'une condamnation en cas de préjudice avéré pour l'enfant. Pour des raisons de santé ou de sécurité publique, le législateur a posé de véritables limites au droit de refuser des soins. C'est d'abord le cas en matière d'urgence sanitaire¹⁶, régime d'exception qui permet au ministre de la santé¹⁷ (voire au préfet), de manière provisoire et

¹¹ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JO* n° 0028, 3 février 2016.

¹² CSP, article L. 3111-4.

¹³ Loi n° 2017-1836 du 30 déc. 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, *JO* n° 0305, 31 déc. 2017.

¹⁴ Ancien art. L. 3116-4 II du CSP qui faisait d'un délit passible de six mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende, le fait de refuser de faire vacciner son enfant en l'absence de contre-indication médicale.

¹⁵ C. pén. art. 227-15 et s.

¹⁶ CSP, art. L. 3131-1.

¹⁷ Habilité par le législateur.

dans l'intérêt de la santé publique, d'adopter « toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population ». Sur ce fondement, pourront être prononcées des injonctions de soins et notamment des mises en quarantaine, l'interdiction de quitter un établissement de santé en cas de contamination, des soins obligatoires. Ensuite, le juge pénal est habilité à interférer dans la sphère d'autonomie des personnes en leur enjoignant de se soigner. Sont principalement concernés les délinquants toxicomanes et sexuels. En cas de déclaration d'irresponsabilité pénale motivée par une abolition du discernement, le juge pourra contraindre la personne à se soigner¹⁸. Enfin, pour des raisons liées à la sécurité publique, une personne atteinte de troubles mentaux qui génère un danger pour des tiers peut, à la demande du représentant de l'État dans le département, être admise en soins psychiatriques sans consentement. Cette admission est conditionnée à l'établissement d'un certificat médical circonstancié émanant d'un psychiatre qui n'exerce pas dans l'établissement d'accueil¹⁹. Dans un même but sécuritaire, l'admission en soins psychiatriques sans consentement peut être faite sur demande d'un tiers ou, à titre subsidiaire et en cas de péril imminent, sur décision du directeur de l'établissement²⁰, sous réserve de deux certificats médicaux circonstanciés, le premier ne pouvant être établi par un médecin qui exerce dans l'établissement d'accueil. L'état du droit en la matière a subi d'importantes évolutions et résulte aujourd'hui d'une loi de 2013²¹. Les soins psychiatriques sans consentement ont longtemps été régis par une loi de 1838, revue en 1990²². Sous l'influence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme, le législateur national est intervenu en 2011 puis en 2013 pour entourer ces modalités de soins sans consentement de garanties afin que les atteintes à la liberté individuelle soient strictement nécessaires et proportionnées.

Le droit de refuser des soins peut également être limité pour des raisons qui ne mettent pas en jeu la santé ou la sécurité publique. Si le consentement et son corollaire, le refus, sont devenus des principes incontournables de la relation médicale, la question s'est posée de savoir si un refus de soins pouvait aller jusqu'à la mort. La loi du 22 avril 2005²³, en renforçant le droit au

¹⁸ C. pén., art. 132-45 3° ; CSP, art. L. 3413-1 et s. et L. 3711-1 ; CPP, art. 706-135.

¹⁹ CSP, art. L. 3213-1 et s.

²⁰ CSP, art. L. 3212-1 et s.

²¹ Loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JO* 29 septembre 2013, p. 16230.

²² Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, *JO* 30 juin 1990, p. 7664.

²³ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JO* 23 avril 2005, p. 7089.

consentement a répondu par l'affirmative et, dans le même temps, en a conditionné l'opposabilité à sa réitération dans un délai raisonnable. La loi du 2 février 2016, après avoir consacré le droit de refuser des soins, a précisé que « Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif ». En associant l'accompagnement palliatif, l'on comprend d'emblée que la portée du droit de refuser des soins peut aller jusqu'au décès du patient, le médecin étant alors tenu de lui assurer une fin de vie digne et apaisée. Enfin, en ne distinguant pas selon que la personne est ou non en fin de vie, le législateur donne au refus une ampleur considérable, toute personne peut refuser des soins vitaux, y compris s'il existe une alternative à la mort. C'est l'expression la plus aboutie de la démocratie sanitaire à l'échelle individuelle.

Néanmoins, lorsque ce refus est exprimé en cas d'urgence vitale, eu égard à ses conséquences irréversibles, la question se pose de savoir si le médecin est tenu par la volonté de son patient. En droit, l'urgence se définit comme un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable²⁴. C'est seulement lorsque ce préjudice irréparable est la mort que l'on parle d'urgence vitale. Selon l'Académie de médecine²⁵, l'urgence vitale est « *une situation qui met en jeu, dans l'immédiat, à court terme la vie des patients* ». Il convient de préciser que l'urgence à elle seule est une notion qui inclut l'urgence vitale mais qui la dépasse car en matière médicale une urgence n'est pas nécessairement une urgence vitale.

En situation d'urgence avec mise en jeu du pronostic vital, bien que le refus de soins ne soit pas la règle, les professionnels de santé peuvent y être confrontés. Ce refus peut être lié à la maladie ou résulter de croyances ou convictions pratiquées avec force par les patients. Indépendamment des motifs sur lesquels est fondé le refus, le médecin, confronté à un patient qui peut mais refuse d'être soigné est placé dans une position délicate, l'éthique médicale se trouvant heurtée par cette posture de résistance. Ce sentiment d'inconfort est amplifié par le fait qu'en pareille hypothèse, le cadre juridique offert aux médecins est plus ou moins sécurisé, selon que le refus résulte ou non d'un trouble mental.

En présence d'un trouble mental, une contrainte, sollicitée par un tiers ou en raison d'un péril imminent peut être imposée de façon à protéger la personne du risque qu'elle représente pour elle-même²⁶. Les maladies psychosomatiques telles que l'anorexie mentale peuvent générer une urgence somatique. Les soins psychiatriques sans consentement sont mobilisables dès lors

²⁴ Cornu G., Vocabulaire juridique, PUF, 2017, p. 1055.

²⁵ Rapport d'un groupe de travail de l'Académie nationale de médecine, Commission IX (Chirurgie, Anesthésiologie, Réanimation, Urgences), 2012.

²⁶ CSP, article L. 3212-1 et s.

que, par son refus de soins, la personne met sa vie en danger. Sur ce fondement, le législateur libère les médecins de leur obligation de respecter la volonté de la personne malade. Il s'agit d'une véritable exception au droit de refuser des soins ; la levée ou la mainlevée d'une telle mesure est le monopole du directeur de l'établissement public de santé mentale pour la première et du juge des libertés et de la détention pour la seconde.

La question de l'opposabilité d'un refus de soins vitaux en situation d'urgence, exprimé par une personne majeure qui ne souffre d'aucun trouble mental, n'est pas réglée par le législateur. La formulation de l'article L. 1111-4 est sans réserve et n'érige pas l'urgence, future ou présente, au rang d'exception. S'agissant des refus de transfusions sanguines, les juges de la Haute juridiction administrative ont posé une limite à l'obligation faite aux médecins de respecter la volonté de leur patient dont la marge de manœuvre est cependant strictement encadrée. Ils ne portent pas atteinte à la liberté fondamentale que constitue le droit au consentement « *lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état* »²⁷. Cette jurisprudence n'a jamais été réitérée et sa pérennité est contestée depuis l'entrée en vigueur des lois de 2005 et de 2016.

Aborder un droit par ses limites permet d'en saisir l'ampleur et surtout d'en mesurer l'effectivité. Nous tenterons d'appréhender ces limites à l'aune de deux situations mettant en jeu un pronostic vital : d'une part, le refus d'alimentation dans le cadre de l'anorexie mentale ou d'une grève de la faim et d'autre part, le refus de transfusions sanguines, en particulier pour le cas de l'hémorragie de la délivrance. Dans les deux cas, la question de l'opposabilité du refus va apparaître lorsque, par leur refus, les personnes se mettent en danger et se confrontent de manière quasi immédiate à la mort. Ces deux situations qu'en apparence rien ne rassemble mettent en lumière les tensions qui peuvent naître entre la médecine et les droits des patients, en l'espèce le droit de refuser des soins dès lors qu'il se conjugue d'une urgence vitale. Ces tensions sont d'abord liées au fait que dans les deux cas, il ne s'agit pas de personnes en fin de vie ou d'une obstination déraisonnable à savoir des soins devenus inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie²⁸. Il ne s'agit pas non plus de refus de soins lourds, invasifs ou invalidants. En repoussant sans cesse les limites de la mort, la médecine invite à dessiner celles de la vie, des circonstances de la vie. C'est un débat important qui cadre pleinement avec les refus opposés par des personnes en fin de vie,

²⁷ CE, réf., 16 août 2002, Mme F. c. CHU de Saint-Étienne, préc.

²⁸ CSP, art. L. 1110-5.

en situation de souffrances extrêmes ou d'obstination déraisonnable. En revanche, s'agissant des refus d'alimentation ou de transfusions qui seront étudiés, ils constituent pour le corps médical un véritable dilemme éthique parce que la mort est évitable et qu'il existe une vraie perspective de vie. La question n'est pas une question médicale portant sur le choix thérapeutique à mettre en place mais davantage une question éthique : doit-on intervenir y compris si le patient s'y oppose ? Ces tensions sont enfin liées au fait qu'en égard à l'imminence du péril et à ses conséquences irréversibles, une intervention rapide et efficace est nécessaire car la vie n'attendra pas que l'on prenne le temps de la réflexion.

La question du refus de soins vitaux et de ses limites se pose dans un pays démocratique respectueux des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Parmi les 193 États recensés par l'ONU, tous n'ont pas mis en place de système juridique visant à assurer la protection et le respect des droits de la personne. Le consentement et son corollaire, le refus, sont deux des droits les plus importants, les plus perceptibles à l'échelle individuelle donc les plus sensibles. Retirer au patient son droit de décider c'est porter atteinte à sa liberté, à son autonomie, sa capacité à se gouverner soi-même et à savoir, parfois mieux que le médecin, ce qui est bon pour lui et ce qui ne l'est pas. Le consentement c'est vraiment ce qui fait du patient un sujet et non un objet de soins et c'est tout le sens des interventions du législateur depuis 2002. La difficulté consiste à identifier la frontière entre le rôle du médecin et le pouvoir décisionnel du patient car inévitablement, le rôle du premier s'arrête où commence la liberté du second.

Ce sujet met également en lumière les limites plus générales du droit. Dans une société de plus en plus normée, où la juridictionnalisation est en perpétuelle expansion, en cas de doute, c'est vers le droit que l'on se tourne. Pour autant, tout ne peut être résolu par la loi. L'affaire *V. Lambert* a révélé ces limites du droit, à propos de soins vitaux délivrés à une personne qui, bien que n'étant pas en fin de vie, relèvent d'une obstination déraisonnable. Le 24 juin 2014²⁹, la Haute juridiction administrative a pour la première fois validé la décision d'arrêt des soins. Néanmoins, la décision médicale, prise sur le fondement de la loi du 22 avril 2005, déclarée conventionnelle par la Cour européenne des droits de l'homme³⁰, n'avait jamais été exécutée. Le Conseil d'État avait pourtant réitéré cette solution le 19 juillet 2017³¹ puis le 24 avril 2019³². Le même jour, les parents du patient ont saisi le comité des droits des personnes handicapées (CDPH) des Nations Unies qui a demandé à l'État français de suspendre

²⁹ CE, 24 juin 2014, n° 3750081, L. et a. JurisData n° 2014-014262 ; *JCP A*, chron 2015, note Moquet-Anger M.-L. ; *D.* 2014, p. 856, note Vigneau D. ; *AJDA* 2014, p. 1225, tribune Cassia P. 1669, note Truchet D.

³⁰ CEDH, 5 juin 2015, *Lambert et a. c. France*, n° 46043/14.

³¹ CE, 19 juillet 2017, n°402472.

³² CE, 24 avril 2019, n° 428117.

l'exécution de la décision médicale dans l'attente de son examen au fond, ce à quoi l'État n'a pas déféré. Les parents ont estimé qu'en s'abstenant de respecter ces mesures conservatoires, l'État a commis une voie de fait. Déboutés en première instance sur fond d'incompétence de la juridiction judiciaire, ils ont relevé appel. Le 20 mai 2019, la cour d'appel de Paris a fait droit à leur demande et a enjoint à l'État de prendre toutes les mesures nécessaires aux fins de faire respecter les mesures provisoires du comité et donc de reprendre les traitements dans l'attente de la décision du CDPH³³. L'arrêt a été cassé par la Haute juridiction judiciaire le 28 juin 2019³⁴. En infirmant l'existence d'une voie de fait, elle a rendu caduque l'injonction prononcée en appel et ouvert la voie à la reprise de la procédure d'arrêt des traitements, initiée dès le 2 juillet 2019 ; le patient est décédé neuf jours plus tard. Cette affaire montre que ces problématiques ne sont pas exclusivement juridiques, ni médicales d'ailleurs mais également éthiques. C'est une des limites du droit, le cadre légal est respecté, c'est sur le plan éthique que la situation peine à se résoudre.

Dans notre sujet, le refus de soins face à l'urgence vitale, le droit est confronté à ses limites. La résolution de ces situations que l'on peut qualifier sans excès de véritables dilemmes oblige à une conciliation au carrefour du droit et de l'éthique. Le cadre normatif n'est pas toujours clair et soulève des difficultés que l'on cherche à résoudre sur le plan juridique. En la matière, le droit est parfois confronté à ses propres limites, et ce n'est pas chose facile de comprendre ces interstices législatifs pour le moins vecteur d'inquiétudes et d'incertitudes pour les médecins, les patients et même les juristes.

À la lumière des difficultés évoquées, il nous faudra tenter de répondre à la question suivante : *en l'état actuel du droit, le refus de soins tombe-t-il sous l'urgence vitale ?*

L'analyse juridique sera complétée par l'expérience de praticiens confrontés à certaines de ces situations, rencontrés dans le cadre de deux stages réalisés respectivement à la clinique Saint-Yves de Rennes et au Centre hospitalier privé de Saint Grégoire.

Le droit de consentir et son corollaire, le droit de refuser des soins, sont tempérés d'exceptions qui, bien que n'étant pas toutes clairement identifiées³⁵, sont fondées et justifiées par une urgence vitale (Partie I). L'état du droit en la matière est plus ou moins stabilisé, selon que le refus résulte ou non d'un trouble mental. Partant, si la question de l'opportunité d'une clarification sur le plan législatif se pose, celle-ci devra être discutée (Partie II).

³³ CA, Paris, Pôle 1, ch. 3, 20 mai 2019, n° 19/08958.

³⁴ Cass., ass. plén., 28 juin 2019, n° 19-17.330 ; 19-17.342.

³⁵ Hors soins psychiatriques sans consentement, injonctions thérapeutiques du juge pénal, urgence sanitaire.

Partie 1 - Le caractère relatif du droit de refuser des soins face à une urgence vitale

La primauté de l'autonomie de la volonté des patients et la place centrale qui leur est désormais dévolue ont été précédées d'une reconnaissance accrue de leurs droits. Les droits des patients, au premier rang desquels le consentement, et son corollaire le refus, pierres angulaires de la relation médicale, conditionnent une plus grande autonomie clairement affichée en droit français et observée au plan européen. Cette autonomie s'exprime en amont de l'intervention médicale, le médecin se devant d'obtenir l'accord de son patient, ce qui l'expose nécessairement à un éventuel refus. Le droit d'opposition, propre à chaque personne juridiquement capable, peut soulever d'importantes voire d'insolubles difficultés pratiques. Dès lors qu'un pronostic vital est engagé, le principe du respect du refus de soins peut devenir antinomique avec certains principes gouvernés par l'éthique médicale et plus généralement avec certaines valeurs fondamentales de notre société. Certains refus s'analysent en un véritable dilemme éthique³⁶ : refus de transfusions sanguines et refus de nourriture (anorexie mentale, grève de la faim). Ces refus sont à distinguer des refus « légitimes »³⁷ qui concernent la fin de vie, les souffrances extrêmes ou l'obstination déraisonnable. C'est la notion de mort évitable doublée d'une vraie perspective de vie qui vient questionner éthiquement et juridiquement l'opposabilité d'un refus. Envisagées comme l'exception, les situations dans lesquelles le médecin pourra faire échec au refus exprimé par son patient sont marginales et ont des fondements juridiques et des limites pratiques variés (Chapitre 1). Indépendamment de la variété des motifs sur lesquels se fonde le refus, ces hypothèses ont pour point commun la nécessité d'une intervention médicale rapide en raison d'une situation somatique précaire. De l'analyse, il ressort que c'est l'urgence vitale qui, en amont, conditionne le recours aux soins forcés et qui, en aval, le justifie (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Fondements juridiques et limites pratiques de l'intervention médicale non consentie

Le droit de refuser des soins, qui a valeur législative, connaît des tempéraments dont le plus emblématique est celui des soins psychiatriques sans consentement (SPSC). L'anorexie mentale se manifeste par un comportement alimentaire dangereux et génère des conséquences somatiques importantes, parfois dramatiques. Son origine psychique justifie que dans certains cas les SPSC soient mobilisés, quand bien même le motif principal d'admission est d'origine somatique. Le refus d'alimentation peut également être utilisé dans le cadre d'une grève de la

³⁶ CCNE, Refus de traitement et autonomie de la personne, avis n°87, 14 avril 2005, p. 4.

³⁷ Moutel G., Le refus de soins en question, *Soins Gérontologiques*, 2007 ; 12 :24– 27.

faim et ses conséquences somatiques viennent, lorsque la vie est en jeu et parce que la mort est évitable, questionner l'opposabilité d'un refus (section 1). D'autres tempéraments au droit de refuser des soins sont nés de la jurisprudence. En effet, ils concernent également des soins délivrés en situation d'urgence vitale et en dépit de l'opposition formulée en amont par la personne dont l'état de santé s'est dégradé au point que sa vie se trouve mise en péril. Ces exceptions prétoriennes au droit de refuser des soins ont été dégagées à propos des refus de transfusions sanguines des personnes témoin de Jéhovah. (section 2).

Section 1 - Refus d'alimentation et prise en charge contrainte

Le législateur national a fixé une vraie limite à l'autonomie de la volonté des personnes atteintes d'anorexie mentale dès lors qu'elles se mettent en danger. L'instrument juridique que sont les SPSC est à la disposition des médecins et des proches de ces personnes pour les contraindre à intégrer un établissement de santé, *a fortiori* contre leur volonté (paragraphe 1). La contrainte ne se résume pas aux SPSC, puisque seront envisagés d'autres cas de recours à l'alimentation forcée, en particulier pour les mineurs ou les grévistes de la faim (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Refus d'alimentation et anorexie mentale des personnes majeures : les soins psychiatriques sans consentement

Une guérison de l'anorexie repose en principe sur l'alliance thérapeutique. Pourtant, il est des cas où le danger encouru va justifier un aménagement temporaire du principe cardinal de la relation patient-psychiatre (A). L'institution d'un tel mécanisme a été entourée de garanties et la plus notable réside assurément dans le contrôle du juge des libertés et de la détention (B).

A - Un aménagement provisoire du principe de l'alliance thérapeutique

Selon le DSM dans sa cinquième version³⁸, l'anorexie mentale se manifeste par une restriction des apports énergétiques conduisant à un poids significativement bas, une peur intense de prendre du poids et une altération de la perception de la forme de son propre corps (dysmorphophobie). L'anorexie mentale touche entre 1 et 2,2 % de la population féminine pour dix fois moins d'hommes³⁹. Le taux de létalité est réel et oscille entre 4,4 et 5 % pour les formes restrictives, dont 50 % par complication somatique et 50 % par acte suicidaire⁴⁰.

³⁸ Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - V, mai 2013.

³⁹ Lauvin R., Guibert M., Hervé G., Quelle place pour les soins palliatifs dans l'évolution des troubles de la conduite alimentaire ? *Médecine Palliative*, Volume 16, Issue 3, 2017, Pages 143-151.

⁴⁰ Doucet M., Modalités de prise en charge de l'anorexie mentale restrictive pure : enquête rétrospective auprès de 545 médecins exerçant en cabinet de ville dans le bassin lillois, thèse médecine, Lille 2, 2011. p. 27.

Fondée en partie sur une opposition à la prise alimentaire, l'anorexie mentale expose particulièrement au refus du soin nutritionnel, qui fait d'ailleurs partie du diagnostic même de la maladie. En son article L. 3211-1, le CSP dispose : « Une personne ne peut sans son consentement ou, le cas échéant, sans celui de son représentant légal, faire l'objet de soins psychiatriques, hormis les cas prévus par les chapitres II à IV du présent titre ». Le consentement aux soins psychiatriques est donc le principe, tout ce qui suit s'analyse comme l'exception. En psychiatrie, plus qu'une adhésion, c'est une alliance thérapeutique que le psychiatre s'efforce d'instaurer avec son patient. Cette alliance implique une participation, une « collaboration mutuelle, un partenariat, entre le patient et le thérapeute dans le but d'accomplir les objectifs fixés ».⁴¹ La Haute autorité de santé, dans ses recommandations de bonnes pratiques⁴², insiste sur l'importance de l'alliance thérapeutique dans la prise en charge de l'anorexie mentale. A la Clinique Saint-Yves de Rennes, le docteur Lauvin m'a fait part de son souci de faire naître une telle alliance, m'expliquant que « ce qu'il faut à tout prix éviter dans l'anorexie, c'est le conflit avec le patient ». Concrètement, cela signifie que les objectifs portant sur les apports nutritionnels ou sur le contrôle de la progression pondérale sont discutés et déterminés à l'issue d'un échange avec le patient et non en amont unilatéralement par le médecin. Le praticien cherche donc à construire la relation médicale avec son patient, une relation de gré à gré l'amenant, progressivement, à adhérer à la prise en charge.

Cependant, lorsque la négociation échoue, et face à un état de santé très dégradé, une contrainte peut être envisagée. Le passage à la contrainte marque une rupture dans l'alliance thérapeutique. La décision émane du médecin et est imposée au patient, dans son intérêt auquel il n'est plus en mesure de pourvoir. Cette rupture que constituent les SPSC est prévue, encadrée et conditionnée par la loi, aux articles L. 3212-1 et suivants du CSP. Selon une étude réalisée en 2010, pour mille hospitalisations contraintes, quatre concernaient l'anorexie⁴³. D'un point de vue formel, l'admission est une décision administrative, prononcée par le directeur de l'établissement de santé mentale soit à la demande d'un tiers, soit en cas de péril imminent. Elle est rendue possible par l'établissement de deux certificats médicaux circonstanciés datant de moins de quinze jours. Ces certificats attestent l'existence d'un trouble mental rendant impossible le consentement et démontrent que l'état mental de la personne impose des soins immédiats. L'anorexie résulte le plus souvent d'un trouble

⁴¹ Bioy A., Bachelart M., L'alliance thérapeutique : historique, recherches et perspectives cliniques, *Perspectives Psy*, Volume 49, n°4, octobre-décembre 2010, p. 317-326.

⁴² HAS - Anorexie mentale : prise en charge, juin 2010.

⁴³ Anorexie : quand les patientes refusent d'être soignées, *The Conversation*, 23 juin 2017.

mental⁴⁴, le consentement est faussé par la maladie car au fondement même de l'anorexie il y a un refus de soins. Il ne s'agit toutefois pas de considérer que toute personne atteinte de cette maladie est privée de son libre arbitre. Pour autant, les formes sévères de cette maladie entraînent une altération des capacités cognitives en raison d'une dénutrition extrême dont il résulte un affaiblissement de la capacité décisionnelle. L'impossibilité de consentir aux soins peut donc être déduite des conditions métaboliques et nutritionnelles incompatibles avec l'expression d'une volonté consciente, réfléchie et élaborée. En matière d'anorexie, c'est donc la combinaison d'une origine mentale et de ses conséquences somatiques qui fonde une prise en charge contrainte, où l'hospitalisation et les traitements, parmi lesquels l'alimentation et l'hydratation, pourront être imposés au patient.

B - La garantie du respect des droits : l'intervention du juge des libertés et de la détention

En France, la prise en charge contrainte est admise de longue date dans le champ de la psychiatrie. Cependant, les modalités procédurales d'admission et les conditions de prise en charge ont été considérablement modifiées. Les anciennes hospitalisations contraintes⁴⁵, régies par la loi Esquirol du 30 juin 1838 échappaient au contrôle juridictionnel. Le pouvoir du psychiatre était souverain dans le prononcé, le maintien et la levée de ces mesures⁴⁶. Cette insuffisance de garanties a été soulevée par les juges constitutionnel et européen⁴⁷ pour, *in fine*, aboutir à un bouleversement en 2011.

La loi du 5 juillet 2011⁴⁸ a instauré un contrôle systématique de ces mesures de soins contraints et en a naturellement confié la réalisation à un magistrat de l'ordre judiciaire⁴⁹, le juge des libertés et de la détention (JLD). Ce contrôle a été instauré pour garantir que les atteintes à la liberté individuelle soient strictement nécessaires et proportionnées. Ainsi, si à l'issue de la période d'observation de 72 heures, le psychiatre conclut à la nécessité de maintenir la mesure, il incombe au directeur de saisir le JLD qui devra statuer dans un délai maximal fixé initialement à quinze jours, ramené à douze jours depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 septembre 2013. Le JLD peut également être saisi à tout moment par les personnes mentionnées à l'article L. 3211-12 du CSP, ou se saisir d'office.

⁴⁴ Hazif-Thomas C., La liberté de choix des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, LEH, 2017, p. 107.

⁴⁵ Hospitalisation d'office ou hospitalisation à la demande d'un tiers jusqu'en 2011.

⁴⁶ Notons tout de même que la loi du 27 juin 1990 avait marqué un progrès, instaurant un contrôle par le juge administratif des arrêtés préfectoraux d'hospitalisation d'office.

⁴⁷ Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n°2010-71 QPC et CEDH, 18 nov. 2010, n° 35935/03, *Baudouin c. France*.

⁴⁸ Loi n° 2011-803 du 5 juill. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JO* 6 juill. 2011, p. 11705.

⁴⁹ L'art. 66 de la constitution de la V^e République fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle

Eu égard à l'atteinte portée aux droits des personnes et aux conditions parfois difficiles de prise en charge de l'anorexie, ce contrôle du JLD est primordial. Le CCNE a d'ailleurs souligné qu'une « alimentation forcée peut être vécue non comme une thérapeutique ou un soin, mais comme une violence »⁵⁰. L'intervention du juge est par conséquent essentielle. A titre d'illustration, dans une ordonnance rendue par la cour d'appel de Douai en 2012⁵¹, une femme âgée de 48 ans a été admise en SPSC en raison d'un péril imminent impliquant son hospitalisation complète à l'EPSM du Val de Lys. Son état de santé imposait le recours à une nutrition entérale (sonde nasogastrique) et parentérale (perfusions). En raison de la vive opposition aux traitements, un placement à l'isolement et la mise en place de contentions étaient nécessaires lors de la renutrition. Le JLD, se fondant sur des éléments médicaux récents qui faisaient état d'un « *risque vital important* », a considéré que la mesure de soins psychiatriques sans consentement devait être maintenue. L'usage de contentions mécaniques est parfois indispensable mais, eu égard à son extrême violence, il mérite d'être contrôlé. Cependant, l'office du JLD est limité à un contrôle de régularité et de proportionnalité de la mesure. Il s'assure d'abord que les conditions procédurales d'admission ont été respectées avec certains cas de compétence liée⁵². Le juge vérifie ensuite la proportionnalité de la mesure. C'est à cette étape qu'il devra jauger l'équilibre entre contrainte et liberté⁵³. La Cour de cassation, dans un arrêt de principe en date du 27 septembre 2017 a fait interdiction au JLD de dénaturer le contenu des certificats qui lui sont soumis et de substituer son avis à celui des psychiatres⁵⁴. Son office en sort restreint et sa marge de manœuvre sera fonction du degré de précision des certificats médicaux. Cette limitation soulève la question de l'effectivité d'un tel contrôle et ce d'autant plus que le JLD dispose de peu d'éléments pour asseoir son contrôle. Il dispose en effet du certificat médical initial, des certificats établis à 24 et à 72 heures, le cas échéant le courrier du tiers sollicitant la mesure et l'avis motivé du psychiatre à l'issue des 72 premières heures. Le JLD du Tribunal de grande instance de Vannes, Monsieur Pierre Mesnard, conscient de cette limite et soucieux de réaliser un contrôle de proportionnalité de qualité, cherche à enrichir les éléments à sa disposition et sollicite, si possible, l'entourage du patient, le représentant de l'établissement, demande les antécédents de prise en charge ou les antécédents judiciaires du patient.

⁵⁰ CCNE, Refus de traitement et autonomie de la personne, avis n°87, 14 avril 2005, p. 10.

⁵¹ CA, Douai, Chambre des Libertés individuelles, 14 août 2012, n°12/00038, *V.* annexe n°1.

⁵² CSP, art. L. 3212-7 al. 4 notamment en cas de défaut de production des certificats, la mainlevée est de droit

⁵³ Giloux N., Primevert M., Le psychiatre et le juge face à la protection de la personne dans les soins contraints, *RDSS* 2015, p. 973.

⁵⁴ Cass., Civ. 1^{re}, 27 septembre 2017, n° 16-22.544, com. Véron P., « Les limites du contrôle du juge des libertés et de la détention sur les décisions d'admission en soins psychiatriques sans consentement », *RDSS*, 2018, p. 125

Paragraphe 2 - Les cas particuliers du recours aux traitements forcés

Parmi les cas particuliers d'un recours à l'alimentation forcée, la situation des mineurs mérite d'être évoquée (A). Dans un registre radicalement différent tant sur le plan médical, psychique que sur le plan juridique, les grèves de la faim seront envisagées (B).

A- Anorexie et minorité : une hospitalisation réputée libre sous couvert d'accord parental

Dans la grande majorité des cas, l'anorexie mentale se déclenche entre quatorze et dix-sept ans, avec un pic de prévalence à seize ans⁵⁵. Cette maladie touche principalement les jeunes femmes et a récemment conduit les pouvoirs publics à prendre des mesures pour lutter contre les incitations à la maigreur. Il est notamment prévu l'obligation, pour les photographies à usage commercial modifiant l'apparence corporelle du mannequin, d'y apposer la mention particulière « photographie retouchée » et l'exercice du mannequinat est conditionné à un certificat médical attestant que l'état de santé, notamment au regard de l'IMC, est compatible avec cette profession⁵⁶.

De la même manière que pour les personnes majeures, le mécanisme intrinsèquement lié à cette maladie expose l'entourage du mineur et le corps médical à un refus de traitements. C'est cette fois pour des considérations tenant à l'âge de la personne que le médecin pourra, à certaines conditions, s'affranchir d'un refus opposé par le mineur. Durant la minorité, précisément jusqu'à dix-huit ans⁵⁷, le droit français aménage un régime de représentation qui, dans le champ sanitaire, impose au médecin de s'enquérir du consentement aux soins des représentants légaux⁵⁸. C'est donc naturellement aux parents qu'il revient de consentir au nom et pour le compte de leur enfant. L'article L. 3211-1 précité et appliqué au cas particulier du mineur, signifie que, sous couvert d'accord des parents, la prise en charge est dite de droit commun. L'hospitalisation est donc réputée libre quand bien même elle est imposée au mineur. Au plan strictement juridique, il ne s'agit pas de SPSC quand bien même les conditions de prise en charge sont les mêmes que pour les majeurs hospitalisés pour anorexie. L'admission est toutefois conditionnée à l'accord des deux parents, l'hospitalisation n'entre pas dans le champ des actes usuels⁵⁹ permettant à l'un des parents de consentir seul⁶⁰. L'hypothèse d'un conflit opposant les parents est prévue par le droit. L'article L. 3211-10 du

⁵⁵ Anorexie mentale INSERM – La science pour la santé, juin 2014, p. 1.

⁵⁶ Loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé, JO 27 janv. 2016, art. 19 et 20.

⁵⁷ C. civ., art. 414, loi n° 74-631 du 5 juil. 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, JO 7 juil. 1974, p. 7099.

⁵⁸ C. civ., art. 371 les titulaires de l'autorité parentale, généralement les parents du mineur.

⁵⁹ Notion précisée par la circulaire n° DHOS/F4/2009 du 19 octobre 2009 relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé, p. 22. *V.* extrait en annexe n° 2.

⁶⁰ C. civ., art. 372-2.

CSP prévoit effectivement que lorsqu'un différend survient entre les titulaires de l'autorité parentale à propos de l'admission de leur enfant en psychiatrie, l'intervention du juge aux affaires familiales est requise pour trancher ce désaccord. En cas enfin de désaccord des deux parents, c'est le juge des enfants qui aura à répondre du conflit entre l'intérêt de l'enfant et la position des parents⁶¹ et pourra, le cas échéant, ordonner le placement provisoire du mineur dans un établissement de santé sur le fondement de l'article 375-3 5° du Code civil.

En outre, même si la prise en charge est imposée, le médecin est débiteur de deux obligations à l'égard de son patient mineur. D'abord, il est tenu, en vertu de l'article L. 1111-2 du CSP, de lui délivrer une information qui tient compte de son degré de maturité. L'anorexie survient souvent à l'adolescence, il n'est donc pas d'emblée exclu que le mineur soit en mesure de recevoir certaines informations. Ensuite, l'article L. 1111-4 du même Code prévoit que le praticien se doit, dans la mesure du possible, d'essayer de convaincre le mineur d'accepter les soins. Son consentement doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté. Cependant, si le législateur impose de susciter cette adhésion, il s'agit d'une obligation de moyens de sorte que le professionnel de santé n'est pas tenu d'emporter l'adhésion du mineur. Cette disposition place la France en conformité avec ses engagements internationaux en particulier avec la convention internationale des droits de l'enfant adoptée dans le cadre des Nations Unies en 1989, ratifiée en droit interne en 1990⁶². Cette convention stipule, en son article 12, que « Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». En imposant de tenir compte de l'avis du mineur, le législateur a pris acte de cette disposition en maintenant toutefois une limite, le refus du mineur n'étant pas à lui seul opposable.

B - Refus d'alimentation vecteur d'expression : la grève de la faim

Au nom de l'autonomie de la volonté, chaque personne est libre de manifester ses opinions et revendications et d'utiliser les moyens qu'elle souhaite, dans les limites de l'ordre public. La grève de la faim est parfois mobilisée comme moyen d'expression, souvent de protestation assez extrême consistant en une mise à l'épreuve du corps, de manière à faire pression pour obtenir une prise de position, un changement. La volonté de la personne doit être respectée et

⁶¹ Hazif-Thomas C., La liberté de choix des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, LEH, 2017, p. 137.

⁶² Loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, JO 5 juillet 1990 p. 7856.

le médecin doit veiller à l'informer des conséquences de son choix. Cependant, lorsque la situation devient critique et que la personne maintient son refus de traitements au péril de sa vie, le médecin doit-il respecter ce choix ou bien fixer une limite à l'autonomie de la volonté et protéger la personne d'elle-même ? Cet arbitrage requiert une grande prudence car recourir à un traitement forcé implique de mettre un terme à la protestation et donc, de prendre le risque de faire échec à la revendication.

Les grèves de la faim demeurent marginales en France et lorsqu'elles sont entamées, vont rarement jusqu'à mettre en jeu un pronostic vital. A titre d'illustration, l'on peut mentionner la grève de la faim de l'ancien député Jean Lassalle, qui a cessé de s'alimenter durant trente-neuf jours en contestation d'un projet de délocalisation d'une entreprise de sa circonscription⁶³. Il a été hospitalisé en urgence le 14 avril 2006⁶⁴.

De plus, selon les données de l'Administration pénitentiaire, en 2015, 15 grèves de la faim ont été recensées contre 33 en 2016⁶⁵. En son article D. 364, le Code de procédure pénale dispose que « Si un détenu se livre à une grève de la faim prolongée, il ne peut être traité sans son consentement, sauf lorsque son état de santé s'altère gravement et seulement sur décision et sous surveillance médicales ». Il semble donc que, dans les établissements pénitentiaires, le médecin sera, sous couvert d'une permission légale, autorisé à s'affranchir d'un refus d'alimentation. Néanmoins, cette disposition issue d'un décret édicté en 1988⁶⁶ entre désormais en contradiction directe avec le droit de consentir à un traitement ou de le refuser, qui a une double assise législative et qui, en tout état de cause, ne prévoit pas cette limite. En droit positif, lorsque deux normes juridiques entrent en conflit, il convient de faire primer celle qui lui est hiérarchiquement supérieure. Ainsi, la disposition réglementaire doit s'incliner face aux dispositions législatives dès lors que leur application simultanée est incompatible. L'on peut même considérer que cette disposition réglementaire a été implicitement abrogée par l'entrée en vigueur de la loi de 2002 et surtout celle de 2016 qui consacre sans équivoque le droit au refus de traitements parmi lesquels l'alimentation et l'hydratation artificielles⁶⁷. Ainsi, si cette disposition est mobilisée à l'appui d'un contentieux, il n'est pas inenvisageable que la partie adverse soulève une exception d'illégalité, de façon à contester la légalité interne de la disposition réglementaire⁶⁸. Ce recours - à l'inverse d'une

⁶³ Roger P., Le député UDF Jean Lassalle poursuit sa grève de la faim pour une usine de la vallée d'Aspe, *Le Monde*, 7 avril 2006.

⁶⁴ Perrault G., Lassalle cesse sa grève de la faim, *Le Figaro*, 15 avril 2006.

⁶⁵ Peron I., Vincendon S., La délicate gestion d'un prisonnier en grève de la faim, *L'express*, 9 oct. 2018.

⁶⁶ Décret n°98-1099 du 8 déc. 1988 modifiant le Code de procédure pénale, *JO* 9 déc. 1998 p. 18498.

⁶⁷ CSP, art. L. 1110-5-1 al. 2.

⁶⁸ Ici, invoquer une violation de la loi, précisément une violation de la hiérarchie des normes.

contestation par voie d'action - n'est enfermé dans aucune condition de délai. Si l'illégalité est tenue pour acquise par le juge administratif ou, plus exceptionnellement, par le juge pénal⁶⁹, la juridiction sera tenue d'en écarter l'application ; et le pouvoir réglementaire de l'abroger.

En outre, la CEDH s'est prononcée sur l'alimentation forcée d'un détenu gréviste de la faim. Elle a considéré que, pratiquée en vue de lui sauver la vie, cette mesure ne saurait être qualifiée d'inhumaine ou dégradante, si elle est médicalement nécessaire et accompagnée de garanties procédurales, et si la manière dont le détenu est alimenté de force n'est pas contraire à l'article 3 de la Conv. EDH⁷⁰. L'assise juridique la plus confortable s'agissant d'un détenu est de se fonder sur le raisonnement tenu par la Cour, cette jurisprudence n'ayant pour l'heure pas été remise en cause.

S'agissant de l'article D. 364 du Code de procédure pénale issu du décret de 1988 précité, il est difficilement possible de considérer qu'il est conforme à cette jurisprudence puisque la CEDH exige que le pronostic vital soit engagé et que la décision de recourir à une alimentation forcée soit nécessaire pour « *sauver la vie d'un détenu qui refuse en toute conscience de se nourrir* »⁷¹. La disposition française fait seulement état d'une altération grave de l'état de santé, qui inclut l'hypothèse où le pronostic vital est engagé mais pas seulement. En effet, l'état de santé d'une personne peut s'altérer gravement sans que pour autant sa vie soit en jeu, ce qu'exige la CEDH en la matière.

Une autre voie de droit qui ne se limite cette fois pas aux détenus serait d'opter pour une lecture très rigoureuse des exigences fixées par la loi et de considérer qu'étant privée de son libre arbitre eu égard à son état de dénutrition, la personne n'est pas en mesure, au moment où l'intervention médicale est immédiatement requise, d'exprimer un refus qui soit le reflet d'une volonté libre et éclairée. En somme, reprendre les arguments médicaux évoqués pour l'anorexie et en tirer les conséquences sur le discernement. Ce raisonnement mériterait d'être envisagé sans que sa pertinence juridique ne puisse, faute de précision législative ou jurisprudentielle, être vérifiée.

Dans d'autres cas, un refus va être exprimé par conviction. C'est le cas précisément des refus de transfusions sanguines.

⁶⁹ C. pén. art. 111-5, à la condition que de cet examen dépende la suite du procès.

⁷⁰ CEDH, 5 avril 2005, Nevmerjitski c/ Ukraine, n° 54825/00, §94.

⁷¹ Même arrêt.

Section 2 - Refus de soins opposés par les personnes majeures : la récusation des transfusions sanguines

Juridiquement, l'opposabilité d'un refus de soins doit être analysée de façon différenciée, selon que ses conséquences impactent des tiers (paragraphe 1) ou ne produisent d'effet que sur la personne qui l'oppose (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - La protection des personnes représentées : les exceptions au principe du consentement des titulaires de l'autorité parentale et du tuteur

Pour des considérations que l'on peut qualifier de pragmatiques, c'est d'abord en cas d'urgence que les médecins sont libérés de leur obligation de s'enquérir du consentement des représentants légaux (A). C'est ensuite le cas, de façon plus exceptionnelle, lorsque par leur refus, ces derniers mettent gravement en péril la santé de la personne représentée (B).

A - L'urgence immédiate : une dérogation à l'exigence du consentement du représentant légal

La capacité juridique à savoir le fait d'être titulaire de droits (capacité de jouissance) et de pouvoir les exercer (capacité d'exercice) est limitée durant la minorité et peut l'être pour des considérations tenant à un état de vulnérabilité, un discernement altéré. Préalablement à toute intervention médicale, le praticien est en principe tenu d'obtenir le consentement du représentant légal du mineur⁷² ou du tuteur. Précisons que pour les majeurs sous tutelle, le consentement sera à rechercher auprès du tuteur seulement si le juge des contentieux de la protection⁷³ - anciennement le juge des tutelles - a prévu une mesure de représentation et non d'assistance en la matière⁷⁴. Néanmoins, la déontologie impose au médecin de se délier de cette exigence fondamentale lorsque l'urgence le commande d'agir rapidement et l'empêche de solliciter l'accord des parents ou du tuteur. En effet, l'article R. 4127-42 du CSP dispose : « En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires ». Saisi en tant que juge de cassation disciplinaire, le CE a précisé la manière dont il convient de mobiliser cette notion d'urgence⁷⁵. En l'espèce, une psychiatre avait reçu en consultation une patiente âgée de seize ans souffrant de dépression, en présence de son père qui, divorcé de la mère, exerçait conjointement avec elle l'autorité parentale. L'état de la

⁷² Cette exigence est tempérée d'exceptions notamment pour l'interruption volontaire de grossesse des mineures (CSP, art. L. 2212-7 al. 2) ou encore en cas de refus du mineur d'informer ses parents (CSP, art. L. 1111-5).

⁷³ Depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO* 24 mars 2019, qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

⁷⁴ C. civ., art. 473 al. 2.

⁷⁵ CE, 7 mai 2014, n°359079.

jeune patiente s'est dégradé et a nécessité, deux jours plus tard, une seconde consultation, cette fois en présence seulement de sa mère. À l'occasion de cette seconde consultation, la psychiatre a prescrit à la mineure le médicament « Prozac », sans toutefois solliciter le consentement du père, ce qu'il lui a été reproché. La chambre disciplinaire de première instance et la chambre disciplinaire nationale, se fondant sur l'article précité, ont mobilisé l'urgence pour justifier que la psychiatre se soit contentée du consentement de la mère, relevant que « *l'état de la patiente s'était aggravé entre le 10 et le 12 novembre* ». Le CE censure pour erreur de droit. Il reproche à la chambre disciplinaire nationale de ne pas avoir suffisamment démontré en quoi la condition de l'urgence était remplie. Il exige une motivation particulière des juges lorsqu'ils invoquent l'urgence. Ils auraient dû relever des « *éléments précis qui justifiaient en quoi cette aggravation était de nature à caractériser, à elle seule, une situation d'urgence au sens de l'article R. 4127-42* ». Les hauts magistrats considèrent que la motivation n'est pas assez étayée pour justifier une exception à l'obligation de recueillir le consentement des parents. Ils censurent un raisonnement par affirmation ou constatation et exigent une véritable démonstration de la part des juges qui l'appliquent.

Toutefois, cet article ne traite pas du refus opposé par les parents. Il est ici question d'une exception au principe selon lequel aucun acte ne peut être réalisé par un médecin avant d'avoir obtenu le consentement des représentants légaux, dans l'intérêt évident des personnes représentées. Par extension, il convient de se demander si cette exception pourrait s'appliquer pour un refus, de telle sorte qu'en cas d'urgence, le médecin serait autorisé à s'affranchir de son obligation de respecter la volonté des représentants légaux ? La réponse dépend de savoir si les conditions fixées par l'article sont cumulatives ou alternatives. Plus précisément, il convient de se demander si cet article vise une impossibilité pratique d'obtenir le consentement par manque de temps ; ou bien, si l'urgence dispense de manière autonome le praticien de son obligation de respecter le consentement et donc, peut-être, le refus. Les précisions apportées par le Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) et le CE en 2014 commandent de préférer la première hypothèse, à savoir l'exigence des deux conditions simultanément réunies. Le CNOM a précisé que l'exception doit s'appliquer « lorsque les parents sont absents et ne peuvent être prévenus et si la situation est grave et urgente »⁷⁶. C'est donc sous réserve d'une impossibilité de prévenir doublée d'une urgence appelant une intervention rapide que le médecin pourra agir sans le consentement des représentants légaux. Cette exception ne semble, par conséquent, pas applicable au cas du refus.

⁷⁶ CNOM, commentaire de l'article 42 du Code de déontologie médicale, consultable sur : <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/devoirs-patients-art-32-55/article-42-soins-mineurs-majeurs-protoges>

Enfin, l'article L. 1111-4 du CSP qui exige le consentement du représentant légal du mineur ou du majeur sous tutelle ne prévoit pas que cette obligation tombe en cas d'urgence. Sans revenir sur le principe évoqué pour les grèves de la faim, le juriste peut trouver surprenant qu'une disposition de nature réglementaire prévoit une exception à un principe qui a valeur législative. Toutefois, l'alinéa 7 du même article réserve le caractère opposable du refus au cas où ce dernier ne met pas en danger le mineur, c'est l'objet des développements suivants. De par sa formulation générale, et c'est la marque de la loi, l'alinéa 7 permet d'inclure l'hypothèse où un refus se cumule d'une urgence mais seulement si ce refus met en danger la personne représentée. En clair, s'il y a une urgence mais qu'il ne s'agit pas d'une urgence vitale, le refus des représentants légaux doit être respecté par le médecin.

B - L'impossible refus de soins en cas de risque grave pour la santé de la personne représentée

Initialement, le décret du 14 janvier 1974⁷⁷, applicable aux établissements publics de santé, prévoyait que le médecin pouvait, sous certaines conditions, s'affranchir d'un refus de soins opposé par les représentants légaux d'un mineur. Cette possibilité était subordonnée à l'autorisation préalable du Procureur de la République qui devait provoquer, de la part du juge des enfants, une mesure d'assistance éducative, en somme une levée provisoire de l'autorité parentale.

Cette exigence a parfois été relayée au second plan, notamment dans une affaire dont a eu à connaître la cour administrative d'appel de Bordeaux en 2003⁷⁸. Les faits se déroulent en Guyane, en 1995. Un enfant âgé de onze ans a été admis au centre hospitalier de Cayenne en raison d'une hémorragie de la cavité buccale. Pour contenir cette hémorragie, les médecins ont décidé de le transfuser, en dépit de la ferme opposition de ses parents, témoins de Jéhovah. A cinq jours d'intervalle, l'enfant a reçu deux transfusions, la seconde seulement après autorisation du juge des enfants. Bien que l'enfant soit rentré en bonne santé, les parents ont reproché aux médecins d'avoir transfusé leur fils contre leur volonté. Les conditions fixées par le décret et applicables en l'espèce ont été respectées seulement pour la seconde transfusion. Pour autant, les juges du fond de la CAA n'ont pas mobilisé le décret précité et ont choisi d'appliquer rétroactivement les dispositions issues de la loi Kouchner. Le législateur du 4 mars 2002 a en effet mis fin à cette obligation de provoquer une mesure d'assistance éducative pour s'affranchir d'un refus des représentants légaux en pareille

⁷⁷ Décret n°74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, *JO* 16 janvier 1974, p. 603, art. 28 (abrogé).

⁷⁸ CAA Bordeaux, 4 mars 2003, n°99 BX02360, *JCP A*, 15 déc. 2003, n°51, p. 1688, note Moquet-Anger M.-L.

circonstance. En son alinéa 7, l'article L. 1111-4 offre désormais au médecin un cadre juridique, précisant que « 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 ». L'emploi de l'impératif laisse à penser qu'il ne s'agit pas d'une faculté pour le médecin mais d'une obligation. Seul maître d'une telle décision, le praticien est en pareille hypothèse substitué dans les droits des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur. Il devra veiller toutefois à ce que les conditions soient remplies car en cas de recours des parents, il lui appartiendra de prouver qu'en raison du refus de soins, la santé du mineur était gravement compromise. La saisine du ministère public n'est plus coercitive mais reste une faculté offerte au médecin qui pense devoir s'affranchir d'un refus. L'ingérence dans l'autorité parentale est évidente et doit, à ce titre, être guidée par des principes de nécessité et de proportionnalité. L'article R. 1112-35 du CSP prévoit que le médecin « peut saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent ». Le recours au juge est facultatif et permettra au médecin, sous couvert cette fois d'autorisation judiciaire, de délivrer les soins indispensables. Cette possibilité présente l'avantage certain, et non des moindres, de sécuriser la décision. L'immixtion est grande dans les droits des représentants légaux et il est ainsi préférable pour le praticien de veiller, en amont, à agir dans un cadre qui ne puisse lui être ultérieurement reproché.

Paragraphe 2 - Les limites aux refus de soins opposés par les personnes majeures pour elles-mêmes

Les difficultés nées de la pratique et non réglées par le législateur ont conduit le Conseil d'État à créer de toute pièce une limite au droit de refuser des soins (A), dont la pérennité doit être examinée à l'aune des évolutions législatives et jurisprudentielles en la matière (B).

A - Une limite circonscrite née sous la plume de la Haute juridiction administrative

La communauté des témoins de Jéhovah prohibe toute utilisation de produits sanguins. Cette règle a fait naître des difficultés pour le corps médical confronté à des patients dont l'état de santé imposait de recourir immédiatement à cet acte salvateur et a suscité une réflexion juridique sur les limites que l'on pouvait fixer au principe du consentement aux soins. Rappelons que si le consentement et son corollaire le refus sont des droits pour le patient, ils sont en miroir une obligation pour le professionnel de santé.

Pourtant, une limite a été dégagée par la Haute juridiction administrative. Dans une affaire dont les faits datent de 1995, les médecins ont décidé de pratiquer une transfusion en dépit de l'opposition d'un patient souffrant d'une insuffisance rénale aiguë. Le patient devait néanmoins décéder et son épouse a formé un recours de plein contentieux contre l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris. Dans un arrêt rendu en formation d'assemblée le 26 octobre 2001⁷⁹, le CE a avalisé la décision des médecins. Se fondant sur les rapports d'expertise, il a considéré 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, ils n'ont pas commis de faute* ». C'est donc en raison de la réunion de ces trois conditions cumulatives que le CE a estimé que les médecins n'avaient pas commis de faute en s'absentant de respecter le refus du patient.

En rupture nettement affichée avec la tradition paternaliste, la loi Kouchner a créé un doute sur le maintien possible d'une telle jurisprudence. Doute dissipé dès l'été 2002 où, saisi cette fois d'un recours en référé-liberté-fondamentale sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, le CE⁸⁰ a maintenu sa solution, aménageant à la marge les conditions dégagées en 2001. Pour admettre la recevabilité du recours, le CE, au visa des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du CSP, a érigé le principe du consentement aux soins au rang de liberté fondamentale. Ce principe acquiert donc une valeur supra législative, au demeurant infra-constitutionnelle. Dans cette affaire, la patiente avait été admise le 28 juillet 2002 au service des soins intensifs post-opératoires du CH de Saint Étienne suite à une fracture de la jambe. Son état s'est dégradé et malgré son opposition (réitérée et consignée par écrit), les médecins l'ont transfusée. Elle a saisi le TA de Lyon qui, le 9 août 2002, a fait interdiction aux médecins de recourir à un tel acte tout en prévoyant que cette interdiction cesserait de s'appliquer en cas de mise en jeu de son pronostic vital. Compétent pour connaître des appels formés contre les ordonnances rendues en première instance en matière de référé, le CE a eu à se prononcer sur le point de savoir si cette réserve était, eu égard aux évolutions législatives, contraire à la liberté fondamentale qu'est droit de consentir à un acte médical. Il a alors estimé que les médecins n'y portaient pas une atteinte grave et manifestement illégale « *lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état* ». Les hauts magistrats valident donc

⁷⁹ CE Ass., 26 oct. 2001, n° 198546, Mme S. c/ APHP, JCP 2002, n°6.II.10025, p.303, note Moreau J.

⁸⁰ CE, réf., 16 août 2002, préc.

l'ordonnance de première instance et ajoutent l'une des exigences de la loi Kouchner, l'obligation de tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter des soins, obligation supprimée par la loi Claeys-Leonetti de 2016.

La Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur le recours aux soins forcés dans un contexte d'urgence vitale. Cependant, un arrêt concernant un refus de transfusion suite à une hémorragie de la délivrance rendu par la cour d'appel d'Aix en Provence le 21 décembre 2006⁸¹ mérite d'être évoqué. Précisons d'emblée que dans cette affaire, les juges n'ont pas été amenés à statuer sur le fait de savoir si, en dépit du refus, le médecin qui a pratiqué la transfusion avait commis une faute. Les requérants reprochaient au médecin un retard dans la pratique de l'hystérectomie d'hémostase, retard lié au refus obstiné de la parturiente de recevoir une transfusion. En l'espèce, une femme de 34 ans s'est présentée à la clinique de Marignane pour accoucher de son troisième enfant. Elle a subi une césarienne (à 8h40) et la délivrance a été hémorragique. Son état aurait nécessité une transfusion sanguine rapidement. Cependant, en tant que témoin de Jéhovah, elle a refusé⁸². Les médecins lui ont donné des substituts de sang, insuffisants pour la stabiliser. La patiente a été transférée en réanimation et a réitéré son refus de recevoir une transfusion, refus relayé par son mari et par sa mère. La situation est ensuite devenue, selon les rapports d'expertise, « *catastrophique* » (hémoglobine à 2g/L) et à 11h, les médecins ont obtenu l'autorisation du Procureur pour transfuser. À 17h, ils ont pratiqué l'hystérectomie d'hémostase, la patiente est décédée à 19h. Ses ayants-droit ont déposé une plainte avec constitution de partie civile qui a donné lieu à une ordonnance de non-lieu. Ils ont, en outre, assigné le médecin et la clinique en vue d'obtenir réparation du préjudice moral subi par le décès de la parturiente dont ils imputent la responsabilité à un retard dans la pratique de l'hystérectomie. Déboutés par les premiers juges, les requérants relèvent appel. Les juges du fond de la CA refusent de considérer que la pratique tardive de l'hystérectomie d'hémostase constitue une faute médicale. D'abord, eu égard aux conséquences définitives de cette intervention, l'envisager dès la délivrance aurait été prématuré ; ensuite, en raison de l'impossibilité de la pratiquer sans recourir préalablement à une transfusion, la parturiente avait perdu trop de sang et il fallait impérativement lui administrer des culots de globules rouges. Ils réfutent ainsi toute faute liée au retard de l'hystérectomie précisant qu'il « *ne saurait être reproché au médecin, qui doit respecter la volonté du malade, d'avoir éventuellement tardé à pratiquer une intervention vitale, alors*

⁸¹ CA Aix-en-Provence, 10e ch., sect. B, 21 décembre 2006, n° 04/10962, Juris-Data n°2006-325829, D. 2007. 1848 note Violla F. ; JCP 2007. II. note Corpart I. ; RCA 2007, n° 128, note Radé C.

⁸² Elle refusait la transfusion sanguine et l'autotransfusion.

qu'il ne pouvait la réaliser sans procéder, contre la volonté du patient, à une transfusion sanguine ». Les juges se sont fondés sur les rapports d'expertise qui ont mis en lumière le lien de causalité certain entre le refus de transfusion et le retard de l'hystérectomie. Ici, la demande indemnitaire ne portait pas sur la violation du refus. On ne sait pas ce qu'auraient décidé les juges si les requérants l'avaient invoquée. Rappelons que le juge est tenu de répondre uniquement - sauf moyen d'ordre public - aux arguments soulevés devant lui et qu'il ne peut juger *infra* ou *ultra petita*.

Enfin, le motif de la demande indemnitaire peut être rapproché de celui de l'affaire de l'accouchement par des médecins masculins au CH de Bourg-en-Bresse⁸³. En l'espèce une femme musulmane s'est présentée au CH le 8 novembre 1998 pour y accoucher. Son mari s'est opposé physiquement, pendant vingt minutes, à sa prise en charge par un médecin obstétricien masculin. La délivrance a eu lieu par forceps et l'enfant, victime d'une dystocie des épaules et d'une anoxie fœtale, est né lourdement handicapé. Les parents ont assigné le CH afin d'obtenir réparation du préjudice qu'ils estiment avoir subi en raison d'une faute du directeur de l'établissement résultant du fait « *de ne pas avoir fait appel aux forces de police pour [empêcher le père] d'entraver le bon déroulement de l'accouchement* ». Validant le jugement rendu en première instance, les juges d'appel ont refusé de faire droit à leur demande, relevant que « *l'état de l'enfant est totalement imputable à l'attitude de M. X et M. et Mme X ne peuvent rechercher la responsabilité pour faute ou sans faute du centre hospitalier* »

B- Une pérennité débattue, des évolutions législatives et jurisprudentielles (dé)favorables ?

La jurisprudence du CE sur les refus de transfusions sanguines n'a jamais été réitérée. Doit-on en conclure qu'elle s'est tarie ? Des doutes sur sa pérennité sont évoqués. Les interventions du législateur en la matière, dont la philosophie traduit cette intention perpétuelle de faire primer la volonté de la personne, alimentent ces incertitudes. D'abord, la loi du 22 avril 2005 a complété les dispositions du CSP relatives au consentement et a institué une procédure de refus de soins vitaux. Des termes de la loi, lorsque la personne met sa santé en péril, c'est à la condition que son refus soit réitéré dans un délai raisonnable que celui-ci sera opposable. La loi du 2 février 2016 ensuite, car elle insère un nouvel alinéa qui consacre solennellement le droit de toute personne de refuser des soins, sans prévoir d'exception. L'urgence a été occultée de la codification. C'est d'autant plus surprenant que le droit de la santé s'est imprégné des

⁸³ CAA Lyon, 10 juin 2008, n° 05LY01218, M. et Mme X c. CH de Bourg-en-Bresse, *JCP A*, 6 avril 2009, n°15, 2083, note Renard S.

situations exceptionnelles, l'urgence est une exception classique aux droits des patients⁸⁴.

Pourtant, dans des arrêts récents, dont l'un postérieur à la loi Claeys-Leonetti (mais pour des faits datant de 2007), le CE a érigé l'urgence au rang d'exception au principe du recueil préalable du consentement. D'abord en 2012 puis en 2016⁸⁵ il estimé : « *qu'hors les cas d'urgence ou d'impossibilité de consentir, la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti oblige l'établissement responsable à réparer tant le préjudice moral subi de ce fait par l'intéressé que, le cas échéant, toute autre conséquence dommageable de l'intervention* ». Le CE considère donc que deux situations, l'urgence ou l'impossibilité, exonèrent l'hôpital de sa responsabilité en cas de non-respect du consentement. Il s'agit d'une exception prétorienne et finalement emprunte d'une certaine logique. Dans ces deux affaires dont les faits peuvent être rapprochés, une intervention a été programmée et acceptée. Néanmoins, au jour de l'intervention, les médecins ont pratiqué, sans le dire à leur patient, une intervention « *substantiellement différente* » de celle qui avait été initialement acceptée. Les hauts magistrats ont conclu à une violation du droit au consentement, l'hôpital ne rapportant pas la preuve d'une quelconque urgence ou impossibilité d'obtenir le consentement des patients. En clair, la réalisation d'une opération sans consentement (en dehors de l'urgence ou de l'impossibilité de recueillir le consentement) oblige l'hôpital à indemniser l'intégralité des dommages causés par l'intervention⁸⁶. En cas d'urgence, les médecins pourront donc pratiquer un acte médical auquel le patient n'a pas consenti.

Dans notre sujet, il convient de se demander si, par analogie, une telle exception pourrait s'étendre au cas où il s'agirait d'un consentement exprimé dans sa forme négative et qu'une intervention serait pratiquée en urgence. La question porte sur l'exonération de responsabilité, savoir si l'absence de respect du consentement sera, ou non, justifiée par l'urgence et la réponse n'est pas évidente. Dans les affaires évoquées, il s'agit d'une intervention à laquelle le patient n'a pas préalablement consenti et les juges précisent que c'est seulement s'il y a une urgence ou une impossibilité que les praticiens peuvent se dispenser d'obtenir le consentement de leur patient sans commettre de faute. En tout état de cause, il faut garder à l'esprit que le raisonnement par analogie a des limites et qu'il existe une différence entre affirmer que le consentement n'a pas été sollicité préalablement à une intervention et affirmer

⁸⁴ Notamment : pas d'obligation d'information en cas d'urgence (CSP, art. L. 1111-2) ; non opposabilité des directives anticipées le temps nécessaire à l'évaluation de la situation médicale (CSP, art. L. 1111-11) ; pour une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, aucun acte ne peut être pratiqué sans que la personne de confiance et à défaut l'entourage n'ait été consulté, sauf en situation d'urgence (CSP, art. L. 1111-4).

⁸⁵ CE, 24 septembre 2012, n° 336223, *AJDA* 2012, p. 1828 et CE, 16 décembre 2016, n° 386998, *AJDA* 2017, p. 331, *RDS* n° 76, note Viala F., « Je dis ce que je fais, je fais ce que je dis », p. 174-176.

⁸⁶ Moquet-Anger M.-L., *Droit hospitalier*, 5^e éd., LGDJ, 2018, p. 494.

que le refus n'a pas été respecté. Dans la première hypothèse, une incertitude demeure sur ce qu'aurait accepté ou non le patient ; dans la seconde l'on sait que le patient a refusé. La nuance est de taille et crée un vrai doute sur la possibilité d'étendre cette exception prétorienne au cas du refus, bien que dans les deux cas, le droit au consentement a été violé ; par empêchement dans le premier cas, par volonté dans le second.

Enfin, les juges de la CAA de Paris, dans un arrêt de 2017⁸⁷ ont apporté une précision sur la notion d'urgence, mobilisée comme exception au principe du consentement. A propos cette fois d'une extraction dentaire pratiquée en cours d'intervention et à laquelle le patient n'avait pas consenti, ils ont estimé que : « *sauf cas d'urgence ou d'impossibilité, et alors même qu'une telle opération est indispensable, une intervention chirurgicale ne peut être pratiquée sans que le consentement du patient ait été recueilli* ». Les juges distinguent l'urgence et le caractère indispensable d'un acte et c'est seulement si ces deux conditions sont réunies que l'urgence dispense de l'obligation de recueillir le consentement. Le fait que l'intervention soit indispensable est, à lui seul, insuffisant. L'urgence relative - au sens où l'intervention est juste nécessaire mais pas immédiatement requise - n'est pas exonératoire de responsabilité.

Dans ces affaires, l'urgence est posée dans les attendus de principe et n'est pas appliquée au cas d'espèce. Il faut attendre un arrêt qui, en plus de mentionner l'urgence, décide d'en faire application, de façon à dessiner plus précisément les contours de cette exception.

Pour conclure, l'on constate que ces situations sont toujours pensées comme l'exception et le choix de s'affranchir d'un refus devra obéir aux principes de nécessité et de proportionnalité et sera contrôlé à l'aune de ces mêmes principes par le juge : le juge des libertés et de la détention pour les SPSC ou à l'occasion d'un recours au fond ou en référé pour les autres cas.

Chapitre 2 - L'urgence vitale : condition et justification de la décision médicale imposée

Confronté à un refus de soins coupé d'une urgence à intervenir et bien qu'il ne soit plus tenu par le droit de tout mettre en œuvre pour convaincre son patient d'accepter des soins, le médecin peut tenter d'emporter la conviction de son patient, en déployant des trésors d'imagination. Son pouvoir de persuasion devra cependant s'incliner en cas de refus réitéré dans un délai raisonnable. De la même manière, précisons une nouvelle fois, et c'est important, que la question ne se posera pas dans le cadre des refus « légitimes »

⁸⁷ CAA Paris, 16 février 2017, n° 15PA01828, solution déjà dégagée par CAA Lyon, 13 Avril 2006, n° 01LY02589 pour des faits en date de 1997, antérieurs à la loi Kouchner du 4 mars 2002.

précédemment évoqués. C'est donc parce qu'en plus d'être nécessaire à la survie de la personne, l'intervention médicale refusée est requise immédiatement et qu'existe une vraie perspective de vie, que la question de l'opposabilité d'un refus de soins se pose. L'urgence vitale apparaît comme le préalable qui conditionne l'entrée dans ce cadre clairement dérogatoire du droit commun qu'est la décision médicale imposée (section 1). Cependant, sur le plan juridique, ce cadre dérogatoire est assez incertain lorsque le refus ne résulte pas d'un trouble mental (section 2).

Section 1 - L'urgence vitale : préalable indispensable à l'intervention non consentie

A défaut de la définir, le droit réceptionne l'urgence vitale et l'instrumentalise en dérogation aux obligations normales en matière de refus de soins (paragraphe 1). Les conséquences d'une telle urgence mettent également en doute la capacité décisionnelle des patients (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Une notion médicale à fonction juridique

Lorsque les soins qui s'imposent sont de nature somatique, au-delà du trouble mental, le législateur exige une nécessité médicale qui, en matière d'anorexie, relève de l'urgence vitale (A). Il appert de la jurisprudence administrative évoquée, que c'est ce même type d'urgence qui a été mobilisé pour faire temporairement échec à un refus de transfusion (B).

A - L'urgence vitale : justification de l'entorse au principe de l'alliance thérapeutique

Si la HAS affirme que l'alliance thérapeutique conditionne la bonne prise en charge de l'anorexie, elle en excepte l'urgence vitale et précise que l'hospitalisation contrainte peut être utilisée lorsque le risque vital est engagé et que les soins consentis sont impossibles. De la même manière, le docteur Lauvin considère qu'il est de l'essence du devoir des soignants de ne pas écouter passivement un refus qui est en fait une traduction de la maladie, et surtout de mettre cette limite du pronostic vital. Dans ce cas, une admission ou, le cas échéant, un transfert⁸⁸ en SPSC devra être envisagé. La HAS a établi des critères⁸⁹, non cumulatifs, permettant de considérer que l'on bascule dans une urgence vitale et qu'à ce titre, la rupture évoquée avec l'alliance thérapeutique est justifiée. L'urgence vitale est donc une ligne de

⁸⁸ Dans l'hypothèse d'un patient hospitalisé librement comme c'est le cas à la clinique Saint-Yves de Rennes.

⁸⁹ HAS, anorexie mentale - critères d'hospitalisation à temps plein – juin 2010 *V.* annexe n° 3.

fracture, le législateur lui donne une fonction juridique, celle de permettre une rupture avec la prise en charge de droit commun.

Cette exception est réceptionnée et appliquée par la jurisprudence, très casuistique en la matière, aucune jurisprudence de principe ne s'applique au cas particulier de l'anorexie. Bien au contraire, la motivation doit être circonstanciée car elle est fonction d'éléments psychiatriques et somatiques qui sont, par nature, propres à chaque personne. A titre d'illustration, dans une ordonnance rendue en 2018⁹⁰ et non publiée, par le JLD du TGI de Vannes, le juge s'est prononcé sur le maintien d'une mesure de contrainte pour une patiente majeure atteinte d'anorexie. Son état somatique était alarmant, les médecins faisaient état d'un risque vital toujours présent au jour de l'audience en raison d'une dénutrition très sévère (9,6 d'IMC), d'une altération des capacités cognitives liée à la dénutrition majeure ainsi que d'un refus de perfusion. Après avoir relevé que la procédure d'admission - pour péril imminent - était régulière, le JLD a estimé qu'elle était proportionnée compte tenu « *du risque vital toujours engagé du fait de l'amaigrissement extrême de la patiente* ». C'est l'un des éléments principaux qui a justifié la décision de maintien, quand bien même la patiente souhaitait voir sa liberté lui être rendue.

De la même manière, dans l'ordonnance précédemment évoquée rendue par le JLD de la CA de Douai en 2012⁹¹, la contrainte est grande mais proportionnée pour le magistrat car le pronostic vital de la patiente est en jeu.

Dans d'autres situations, c'est la disparition du risque vital qui autorise la mainlevée. Par exemple, dans une ordonnance rendue le 24 mai 2017⁹², le JLD de la CA de Rouen a eu à connaître d'une patiente anorexique admise en SPSC en raison d'une hypokaliémie sévère, engageant son pronostic vital. En première instance, le JLD du TGI de Rouen⁹³ a refusé de prononcer la mainlevée précisant que « *la juridiction était embarrassée* » dans le présent cas et, après avoir relevé que la patiente n'apparaissait pas en détresse, a préféré s'en rapporter à l'avis médical qui disait nécessaire le maintien en hospitalisation complète. Au contraire, en appel, le JLD a considéré que la disparition du risque vital - le taux de potassium étant redevenu normal - autorisait la levée de la mesure. Enfin, un risque vital qui resurgit peut justifier l'infirmité, en appel, d'une ordonnance de mainlevée⁹⁴.

⁹⁰ TGI Vannes, ord., 2018 *V.* annexe n°4.

⁹¹ CA, Douai, Chambre des Libertés individuelles, 14 août 2012, préc.

⁹² Cour d'appel, Rouen, Premier président, 24 Mai 2017 – n° 17/02503.

⁹³ TGI Rouen, ord., 10 mai 2017, non publiée, *V.* annexe n°5.

⁹⁴ CA, Bourges, 12 mars 2013, n°13/00353 : mainlevée infirmée eu égard au danger psychique et somatique encouru par la jeune femme de 19 ans suite à une perte de poids de plusieurs kilogrammes en une semaine.

À la lecture de ces jurisprudences et des explications du docteur Lauvin, l'on constate le souci de ne pas briser, sans véritable raison, l'alliance thérapeutique qui, en matière d'anorexie, est difficile à obtenir et, une fois obtenue, particulièrement fragile à maintenir. La justification c'est donc la vie, l'urgence vitale, c'est le point de limite. Ce passage de l'alliance à la contrainte est permis au moyen des SPSC et, dès lors que l'admission est fondée sur un motif médical somatique, c'est, *in fine*, la persistance du danger physique ou sa disparition qui commande la levée ou la mainlevée de la mesure. Cette contrainte est donc prévue par le droit pour les SPSC, ce qui n'est pas le cas des refus détachés d'une maladie mentale.

B - La fonction prétorienne de l'urgence vitale : délier des obligations et des procédures

Transfuser le patient ou bien le laisser mourir ? Telle était la question posée aux médecins dans les affaires évoquées et c'est la première alternative qui a été choisie, validée *a posteriori* par le CE. Les juges ont opté pour des appréciations très casuistiques et se sont fondés principalement sur le caractère indispensable de la transfusion à savoir l'acte sans lequel la vie n'aurait pu être préservée. Dans deux arrêts rendus le 9 juin 1998⁹⁵ dont l'un a été frappé d'un pourvoi, les juges du fond de la CAA de Paris ont établi une hiérarchie entre deux obligations antinomiques en l'espèce. Ils ont estimé que l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade trouve une limite dans l'obligation qu'il a également de protéger la vie. La formulation est générale et revient à considérer que dans toutes les hypothèses où la vie est en jeu, l'obligation de respecter le consentement doit céder. Le 26 octobre 2001⁹⁶, l'assemblée du contentieux du CE censure pour erreur de droit. Elle réfute toute hiérarchie qui aurait une portée générale, qui serait préétablie et aurait vocation à s'appliquer à toutes les situations où les obligations susmentionnées entrent en contradiction. A l'inverse, le CE impose au médecin comme au juge de se livrer à une appréciation circonstanciée, « empirique et analytique » selon les termes du Professeur Jacques Moreau⁹⁷. Réglant l'affaire au fond, le CE a toutefois avalisé la décision prise par les médecins. Il a considéré que c'est la combinaison d'un pronostic vital engagé, du caractère indispensable et proportionné de l'acte et de l'absence d'alternative qui fait que les médecins ont pu s'affranchir du refus. La motivation est casuistique, il ne s'agit pas d'un principe de portée générale et impersonnelle, mais d'une limite tirée de l'urgence vitale qui doit être appréciée au cas par cas, en fonction des conditions propres à chaque espèce.

⁹⁵ CAA Paris, Plénière, 9 juin 1998, 95PA03653 et 95PA03104.

⁹⁶ CE Ass., 26 oct. 2001, préc.

⁹⁷ Moreau J., *JCP* 2002, n°6.II.10025, p.303, préc.

C'est cette même ligne de démarcation qui a été retenue en 2002⁹⁸. Le CE a une nouvelle fois considéré que seule la sauvegarde de la vie dans l'immédiat, et évidemment à certaines conditions déjà évoquées, libère les médecins de leur obligation de respecter cette liberté fondamentale qu'est le consentement aux soins.

De la même manière, dans un arrêt rendu par la CAA de Nantes en 2006⁹⁹ les juges ont mobilisé l'urgence vitale. Les faits se déroulent en 1985, au CH d'Honfleur. Une parturiente venue accoucher de jumeaux a eu une délivrance hémorragique et s'est vu imposer une transfusion, préalablement à l'hystérectomie d'hémostase. Elle a saisi le TA de Caen en vue d'obtenir la réparation des conséquences dommageables de l'hystérectomie¹⁰⁰ et du préjudice moral qu'elle affirme avoir subi, en tant que témoin de Jéhovah, par l'administration de produits sanguins. Sa demande a été rejetée en première instance puis en appel. La motivation de la cour est succincte et fondée exclusivement sur l'imminence du décès : *« il résulte de l'instruction que les transfusions étaient indispensables à sa survie ; dans ces conditions la méconnaissance par le CH du refus [...] ne peut être regardée comme fautive »*. C'est parce que sa vie en dépendait que les médecins n'ont pas commis de faute en passant outre au refus de transfusion qu'elle avait exprimé.

Enfin, en l'absence d'urgence à intervenir, les médecins ne pourront recourir à l'administration forcée de produits sanguins sans porter une atteinte grave et manifestement illégale au droit de consentir à un acte médical¹⁰¹.

Au Centre Hospitalier privé de Saint Grégoire, le docteur Marc Gentili, médecin anesthésiste, prend en charge des patients témoin de Jéhovah. Il m'a expliqué que leurs attitudes ne sont pas univoques, certains ne refusent pas les transfusions, d'autres acceptent seulement les autotransfusions. Le docteur est très respectueux de leurs croyances, écoute leur refus en consultation et leur explique qu'il fera tout pour ne pas avoir à les transfuser mais qu'il ne les laissera pas mourir. C'est donc cette même ligne de démarcation qu'en pratique le médecin fixe. Libre ensuite au patient d'accepter l'intervention ou bien de la refuser.

⁹⁸ CE, réf., 16 août 2002, préc.

⁹⁹ CAA Nantes, 20 avril 2006, Luce X. c/ CH Honfleur, req. n° 04NT00534.

¹⁰⁰ Cette partie de l'arrêt porte sur la prescription hospitalière, en l'espèce prescription quadriennale sous l'empire de la loi du 31 décembre 1968, les juges refusant d'appliquer la prescription décennale issue de la loi Kouchner.

¹⁰¹ TA Lille, réf., 25 août 2002, n°02-3138, JCP 2003.II.10098, note Viala F. ; RGDM n°10, 2003, p. 143, Garay A.

Paragraphe 2 - Une volonté authentique en cas d'urgence vitale ?

En raison de l'imminence du danger encouru par le patient, il peut être difficile de s'assurer qu'il a pris la pleine mesure des implications de sa décision (A). Il apparaît dans d'autres cas que si le caractère éclairé ne soulève pas de difficulté, c'est la seconde exigence législative tenant à la liberté du refus qui vient nourrir la discussion (B).

A - Des doutes sérieux sur le caractère éclairé du refus en cas d'urgence vitale

D'emblée, précisons que l'argumentation qui va suivre se limite à la situation d'un patient qui serait admis en urgence dans un établissement de santé sans qu'il n'ait pu l'anticiper.

La tendance marquée depuis 2002, qui confère au patient une place plus affirmée dans la relation médicale, n'a de sens et n'est effective que si le professionnel de santé l'accompagne et s'efforce de le placer, dans la mesure du possible, en capacité de décider. Cette place de codécideur, voire de décideur¹⁰² est rendue possible par l'obligation d'information. La médecine est une science technique qui nécessite, pour être comprise, de robustes connaissances. Il est donc nécessaire d'accompagner le patient pour l'aider à comprendre les implications de son consentement ou, dans notre cas, de son refus. L'information vient corriger, sans jamais prétendre la faire disparaître, cette réalité acceptée par tous qu'est l'asymétrie de connaissances et de compétences observée entre le médecin et son patient. Il faut effectivement admettre « qu'aucune information, même la plus adaptée ou la plus exhaustive, ne pourra compenser son incompétence technique et le placer en situation d'égal du médecin »¹⁰³.

Pour que la volonté du patient tienne le praticien, la loi exige que le consentement ou son pendant, le refus, soit éclairé. Dans les travaux préparatoires de la loi Kouchner, l'information est pensée comme le préalable indispensable au consentement libre et éclairé. Ce lien entre information et consentement est d'ailleurs fait à l'article L. 1111-4 du CSP qui dispose « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations¹⁰⁴ et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ». L'information est consubstantielle au consentement ou au refus éclairé et c'est à cette condition seulement que

¹⁰² Dans les limites de la liberté thérapeutique du praticien, le pouvoir décisionnel du patient ne porte pas sur le choix thérapeutique : CAA Lyon, 15 mai 2017, n°04LY00116 et 05LY01022, *AJDA* 2007, p. 1470, note Kolbert E. « il n'appartient qu'au médecin lui-même de déterminer les mesures qu'appelle l'état d'un malade, sans qu'en aucune façon il ne puisse s'en voir imposer la mise en œuvre d'une thérapeutique par la personne malade, quelle que soit la qualité de celle-ci ». Rappelé par CE, 26 juillet 2017, n°412618, *JCP A*, n°2, p. 21, note Moquet-Anger M.-L.

¹⁰³ Bouvet R., *Liberté du médecin et décision médicale*, 2016, thèse droit, Université Rennes 1, p. 14.

¹⁰⁴ C'est nous qui soulignons.

le médecin sera tenu de le respecter¹⁰⁵. La déontologie¹⁰⁶ impose aux professionnels de santé de délivrer une information claire, loyale et appropriée et c'est sous réserve de ces trois exigences que le consentement sera considéré comme éclairé¹⁰⁷.

L'article L. 1111-2 prévoit que cette obligation tombe en cas d'urgence¹⁰⁸. Il s'avère en effet matériellement impossible, en raison d'un manque évident de temps, d'exiger du médecin une information qui réponde aux exigences quantitatives et qualitatives prévues par la loi et précisées par la jurisprudence. C'est donc logiquement que le législateur a prévu cette exception, d'autant plus que les conditions liées à l'urgence font qu'il est impossible, quand bien même l'information aurait pu être rapidement délivrée, de s'assurer que le patient a pris la mesure des implications de son choix¹⁰⁹ et donc des conséquences définitives de son refus.

Le lien de connexité très étroit entre l'obligation d'information et celle de respecter le consentement autorise à considérer que, par extension, l'exception prévue pour la première peut rejaillir sur la seconde. Il s'agit d'une application par ricochet, dont la portée est limitée, car tributaire d'une certaine soudaineté. L'argument tient pour un refus opposé suite par exemple à un accident de la circulation, une catastrophe naturelle ou un attentat terroriste, par nature imprévisibles. Il s'agit d'un raisonnement juridique extensif mais réaliste si l'on s'accorde à considérer que l'information préalable du médecin est « la condition de validité »¹¹⁰ du consentement, elle justifie que l'on place le patient en position de décideur et non plus de spectateur. L'information conditionne et légitime cette nouvelle posture du patient dans la relation médicale. L'urgence non anticipée, parce qu'elle empêche le patient de prendre une décision avisée, peut libérer de l'obligation de respecter le refus. Ce point précis n'a cependant jamais été tranché par les juridictions.

B - La liberté du refus prudemment questionnée

Si le caractère d'urgence n'a rien de soudain, d'imprévu mais a pu être anticipé, une application par extension de l'exception prévue pour l'information ne pourra être envisagée. Pour les refus de transfusions dans les affaires précédemment évoquées, le caractère éclairé est difficilement contestable sauf à considérer que, même bien informée, la personne n'est pas en mesure de comprendre les implications de son choix. Le raisonnement serait en fait

¹⁰⁵ Civ. 1^{re}, 15 novembre 2005, n° 04-18.180, *Bull. civ.* I, n° 418 ; *JCP* 2006. II. 10045, note Mistretta P.

¹⁰⁶ CSP, art. R. 4127-35.

¹⁰⁷ Moquet-Anger M.-L., *Droit hospitalier*, 5^e éd., LGDJ, 2018, p. 393.

¹⁰⁸ De même en cas d'impossibilité d'informer ou de refus du patient d'être informé, sauf s'il existe un risque de contamination pour des tiers. CSP, art. L. 1111-2.

¹⁰⁹ Lamy Droit de la santé, 347-17 – patient conscient dont la pathologie engage le pronostic vital.

¹¹⁰ Mersch A., le refus de soins devant le CE, *DA* n°7, juillet 2002, chron. 13.

applicable à toute personne et priverait d'effectivité le principe du consentement. Dans les contentieux évoqués, l'urgence avait pu être anticipée, de sorte que les patients avaient reçu les informations nécessaires puis, maintenu leur refus, ayant à l'esprit les conséquences d'un tel maintien. En plus d'être éclairé, le consentement ou le refus doit être libre c'est-à-dire qu'il ne doit pas être obtenu sous la contrainte¹¹¹. L'intégrité du consentement s'agissant des personnes revendiquant leur appartenance à la communauté des témoins de Jéhovah peut être, avec prudence, questionnée. L'interdiction de recevoir des transfusions est ancienne et absolue. La liberté dans le choix d'accepter ou de refuser un tel acte en sort altérée eu égard aux menaces qui pèsent sur les « transgresseurs » qui s'écarteront de la loi Jéhovah à laquelle ils ont promis une fidélité inébranlable¹¹². L'importance de cette pression se constate lorsque des patients refusent la transfusion au péril de leur vie ou lorsque des parents sont prêts à laisser leur enfant mourir pour ne pas enfreindre ces règles. L'influence extérieure, en pareille hypothèse, peut difficilement être niée mais s'avère épineuse voire impossible à évaluer. Serait-il envisageable de prendre acte de cette pression extérieure qui empêche le patient d'émettre un refus de soins pleinement libre ? Détachée de tout jugement moral¹¹³, la question peut être objectivement soulevée.

Confrontés à ces prises en charge difficiles, des médecins anesthésistes de l'AP-HP ont rédigé un article en avril 2018¹¹⁴, et précisé que, « si le patient est accompagné, il est important au cours de la consultation d'anesthésie de prévoir un temps de discussion seul à seul avec lui afin d'éviter toute pression. » Il faut alors tenter - à la condition évidente qu'il accepte - d'extraire temporairement le patient de l'influence de son entourage de façon à vérifier qu'il maintient, en conscience, son refus. En effet, n'appartient-il pas à la personne, en dernier ressort, de se soustraire elle-même de l'emprise de sa communauté ?

Enfin, l'incertitude quant au caractère libre d'un refus en pareille circonstance n'a jamais été soulevée ni tranchée par les juges, qui ne mobilisent jamais l'appartenance à la communauté des témoins de Jéhovah au soutien de leur argumentation. D'ailleurs, il est par principe impossible, dans notre démocratie, de fonder une décision sur l'appartenance à une communauté. D'autant plus que les témoins de Jéhovah ne sont pas considérés comme une secte mais comme une association culturelle¹¹⁵.

¹¹¹ Moquet-Anger M.-L., *Droit hospitalier*, 5^e éd., LGDJ, 2018, p. 393.

¹¹² Principalement des exclusions de communauté.

¹¹³ Ce dont il ne sera d'ailleurs question à aucun moment dans ce mémoire.

¹¹⁴ Espina C., Pailleret C., Bonnet M.-P., Situations critiques peropératoires chez le témoin de Jéhovah, *Le Praticien en Anesthésie Réanimation*, Volume 22, Issue 2, avril 2018, p. 77-82.

¹¹⁵ CE, sect. 23 juin 2000, Min. éco. Fin. Ind. c/ Assoc. Locale culte témoins de Jéhovah, Req. n° 215109.

Si la volonté ne peut être objectivement remise en cause, la question de l'urgence vitale comme exception autonome du droit de refuser des soins s'avère plus délicate à appréhender.

Section 2 - L'urgence vitale comme exception autonome au refus de soins : entre interstices et incertitudes juridiques

Le silence gardé par le législateur autorise à entrevoir une exception temporaire au droit de refuser des soins lorsqu'il se conjugue d'une urgence vitale (paragraphe 1). Cette interprétation extensive trouve toutefois une limite si l'urgence vitale a pu, en connaissance de cause, être anticipée par le patient (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - L'urgence vitale immédiate : une exception déduite du silence de la loi

Le CSP organise une procédure de refus de soins vitaux qui, intégrant une dimension temporelle, se révèle inapplicable en cas d'urgence (A). En apparence oubliée, cette hypothèse nous oblige à chercher un sens au silence gardé par le législateur (B).

A - Une procédure de refus de soins vitaux objectivement inapplicable

Il a été initialement prévu, par la loi du 4 mars 2002, que lorsqu'une personne exprimait un refus au péril de sa vie, il revenait au médecin de tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins. La loi de 2005 a complété ces dispositions, instaurant une procédure qui conditionne l'opposabilité d'un refus de soins lorsqu'il engage la vie. La disposition, toujours en vigueur, prévoit que « Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. ». Le législateur n'a apporté aucune précision sur la notion de délai raisonnable qui, *de facto*, est laissée à l'appréciation du seul médecin. Cette absence de précision offre à l'homme de savoir l'avantage de pouvoir adapter sa durée, la moduler en fonction de chaque situation.

La procédure de refus de soins vitaux prend tout son sens en dehors de l'urgence, lorsque l'intervention médicale s'avère nécessaire mais que l'on dispose de temps pour agir. Néanmoins, l'urgence vitale vient bouleverser les conditions normales d'exercice. Elle appelle effectivement une réponse immédiate, rapide et efficace, par nature incompatible avec l'écoulement d'un délai. La logique est binaire : soit on pratique l'acte et on sauve potentiellement (obligation de moyens, on ne saurait exiger du médecin qu'il réussisse, à l'impossible nul n'est tenu) ; soit on se conforme au refus et à ses conséquences, auquel cas la décision prise à chaud ne pourra être modifiée. Un choix de mort, en pleine conscience,

suppose une véritable réflexion. Là où la société semble pouvoir interférer dans la sphère d'autonomie laissée à tout un chacun, c'est pour s'assurer que ce choix est libre et avisé. Le respect de cette procédure est objectivement impossible compte tenu de cette nécessité d'agir qui se fait pressante, sauf à considérer qu'un tel délai se compte en minutes ou en heures, et c'est peu pour une décision de mort. Exiger la réitération permet de murir la décision, de réfléchir seul ou accompagné et, *in fine*, de faire, en conscience, le choix considéré comme le plus fidèle à sa volonté, à sa dignité. Le législateur entend donc s'assurer d'une volonté effective qui n'est pas nécessairement celle pensée à chaud.

Partant, force est de constater que les conditions d'opposabilité d'un refus mettant en jeu la vie ne peuvent être respectées. Quelle conséquence juridique tirer de cette impossibilité ? L'absence de référence à l'urgence peut être perçue de prime abord comme un manque de pragmatisme préoccupant voire un oubli du législateur, abandonnant les médecins à un cadre incertain et instable. Toutefois, une solution est peut-être à présumer, à défaut de pouvoir l'affirmer, des dispositions silencieuses de la loi.

B - L'interprétation du creux de la loi : des dispositions silencieuses porteuses de sens

L'impossible application de la procédure de refus de soins vitaux et l'absence de mention expresse de cette hypothèse dans la loi participent d'un vrai flou juridique sur le fait de savoir si le médecin doit se sentir tenu par la volonté de son patient lorsqu'il n'a pu la réitérer dans un délai raisonnable. La loi ne répond explicitement ni par l'affirmative ni par la négative.

Pour autant, si la loi ne peut prétendre à l'exhaustivité en réglant minutieusement chaque situation, les juges sont confrontés à des contentieux qu'ils se doivent d'examiner et de régler à l'échelle individuelle. Ce passage de l'abstrait au concret génère ici de grandes difficultés. En cas de doute sur la manière dont il convient d'appliquer une disposition, les juges n'hésitent pas à se saisir des travaux parlementaires, surtout lorsqu'il s'agit de trancher une espèce où la vie est en cause¹¹⁶. D'une manière générale, l'on constate un souci des juges d'aller au-delà du texte qui par nature est général et impersonnel, pour en saisir l'essence et l'appliquer le plus fidèlement possible au vœu du législateur. L'urgence vitale n'a pas été occultée des débats parlementaires. Dans les travaux préparatoires de la loi du 22 avril 2005,

¹¹⁶ Par exemple : CE, 14 février 2014, n°375081, préc., face à une incertitude sur le fait de savoir si l'alimentation et l'hydratation artificielles étaient des traitements au sens de la loi de 2005, la Haute juridiction administrative s'est référée aux travaux préparatoires : « qu'il résulte des dispositions des articles L. 1110-5 et L. 1110-4, éclairées par les travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 22 avril 2005, que le législateur a entendu inclure au nombre des traitements susceptibles d'être limités ou arrêtés, au motif d'une obstination déraisonnable, l'ensemble des actes qui tendent à assurer de façon artificielle le maintien des fonctions vitales du patient ».

elle est pensée comme une exception temporaire à l'opposabilité d'un refus. Dans son rapport déposé à l'Assemblée nationale¹¹⁷, Jean Leonetti, ancien député, a considéré, à propos de l'instauration de la procédure de refus de soins vitaux appliquée pour les personnes qui ne sont pas en fin de vie et après avoir expressément mentionné la jurisprudence du CE du 16 août 2002 : « En tout état de cause, cette obligation de réitérer le refus de tout traitement dans un délai raisonnable laissera aux médecins la possibilité de pratiquer un acte médical dans des situations d'urgence où un patient pourrait être sauvé par un acte thérapeutique approprié ». Cette interprétation a été reprise dans la charte de la personne hospitalisée, annexée à une circulaire de 2006¹¹⁸. L'article 4 de cette charte prévoit que « le devoir d'assistance du médecin doit l'emporter sur le refus de soins dans les situations d'urgence où le pronostic vital est engagé, dès lors que le patient n'a pas disposé d'un délai minimum nécessaire pour réitérer, en toute connaissance de cause, sa volonté ». L'interprétation n'a pas ici à être qualifiée de *contra legem* dès lors que le législateur ne règle pas cette situation particulière - et heureusement marginale - des refus de soins vitaux exprimés en situation d'urgence.

Néanmoins, les modifications apportées par la loi de 2016 ont fait naître un doute sur la pertinence de cette argumentation et les travaux préparatoires ne sont cette fois d'aucune aide pour lever ces interrogations. Pour autant, il est convenable de considérer que si le législateur avait souhaité infirmer cette limite au droit de refuser des soins, il l'aurait fait sans équivoque comme ce fut le cas en 2002 avec l'amendement Mattei déposé juste après la jurisprudence Perruche de la Cour de cassation qui a rendu juridiquement impossible la réitération d'une telle solution (nous y reviendrons). Enfin, une lecture rapide de l'alinéa 2 de l'article L. 1111-4 et une application du principe bien connu des juristes selon lequel *où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* peut conduire à considérer que l'urgence vitale tombe sous le coup de la loi et donc le droit au refus l'emporte. Cependant, on peut y voir une interprétation différente, bâtie sur le critère temporel, condition *sine qua non* de la procédure de refus de soins vitaux. En maintenant l'exigence d'une réitération, l'interprétation tient.

En revanche, si cette procédure est supprimée, le principe du droit de refuser des soins devra s'appliquer dans toute sa rigueur et l'opposabilité du refus, non conditionnée à sa réitération, ne sera plus remise en cause sur ce fondement. En ce cas, les patients devront être particulièrement bien informés de cette opposabilité définitive du refus exprimé en première intention.

¹¹⁷ Rapport M. Jean Leonetti, n°1929, déposé le 18 novembre 2004 à l'Assemblée nationale, page 26.

¹¹⁸ Circulaire n° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006. Précisons qu'une circulaire est en principe dépourvue de portée normative, elle apporte des précisions sur la manière dont il convient de faire application d'un texte.

Le législateur de 2005 a donc ouvert la voie à une interprétation en creux de la loi. Comme pour le caractère éclairé du refus, cette interprétation n'en demeure pas moins limitée à l'urgence que l'on qualifie de non anticipée. Les vraies difficultés juridiques vont naître des situations où l'urgence a pu être anticipée.

Paragraphe 2 - Les difficultés de l'urgence vitale anticipée : un cadre juridique vecteur d'instabilité

L'opposabilité d'un refus de soins face à une urgence vitale anticipée devra être examinée de façon distincte, selon que la personne est consciente (B), ou qu'elle n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté et qu'elle a rédigé des directives anticipées (A).

A - Personne inconsciente et opposabilité des directives anticipées

Les directives anticipées sont une innovation majeure de la loi du 22 avril 2005. L'article L. 1111-11 du CSP dispose que « 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 permettent de consigner par écrit sa volonté concernant notamment l'arrêt ou le refus de traitements. Elles permettent de prévenir des situations difficiles, parfois dramatiques qui mettraient en opposition des membres de la famille avec le corps médical voire des membres de la famille entre eux. La loi de février 2016 les a rendues opposables ce qui signifie qu'en principe, le médecin est tenu par la volonté de son patient inconscient telle qu'il l'a couchée par écrit. Cette possibilité laissée à toute personne d'anticiper une situation qui la placerait hors d'état de s'exprimer face à une mort proche et certaine soulève de nombreuses questions éthiques au premier rang desquelles celle de la valeur que l'on accorde à la volonté exprimée en bonne santé, et celle de la capacité d'appréhender sa propre mort sans qu'elle ne soit à proximité. Devant l'imminence du décès, la personne aurait-elle maintenu son refus ? Il peut y avoir un décalage entre ce que l'on pense vouloir, en anticipant au seul moyen de l'esprit une situation incertaine, et ce que l'on souhaite une fois confronté à cette situation. Le doute sur cet éventuel décalage peut être impossible à lever et en matière médicale il est communément admis que le doute profite à la vie.

L'attention sera ici portée sur le cas particulier de l'hémorragie de la délivrance, première cause de mortalité maternelle en France¹¹⁹. Le risque hémorragique est connu et une parturiente bien informée sait qu'en pareille hypothèse, une transfusion peut être nécessaire.

¹¹⁹ Journal de Gynécologie Obstétrique et Biologie de la Reproduction Volume 42, n° 7 p. 613-627 (2013)

Ainsi, si sa volonté est ferme et qu'elle est prête à prouver sa fidélité à sa communauté au péril de sa vie, elle peut décider de consigner son refus de transfusions dans des directives anticipées. Si elle devient inconsciente, le médecin sera en principe tenu par les directives.

Or, à tout principe son exception. La loi prévoit que le caractère opposable des directives tombe « en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale ». Appliquée au refus d'une transfusion dans le cas particulier d'une hémorragie de la délivrance, cette dérogation soulève au moins deux questions juridiques. La première concerne l'urgence vitale. L'on sait qu'elle se définit par une mise en jeu du pronostic vital mais inclut-elle l'urgence anticipée ou doit-on entendre ici l'urgence vitale qui n'a pu être pensée en amont et qui nécessite, de façon soudaine et à très brève échéance, un acte médical ? La seconde interrogation concerne les exigences prévues par l'article : l'urgence vitale et le caractère manifestement inapproprié ou non conforme à la situation médicale des directives, ces exigences sont-elles alternatives ou cumulatives ?

Si c'est alternatif, la première assise pourrait être mobilisée (urgence vitale) dans le cas particulier de l'hémorragie de la délivrance et se suffire à elle seule pour en écarter l'application¹²⁰. Si, à l'inverse, les exigences doivent se cumuler, il est plus difficile de considérer que les directives sont manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale car c'est précisément pour le cas d'une délivrance hémorragique qu'elles ont été rédigées. Les travaux parlementaires de la loi de 2016 ne permettent pas de savoir si cette exception a été pensée comme une alternative ou si c'est sous réserve de ces deux conditions, simultanément remplies, que le refus tombera face à l'urgence vitale. Cette disposition est récente et n'a, pour l'heure, donné lieu à aucune précision de la jurisprudence.

En tout état de cause, ce sont des considérations médicales et non médicales qui doivent guider le médecin dans le choix d'écarter ou d'appliquer les directives anticipées. Dans le cas particulier de l'hémorragie du post-partum, au-delà de la parturiente, il faut prendre en compte le nouveau-né qui, assurément, a besoin de sa mère et est dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Le décalage évoqué entre la volonté antérieurement exprimée et celle qui pourrait être la sienne à l'heure de l'accouchement doit être absolument intégré. En effet, la question n'apparaît-elle pas sous un jour nouveau une fois l'enfant né et la femme devenue mère ?

¹²⁰ A condition de considérer que l'urgence vitale se suffit à elle seule, peu importe qu'elle ait pu être anticipée.

B - Personne consciente et opposabilité du refus

Il convient à présent d'envisager l'hypothèse selon laquelle l'urgence vitale peut-être anticipée, à savoir le cas où la personne, encore en bonne santé, apprend que son état va se dégrader et qu'en pareille hypothèse, la transfusion sera préconisée voire indispensable à sa survie. En somme, il s'agit ici d'évoquer les cas d'une intervention programmée ou d'une greffe d'organe. Dans la seconde hypothèse, au cours de la transplantation, une transfusion peut être rendue nécessaire (soit car nécessaire à l'intervention¹²¹, soit car il y a un risque hémorragique). La personne doit alors s'engager à accepter cet acte en cas d'impérieuse nécessité ; à défaut elle ne sera pas inscrite sur la liste nationale. Il se peut qu'elle consente à la greffe mais se refuse à accepter la transfusion. Le médecin confronté à cette situation doit veiller à informer son patient des conséquences du maintien de son refus et à sa pleine compréhension. Néanmoins, il ne pourra sous aucun prétexte faire échec au refus, la personne est libre de refuser l'intervention, y compris si par ce choix elle se condamne à une mort certaine. D'après le CCNE¹²², l'Établissement français du sang a établi un formulaire que doit signer le patient et par lequel il s'engage, en cas d'impérieuse nécessité et en l'absence d'alternative, à accepter la transfusion. Ce formulaire prévoit : « *Dès lors qu'un organe pourra vous être attribué, vous allez subir une intervention chirurgicale. Nous avons bien noté que vous vous opposez à la transfusion de sang total et de ses dérivés. Nous nous engageons à mettre en œuvre tous les actes médicaux compatibles avec votre état pour éviter de vous transfuser les produits que vous refusez. Nous vous informons cependant que si, au cours ou au décours de l'intervention, une transfusion s'avérait nécessaire et urgente en raison d'un risque vital, nous y aurions recours. Vous attestez en avoir été informé par l'équipe médico-chirurgicale et maintenir votre souhait d'être inscrit sur la liste nationale d'attente en vue de l'attribution d'un greffon* ». L'attente est longue, les organes transplantables rares et prendre le risque qu'une greffe échoue pour un motif tenant à un refus de transfusion s'avère injuste pour les personnes qui auraient mis toutes les chances de leur côté pour recevoir cet organe, mais qui n'ont pu en bénéficier. Cette exigence participe de l'égalité des chances ce qui la rend éthiquement acceptable.

Cependant, une fois que l'urgence anticipée en amont se produit, la situation est juridiquement plus complexe. C'est l'hypothèse des faits de 2002 : la patiente hospitalisée, en état d'exprimer sa volonté, a refusé puis réitéré et maintenu son refus. La vraie difficulté juridique vient de ces situations d'urgence anticipée qui semblent entrer dans le champ de la

¹²¹ Greffe cardiaque, bloc cœur-poumon, greffe de foie (source : Avis n°87 du CCNE).

¹²² CCNE, Refus de traitement et autonomie de la personne, avis n°87, 14 avril 2005, p. 14.

procédure de refus de soins vitaux instituée en 2005. Comme l'a souligné le docteur Renaud Bouvet¹²³, « le caractère *contra legem* de cette décision ne fait pourtant guère de doute dès lors que l'on admet que l'acte médical indispensable à la survie du patient et proportionné à son état, réalisé contre sa volonté, ne se réduit pas à la situation de l'urgence. Il manque en fait à la position du Conseil d'État, [...] une dimension temporelle ; celle du péril appelant une action immédiate et privant le patient de son aptitude effective à la décision. ». L'interprétation en creux de la loi est privée d'effectivité car le refus est réitéré dans un délai qui peut certainement être considéré comme raisonnable (vingt jours entre l'admission et l'ordonnance du CE). De plus, le caractère éclairé du refus ne fait pas de doute puisque la patiente était informée de la nécessité vitale de la transfusion. Sans revenir sur les développements précédents, sur le plan strictement juridique, seul le caractère libre du refus pourrait ici être soulevé, et c'est un bien maigre argument.

Pour conclure, le droit de refuser des soins, en dehors des refus « légitimes », est donc d'un droit relatif, tempéré d'exceptions. Ces exceptions sont de nature différentes, certaines ont des fondements juridiques, d'autres sont des limites nées de la pratique qui ont été dégagées par la jurisprudence administrative.

Le cadre juridique offert au médecin est donc fondamentalement différent, existant lorsqu'il y a trouble mental. A contrario, très brouillé et instable en l'absence de trouble mental. C'est l'élément de distinction bien que la justification de cette entrée dans un cadre dérogatoire est la même : la vie, l'idée de mort évitable. De la même manière, dans les deux cas, la circonspection des juges est marquante. C'est donc toujours après une motivation très circonstanciée qu'ils choisissent ou non de donner à l'urgence vitale un rôle de limite.

La situation est juridiquement préoccupante s'agissant des refus de soins vitaux en l'absence de trouble mental. Les interstices de la loi sont en fait ses limites et il convient de se demander si une autre réponse du droit pourrait voire devrait être envisagée.

¹²³ Bouvet R., Liberté du médecin et décision médicale, 2016, thèse droit, Université Rennes 1, p. 89.

Partie 2 – La possibilité d’une autre réponse du Droit

Dans notre pays, la vie est considérée comme une valeur fondamentale, supérieure, donc très protégée. Cette conception quasi absolue se manifeste par diverses mesures et notamment par l'abolition de la peine de mort en 1981, la loi pénale qui sanctionne les atteintes volontaires et involontaires à la vie, l'interruption volontaire de grossesse autorisée seulement avant quatorze semaines d'aménorrhée, le dispositif « anti-Perruche » issu de la loi Kouchner qui prévoit que nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance, l'interdiction de l'euthanasie et du suicide assisté, réaffirmées avec force dans les travaux préparatoires de la loi Claeys-Leonetti de 2016.

Pourtant, il ne faut pas considérer qu'en France la vie prime toujours. L'affaire *V. Lambert* le montre, ce n'est pas la vie dans n'importe quelles circonstances et précisément, ce n'est pas la vie maintenue artificiellement. De même, ce n'est pas la vie imposée à une personne qui refuse des soins ou traitements vitaux, y compris si elle n'est pas en fin de vie, dès lors que sa volonté a été réitérée dans un délai raisonnable.

Le refus de soins en présence d'une urgence vitale et d'une alternative à la mort doublée d'une vraie perspective de vie soulève la question de la valeur de la vie face à celle du consentement. Si d'ordinaire ces deux valeurs ne s'opposent pas, elles deviennent antagonistes lorsqu'en situation d'urgence absolue, une personne s'oppose à ce que des soins vitaux lui soient délivrés ou le soient à une personne pour laquelle elle est autorisée à agir. Le droit positif ne règle pas toujours ce conflit. Par conséquent, c'est d'abord au médecin qu'il revient d'arbitrer entre les valeurs en présence. Il sera ensuite contrôlé - avec bienveillance - par les juridictions (chapitre 1). Toutefois, il faut se demander si cette situation qui fait du médecin juge et partie est satisfaisante et si des arguments ne militent pas pour une clarification du droit en la matière (chapitre 2).

Chapitre 1 – Un arbitrage de valeurs délicat dans une société démocratique respectueuse des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Ce conflit qui oppose la vie au consentement et donc à l'autonomie de la volonté oblige à concilier les valeurs en présence. La manœuvre requiert une grande vigilance et s'analyse de façon différenciée, une nouvelle fois selon que le refus est opposé par la personne pour elle-même ou que les conséquences de ce refus se déploient sur des tiers (section 1). Dans la pratique, et faute de précision du législateur, il revient parfois aux juges de répondre de ces conflits (section 2).

Section 1 – La valeur de la vie face au consentement aux soins

Le législateur se montre favorable aux patients et confère à leur volonté une place primordiale dans la relation médicale. Toutefois, dans l'application de ces mêmes dispositions, la jurisprudence se révèle favorable aux médecins (paragraphe 2). Cette bienveillance est justifiée par la protection de la vie qui constitue incontestablement, dans ces situations particulières, la finalité de l'activité médicale (paragraphe 1).

Paragraphe 1 - Les limites à l'autonomie de la volonté tirées de la finalité de l'activité médicale en cas d'urgence vitale

La recherche d'un équilibre entre le pouvoir décisionnel d'un patient et le rôle du médecin confronté à un refus de soins nous oblige à interroger la finalité de l'activité médicale. En présence d'une urgence vitale, elle revêt une nature particulière, singulière par rapport à l'ordinaire (A) et vient justifier certaines limites à l'autonomie de la volonté (B).

A - La particularité de la finalité de l'activité médicale en cas d'urgence vitale : la sauvegarde de la vie humaine

Pour commencer, par finalité de l'activité médicale il faut entendre le but assigné à l'intervention du praticien. Cette finalité est conditionnée par la situation concrète dans laquelle se noue la relation médicale. En temps ordinaire, il s'agit principalement de soigner une personne qui recourt à la médecine dans le but de voir son état de santé s'améliorer, parfois se stabiliser ou du moins ne plus se dégrader. La médecine française est une médecine encore très largement curative, le but qu'elle se donne est « un retour aux conditions jugées normales du fonctionnement physiologique ou psychique antérieur »¹²⁴.

En situation d'urgence avec mise en jeu du pronostic vital, cette finalité se trouve modifiée puisque l'objectif à court terme est de tout mettre en œuvre pour sauvegarder la vie de la personne. Cette nuance entre soigner et sauver est perceptible s'agissant des refus de transfusions. L'hémorragie n'est pas à proprement parler une maladie, c'est un risque inhérent d'un accouchement, d'une intervention ou bien la conséquence d'une maladie hémorragique. Ici, l'intervention médicale s'apparente à une course contre la montre - et finalement une course contre la mort - qui s'ouvre pour préserver la vie. C'est d'ailleurs ce qui se fait jour de la jurisprudence lorsqu'elle conditionne l'acte médical imposé à l'absence d'alternative thérapeutique. En effet, cette exigence renvoie à l'idée de subsidiarité selon laquelle les

¹²⁴ Larre D., « Les fonctions de l'acte de soin », *Laennec* 2004/2 (Tome 52), p. 47.

médecins ne doivent disposer d'aucun autre moyen pour compenser l'écoulement de sang ou du moins pour le compenser efficacement.

En outre, cette idée de subsidiarité est encore plus marquée par le fait que le recours à la transfusion est devenu moins fréquent. Les progrès de la médecine en la matière tendent d'ailleurs à considérer que cette situation est en quelque sorte l'exception dans l'exception¹²⁵ car les alternatives à la transfusion sont désormais nombreuses ; par conséquent les médecins y ont moins couramment recours. Les perspectives audacieuses de la médecine la poussent à se dépasser dans une logique bien comprise de limiter les risques de contaminations transfusionnelles¹²⁶ et parce que le sang est un bien précieux dont les quantités ne sont pas infinies, en témoigne l'appel « au don urgent » lancé par l'Établissement français du sang en mars 2019. Néanmoins, les substituts ont un degré d'efficacité parfois limité. Les experts désignés par les juges de la CA d'Aix en Provence¹²⁷ l'ont très bien expliqué, rappelant utilement que « *les substituts de sang [...] qui peuvent être utiles, ont cependant leurs limites, celles-ci ayant été dépassées dans le cas de Madame B* ».

De plus, cette conception particulièrement protectrice de la vie en France se constate dans le registre des soins psychiatriques sans consentement évoqués pour le cas de l'anorexie mentale. Lorsque la contrainte est fondée sur un objectif de santé ou de sécurité publique, elle est comprise puisqu'en France, l'intérêt général est toujours supérieur à l'intérêt individuel lorsqu'ils entrent en contradiction directe. Ici, « il y a un risque d'atteinte au patient lui-même et non à autrui »¹²⁸, on sauve une personne d'elle-même y compris si elle s'y oppose. Il y a d'un côté la liberté individuelle, de l'autre la protection de la personne : on fait prévaloir la seconde sur la première. Cette conception très protectrice de la vie est propre à la France car ce n'est pas le cas de tous les pays, par exemple en Australie où des tribunaux ont rendu des décisions donnant le droit, dans le cas de l'anorexie mentale ou d'une grève de la faim, de refuser de s'alimenter « *même si ces refus doivent entraîner la mort du patient* »¹²⁹.

On a donc une finalité singulière de l'activité médicale, qui va être mobilisée pour concilier les valeurs que sont le consentement aux soins et le respect de la vie humaine.

¹²⁵ Où une transfusion sanguine est proposée (1^{re} exception), puis potentiellement imposée (2^e exception).

¹²⁶ Très rares mais, en matière médicale plus qu'ailleurs, le risque zéro n'existe pas.

¹²⁷ CA, Aix-en-Provence, 10e ch., sect. B, 21 déc. 2006, préc.

¹²⁸ Lauvin R., Guibert M., Hervé G., Quelle place pour les soins palliatifs dans l'évolution des troubles de la conduite alimentaire ? *Médecine Palliative*, Volume 16, Issue 3, 2017, p. 147.

¹²⁹ Hazif-Thomas C., La liberté de choix des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, LEH, 2017, p. 369.

B - Les limites à l'autonomie de la volonté fondées sur la sauvegarde de la vie humaine

Premièrement, on l'a vu, le droit français protège les personnes représentées des refus de soins qui les mettraient gravement en danger. Les fonctions de représentation ont pour finalité l'intérêt du mineur¹³⁰. Cependant, lorsque les représentants légaux mettent en danger la santé de leur enfant, le praticien leur est substitué. La loi de 2002 a explicitement consacré cette fonction de protection dont est dépositaire le médecin en pareille circonstance. En fixant cette limite aux droits des représentants légaux, le législateur entend faire primer la finalité de l'intérêt du mineur. L'ingérence observée dans les droits des titulaires de l'autorité parentale est donc justifiée par la protection d'une valeur supérieure qu'est la vie du mineur.

Pourtant, la vision très protectrice de la vie des mineurs ne s'observe pas dans tous les États. Par exemple, une jeune néerlandaise âgée de dix-sept ans, Noa, atteinte d'anorexie mentale et de dépression sévère a décidé de cesser de s'alimenter et de s'hydrater jusqu'à son décès¹³¹. Les particularités de l'affaire doivent être évoquées : la jeune femme a été victime d'une agression sexuelle à l'âge de onze ans avant d'être violée par deux hommes trois ans plus tard. Plusieurs fois, elle a tenté de mettre fin à sa vie jusqu'à ce que ce choix soit fait. Elle est décédée le 2 juin 2019. Aux Pays-Bas, bien que la majorité soit fixée à dix-huit ans, le mineur consent seul aux soins à partir de seize ans, ses parents sont seulement « impliqués » dans la décision médicale jusqu'à sa majorité¹³².

Plus révélateur encore, et c'est souvent le cas, les États-Unis marquent ces contrastes. En effet, certains États américains ont instauré des clauses d'exemption pour motifs religieux qui permettent aux parents de refuser des soins, le cas échéant vitaux, pour leur enfant.

Deuxièmement, lorsque le refus est opposé par la personne majeure pour elle-même, la conciliation de valeurs sur le plan juridique est plus délicate. En effet, cette situation met en opposition frontale deux libertés fondamentales que sont le droit de consentir à un acte médical¹³³ et le respect de la vie humaine¹³⁴. La manœuvre requiert une grande précaution. En 2002, le CE a fait primer la sauvegarde de la vie humaine sur le respect du consentement eu égard aux conditions particulières de l'intervention des médecins. Certains ont pu écrire : « l'urgence procède alors à une modification des règles classiques faisant de la protection de

¹³⁰ C. civ., art 371-1 « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ».

¹³¹ Kemp D., « Non, l'adolescente néerlandaise Noa Pothoven n'a pas été euthanasiée », *AFP*, 6 juin 2019.

¹³² *Ibid.*

¹³³ CE, ord., 16 août 2002, préc.

¹³⁴ CE, ord., 14 février 2014, préc.

la santé de l'être humain une priorité absolue ; La protection de la vie apparaît alors comme une valeur supérieure à celle de la volonté »¹³⁵.

La question d'une telle conciliation de valeurs se pose tant pour un recours au fond que dans le cadre d'un recours en référé. C'est ici sur la seconde hypothèse que nous concentrerons nos développements. En raison des évolutions législatives et en l'absence d'ordonnance récente, il est difficile de savoir si la Haute juridiction administrative maintiendra cette ligne jurisprudentielle.

Toujours est-il, s'il n'est pas possible de savoir de quelle manière il statuera, il est certain que le juge des référés a remarquablement augmenté son office depuis la création de ces procédures d'urgence¹³⁶ et ne cesse d'étendre son contrôle, se rapprochant d'un examen au fond. A titre d'illustration, l'on peut mentionner une ordonnance rendue par le TA de Rennes en 2012¹³⁷. Il convient d'emblée de préciser qu'elle a été censurée par le CE sur fond d'incompétence de la juridiction administrative¹³⁸. L'ordonnance n'en demeure pas moins intéressante sur l'étendue du contrôle du juge des référés. En l'espèce, une patiente a été admise en soins psychiatriques sans consentement sur demande du représentant de l'État. Les médecins l'ont informée de ce que le dosage de son traitement allait être augmenté, ce à quoi elle s'est vivement opposée. Elle a formé un recours en référé-liberté déclaré recevable par le TA. Au visa des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du CSP, le juge rennais rappelle que le consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale. De plus, il précise que le fait qu'elle soit hospitalisée à la demande du préfet est sans incidence sur la nécessité de recueillir son consentement dès lors qu'elle est dans la capacité de l'exprimer. Il relève enfin que le CH Guillaume Régnier a seulement fait état de ce que l'augmentation du dosage était prévue dans l'intérêt de la patiente, sans démontrer l'existence d'un risque vital. Par conséquent, il juge qu'il « *y a lieu d'enjoindre au CH de s'abstenir de procéder à l'augmentation du dosage [...] ; cette injonction cessera toutefois de s'appliquer si celle-ci venait à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital qu'il appartiendra au médecin lui prodiguant des soins d'apprécier* ». Ce qui est marquant, c'est que le juge, en référé, s'attelle à contrôler la prescription médicale et estime qu'imposer à la patiente l'augmentation du dosage d'un traitement qu'elle refuse et qui, au surplus, a des

¹³⁵ Champlong L., « Urgence et consentement en matière médicale », *RDS*, n° 49, 2012, p. 587-598.

¹³⁶ Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JO* 1^{er} juillet 2000 p. 9948.

¹³⁷ TA Rennes, réf. 18 juin 2012, n°1202373, Mme A c/ CHS Guillaume Régnier : *JCP A* 2012, 2321, note Péchillon E.

¹³⁸ CE, ord. réf., 16 juillet 2012, CHS Guillaume Régnier, n° 360793 : *JurisData* n° 2012-018692 ; *JCP A* 2014, 2169, note Péchillon E. ; *AJDA* 2013, p.1 53, note Castaing C.

effets secondaires importants, porte une atteinte grave et manifestement illégale à sa liberté fondamentale qu'est le droit de consentir à un acte médical. Toutefois, et c'est très intéressant, le juge fixe une limite à son injonction : elle cessera de s'appliquer en cas de situation extrême mettant en jeu son pronostic vital ; l'interdiction s'applique donc tant que sa vie n'en dépend pas. Cette jurisprudence, postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 22 avril 2005, fait directement écho à celle du CE du 16 août 2002, mettant la limite du respect du consentement au même niveau : le pronostic vital. Il s'agit d'une exception prétorienne, le droit en vigueur n'offrait aucune assise au juge pour justifier de sa solution, si ce n'est la jurisprudence de la Haute juridiction administrative.

En outre, c'est surtout dans le cadre de l'affaire *V. Lambert* que le CE a considérablement augmenté son office en référé. En effet, le 14 février 2014¹³⁹ il a ordonné, à titre conservatoire, la suspension de l'exécution de la décision d'arrêt des traitements et demandé une expertise, s'estimant insuffisamment informé pour statuer. En formation d'assemblée¹⁴⁰, il a vérifié si toutes les conditions fixées par la loi pour qu'une décision d'arrêt des traitements puisse être mise en œuvre étaient réunies, puis, *in fine*, a considéré que la décision du médecin ne pouvait être tenue pour illégale. On relève au surplus la grande circonspection de la Haute juridiction administrative lorsqu'elle concilie les trois libertés fondamentales en cause que sont le respect de la vie humaine, le principe du consentement aux soins et le droit de ne pas subir d'obstination déraisonnable. Parce que les conséquences de la décision du médecin et donc celle de la juridiction seront potentiellement irréversibles, le CE étend son contrôle, s'écartant quelque peu de l'office traditionnel du juge des référés, amené habituellement à statuer sur l'accessoire¹⁴¹ et non sur le principal. Cet office n'est pas dans les textes, mais c'est dans la logique et dans l'esprit de la protection des droits et des libertés fondamentales.

Il est donc certain que si des faits analogues à ceux de 2002 sont présentés au prétoire aujourd'hui, le juge ira contrôler, avec rigueur, les conditions de l'intervention des médecins.

¹³⁹ CE, réf. 14 février 2014, n°375081 préc.

¹⁴⁰ CE, 24 juin 2014, n° 375081, Lambert et a. préc.

¹⁴¹ Classiquement une demande de suspension de l'exécution d'une décision, dans l'attente d'un examen au fond, les recours n'ayant en principe pas de caractère suspensif. CJA, art. L. 4.

Paragraphe 2 – L’absence de droit à mourir : une limite certaine prévue par le droit

S’il est une réalité qui n’est pas contestée en droit positif, c’est qu’une personne ne peut demander au médecin de lui donner la mort ni de lui fournir les moyens de mettre fin à ses jours (A). La question que l’on peut se poser est celle de savoir si un patient peut demander à son médecin de le laisser mourir dès lors qu’il est hospitalisé, à sa demande, dans un établissement de santé et qu’il y a urgence à intervenir ? (B)

A – L’interdiction absolue de l’euthanasie et du suicide assisté en droit interne

« Je ne provoquerai jamais la mort délibérément »¹⁴². C’est en ces termes que les médecins doivent, avant d’entrer en exercice, promettre de ne jamais ôter volontairement la vie. En droit français, la loi interdit et incrimine le fait de donner la mort à un patient, fût-ce à sa demande¹⁴³. De la même manière, le suicide assisté à savoir le fait pour un médecin de fournir à un patient les moyens de mettre fin à ses jours est prohibé. Cette interdiction oblige la médecine à se dépasser et à sans cesse chercher des façons d’accompagner, de prendre en charge la souffrance, les personnes en fin de vie et de préserver leur dignité¹⁴⁴. La loi Claeys-Leonetti a marqué un point d’infléchissement sans toutefois revenir sur ces interdictions. En effet, elle a admis, au titre de l’obstination déraisonnable¹⁴⁵, la possibilité de recourir à une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu’au décès, associée à une analgésie et à l’arrêt de l’ensemble des traitements. La sédation profonde et continue ne constitue pas une euthanasie. En effet, lors des débats parlementaires¹⁴⁶ M. Jean Leonetti, député, a affirmé qu’il ne fallait pas confondre les objectifs de cette loi « *avec le suicide assisté ou l’euthanasie, qui n’ont jamais été souhaités par les auteurs de la proposition de loi ni présents dans la commande du Président de la République ou du Premier ministre* ». En outre, M. Michel Amiel, sénateur, insiste : « *La notion de mort imminente est importante : cette loi est faite pour ceux qui vont mourir et non pour ceux qui veulent mourir. Ce n’est ni une loi sur l’euthanasie, ni une loi sur le suicide assisté* ». La sédation profonde a pour objet et pour effet de soulager des souffrances

¹⁴² Serment d’Hippocrate, consultable sur : <https://www.conseil-national.medecin.fr>

¹⁴³ Le consentement du patient n’est pas un fait justificatif.

¹⁴⁴ CSP, art. L. 1110-5 « Toute personne a le droit d’avoir une fin de vie digne et accompagnée du meilleur apaisement possible de la souffrance. Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour que ce droit soit respecté ».

¹⁴⁵ CSP, art L. 1110-5-2.

¹⁴⁶ M. Claeys A., Rapporteur Député, M. Dériot D., Rapporteur Sénateur, 19 janvier 2016, Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi créant de nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie, p. 5 et 6.

devenues réfractaires aux traitements ou susceptibles d'être insupportables lorsque la personne est atteinte d'une affection grave et incurable et que son pronostic vital est engagé à court terme¹⁴⁷.

La fin de vie suscite en France des débats d'une vivacité extrême. Sur fond d'individualisme croissant, certains revendiquent un droit à mourir dans la dignité et un pouvoir souverain sur leur vie, incluant cette dernière étape qu'est le choix du moment et de la façon dont elle doit prendre fin. Très récemment, le CCNE s'est prononcé en défaveur d'une légalisation de l'euthanasie ou du suicide assisté et insiste sur la nécessité d'une application plus poussée de la loi du 2 février 2016¹⁴⁸. De plus, si la fin de vie était annoncée comme potentiellement à l'ordre du jour de la révision de la loi de bioéthique, le projet de loi présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 n'intègre pas cette thématique.

Enfin, si on légifère sur la fin de vie, il est probable que le Parlement règle cette situation des refus de soins exprimés en présence d'une urgence vitale. En effet, il n'est pas impossible que le législateur soit un jour saisi d'un projet ou d'une proposition de loi non plus cette fois pour les personnes qui vont mourir, mais pour celles qui veulent mourir, pour reprendre les termes du sénateur M. Amiel. Par conséquent, s'il est possible pour le patient d'exiger du médecin qu'il lui donne la mort ou bien qu'il lui fournisse les moyens de le faire, il est très probable qu'il pourra lui imposer un choix de mort, y compris en cas d'urgence vitale.

B – Un choix de mort opposable en cas d'urgence vitale ?

En choisissant de recourir à la médecine, le patient fait du médecin le dépositaire de sa santé. S'il est certain que le médecin ne peut imposer sa volonté au patient, le patient peut-il toujours lui imposer la sienne ?

Confronté à un refus de transfusion en situation d'urgence vitale, la frontière est étroite avec le suicide assisté. La différence doit d'abord être marquée puisque le médecin ne donne pas au patient les moyens de se donner la mort. Cependant, le point commun mérite d'être souligné au sens où le patient impose au médecin un comportement passif et l'oblige, en quelque sorte, à être spectateur de sa mort. Comme l'a souligné le Professeur Jacques Moreau¹⁴⁹, « ne pas agir, c'est à dire pour le médecin refuser de recourir à des transfusions, signifie accepter de réduire à néant toute chance de survie ». C'est une passivité difficile à accepter car le médecin peut et sait comment sauver son patient, l'impact psychologique ne peut être nié. Cet impact

¹⁴⁷ Précisons que sa mise en place est précédée d'une procédure collégiale dont les modalités sont prévues par voie réglementaire. CSP, art. R. 4127-37-2.

¹⁴⁸ CCNE, Avis n°129, contribution du CCNE à la révision de la loi de bioéthique, 25 septembre 2018, p. 144.

¹⁴⁹ *JCP* 2002, n°6.II.10025, p.303, note Moreau J. préc.

est d'autant plus grand que si le CSP permet au médecin de se dégager d'une prise en charge pour des convictions personnelles, il en excepte l'urgence. En effet, les dispositions couplées des articles L. 1110-3 et R. 4127-47 du CSP autorisent le médecin à refuser des soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. Sous réserve de veiller à assurer la continuité des soins¹⁵⁰, il dispose d'un droit de départ. Le médecin n'est pas seulement un technicien que l'on sollicite en raison de son savoir et de ses connaissances et il a le droit, juridiquement et éthiquement, de mettre des limites à sa profession. Cependant, il ne peut pas le faire en cas d'urgence et encore moins d'urgence vitale.

Au surplus, il faut absolument rappeler qu'en pareille circonstance, le patient est hospitalisé à sa demande. Il fait le choix de recourir à la médecine et dans les cas d'urgence vitale anticipée, il fait le choix de rester. Dans les établissements publics de santé, lorsqu'un patient refuse les soins qui lui sont proposés, le directeur peut prononcer sa sortie. Cette prérogative tombe sans surprise en cas d'urgence. L'article R. 1112-43 du CSP prévoit en effet que « 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 ». Néanmoins, s'il est impossible pour le directeur de prendre l'initiative de prononcer la sortie, le patient reste libre d'une telle démarche. Il peut en effet sortir contre l'avis du corps médical. Le CSP règle une nouvelle fois cette hypothèse pour les établissements publics de santé¹⁵¹. L'article R. 1112-62 dispose « [...] les malades peuvent, sur leur demande, quitter à tout moment l'établissement. Si le médecin chef de service estime que cette sortie est prématurée et présente un danger pour leur santé, les intéressés ne sont autorisés à quitter l'établissement qu'après avoir rempli une attestation établissant qu'ils ont eu connaissance des dangers que cette sortie présente pour eux. Lorsque le malade refuse de signer cette attestation, un procès-verbal de ce refus est dressé ». Ainsi, aucune atteinte n'est portée à sa liberté individuelle puisqu'il peut quitter l'établissement. En ce cas, le praticien doit veiller à verrouiller le dossier médical en traçant le refus, l'explication détaillée fournie et le maintien du refus postérieur à cette explication car il appartiendra à l'établissement, en cas de recours du patient, de prouver que l'information a été délivrée préalablement à la sortie¹⁵².

¹⁵⁰ La continuité des soins est une composante du droit fondamental à la protection de la santé. CSP, art L. 1110-5

¹⁵¹ Cette disposition est applicable dans les établissements publics de santé mais les établissements privés confrontés à cette situation peuvent s'inspirer de cette procédure.

¹⁵² TA Nice, 24 février 2006, *RDSS* 2006, n°4, p.689, note Dieu F.

Section 2 – La primauté de la vie assurée par la jurisprudence

L'effectivité d'un droit se mesure à sa sanction. En effet, c'est parce qu'en plus de reconnaître des droits aux patients, le législateur attache à leur non-respect des conséquences juridiques que ces droits sont rendus effectifs. Ces conséquences se traduisent par les actions en responsabilité. Classiquement, on distingue quatre grands types de responsabilités qui ne sont pas exclusives les unes des autres c'est-à-dire qu'un même fait est susceptible de les mettre en œuvre de façon non pas concurrente mais complémentaire : on sanctionne le médecin pour le tort qu'il a causé à la collectivité, voire à sa profession, et on l'oblige, à l'échelle individuelle, à réparer le préjudice causé au patient. Ces quatre types sont les responsabilités pénale, déontologique, disciplinaire¹⁵³ et indemnitaire.

Pour qu'un médecin soit sanctionné, il faut que le comportement qui lui est reproché constitue une infraction ou une faute déontologique. De plus, pour qu'une action en responsabilité indemnitaire aboutisse, un triptyque doit être démontré par la victime : l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. En pratique, la jurisprudence se révèle bienveillante à l'égard des médecins, soit parce qu'elle refuse de reconnaître une faute de nature à engager leur responsabilité (paragraphe 1), soit parce que, pour l'heure, aucun préjudice moral autonome n'a été reconnu dans le cas particulier où, en dépit d'un refus d'une transfusion, le médecin a sauvé la vie du patient ou de la parturiente (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Une jurisprudence protectrice des médecins

Bien que rarissime en la matière, la jurisprudence se refuse à sanctionner le médecin qui a sauvé son patient face à une vraie perspective de vie (A). De la même manière, les juges n'ont jamais retenu l'existence d'une faute de nature à obliger le médecin à indemniser le patient qui s'estime lésé du fait d'avoir été transfusé en dépit de sa volonté (B).

A – Le refus de sanctionner les médecins : l'absence de sanction pénale ou déontologique

Dès 1994, l'activité médicale a été conçue comme une exception au principe de l'inviolabilité du corps humain¹⁵⁴. Sous réserve de certaines conditions¹⁵⁵, l'atteinte portée au corps du patient est licite. Cependant lorsqu'il manque la plus essentielle, celle tenant au respect du consentement, le médecin n'est plus justifié par la loi et l'atteinte à l'intégrité du corps de son

¹⁵³ Pour les médecins salariés ou les médecins de la fonction publique.

¹⁵⁴ Loi de bioéthique du 29 juillet 1994 préc. qui consacre le principe d'inviolabilité du corps humain.

¹⁵⁵ C. civ. art. 16-3 : nécessité médicale, consentement, intérêt du patient ou intérêt thérapeutique d'autrui.

patient l'expose à des poursuites pénales¹⁵⁶. En application du principe de légalité des délits et des peines, pour qu'un médecin soit pénalement sanctionné, il faut qu'un texte, en principe de valeur législative¹⁵⁷, érige le comportement reproché au rang d'infraction. Au surplus, il faut que les conditions prévues par le texte (les éléments constitutifs de l'infraction) soient remplies.

En présence d'une urgence vitale, le cadre juridique n'est pas particulièrement favorable au médecin car en plus de lui imposer de respecter le consentement, il lui fait obligation de porter assistance à toute personne qui se trouve en péril, en qualité cette fois de citoyen¹⁵⁸. Ces deux obligations de valeur législative entrent alors en contradiction. La chambre criminelle de la Cour de cassation a été amenée à connaître d'une situation où un médecin avait respecté le refus de soins de son patient et a été poursuivi pour omission de porter secours. Dans un arrêt de 1973¹⁵⁹, elle a considéré que le respect de la volonté du malade ne fait pas encourir au médecin des poursuites du chef de non-assistance. Elle applique l'adage *specialia generalibus derogant* : les règles spéciales dérogent aux règles générales. Par conséquent, l'obligation spécifique de respecter le consentement du malade déroge à l'obligation générale d'assistance.

De plus, lorsque le consentement ou le refus n'est pas respecté, le praticien peut se voir reprocher l'infraction de coups et blessures volontaires. Dans un arrêt rendu par la CA de Toulouse en 2001¹⁶⁰ le médecin avait transfusé son patient témoin de Jéhovah contre sa volonté après un accident de la circulation (hémoglobine à 5,9 g/L). Celui-ci a porté plainte pour violence avec préméditation. Le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu et le plaignant a relevé appel. Dans cet arrêt, les juges d'appel commencent par rappeler que « *le fait de pratiquer une intervention ou un acte médical quelconque sur un patient sans avoir au préalable recueilli son consentement ou malgré le refus de celui-ci peut recevoir une qualification pénale* ». Cependant, pour valider l'ordonnance de non-lieu, ils ont relevé qu'il « *ne peut être fait grief à l'équipe soignante d'avoir, dans un contexte d'urgence et en agissant conformément aux données de la science à la date des faits, pratiqué des transfusions indispensables à la survie d'un patient* ».

¹⁵⁶ Précisons que la responsabilité pénale d'un établissement de santé en tant que personne morale peut également être engagée (CP, art. 121-2) en application du principe de personnalité de la responsabilité pénale. Toutefois, les conditions propres à l'engagement d'une telle responsabilité et en particulier celle tenant à l'exigence d'une infraction commise au nom et pour le compte de la personne morale est difficilement envisageable ici.

¹⁵⁷ Sauf pour les contraventions qui peuvent être fixées par voie réglementaire.

¹⁵⁸ CP, art 223-6.

¹⁵⁹ Crim., 3 janvier 1973, Gatineau, *Bull. crim.* n°2 ; *D.* 1973. 220.

¹⁶⁰ CA, Toulouse, 20 mars 2001, n° 2000/00320.

En outre, en dehors des plaintes avec constitution de partie civile ou des assignations par voie de citation directe, le ministère public dispose de l'opportunité des poursuites. Effectivement, lorsqu'une plainte est déposée, il revient au Procureur de la République de décider de mettre en mouvement l'action publique et d'ouvrir une information judiciaire ou de classer l'affaire sans suite¹⁶¹.

Au-delà des conditions de l'infraction pénale, il y a la symbolique attachée aux poursuites. Le Code pénal est un miroir qui reflète l'échelle des valeurs d'une société, on sanctionne par ce biais les comportements qui les déshonorent. Poursuivre et sanctionner un médecin signifie qu'il a porté atteinte à ces valeurs essentielles. Si parfois les condamnations pénales sont justifiées¹⁶², dans d'autres cas, parce qu'il a préservé la vie et finalement accompli sa mission de protection de la santé, le médecin n'est pas inquiété. De même, la juridiction pénale a parfois pu retenir un fait justificatif, la contrainte morale, pour refuser de sanctionner un médecin qui a agi en dehors d'une permission de la loi. Ce fut le cas dans l'affaire *V. Humbert* puisqu'une ordonnance de non-lieu a été rendue en 2006. Le médecin du patient et sa mère étaient poursuivis du chef d'empoisonnement pour avoir abrégé ses souffrances.

Dans un second temps, il convient d'évoquer une sanction non plus pénale mais déontologique. Pour qu'un médecin puisse faire l'objet d'une telle sanction, il faut que les faits qui lui sont reprochés constituent un manquement aux règles issues de la profession. L'Ordre des médecins est chargé de veiller au respect des dispositions du Code de déontologie médicale et les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction de l'Ordre¹⁶³. La déontologie impose une ligne de conduite, une forme d'exemplarité. De plus, il y a l'idée selon laquelle derrière le médecin se trouve une profession toute entière et que le tort causé à un patient rejait sur la profession dans son ensemble. Si un médecin sauve son patient en situation d'urgence vitale malgré un refus, il n'est pas certain qu'il soit sanctionné par ses pairs car, *in fine*, c'est la vie d'une personne que le médecin aura préservée. La déontologie est guidée par l'intérêt du patient, c'est vraiment cette notion qui fixe le curseur et qui justifiera une sanction de l'Ordre. Le principe de bienfaisance, *primum non nocere*, ne pas nuire au patient et, *a contrario*, n'œuvrer que pour son bien est au fondement même du serment d'Hippocrate et de la déontologie médicale.

¹⁶¹ CPP, art. 40-1. À titre d'illustration, le 4 juillet dernier, le Procureur de Reims a reçu une plainte du chef de tentative d'homicide volontaire déposée par les parents de *V. Lambert*. Il a cependant décidé de ne pas ouvrir d'enquête et donc a classé l'affaire.

¹⁶² *V. aff. Bonnemaïson*, Cour d'assises d'Angers, 24 oct. 2015 : deux ans d'emprisonnement avec sursis.

¹⁶³ CSP, art. L. 4122-1.

S'agissant des refus de soins en situation d'urgence vitale, aucune décision ne fait état d'une sanction qui aurait été infligée à un professionnel de santé qui aurait imposé une transfusion. S'agissant du respect du refus, dans l'arrêt *Pech* de 1981¹⁶⁴, le CE statuant au disciplinaire n'a pas sanctionné le médecin qui avait accepté de prescrire un traitement palliatif à une patiente atteinte d'un cancer bien qu'il existait une thérapeutique efficace, à laquelle elle s'opposait. Cependant, dans un arrêt rendu en 1994¹⁶⁵, les hauts magistrats ont retenu, pour des faits analogues, une faute du médecin pour n'avoir proposé à la patiente qu'un traitement palliatif et l'avoir adressée tardivement à un oncologue.

Indépendamment de l'existence d'une sanction, l'intervention reprochée peut avoir des conséquences civiles que le juge administratif ou judiciaire sera tenu d'examiner.

B - Une interprétation des dispositions favorable aux médecins : l'absence de faute médicale

Par responsabilité indemnitaire il faut ici entendre l'obligation de réparer civilement les conséquences du dommage causé à autrui, c'est-à-dire le réparer en nature ou par équivalent¹⁶⁶. La dualité juridictionnelle se répercute sur les responsabilités encourues. Le statut du médecin va déterminer l'ordre juridictionnel compétent. S'il exerce dans un établissement public de santé, le recours de plein contentieux devra être porté devant la juridiction administrative sauf si la faute de l'agent constitue une faute personnelle¹⁶⁷. Si, au contraire, le médecin est salarié d'une structure privée ou bien s'il exerce en libéral dans un établissement de santé privé ou en ville ou dans un établissement public mais en secteur d'activité libérale, la juridiction judiciaire sera compétente pour connaître de l'action en responsabilité. Dans tous les cas, une action à visée indemnitaire ne pourra prospérer que si une faute est imputable au praticien ou à l'établissement de santé.

D'abord, s'agissant de la responsabilité administrative, aucune faute de service n'a été retenue à l'encontre d'un médecin qui s'est affranchi d'un refus de transfusion. Notons que les jurisprudences mentionnées concernent des faits antérieurs à la loi de 2002. En 2001¹⁶⁸, les hauts magistrats ont conclu à l'absence de faute de service du médecin qui avait eu recours à une transfusion parce que cet acte était indispensable à la survie du patient, proportionné à son

¹⁶⁴ CE, 6 mars 1981, *Pech*, n°25105, *Lebon* 133.

¹⁶⁵ CE, 29 juillet 1994, *Garnier*, *RDSS* 1995, p. 57, note L. Dubouis « Doit-on sanctionner le médecin qui respecte le refus du malade de consentir à un traitement ? ».

¹⁶⁶ Moquet-Anger M.-L., *Droit hospitalier*, 5^e éd., LGDJ, 2018, p. 481.

¹⁶⁷ Soit une faute commise en dehors du service ; soit une faute commise pendant le service mais dépourvue de tout lien avec le service. La juridiction judiciaire sera alors compétente pour connaître du recours.

¹⁶⁸ CE Ass., 26 oct. 2001, *Mme S. c/ AP-HP* préc.

état et qu'il n'existait aucune alternative thérapeutique. Les juges auraient pu choisir une autre voie, celle proposée par le commissaire du gouvernement, M. Didier Chauvaux, qui soutenait dans ses conclusions que : « *dans l'hypothèse où le patient est conscient et jouit de toutes ses facultés mentales au moment où sa vie se trouve menacée et où il maintient clairement et fermement son refus de subir un acte déterminé, le devoir des médecins est de s'abstenir* ». Il optait pour une application rigoureuse du droit de refuser des soins et donc de l'obligation faite au médecin d'y déférer. Néanmoins, les conclusions du commissaire du gouvernement - désormais rapporteur public¹⁶⁹ - ne s'imposent pas au juge.

Plus spectaculaire, l'arrêt rendu par la CAA de Bordeaux en 2003¹⁷⁰. Rappelons ici que les médecins avaient eu recours à deux transfusions en dépit du refus des parents, la première sans avoir respecté les conditions fixées par le décret de 1974. Il était donc envisageable et même probable que les juges retiennent une faute des médecins, ne serait-ce que pour s'être affranchis des obligations procédurales. Pour autant, les dispositions précitées ont été écartées et, au visa de la loi Kouchner, les juges ont refusé de reconnaître une faute de service de nature à engager la responsabilité du CH de Cayenne eu égard aux conditions particulières de l'intervention. Ils ont relevé : « *qu'en raison des signes cliniques de péril vital imminent présentés par l'enfant et en l'absence de produits de substitution disponibles dans le département, pouvant être utilisés pour soigner ce type d'affection, le recours aux transfusions sanguines était le seul traitement susceptible de sauvegarder la vie du mineur* ». C'est donc la combinaison du pronostic vital engagé et l'absence d'alternative à la transfusion qui justifie que les médecins aient pu, sans commettre de faute, transfuser l'enfant. De même, dans l'arrêt rendu par la CAA de Nantes le 20 avril 2006¹⁷¹, la parturiente transfusée contre son gré après la délivrance n'a pu obtenir indemnisation du préjudice moral qu'elle alléguait. Se fondant sur les rapports d'expertise, les juges ont estimé que « *les transfusions sanguines qui lui ont été administrées étaient indispensables à sa survie ; que, dans ces conditions, la méconnaissance par le centre hospitalier du refus de Mme X de recevoir des produits sanguins ne peut être regardée comme fautive* ». Aucune faute des médecins n'a été retenue par les magistrats eu égard au caractère indispensable à la survie des transfusions.

En revanche, si aucune urgence n'est démontrée, les juges admettent évidemment que la faute de service commise par le médecin engage la responsabilité de l'établissement public de

¹⁶⁹ Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, *JO* 8 janvier 2009, p. 479.

¹⁷⁰ CAA Bordeaux, 4 mars 2003, préc.

¹⁷¹ CAA Nantes 20 avril 2006, préc.

santé¹⁷². La victime sera alors indemnisée par l'assureur de l'établissement, par l'établissement directement si l'AP-HP est en cause ou par l'État pour le cas particulier des hôpitaux militaires, non dotés de la personnalité juridique et rattachés au ministère de la défense.

Enfin, s'agissant de la juridiction judiciaire, aucun recours à visée indemnitaire n'a été intenté dans le cas particulier d'une transfusion imposée ou plus généralement d'un acte médical contraint en présence d'une urgence vitale. Néanmoins, la juridiction judiciaire s'est prononcée à plusieurs reprises sur les conséquences d'un refus de soins. Elle refuse de considérer qu'il puisse être utilisé pour limiter l'indemnisation du dommage corporel subi puisque « *les juges ne peuvent imposer à une victime une opération qu'elle refuse* »¹⁷³ et « *nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale* »¹⁷⁴. Plus récemment, dans la même ligne jurisprudentielle, la Cour de cassation¹⁷⁵ a considéré que « *le refus d'une personne, victime d'une infection nosocomiale dont un établissement de santé a été reconnu responsable, de se soumettre à des traitements médicaux, qui, ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infection* ». En tant que juge du droit, elle tire les conséquences des trois principes que sont : le principe de réparation intégrale, le fait que le patient n'a pas à minimiser l'ampleur de son préjudice et le droit de refuser des soins. La sévérité de la Cour vis-à-vis des établissements de santé privés est à noter mais il est possible de considérer que cette jurisprudence trouve aussi une justification dans le fait que ces situations sont marginales donc les conséquences sur les franchises d'assurance ne sont pas excessives.

Paragraphe 2 – Le refus de reconnaître un préjudice moral autonome

Lorsque la personne ne fait pas état d'un préjudice corporel à savoir un dommage subi dans son intégrité physique¹⁷⁶, elle peut prétendre à l'indemnisation d'un préjudice purement moral qui, en la matière, n'a jamais été reconnu (A). Une telle reconnaissance aurait conduit, par un biais particulier, à indemniser le préjudice découlant du fait d'avoir été sauvé ce que les juges, pour l'heure, n'ont jamais admis (B).

¹⁷² CE, 17 févr. 1988, Consorts Morette Bourny, n° 76417 et CE, 24 sept. 2012, *préc.* et CE, 16 déc. 2016, *préc.*

¹⁷³ Crim. 3 juillet 1969, n°68-93.493, *Bull. crim.* n°216 ; *JCP* 1970. II. 16447, note Savatier R.

¹⁷⁴ Cass, civ. 2^e, 19 mars 1997, n°93-10.914, *Bull. civ.* n°II. 1997, n°86 ; *RCA* 1997, comm. 191.

¹⁷⁵ Civ. Ire, 15 janvier 2015, n°13-21.180 *D.* 2015. 1075, note Gisclard T.

¹⁷⁶ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2017, p. 790.

A – L'absence de préjudice moral autonome

Classiquement en droit interne, lorsque la victime intente un recours à visée indemnitaire, elle souhaite obtenir réparation d'un préjudice qui lui a été causé. En matière médicale, il s'agit principalement de dommages corporels à savoir un état de santé qui, en raison d'une faute ou, à titre exceptionnel, en l'absence de faute¹⁷⁷ a été dégradé. Le juge administratif, d'abord réticent, a mis fin à l'adage selon lequel les *larmes ne se monnayent pas*, acceptant de réparer, le *pretium doloris*¹⁷⁸ découlant non plus exclusivement du préjudice corporel mais de la souffrance endurée, dans sa dimension psychologique. Ce changement de paradigme a trouvé une application fructueuse en matière médicale si bien qu'aujourd'hui, sous réserve de certaines conditions, une personne peut obtenir indemnisation d'un préjudice purement moral. C'est le cas notamment lorsque le professionnel de santé manque à son obligation d'information, à la condition toutefois que le risque qui n'a pas été mentionné se soit réalisé (préjudice d'impréparation¹⁷⁹). De même pour une violation du droit de consentir à un acte médical, sauf urgence ou impossibilité¹⁸⁰.

En 2003, les juges du fond de la CAA de Bordeaux¹⁸¹ ont ouvert la voie à la potentielle reconnaissance d'un préjudice moral subi par les parents du jeune homme, transfusé à deux reprises contre leur volonté. En effet, les juges auraient pu d'emblée écarter la responsabilité des médecins au seul motif que l'enfant était rentré chez lui en bonne santé. Ils ont pris soin de souligner que « *l'enfant s'est rétabli et est rentré à son domicile [...] les transfusions n'ont entraîné aucun effet dommageable sur sa santé* ». Cependant, ils ont examiné l'éventuelle faute commise par les praticiens avant d'exclure l'indemnisation ce qui induit que si une faute avait été retenue, ils auraient potentiellement pu obtenir réparation du préjudice allégué.

Du côté de la juridiction judiciaire, la Cour de cassation n'a jamais eu à connaître d'un tel recours. Néanmoins, un arrêt rendu par la CA de Versailles en date du 7 juillet 2016¹⁸² mérite d'être mentionné. En l'espèce, un homme diabétique s'est vu prescrire du Médiator de juin 2003 à novembre 2009. Une insuffisance mitrale lui a été diagnostiquée ce qui a nécessité une opération en 2011 consistant en un remplacement valvulaire mitral et à la résection de l'aorte

¹⁷⁷ Produits défectueux, aléas thérapeutiques, vaccinations obligatoires, transfusions sanguines, recherches biomédicales.

¹⁷⁸ CE Ass., 24 nov. 1961, Ministre des travaux publics c/ Consorts Letisserand et a. *Rec.* p.661 ; D. 1962, p.34, concl. Heumann ; RDP 1962, p. 330, note Waline ; S. 1962, p. 82, concl. Vignes.

¹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n°09-13591 ; D.2010, p. 1522, comm. Sargos P. ; JCP G 2010.1015, chron. Stoffel-Much Ph. ; *Gaz. Pal.* 17 juin 2010, n°168, p. 9, avis Legoux A. ; CE, 10 oct. 2012, n° 350426, *Rec.* p. 357, *Droit administratif*, déc. 2012, p. 42, comm. Moquet-Anger M.-L.

¹⁸⁰ CE, 24 sept. 2012, préc. et CE, 16 déc. 2016, préc.

¹⁸¹ CAA, Bordeaux, 4 mars 2003, n°99 BX02360, préc.

¹⁸² CA, Versailles, ch. 03, 7 juillet 2016, n° 15/07632, accessible via Lexis 360, *V.* extrait en annexe n°6.

descendante¹⁸³. Le TGI reconnaît la responsabilité sans faute des Laboratoires Servier et les condamne à l'indemnisation intégrale du préjudice. Ils relèvent appel, la CA valide le jugement de première instance mais limite à hauteur de 50 % l'indemnisation estimant que le préjudice subi est imputable seulement pour moitié au Médiateur. Ce qui est intrigant : dans les préjudices extrapatrimoniaux, au titre des souffrances endurées, la cour nous dit : « *Ce poste de préjudice est appelé à réparer les souffrances tant physiques que morales et psychologiques. Au cas présent, elles résultent tout d'abord de l'annonce faite de sa pathologie valvulaire et de ce qu'elle était, tout au moins pour partie, due à un médicament qui était supposé le soigner, de la nécessité dans laquelle les chirurgiens se sont trouvés de différer l'opération à février 2011, cette attente étant une source de grande anxiété. Ces souffrances résident ensuite dans la lourdeur de l'intervention chirurgicale [...] S'y ajoute le fait que, témoin de Jéhovah, il a été pour des raisons impérieuses de santé contraint d'accepter la perspective d'une transfusion sanguine. Ces souffrances appellent réparation à hauteur de 40 000 euros* ». L'arrêt ne précise pas si le patient a eu ou non à subir une transfusion. La formulation laisse à penser que cela importe peu, la simple « *perspective* » d'une transfusion suffit. L'arrêt a été frappé d'un pourvoi. La Cour de cassation¹⁸⁴ a cassé l'arrêt d'appel pour avoir limité l'indemnisation mais aucun moyen n'a été développé sur ce poste de préjudice. Les juges d'appel semblent, à demi-mot, indemniser un préjudice d'anxiété lié au fait que le patient a été contraint de se préparer à cette éventualité ce qui, pour un témoin de Jéhovah, est source de souffrance. En outre, on ne sait pas à quelle hauteur ce poste de préjudice a contribué aux 40 000 euros alloués. Du fait de sa largeur, la formulation n'en demeure pas moins risquée. Elle est possiblement symbolique mais pourrait engendrer une recrudescence des recours. La portée de cette jurisprudence est toutefois à relativiser. Il s'agit d'un arrêt isolé et la Haute juridiction judiciaire n'a pas statué sur ce point qui n'a pas été évoqué dans le pourvoi et qui n'est pas un moyen d'ordre public qu'elle aurait pu soulever sans qu'il ne soit invoqué par les demandeurs.

Enfin, relevons que dans ces espèces, les juges ont statué sur des situations où il n'y avait pas de préjudice corporel suite à la transfusion. La question devra évidemment être examinée différemment si le médecin sauve son patient avec des séquelles, notamment en cas de contamination. Le préjudice résultant de cette contamination sera indemnisé par l'ONIAM¹⁸⁵.

¹⁸³ Suite à un échange avec un cardiologue : la transfusion n'est pas systématique pour cette intervention, elle est nécessaire dans environ 30 % des cas.

¹⁸⁴ Cass. 1^{re} civ, 22 novembre 2017, n° 16-23.804.

¹⁸⁵ CSP, art. L. 3122-1 et s.

B – Le refus de consacrer un préjudice résultant du fait d’avoir été sauvé

Lorsque la transfusion est pratiquée en situation d’urgence dans le but de sauver la personne, les juges n’ont jamais fait droit à la demande en réparation d’un préjudice exclusivement moral. La justification de ce refus se trouve certainement dans les deux niveaux de lecture d’une jurisprudence, précisément la portée *erga omnes*, celle qui dépasse le cadre du litige.

D’abord, à l’échelle individuelle (*inter partes*), il y a une vraie souffrance pour les personnes transfusées contre leur volonté. Les conséquences du recours à cet acte médical, bien qu’indispensable à la survie, sont considérables : « *L’administration de produits sanguins est interdite et tout adepte qui y dérogerait, indiquerait par cet acte qu’il ne souhaite plus être un des Témoins de Jéhovah* »¹⁸⁶. Ces personnes sont obligées de sacrifier l’une des deux valeurs auxquelles elles sont le plus attachées : leur vie ou leur foi. L’on peut ici mentionner l’histoire bouleversante de ce jeune homme, dont le témoignage a été rapporté devant la commission d’enquête de l’Assemblée nationale¹⁸⁷ en ces termes : [il] « a raconté que ses parents étaient Témoins de Jéhovah mais que lui ne l’était plus depuis l’âge de six ans. Il avait été transfusé pour une grave maladie après intervention du procureur. « *J’aurais préféré mourir* » a-t-il ajouté. « *Mais pourquoi ?* » (...) « *Vous ne comprenez pas ? Moi, je n’irai pas dans ce monde nouveau que sera Armageddon. Je suis mort aux yeux de mes parents, et tous les jours ils me répètent en faisant leurs prières : toi, tu ne viendras pas avec nous* ». Le préjudice moral est indéniable à l’échelle individuelle. Au surplus, les conditions matérielles ouvrant droit à indemnisation sont propices à la reconnaissance d’un tel préjudice car effectivement, le consentement a été violé et rien dans la loi ne prévoit clairement qu’il peut y être dérogé dans ces situations particulières tirées de l’urgence vitale.

Pour autant, reconnaître un tel préjudice aurait nécessairement un impact qui dépasse le cadre de l’affaire. La portée *erga omnes* de la reconnaissance d’un préjudice moral autonome implique que l’on reconnait puis que l’on indemnise le préjudice moral qui découle, pour la personne, d’avoir été sauvée puisque l’alternative à la transfusion était la mort. Même si l’indemnisation d’un préjudice moral est souvent modique sur le plan financier, c’est une reconnaissance qui risque de heurter l’ordre public en particulier si le médecin parvient à sauver son patient ou la parturiente. Dans la dernière hypothèse évoquée, outre le fait d’avoir préservé la vie de la femme, il permet à l’enfant d’avoir sa mère à ses côtés de laquelle il a indéniablement besoin pour vivre.

¹⁸⁶ Rapport n° 3507, Assemblée nationale du 12 décembre 2006 sur l’influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs, p. 66.

¹⁸⁷ Ibid. p. 68.

Enfin, une telle solution ne serait pas sans rappeler la célèbre jurisprudence *Perruche* de la Cour de cassation¹⁸⁸. En 2000, la Haute juridiction avait effectivement accepté d'indemniser le préjudice de Nicolas Perruche résultant de sa naissance. Cette jurisprudence a suscité l'émotion et a conduit immédiatement au dépôt d'un amendement porté par l'ancien député, M. Jean-François Mattei, dénonçant une « *jurisprudence inacceptable* »¹⁸⁹. L'amendement a été adopté sans difficulté et transcrit à l'article 1^{er} de la loi Kouchner qui dispose que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». La Cour de cassation a surtout souhaité interpeller le Parlement sur la situation des personnes handicapées mais, au-delà, c'est la portée *erga omnes* de cet arrêt qui a été fustigée et sa réitération rendue impossible par le législateur pour les contentieux postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2002. C'est ici une question de valeurs : en France, un préjudice de vie ne peut ouvrir droit à indemnisation. À plus forte raison, il faut garder à l'esprit que ce qui légitime les décisions de justice, au-delà de la compétence des magistrats, c'est qu'elles sont rendues au nom du peuple tout entier.

Parce qu'il est question de la vie, des limites sont posées par les médecins, validées par les juges. Toutefois, eu égard aux évolutions législatives en la matière, ces solutions jurisprudentielles demeurent incertaines et l'opportunité d'une clarification du droit doit être envisagée.

Chapitre 2 – Un cadre normatif imprécis porteur d'instabilité juridique : l'opportunité d'une clarification législative

Plaçant les médecins dans une situation d'incertitude, une clarification du droit serait opportune afin de sécuriser la décision médicale en cas de refus de soins doublé d'une urgence vitale lorsque la personne qui oppose le refus ne souffre d'aucun trouble mental (section 1). Pourtant, bien qu'elle puisse être légitimement attendue, l'intervention du législateur n'apparaît pas aisée et se révèle juridiquement risquée (section 2).

Section 1 – Les avantages d'une clarification législative

Pour justifier d'un potentiel appel au législateur, deux arguments seront avancés. D'abord celui tenant au constat inquiétant d'un manque de sécurité dans la décision médicale (paragraphe 1). Ensuite, en application de la répartition des compétences, il s'avère que seul le Parlement est habilité à modifier l'état du droit en la matière (paragraphe 2).

¹⁸⁸ Cass., ass. plén., 17 nov. 2000, *D.* 2001. 332, chron. Aubert ; *JCP* 2001. 1833, concl. Sainte-Rose.

¹⁸⁹ Rapport n°3462, au nom de la commission des aff. culturelles, familiales et sociales sur les propositions de loi de Mattei J. F. relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux, 12 déc. 2001 p. 7

Paragraphe 1 – Un manque de sécurité préoccupant dans la décision médicale

Le manque de sécurité dans la décision médicale découle en fait de l'absence de mention particulière accordée à l'urgence vitale au sein du CSP (A). Il est considérablement amplifié car, dans ces situations, les obligations classiques du médecin entrent en contradiction (B).

A – Un cadre législatif occultant les particularités de l'intervention médicale en urgence

Confronté à une personne en situation de péril au sens où sa vie est menacée dans l'immédiat, le médecin doit prendre une décision. En effet, la décision n'a pas d'inverse puisque s'abstenir d'agir c'est prendre une décision. La logique est binaire : tenter de sauver ou laisser mourir et le facteur temporel a son importance qu'il convient ici de souligner.

En temps normal, les difficultés qui surviennent au cours de la prise en charge peuvent se résoudre et se résolvent de plus en plus souvent par la collégialité. Elle implique un temps d'échange, une réflexion pluridisciplinaire.

De même, lorsqu'une décision d'arrêt des traitements est envisagée au titre de l'obstination déraisonnable, eu égard à ses conséquences irréversibles, elle est précédée d'une procédure collégiale. Comme l'a souligné le Professeur Marie-Laure Moquet-Anger à propos de l'arrêt rendu par le CE en 2017 dans le cadre de l'affaire *V. Lambert* : « la décision de limiter ou d'arrêter les traitements ne relève pas de l'urgence, elle doit au contraire être prise à l'issue d'une procédure qui peut prendre du temps. C'est une décision médicale, qui, lorsqu'elle est exécutée, a un caractère irréversible »¹⁹⁰.

Ici, la décision du praticien de déférer à la demande de son patient d'arrêter ou de ne pas entreprendre des soins aura un caractère irréversible et elle doit être prise rapidement.

Pourtant, le dispositif législatif ne prend pas en compte la spécificité de l'intervention médicale en situation d'urgence vitale. En effet, pour apprécier le caractère fautif ou non d'une telle intervention, ce sont les dispositions de droit commun, applicables et appliquées en temps ordinaire, qui serviront de fondement à une analyse *a posteriori* de la pratique.

Or, l'urgence vitale a des incidences sur la prise en charge puisqu'elle bouleverse, elle accapare et elle interpelle. Elle bouleverse d'abord parce qu'elle transforme le cadre normal de l'intervention, la finalité de l'activité médicale est modifiée car le but du médecin, dans l'immédiat, est de tenter de sauvegarder la vie de son patient. Elle bouleverse encore parce qu'elle neutralise, à sens unique, une partie du droit commun : elle empêche le praticien de

¹⁹⁰ CE, 19 juill. 2017, n° 402472, 403377 Jurisdata n°2017-014578 ; *JCP A* n°2, 2018, note Moquet-Anger M.-L.

faire valoir son droit de déport¹⁹¹. Elle accapare ensuite car c'est la priorité, elle commande une réaction rapide et une concentration totale sur la situation puisqu'une fois le pronostic vital engagé, il n'est plus possible de temporiser, de prendre le temps de solliciter différents avis, conseils ou témoignages¹⁹². L'urgence vitale cloue la situation en quelques minutes ou en quelques heures¹⁹³. Dans un vocabulaire juridique, l'on pourrait dire que le médecin est forclos une fois l'urgence gérée ou, dans le pire des cas, dépassée. Elle interpelle enfin car c'est la vie dont il est question, ses conséquences sont par nature irréversibles, elle marque un point de non-retour et impacte potentiellement, pour ne pas dire assurément, des tiers.

En raison de ces particularités concrètes qui ne peuvent être ignorées, il n'est pas satisfaisant que l'intervention médicale soit contrôlée à l'aune des dispositions générales en matière de consentement et de refus de soins. On peut ici évoquer une lacune du droit en ce qu'il occulte ces circonstances particulières.

B – Des contradictions frontales dans les obligations du médecin

Pour commencer, la déontologie impose au médecin de porter assistance à toute personne qui se trouve en péril et dont l'état de santé nécessite son intervention¹⁹⁴. Dans le même moment, toujours en vertu de la déontologie mais également de la loi, le médecin est tenu de respecter la volonté libre et éclairée de son patient¹⁹⁵.

Ces principes, en temps normal complémentaires, entrent ici, par la force des choses, en contradiction. Si on ne prétendra pas résoudre le problème sur le plan éthique, sur le plan juridique *stricto sensu*, la difficulté se règle en application de la hiérarchie des normes puisque l'obligation d'assistance que prescrit la déontologie a valeur réglementaire, donc infralégislative. Aussi, l'obligation de respecter le consentement et son corollaire, le refus, l'emporte lorsque les deux sont incompatibles.

Néanmoins, la loi demeure ambiguë sur le cas précis de l'urgence vitale. Ces ambiguïtés et contradictions ont été mises en lumière par un gynécologue-obstétricien, le docteur Michel Briex, qui a pu écrire et même décrire ce manque de sécurité à propos d'une situation à laquelle il a été confronté¹⁹⁶. Il s'agissait d'une femme de trente ans qui, lors d'une consultation au huitième mois de sa première grossesse, semblait en détresse. Elle a en effet demandé à ce que soit noté dans son dossier médical qu'elle s'opposerait à une césarienne

¹⁹¹ Pour rappel : le médecin ne peut se dégager de la prise en charge en cas d'urgence. CSP, art. L. 1110-3 al. 7

¹⁹² On pense ici notamment à la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6 du CSP.

¹⁹³ V. CA Aix-en-Provence 2006 préc. où la parturiente est décédée quelques heures seulement après la délivrance.

¹⁹⁴ CSP, art. R. 4127-9.

¹⁹⁵ CSP, art. L. 1111-4 et R. 4127-36.

¹⁹⁶ Briex, M., « Refus de soins », *Spirale*, volume 87, n° 3, 2018, p. 137.

(d'indication fœtale ou maternelle) et à une réanimation si, à l'heure de l'accouchement, son état le nécessitait. Le médecin a sollicité le conseil d'une juriste de son assurance professionnelle qui lui a fait part des évolutions législatives mais également de la jurisprudence administrative en la matière. Le docteur Briex a alors écrit : « *En résumé, cela signifie qu'en théorie, j'ai légalement le droit de la laisser mourir mais que si ma conscience me dit qu'il faut faire quelque chose contre sa volonté, je peux le faire mais je devrai en assumer les conséquences. S'il y a une plainte de sa part ou de son entourage pour non-respect des volontés de la patiente¹⁹⁷, je pourrai être poursuivi et devrai me défendre éventuellement au tribunal. Par contre, il n'est pas certain que je serai condamné...* ». Le praticien résume très bien cette situation que l'on peut qualifier d'impasse juridique puisque peu importe la décision qui sera prise, il y a un risque contentieux.¹⁹⁸ Si le médecin s'affranchit du refus, l'interprétation en creux de la loi précédemment évoquée ne sera pas pertinente car l'urgence vitale est anticipée par la parturiente. Il convient de rappeler que le but ultime de cette procédure qui exige la réitération du refus dans un délai raisonnable est de s'assurer d'un choix avisé, conscient et réfléchi qui peut, mais pas nécessairement, différer de la volonté émise à chaud. Elle a été pensée par les rédacteurs de la loi de 2005 pour cette raison et on préfère ici rester fidèle à *l'esprit de la loi*, pour reprendre la formule de Montesquieu. Enfin, le caractère éclairé du refus ne pourra pas être questionné : la parturiente était très bien informée. S'agissant du caractère libre, aucun élément dans cet article ne permet de se prononcer.

La problématique peut possiblement être contournée - sans être résolue - par la question suivante : quel choix est le plus risqué juridiquement, en cas de décès de la femme et de recours ultérieur des ayants-droit ? Avoir tenté de la sauver malgré elle ou bien avoir respecté son refus ? Après lecture de la jurisprudence, y compris récente¹⁹⁹, il semblerait que la première des options soit la moins risquée bien qu'il est nécessaire d'attendre des précisions sur les contours de la notion d'urgence, et précisément sur l'urgence qui a pu être anticipée.

¹⁹⁷ Un tel recours sera recevable sous réserve d'un intérêt à agir des ayants-droit, ce que les juges ont déjà admis en la matière notamment : CE Ass., 26 oct. 2001, préc. : recours porté par l'épouse du patient décédé « *tendant à ce que l'AP-HP soit condamnée à raison du préjudice qui serait résulté pour son mari de la méconnaissance de la volonté qu'il avait exprimée* ».

¹⁹⁸ Précisons d'emblée que dans cette situation, les dispositions législatives qui autorisent le médecin à s'affranchir d'un refus et notamment les SPSC (CSP, art. L. 3212-1 et s.) ne sont pas mobilisables dès lors que la personne majeure n'est pas atteinte d'une maladie mentale.

¹⁹⁹ CE, 24 septembre 2012, préc. et CE, 16 décembre 2016, préc. : « *qu'hors les cas d'urgence ou d'impossibilité de consentir, la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti oblige l'établissement responsable à réparer tant le préjudice moral subi de ce fait par l'intéressé que, le cas échéant, toute autre conséquence dommageable de l'intervention* ».

Enfin, peut-on s'écarter d'une responsabilité purement juridique et s'autoriser à raisonner en termes de responsabilité morale : quelle décision est susceptible d'avoir le plus d'impact pour le praticien, sur le plan cette fois de la conscience et sur la poursuite de son activité médicale ?

Paragraphe 2 – Des arguments juridiques en faveur d'une clarification législative

Le manque de sécurité précédemment évoqué dans la décision médicale découle d'un cadre juridique lacunaire²⁰⁰, qui, semble-t-il, mériterait d'être clarifié (B). L'application du principe de la hiérarchie des normes commande de préférer une réponse du législateur (A).

A – Une réponse législative conforme à l'orthodoxie juridique

Si une modification de l'état du droit est envisagée, le respect de la répartition des compétences prévue par la constitution du 4 octobre 1958 impose une réponse législative. En vertu de l'article 34 de la constitution, « la loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Bien que la santé et précisément les droits des patients ne soient pas visés dans cet article, ils entrent dans ce champ de compétence dévolu au législateur. En effet, « le législateur bénéficie d'une compétence étendue, maximum dirons-nous, lorsqu'il est habilité à fixer des règles dans certaines matières, réservant au pouvoir réglementaire des mesures de stricte application. C'est le cas lorsque la loi fixe les règles concernant les *garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*. Il s'agit ici d'un domaine sensible qui touche très largement la santé en ce que les interventions sur le corps humain doivent être conciliées avec les principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain »²⁰¹.

Aussi, parce qu'il est ici question de l'inviolabilité du corps humain, c'est naturellement qu'il revient au Parlement de prendre en compte l'urgence vitale et de fixer ou de ne pas fixer une exception au principe du droit au refus de soins.

Il ne s'agit pas ici de considérer qu'une telle exception pourrait être établie par le pouvoir réglementaire sur le fondement de l'article 37 de la constitution. L'actuelle formulation de l'article L. 1111-4 ne permet effectivement pas à une norme réglementaire de venir déroger à un principe qui a valeur législative²⁰². Seules des dispositions ayant valeur de loi peuvent fixer des limites au principe de l'inviolabilité du corps humain. En revanche, il est possible que le législateur habilite le pouvoir réglementaire à fixer une limite au droit de refuser des soins²⁰³

²⁰⁰ En ce qu'il occulte l'urgence vitale.

²⁰¹ Moquet-Anger M.-L., Santé et Constitution : l'exemple français, *RDSS* 2013, p. 127.

²⁰² Un recours pour excès de pouvoir serait d'ailleurs envisageable contre une telle disposition. CJA, art. R. 421-1

²⁰³ C'est le cas de l'urgence sanitaire, le ministre de la santé est habilité par le législateur. CSP, art. L. 3131-1.

ou lui délègue une partie de sa compétence en l'autorisant à agir par voie d'ordonnance²⁰⁴. Sous réserve d'être ratifiée « de manière expresse »²⁰⁵, l'ordonnance aura valeur de loi.

En outre, la doctrine a pu critiquer cette situation qui ne marque pas de frontière entre les pouvoirs de chacun, estimant que « ni le législateur ni le juge ne doivent déléguer à la communauté médicale le soin d'arbitrer »²⁰⁶. Ce n'est d'ailleurs pas conforme à l'article 4 de la DDHC du 26 août 1789 qui dispose : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui [...] (ses) bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

Enfin, ce constat insatisfaisant qui fait du médecin juge et partie est amplifié en pareille hypothèse par l'ineffectivité et même l'inefficacité des recours d'urgence. En effet, si péril imminent il y a, on ne peut pas attendre de saisir le juge, y compris le juge des référés-libertés car même s'il est saisi, il sera trop tard pour préserver le patient d'une éventuelle atteinte à sa liberté fondamentale ou bien, pour le professionnel de santé, de s'assurer qu'il n'y porte pas une atteinte grave et manifestement illégale. Bien que le juge des référés soit tenu de statuer sous quarante-huit heures, le médecin ne dispose pas d'autant de temps pour prendre sa décision. Par exemple, pour le cas d'une délivrance hémorragique, il n'a pas le temps d'attendre que le juge statue ; l'urgence sera inéluctablement dépassée.

B – La nécessité de sécuriser l'état du droit

Tout d'abord, les évolutions législatives depuis 2002 participent de débats en doctrine sur la pérennité de la jurisprudence du CE²⁰⁷. Certains ont vu, dans ces interventions, la volonté de tenir en échec la jurisprudence de la Haute juridiction administrative, la qualifiant de *contra legem*, c'est à dire contraire à la loi. Par exemple, le Professeur Patrick Mistretta²⁰⁸ a pu écrire : « l'apport du nouveau texte est encore plus significatif s'agissant des conséquences du refus de soins et de la conduite à adopter pour le corps médical. En effet, le CE avait admis à l'égard des transfusions de témoins de Jéhovah que la survie du patient pouvait permettre au médecin de passer outre au refus opposé. Un doute pouvait donc subsister quant à l'opposabilité du refus de soins en raison de la formulation de l'ancien article L. 1111-4 qui était perfectible. La nouvelle mouture du texte est désormais d'une limpidité inébranlable, la loi ayant pris soin de préciser que « le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne » ». D'autres ont affirmé que « les ordonnances Feuillatay et autres peuvent bien

²⁰⁴ Article 38 de la constitution du 4 octobre 1958.

²⁰⁵ Même article.

²⁰⁶ A. Mersch, le refus de soins devant le CE, *Droit administratif* n°7, juillet 2002, chron. 13.

²⁰⁷ CE réf., 16 août 2002, Mme F. c. CHU de Saint-Étienne, préc.

²⁰⁸ Mistretta P., A propos de la loi n°2016-87 du 02 février 2016, *JCP G*, n°8, 22 février 2016.

être analysées comme autant de jugements *contra legem*²⁰⁹ ; ou encore « Par une interprétation *contra legem* de la loi de 2002, le juge en vient ainsi à considérer que le droit de s'opposer au traitement, loin d'être absolu, peut céder sous l'effet de circonstances particulières »²¹⁰.

Cependant, s'il est évident que la jurisprudence administrative et les dispositions législatives en vigueur sont d'application malaisée, les interstices de la loi en la matière et la jurisprudence récente du juge administratif²¹¹ nous conduisent à préférer questionner plutôt qu'affirmer le caractère *contra legem* de cette jurisprudence.

D'abord, elle continue à être mentionnée notamment par le Conseil national de l'Ordre des médecins²¹² dans le commentaire de l'article 36 du Code de déontologie médicale, mis à jour en décembre 2016 à propos de l'obligation déontologique de respecter le consentement du patient : « face à certaines croyances concernant la santé, le médecin devra respecter la volonté des patients après les avoir informés des conséquences de leur refus. En cas de risque vital, le médecin se doit d'agir en conscience », renvoyant expressément à la jurisprudence du CE du 16 août 2002, de quoi entretenir la confusion.

Plus récemment, cette jurisprudence a été rappelée par l'un des assureurs les plus importants des professionnels de santé, la Mutuelle d'assurances du corps de santé français (MACSF), dans un article intitulé « Refus du patient, témoin de Jéhovah, de subir une transfusion », rédigé par une juriste et paru en janvier 2019²¹³. Cet article précise, après avoir rappelé la position de la Haute juridiction administrative sur les refus de transfusions sanguines, que « *même si ces décisions ont été rendues il y a plusieurs années, la position jurisprudentielle paraît bien établie dans cette hypothèse* ».

La loi n'infirme pas directement la possibilité d'un acte médical en cas d'urgence vitale, ce que le Parlement aurait pu faire explicitement. C'est surtout pour l'urgence vitale anticipée que l'on a un doute. Ce n'est pas du pragmatisme, c'est vraiment un choix qu'il faut faire, fixer ou non une limite à l'autonomie de la volonté. Ainsi, l'intervention du législateur serait attendue pour lever ces incertitudes.

²⁰⁹ Hennette-Vauche S., « Kant contre Jéhovah ? » *D.* 2004, n° 4, p. 3154.

²¹⁰ Le Bot O., (préf. B. Stirn), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du CJA*, Collection des thèses, Fondation Varenne – LGDJ, 2007, p. 215.

²¹¹ CE, 24 septembre. 2012, préc. et CE, 16 décembre 2016, préc.

²¹² *V.* note 9 du CNOM, sous l'art. 36 consultable sur : <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/devoirs-patients-art-32-55/article-36-consentement-patient>

²¹³ Consultable sur le site : <https://www.macsf-exerciceprofessionnel.fr/Responsabilite/Humanisme-deontologie/refus-temoin-jehovah-subir-transfusion>

Toutefois, et c'est contrariant, une clarification n'est pas dépourvue d'inconvénients juridiques et pratiques.

Section 2 – Les risques juridiques et inconvénients pratiques d'une clarification législative

L'état du droit peut être clarifié de deux manières : permettre ou interdire une exception au droit de refuser des soins tirée de l'urgence vitale. Il s'avère que la première option, eu égard au caractère général et impersonnel de la loi, se révèle juridiquement risquée (paragraphe 1). Quant à la seconde, ce sont cette fois les conséquences pratiques d'une clarification du droit qui s'avèrent négatives (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Une consécration juridiquement risquée de l'urgence vitale comme exception au droit de refuser des soins

L'œuvre du Parlement est doublement conditionnée, elle doit respecter les normes de valeur constitutionnelle et les engagements internationaux de la France. Parce qu'elle est générale et impersonnelle, une disposition législative pourrait s'avérer inconstitutionnelle (A) et/ou inconstitutionnelle (B).

A – Le risque de censure par le Conseil constitutionnel

Pour commencer, la constitution de 1958 a instauré le contrôle de constitutionnalité de la loi, signant la fin du légicentrisme et le passage à une démocratie constitutionnelle. Ce contrôle de l'œuvre du Parlement est le monopole du Conseil constitutionnel. Il peut être effectué en amont ou en aval de la promulgation de la loi. L'article 61 de la constitution d'abord prévoit la possibilité d'un contrôle par voie d'action qui s'exerce sur saisine du Conseil constitutionnel²¹⁴ entre le vote de la loi et sa promulgation. Sous la présidence de Nicolas Sarkozy, a été instauré un contrôle *a posteriori*, prévu par l'article 61-1²¹⁵, dont l'initiative est réservée aux justiciables par l'intermédiaire d'une question prioritaire de constitutionnalité, soulevée à l'occasion d'une instance devant une juridiction.

Ces contrôles objectifs visent à garantir les droits et libertés qui ont valeur constitutionnelle. Si une loi est déclarée inconstitutionnelle, elle ne pourra être promulguée ou devra être abrogée. Toutefois, le Conseil constitutionnel peut sauver une disposition législative en

²¹⁴ Article 61 de la constitution : Saisine possible par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

²¹⁵ LC n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JO* 24 juillet 2008, p. 11890.

émettant une réserve d'interprétation. En pareille hypothèse, il ne déclare pas la loi contraire à la constitution mais il va la conditionner dans son interprétation et dans son application.

Si l'article L. 1111-4 vient à être réécrit, il devra respecter tous les principes issus du « Bloc de constitutionnalité », selon le doyen Louis Favoreu.

Le Conseil constitutionnel est dans une logique de conciliation de principes lorsqu'il examine une loi qui restreint ou encadre les droits constitutionnellement garantis. En l'espèce, il s'agira d'une conciliation entre deux principes de valeur constitutionnelle : le droit à la protection de la santé²¹⁶ et la sauvegarde de la dignité de la personne humaine²¹⁷. On précise d'emblée que le droit à la vie n'a pas valeur constitutionnelle. D'une part, l'alinéa 11 du Préambule de la constitution de 1946 dispose que « La Nation garantit à tous notamment à la mère, à l'enfant et au vieux travailleurs le droit à la protection de la santé ». Si les débiteurs de cette obligation d'assurer la protection de la santé n'ont pas été identifiés par les constituants, il revient à l'État de mettre en place des mesures rendant ce droit effectif²¹⁸.

D'autre part, le principe du consentement aux soins, s'il se rattache au principe de l'inviolabilité du corps humain, n'a pas valeur constitutionnelle. En effet, dans sa décision de 1994, le Conseil a précisé que « *la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain [...] que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ». Il n'érige en aucune façon ces quatre principes au rang des principes à valeur constitutionnelle. Néanmoins, ces principes participent à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine donc le législateur ne peut y porter une atteinte démesurée sans risquer d'entraver le principe constitutionnel précité. Cette affirmation par le Conseil permet l'application de la jurisprudence dite du « cliquet ».²¹⁹ Le législateur ne peut abroger des dispositions garantissant des droits et des libertés sans les remplacer par des dispositions contenant des garanties équivalentes²²⁰. Les quatre principes pourront cependant faire l'objet d'aménagements ou de limitations, mais dans le respect des normes constitutionnelles.²²¹

Aussi, l'intervention du législateur s'avère risquée car elle marquerait un recul au moins sur le plan symbolique dans les droits des patients et une limite nouvelle au principe de l'inviolabilité du corps humain. La censure tant par voie d'action que par voie d'exception est

²¹⁶ Cons. const. 8 janvier 1991, *loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, DC n° 90-283.

²¹⁷ Cons. const. 27 juillet 1994, *lois de bioéthique*, DC n° 94.343/344.

²¹⁸ Moquet-Anger M.-L., *Santé et Constitution : l'exemple français*, RDSS 2013, p. 127.

²¹⁹ GADS, 2^e éd., 2016, p. 15.

²²⁰ GDSC, 15^e éd., 2009, n°37.14.

²²¹ Ibid.

envisageable, même très probable car, de par sa finalité, la loi se doit d'être générale et impersonnelle et ces situations qui mêlent refus de soins et urgence vitale ne peuvent se résoudre que de façon casuistique.

B – Le risque d'une déclaration d'inconventionnalité

Pour commencer, si le législateur national intervient, il devra veiller à respecter les engagements internationaux de la France. En effet, l'article 55 de la constitution confère à ces normes une valeur supralégislative, sous réserve d'être ratifiées, publiées et dans le respect de la condition de réciprocité. Précisons d'emblée que les traités relatifs aux droits de l'homme qui régissent la question qui nous intéresse, font exception à la dernière condition²²². Le contrôle de conventionnalité joue un rôle considérable dans la protection des droits et libertés prévus par les textes internationaux. Il est en premier lieu confié aux juridictions nationales.

Au niveau national d'abord, le Conseil constitutionnel²²³ s'est déclaré incompétent pour contrôler la conventionnalité de la loi. Les Hautes juridictions en ont tiré les conséquences et se sont déclarées compétentes pour connaître d'une exception d'inconventionnalité²²⁴, y compris en référé²²⁵. Ainsi, si la loi française est incompatible avec un droit protégé par une norme supranationale ou si les conséquences de son application sont « *manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements* »²²⁶, le juge devra écarter l'application des dispositions législatives au litige qu'il est amené à trancher²²⁷.

Au niveau régional ensuite, dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Cour EDH joue un rôle remarquable dans la protection des droits et libertés. En effet, après épuisement des voies de recours internes entre autre²²⁸, elle peut être saisie par un particulier qui invoque une incompatibilité d'une disposition législative avec la conv. EDH ou avec l'un de ses protocoles additionnels. Cette convention adoptée en 1950, a été ratifiée par une loi de 1973²²⁹. Au niveau européen, c'est le cadre de référence en matière de protection des droits et libertés. Légiférer sur la situation de l'urgence vitale et les mesures d'application qui en découleraient pourrait conduire le juge de Strasbourg au constat d'une violation d'un droit ou d'une liberté protégé par la convention. En effet, la Cour a une vision très extensive du droit au respect de

²²² Article 60.5 de la Convention de Vienne adoptée le 18 avril 1969.

²²³ Cons. const., janvier 1975, *interruption volontaire de grossesse*, DC n° 74-54 15, Rec., p. 19.

²²⁴ Ch. mixtes 24 mai 1975, Sté des Cafés J. Vabre, *Bull. I.*, n°4, p. 6 ; CE Ass. 30 oct. 1989, Nicolo, R. 190.

²²⁵ CE, ord., 14 févr. 2014 préc. revirement CE, 30 déc. 2002, n° 240430, *Carminati*, Lebon ; *AJDA* 2003. 1065, note O. Le Bot ; *D.* 2003. 397 : le juge déclare inopérant le moyen tiré d'une exception d'illégalité en référé.

²²⁶ CE Ass. ord. 31 mai 2016, n° 396848, Mme Gonzalez-Gomez, Rec., p. 208.

²²⁷ Précisons que le juge ne pourra pas abroger la loi, même s'il la déclare inconventionnelle.

²²⁸ Article 35 Conv. EDH.

²²⁹ Loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels, *JO* du 3 janvier 1974 p. 67.

la vie privée, protégé par l'article 8. Ainsi, dans l'affaire *Pretty*²³⁰, elle a refusé de reconnaître que l'article 2 de la convention confère en miroir du droit à la vie, un droit à la mort. Cependant, sur le fondement de l'article 8 précité, elle a reconnu à toute personne le droit à l'autonomie personnelle qui inclut celui de refuser des soins, y compris si par ce refus, la personne met sa vie en péril. Elle considère que « *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* ». Toutefois, pour l'heure, la Cour n'a jamais eu à connaître d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi dans le cas précis d'un soin imposé en cas d'urgence vitale.

De plus, l'article 8 §2 de la convention fixe les conditions pour qu'une ingérence dans les droits des personnes soit justifiée. Cette ingérence doit être prévue par une loi, motivée par un but légitime (protection de la santé publique, sécurité nationale) et nécessaire à la poursuite de ce but légitime dans une société démocratique. Dans notre sujet c'est difficilement envisageable. Effectivement, le refus d'une personne de recevoir des soins n'emporte d'effets que sur elle-même et une ingérence dans ses droits ne peut constituer un « but légitime » au sens de l'article précité, qui intègre une dimension collective.

Au niveau international enfin, il convient d'évoquer la valeur juridique des avis rendus par les comités onusiens. Le texte le plus pertinent en matière de droits humains est le Pacte international des droits civils et politiques, ratifié par la France en 1980²³¹. La loi française doit donc respecter les stipulations du Pacte et précisément l'article 6 qui protège le droit à la vie et l'article 7 sur le consentement en matière médicale. Le Comité des droits de l'homme (CDH) est chargé d'en surveiller la mise en œuvre. Néanmoins, la portée des constatations du comité doit être examinée de manière différenciée, selon qu'il s'agisse de constatations sur le fond ou de mesures à caractère conservatoire. S'agissant des premières, bien que le CDH affirme que ses constatations sont juridiquement contraignantes²³², les juridictions françaises n'ont jamais admis le caractère juridiquement contraignant d'un avis au fond²³³. Actuellement, seule l'Espagne reconnaît à ces avis un caractère contraignant²³⁴. S'agissant des mesures conservatoires, la réponse est incertaine. L'affaire *V. Lambert* a soulevé cette question de droit à laquelle la Cour de cassation n'a pas répondu, s'étant déclarée

²³⁰ CEDH, 8 avril 2002, *Diane Pretty c. Royaume Uni*, req. n°2346/02.

²³¹ Loi n° 80-460 du 25 juin 1980 autorisant l'adhésion de la République française au pacte international relatif aux droits civils et politiques, ouvert à la signature le 19 décembre 1966, *JO* 26 juin 1980 p. 1569.

²³² Comité des droits de l'homme, Observation générale n°33, 25 juin 2009, §13.

²³³ CE, 11 octobre 2011, n° 238849 *Lebon* ; Cass. ass. plén., 18 novembre 2016, n°15-21.438.

²³⁴ Cour suprême d'Espagne, 1^{er} août 2018.

incompétente pour connaître de l'affaire²³⁵. Cependant, indépendamment du caractère contraignant des avis des comités onusiens, ces textes internationaux peuvent être mobilisés par les juges nationaux pour écarter l'application d'une loi qui serait inconstitutionnelle.

Paragraphe 2 – Les inconvénients d'une clarification législative

En souhaitant sécuriser la décision médicale, le législateur pourrait restreindre la marge de manœuvre très limitée du médecin confronté à un refus de soins en situation d'urgence vitale (A) et obligerait les juges à faire droit à la demande indemnitaire d'un patient ou d'une parturiente qui s'estimerait victime d'un préjudice moral autonome (B).

A – Une perte de flexibilité dans la décision médicale

« Professions d'hommes libres, professions nobles, elles ne peuvent mettre celui qui les exerce en état de subordination sans renoncer à ces qualités. La fierté des membres des professions libérales est de n'avoir d'autre maître, qu'eux-mêmes »²³⁶. C'est en ces termes que le doyen Savatier décrivait l'indépendance dont jouissent les médecins dans l'exercice de leur art. Cette indépendance est prévue par la loi et imposée par la déontologie²³⁷, elle est primordiale, signe de qualité et de sécurité et c'est une « garantie pour le patient de bénéficier de la meilleure prise en charge médicale ».²³⁸ Cette liberté traduit une confiance dévolue au sachant par le législateur et surtout une délimitation justifiée par la compétence : ni le Parlement, ni aucune autre autorité n'a à se substituer au médecin dans sa décision. Cette indépendance se manifeste par exemple pour l'appréciation du délai raisonnable lorsque le refus de soins engage la vie. Lors des débats parlementaires qui ont précédé la loi du 22 avril 2005, un amendement a été déposé pour fixer ce délai à un mois. Cet amendement a été rejeté car prévoir une durée de façon générale et impersonnelle « ignorait la diversité des situations individuelles »²³⁹, sur le plan médical et au besoin psychologique.

À la clinique Saint-Yves de Rennes, le docteur Florence Trivin prend en charge des patients qui parfois refusent des soins vitaux. Par exemple, pour la sclérose latérale amyotrophique, également appelée maladie de Charcot, la pose d'une sonde de gastrostomie percutanée (GPR) est un soin vital lorsque l'état de santé se dégrade et que l'alimentation naturelle devient insuffisante. En première intention le médecin prescrit des compléments alimentaires.

²³⁵ Cass., ass. plén., 28 juin 2019, n° 19-17.330 ; 19-17.342.

²³⁶ Savatier J., La profession libérale. Étude juridique et pratique, LGDJ, 1947, 39.

²³⁷ CSS, art. L. 162-2 ; CSP, art. R. 4127-5.

²³⁸ Bouvet R., Liberté du médecin et décision médicale, 2016, thèse droit, Université Rennes 1, p. 31.

²³⁹ Rapport n°1929 fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi (n°1882) de M. Jean Leonetti relative aux droits des malades et à la fin de vie, 18 nov. 2004, p. 28.

Cependant, si l'apport nutritionnel demeure insuffisant et qu'une perte pondérable est observée, la pose d'une GPR est proposée. Certains patients, à première vue, la refusent car ils n'acceptent pas cette forme de dépendance, c'est une vie dont ils ne veulent pas. Toutefois, la possibilité de mettre en place cette sonde est tributaire de l'état de santé du patient car une fois les problèmes respiratoires devenus trop importants, la pose n'est plus envisageable. Le médecin, laisse à son patient un délai de réflexion qui est fonction de ses examens respiratoires et de son IMC. Ce délai peut aller d'une semaine à un mois voire plus. Elle les informe qu'ils peuvent la rappeler s'ils changent d'avis, ce qui arrive d'ailleurs fréquemment. En aucun cas elle ne s'affranchira d'un refus, le patient a le droit de dire non, y compris si cela a pour conséquence d'accélérer son décès et de rendre sa fin de vie plus difficile. L'absence de durée fixée au délai raisonnable n'est pas toujours très confortable pour le médecin mais c'est conforme au principe d'indépendance, on ne peut lui imposer de laisser une durée fixe et incompressible au patient. Ce qui rend sa décision instable : en cas de recours de la famille, la durée laissée au patient pour réitérer son refus et le rendre définitif sera-t-elle considérée comme suffisante ? C'est l'argument qui avait motivé l'amendement évoqué. Cette instabilité ne peut être ni corrigée ni atténuée par la loi car le délai doit être adapté à chaque patient. Or, l'œuvre du Parlement est générale et impersonnelle.

Dans notre sujet, pour l'urgence vitale, les interstices de la loi, s'ils emportent une instabilité juridique, préservent également le principe d'indépendance du praticien. En effet, lorsqu'il s'agit d'une urgence vitale, le cadre juridique est incertain car les voies de droit évoquées mettant en doute l'opposabilité d'un refus sont le fruit d'une interprétation que l'on qualifie volontiers d'extensive ou de restrictive. La procédure de refus de soins vitaux, en maintenant l'exigence d'une réitération dans un délai raisonnable, permet possiblement au médecin de s'affranchir d'un refus. De même, en conditionnant l'opposabilité du refus à son caractère libre et éclairé, le législateur préserve une marge de manœuvre pour le praticien qui, en cas de doute sur ces caractères, pourra se justifier d'un affranchissement.

B – L'obligation de consacrer un préjudice moral autonome

Si le législateur ferme la voie explicitement à la possibilité de passer outre au refus exprimé en cas d'urgence vitale, il empêche le praticien de toute possibilité d'intervention. Si on supprime les interstices de la loi, on verrouille, *a priori*, toutes les situations et on ne pourra plus avoir recours à l'interprétation en creux ou laisser au juge le soin d'apprécier si, eu égard aux conditions de l'intervention, l'atteinte portée au consentement était justifiée. En réglant

complètement et exhaustivement cette situation il faut en tirer les conséquences juridiques, ce qui implique la reconnaissance d'une responsabilité et d'un préjudice moral indemnisable.

Par un biais détourné on en revient à la jurisprudence *Perruche* qui a généré une vive opposition de la société. On est sûr d'une chose : nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La question qu'il reviendra au législateur et le cas échéant au juge de régler sera la suivante : une personne peut-elle se prévaloir d'un préjudice du fait d'avoir été sauvée ? La mort était évitable, l'issue fatale a été contournée par le médecin qui, au surplus, a été sollicité par la personne. Dans le cas de l'hémorragie de la délivrance, au-delà de la mère, c'est l'enfant nouvellement né que le médecin protège, il préserve son intérêt et intègre le souci de son bon développement. Une fois sauvée, la mère pourra s'occuper de son enfant. Par conséquent, reconnaître un tel préjudice interroge. On a une conception protectrice de la vie en France, le respect de la vie humaine est fondamental.

Enfin, il faut intégrer un élément qui découle cette fois de notre système de santé, fondé sur des principes de solidarité et de fraternité qui font que la personne est prise en charge de ses frais, intégralement et sans avance dans le service public hospitalier. De la même manière, la parturiente est prise en charge intégralement et sans avance des frais de santé liés au suivi de sa grossesse et à son accouchement²⁴⁰. Dès lors que la solidarité nationale est convoquée, il y a peut-être aussi l'idée que la personne est prise en charge par la société toute entière, si sa vie est préservée, qu'elle rentre chez elle en bonne santé, le cas échéant qu'elle peut s'occuper de l'enfant auquel elle a donné la vie, il est difficile d'admettre qu'elle a subi un préjudice moral autonome ouvrant droit à indemnisation par l'établissement ou le professionnel de santé.

En l'état actuel du droit, c'est une reconnaissance qui est envisageable. Les conditions matérielles ouvrant droit à indemnisation sont favorables au patient mais, pour l'heure, les juges ne l'ont pas admis car finalement, comme le disait à raison le doyen Georges Vedel, « le Droit dit ce qu'il faut faire, il ne dit pas ce qu'on en fera »²⁴¹.

²⁴⁰ CSS, art. 160-9.

²⁴¹ Vedel G., « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n°50, 1989, p. 27.

Conclusion

Pourrait-on envisager de sécuriser la décision des médecins qui interviennent en situation d'urgence vitale comme c'est le cas pour les soins psychiatriques sans consentement ?

Après ces développements, la réponse objective doit être négative. En effet, il est objectivement impossible de sécuriser la décision médicale dans ces circonstances qui mêlent la vie et l'autonomie de la volonté. De par sa finalité, la loi se doit d'être générale et impersonnelle. Ainsi, même si l'urgence vitale vient à être consacrée en tant qu'exception législative, outre les risques de censure évoqués, cela ne règlera pas la question de l'urgence vitale anticipée. On l'a vu pour les directives anticipées, la loi prévoit que leur opposabilité est suspendue en cas d'urgence vitale. Pour autant, bien que prévue, cette condition soulève des interrogations et précisément celle de savoir si elle inclut l'urgence vitale anticipée ou bien si elle est envisagée pour l'urgence vitale qui n'a pu être pensée en amont.

La particularité de notre sujet est que même si un besoin de sécurisation se fait sentir, il est impossible d'y apporter une réponse juridique. Le juriste est embarrassé de ne pouvoir répondre clairement à un professionnel de santé lorsqu'il lui demande jusqu'où il peut, voire doit, aller lorsqu'il est confronté à un patient ou une parturiente qui refuse son intervention, une fois qu'il a été sollicité et que le pronostic vital est engagé. C'est d'autant plus difficile à comprendre que, de par sa rigueur, le droit n'a pas coutume d'être imprécis ou instable.

De plus, la pratique démontre à de nombreux endroits les failles et les lacunes du droit. Effectivement, l'on mentionnera, pour la dernière fois, l'affaire *V. Lambert* qui a montré que des difficultés naîtront toujours de la pratique. Même lorsque l'on a un cadre juridique, en l'occurrence une procédure d'arrêt des traitements prévue par la loi, des modalités procédurales précisées par voie réglementaire, cela n'empêche pas les incertitudes (notamment : les personnes dans ces situations doivent-elles être considérées comme malades au sens du Code de la santé publique ou bien comme handicapées au sens de la loi de 2005²⁴² ?).

La pratique fait évoluer le droit, elle le perfectionne puisqu'elle le confronte à ses propres insuffisances, à ses « angles morts ». C'est d'ailleurs le rôle des avocats de s'atteler à chercher les failles de la loi.

Pourtant, une fois les difficultés actées cela n'empêche pas le droit d'être confronté à ses propres limites. Ces dernières sont intrinsèques à la norme législative.

²⁴² article 2 Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JO* 12 février 2005, p. 2353.

L'urgence, et précisément, l'urgence vitale est prise en considération par le droit, mais ce n'est pas toujours le cas. C'est d'ailleurs ce qu'a souligné le Professeur Philippe Jestaz qui a écrit : « Si l'on peut, *de lege ferenda*, envisager l'urgence comme un correctif universel, l'étude du droit positif montre en revanche que la notion n'infléchit que certaines règles. Tout le problème est de savoir pourquoi ces règles plutôt que d'autres cèdent devant l'urgence et quelle est la mesure exacte de cet infléchissement »²⁴³. Bien que quelque peu ancienne, cette citation conserve tout son sens. L'urgence justifie certaines exceptions notamment une exception au droit de déport du praticien. Dans le même moment, l'urgence n'est pas toujours prise en compte comme « correctif » ou comme exception et cela est tout aussi justifié. Pour l'urgence vitale, il n'y a aucune mention explicite dans la loi, probablement car il est trop difficile sur le plan juridique et sur le plan éthique de prévoir une exception qui aurait vocation à s'appliquer à toutes les situations, presque de manière universelle.

Au surplus, il ne faut pas oublier le sens de la démocratie sanitaire à l'échelle individuelle : prévoir une telle limite dans la loi c'est prendre le risque de porter atteinte à ce principe.

Partant, c'est le recours au juge qui fait la différence et permet le passage du général au personnel, de l'abstrait au concret. Les contentieux en la matière demeurent exceptionnels et nécessitent des solutions adaptées à chaque situation. S'en remettre aux juridictions qui ont l'obligation de juger²⁴⁴, permet d'aménager les valeurs en conflit en tenant compte du contexte particulier dans lequel s'est nouée la relation médicale. En dehors de la juridiction pénale²⁴⁵, les magistrats ne sont pas tenus à une interprétation stricte de la loi. Ils pourront donc, au besoin, intégrer d'autres considérations qui ne sont pas strictement juridiques mais qui doivent être prises en compte pour répondre du différend qu'il sont amenés à connaître. C'est d'ailleurs le cas en matière d'arrêt des traitements, les juges intègrent, au-delà des éléments strictement médicaux, des considérations qui ne sont pas exclusivement médicales.²⁴⁶ Tout comme les juges, les médecins ne sont pas liés par la loi aux seuls éléments médicaux²⁴⁷.

En outre, ce sujet mêle de manière indissociable l'intérêt du patient et le cas échéant celui de l'enfant nouvellement né ; il est à la frontière entre l'éthique et le juridique et comme l'a souligné le CCNE, « les questions éthiques ne seront jamais résolues par la loi ».²⁴⁸

²⁴³ Jestaz P., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, n° 9, p. 7.

²⁴⁴ Interdiction du déni de justice : Conv. EDH art. 6 ; C. civ. art. 4 ; C. pén. art. 434-7-1.

²⁴⁵ C. pén. art. 111-4.

²⁴⁶ CE, réf., 24 avril 2019, préc. : « le médecin doit se fonder sur un ensemble d'éléments, médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient, le conduisant à appréhender chaque situation dans sa singularité. ».

²⁴⁷ Castaing C., Le poids respectif des éléments médicaux et non médicaux dans le contrôle du bien-fondé de la décision médicale d'arrêt des traitements, *JCP A*, n°6, février 2018, 2051.

²⁴⁸ CCNE, Avis n°129, contribution du CCNE à la révision de la loi de bioéthique, 25 septembre 2018, p. 136.

Avant de terminer, il faut de se demander si le Parlement peut se substituer de manière générale et impersonnelle au médecin en pareille circonstance ?

D'abord, juridiquement la réponse est positive, le législateur a la compétence et l'autorité pour imposer des obligations au praticien. Certes le médecin est indépendant dans l'exercice de son art, libre dans sa décision thérapeutique²⁴⁹. Par contre, il n'est pas libre dans la relation médicale puisque le législateur lui impose des obligations et pourrait lui imposer celle de respecter la volonté de son patient, peu importe les circonstances et les conditions de son intervention.

Il semble en revanche que le législateur n'a pas souhaité se substituer de manière générale au médecin car il aurait pu, notamment en réponse à la jurisprudence de la Haute juridiction administrative, interdire de passer outre au refus, en prévoyant sans équivoque que le consentement s'applique toujours, peu importe les situations, y compris en cas de situation extrême mettant en jeu un pronostic vital. L'on évoque souvent le dialogue des juges, entre la juridiction administrative et judiciaire, cette inspiration mutuelle dans la construction, l'interprétation et l'application du droit. Une forme de dialogue s'opère également entre les Hautes juridictions et le Parlement. En effet, le législateur réagit à la jurisprudence, il a le pouvoir et la compétence pour rendre impossible la réitération d'une solution prétorienne. Lorsqu'il marque son désaccord, il le fait de manière explicite, de façon à ne laisser aucune place au doute et à l'interprétation²⁵⁰.

Le Parlement a fait le choix d'empêcher le médecin de se dégager de la prise en charge en cas d'urgence mais pas de lui interdire expressément d'intervenir si son patient est en train de perdre la vie et qu'il peut le sauver. Il aurait pu le faire mais il ne l'a pas fait. Le législateur n'a pas voulu figer les situations. Il n'a pas souhaité préempter la décision du médecin qui est sûrement, dans ces circonstances très particulières, le seul à pouvoir entendre le refus puis prendre, après une analyse casuistique, la décision, parce que la vie était menacée dans l'immédiat et qu'il a été sollicité de pratiquer un acte pour sauver son patient, à son corps défendant. Il ne faut pas oublier que la contrainte est le dernier rempart, et seule la vie est en mesure de venir potentiellement justifier un écart à l'orthodoxie juridique.

Il en restera aux juridictions de faire le choix d'avaliser ou non la décision prise par le praticien et d'en tirer les conséquences sur le plan civil, pénal et déontologique.

²⁴⁹ CSS, art. L. 162-2.

²⁵⁰ L'on fait allusion ici évidemment à la jurisprudence *Perruche* ou encore la jurisprudence de la Cour de cassation sur la prise en charge par la solidarité nationale des aléas thérapeutiques qui résultent d'une chirurgie à visée purement esthétique (Civ. 1^{re}, 5 février 2014, n°12-29.140. *D.* 2014. 694, note Porchy-Simon). La réitération de cette solution a été rendue impossible par le législateur, l'article 70-1 LFSS pour 2014 (Loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014, *JO* n°297, 24 décembre 2014, p. 21748). CSP, art. L. 1142-3-1.

ANNEXES

Annexe n°1 - Ordonnance CA, Douai, 14 août 2012

Cour d'appel, Douai, Chambre des Libertés Individuelles, 14 Août 2012 – n° 12/00038

Cour d'appel

Douai

Chambre des Libertés Individuelles

Ordonnance

14 Août 2012

Répertoire Général : 12/00038

Numéro : 41/2012

X / Y

Contentieux Judiciaire

Cour d'appel de Douai

Chambre des Libertés Individuelles

Soins psychiatriques

ORDONNANCE DU 14/08/2012

République Française

Au nom du Peuple Français

N° RG : 12/00038

N° MINUTE : 41/2012

CS/VT

Appel de l'ordonnance rendue le 03 Août 2012 par le juge des libertés et de la du tribunal de Grande Instance de Béthune

APPELANT :

Madame Nadine T. épouse F.

née le 22 Novembre 1963 à [...]

Hospitalisé à l'établissement public de santé mentale Val de Lys Artois à Saint Venant - Demeurant [...]

comparante

assistée de Maître Matthieu D., avocat au Barreau de Douai, avocat commis d'office

INTIMES

MONSIEUR LE DIRECTEUR DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC DE SANTE MENTALE VAL DE LYS ARTOIS[...]

Observations écrites en date du 13 août 2012

Non représenté

MINISTÈRE PUBLIC

M. Jacques Dorémieux, Substitut Général

PRESIDENT DÉLÉGUÉ : Catherine SCHNEIDER, président de chambre à la Cour d'Appel, délégué par le Premier Président par ordonnance du 2 août 2012

GREFFIER : Véronique THERY

DÉBATS : à l'audience 14 Août 2012 à 13h30

Les parties comparantes ayant été avisées à l'issue des débats que l'ordonnance sera rendue par mise à disposition au greffe le 14/08/2012 et leur sera immédiatement notifiée

ORDONNANCE : rendue le 14/08/2012 et signée par Catherine SCHNEIDER, président de chambre à la Cour d'Appel, délégué par le premier président, et Véronique THERY, greffier

Le président délégué,

Vu les avis d'audience, adressés le 10 août 2012 par tout moyen aux parties et au ministère public les informant de la tenue de l'audience le 14 Août 2012 à 13 H 30, conformément aux dispositions de l'article R 3211-9 du code de la santé publique.

Les parties comparantes ou représentées et leurs avocats ayant été entendus en leurs observations et la personne hospitalisée ou son avocat ayant eu la parole en dernier ;

DÉCISION :

FAITS ET PROCEDURE.

Madame Nadine T. épouse F. née le 22 novembre 1963 à [...] fait l'objet de soins psychiatriques contraints impliquant son hospitalisation complète sous la responsabilité de l'EPSM du Val de Lys Artois depuis le 20 juillet 2012 en raison d'un péril imminent (art L3212-1-II 2°).

Par ordonnance du 3 août 2012 le juge des libertés et de la détention du TGI de BETHUNE, saisi d'une part par le directeur de l'établissement en vue de prolonger la mesure et d'autre part par madame T. épouse F. en vue de voir ordonner la mainlevée de la mesure a:

-dispensé Madame T. épouse F. de comparaître devant le juge des libertés et de la détention en raison de son état de santé;

- rejeté la demande de mainlevée de l'obligation de soins psychiatriques formée par madame T. épouse F.;

- autorisé la poursuite des soins psychiatriques imposée à Madame T. épouse F. sous le régime de l'hospitalisation complète au delà du 15ième jour de son admission.

Par lettre datée du 6 août 2012 enregistrée au greffe de la Cour le 9 août 2012 Madame T. épouse F. a formé appel de cette décision.

Page 2

Elle demande l'infirmité de cette décision et la possibilité d'être hospitalisée librement de façon à pouvoir voir sa famille . Elle sollicite également le retrait de la sonde nasogastrique arguant du retrait de celle-ci l'année passée à un poids équivalent.

Par réquisitions écrites versées au dossier, le procureur général a estimé l'appel recevable et a conclu à la confirmation de la décision querellée.

Madame T. épouse F. n'a pas comparu à l'audience .

Maître Matthieu D. a été entendu en sa plaidoirie.

MOTIFS DE LA DECISION

Sur la prolongation de l'hospitalisation sous contrainte.

Madame F. déclare qu'il vit très mal son hospitalisation, elle n'a pas le droit de sortir dans le parc et se sent enfermée dans une petite chambre. Elle souhaite que la sonde nasogastrique lui soit retirée et déclare aujourd'hui se sentir bien. Elle n'apparaît pas en mesure de réaliser la gravité de son état et n'a pas conscience que son pronostic vital risque d'être engagé si les soins venaient à s'arrêter.

Les certificats médicaux récents produits au dossier font état de la situation suivante :

-Certificat d'admission de soins sans consentement du Docteur C.(CHRO de Saint-Omer.)

Madame F. présente des troubles du comportement et des conduites alimentaires avec refus de soins. Ces troubles rendent impossible son consentement. Son état mental impose des soins immédiats assortis d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète en application de l'article L3212-1-II-2 du CSP

-Certificat du Docteur D. (de 24h) en date du 21 juillet 2012

L'hospitalisation complète s'impose . Anosognosie totale.

-Certificat du Docteur D. en date du 23 juillet 2012 (certificat de 72 heures)

Patiente admise le 20 juillet 2012 pour un état de dénutrition extrêmement sévère BM=12 d'origine restrictive compliquant le cours évolutif d'une anorexie mentale qui a déjà nécessité une longue hospitalisation sous contrainte en 2011. A l'entretien ce jour la patiente est totalement dans la négation de son trouble et opposée aux soins dont elle ne comprend pas la nécessité . Volonté d'hyperactivité . Comportement d'opposition et de manipulation. Durant ses premiers jours de prise en charge a arraché perfusions et sondes.

Nécessité totale de maintenir des soins sous contrainte en hospitalisation complète pour renutrition et instauration d'un traitement sédatif à posologie prudente. En cas de non reprise de poids ou déséquilibre métabolique la patiente pourrait être amenée à être transférée en service de soins intensifs médicaux.

-Certificat du Docteur D. en date du 27 juillet 2012(avis médical conjoint)

Madame F. a été hospitalisée en soins sans consentement pour un trouble du comportement alimentaire particulièrement sévère à type d'anorexie.

Son BMI est chiffré à 12, il a existé une urgence à mettre en place une renutrition par sonde nasogastrique ainsi qu'une hydratation par perfusions. Il existe une anosognosie totale.le discours d ela patiente est en boucle. La patiente nécessité de se trouver en isolement avec une contention au moment de la renutrition par sonde

nasogastrique. Elle bénéficie également d'une prise en charge à type de nursing avec du matériel antiescarre au vu de son état cutané extrêmement précaire . Dans ce contexte il est absolument nécessaire de conserver en milieu de soins sans consentement en hospitalisation complète cette patiente.

-Certificat du Docteur T. en date du 1er août 2012.(certificat de complément d'informations)

La patiente présente une athrepsie avec cachexie conséquence d'une anorexie mentale avec restriction alimentaire accompagnée d'une activité sportive intense en vue de se faire maigrir. La mise en danger vitale, 32 kgs pour 1.59m avec IMC de 12 et le refus explicite de se faire soigner dans des institutions adaptées à ses troubles alimentaires ont amené à un transfert du CHRSO dans notre institution le 20 juillet 2012.

Madame F. refuse tout type de prise en charge spécialisée et souhaite seulement un séjour en maison de repos. Elle bénéficie de soins intensifs avec limitation de déplacements, sonde nasogastrique pour alimentation entérale, un régime alimentaire géré par la diététicienne et une prescription de psychotropes pour diminuer son anxiété et instabilité psychomotrice. Une prise de poids à 33 kgs a été constatée le 31 juillet.

L'état somatique de la patiente reste précaire. Elle a pu être accompagnée aujourd'hui à une consultation de préadmission à l'hôpital Calmette à LILLE: la patiente refuse toute prise en charge pour ses troubles alimentaires malgré l'accord du service du Docteur G. pour assurer le suivi.

L'examen psychiatrique de Madame F. montre un déni majeur des troubles liés à son anorexie. La patiente souhaite l'arrêt de prise en charge actuelle en hospitalisation complète de la même manière que cela avait été ordonnée le 17 juin 2011 au cours d'une audition au TGI de BETHUNE . Actuellement il existe un risque vital important. Le projet thérapeutique en cours comporte une suite des soins dans un lieu adapté des que son état le permettra.

Il résulte de ces éléments médicaux récents que le pronostic vital de madame F. est fortement engagée si des soins ne lui sont pas prodigués . Lors d' une précédente hospitalisation en 2011 à la demande d'un tiers elle avait sollicité et obtenu la mainlevée d'une première hospitalisation sous contrainte . Bien que s'étant engagée à respecter un protocole de soins ambulatoires elle n'a pu y faire face et a de nouveau mis sa vie en danger par une perte de poids similaire à la première. Il apparaît donc que madame F. , outre le fait qu'elle minimise sa pathologie où qu'elle n'est pas en mesure d'en apprécier la gravité sur sa santé , n'accepte aucune des contraintes lui permettant de se mettre hors danger.

Dans ces conditions la prolongation de l'hospitalisation complète contrainte ne peut qu'être maintenue.

La décision déferée sera donc confirmée en toutes ses dispositions.

PAR CES MOTIFS

Statuant après débat en chambre du conseil par ordonnance contradictoire et en dernier ressort,

Confirmons l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions et notamment en ce qu'elle a maintenu la décision d'hospitalisation complète sous contrainte en soins psychiatriques de Madame Nadine T. épouse F..

Laissons les dépens tant de première instance que d'appel à la charge du trésor public.

| | |
|--------------------------------|---|
| LE GREFFIER Véronique THERY | LE PRESIDENT DELEGUE Catherine SCHNEIDER |
|--------------------------------|---|



3.2 Les actes usuels et non usuels

L'attention des médecins est appelée sur le fait que ces notions n'ont pas été définies réglementairement et l'ont été très partiellement par la jurisprudence. Le seuil entre les actes usuels et non usuels est parfois difficile à établir.

⇒ Actes usuels.

Il s'agit d'actes de la vie quotidienne sans gravité, prescriptions ou gestes de soin qui n'exposent pas le malade à un danger particulier, tels que les soins obligatoires (vaccinations), les soins courants (blessures superficielles, infections bénignes), les soins habituels (poursuite d'un traitement).

Chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre à l'égard du tiers de bonne foi : le médecin peut se contenter du consentement d'un seul des deux parents, à moins qu'il n'ait connaissance de l'opposition de l'autre parent sur l'acte en cause.

⇒ Actes non usuels.

Il s'agit d'actes considérés comme lourds, dont les effets peuvent engager le devenir du malade et ayant une probabilité non négligeable de survenir (hospitalisation prolongée, traitement comportant des effets secondaires ou ayant des conséquences invalidantes, actes invasifs tels anesthésie, opération chirurgicale).

Ces actes nécessitent l'autorisation des deux titulaires de l'autorité parentale, même en cas de séparation.

3.3 Qui exerce l'autorité parentale ?

La loi du 2002-305 du 4 mars 2002 dispose que les parents exercent **en commun** l'autorité parentale ([article 372](#) du code civil), quel que soit le statut juridique du couple.

Il n'est donc plus nécessaire de distinguer :

- enfant légitime (né de personnes mariées) ;
- enfant naturel (né de personnes non mariées vivant en concubinage⁵) ;
- enfant né du couple parental (marié, pacsé, vivant en concubinage) ;
- enfant né du couple séparé (divorcé, séparé de corps ou de fait).

Par exception au principe de l'autorité parentale conjointe, le juge des affaires familiales (JAF) peut confier cet exercice à l'un des deux parents dans l'intérêt de l'enfant ([article 373-2-1 CC](#)).

⇒ Autres cas :

- l'enfant adopté (adoption simple ou plénière) : l'adoptant ou les adoptants, selon le cas, exercent l'autorité parentale ;
- L'enfant orphelin : le tuteur exerce l'autorité parentale ([articles 373-5 et 390](#) du CC).
- L'enfant confié à un tiers : les parents continuent d'exercer l'autorité parentale, mais le tiers accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation ([art. 373-4](#) du CC).

- ⁵ **Toutefois** la mère seule exerce l'autorité parentale si l'enfant avait plus d'un an au moment de la reconnaissance ou si ses parents ne vivaient pas ensemble au moment de la reconnaissance ; si l'enfant n'est reconnu que par un seul parent, c'est le parent qui a reconnu l'enfant qui exerce l'autorité parentale.

Annexe n°3 - HAS, synthèse des recommandations de bonne pratique
Anorexie mentale - critères d'hospitalisation

Avec le partenariat méthodologique
et le soutien financier de la



Avec le partenariat de



Avec la participation de



SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS DE BONNE PRATIQUE

Anorexie mentale : prise en charge

3 - Critères d'hospitalisation à temps plein

Juin 2010

- L'indication d'hospitalisation ne repose pas sur un seul critère, mais sur leur association et leur évolutivité.
- L'hospitalisation sous contrainte ne doit être utilisée que lorsque le risque vital est engagé et que des soins consentis sont impossibles.

Critères somatiques d'hospitalisation

| Chez l'enfant et l'adolescent | |
|-------------------------------|---|
| Anamnestiques | <ul style="list-style-type: none"> • Perte de poids rapide : plus de 2 kg/semaine • Refus de manger : aphasie totale • Refus de boire • Lipothymies ou malaises d'allure orthostatique • Fatigabilité voire épuisement évoqué par le patient |
| Cliniques | <ul style="list-style-type: none"> • IMC < 14 kg/m² au-delà de 17 ans, ou IMC < 13,2 kg/m² à 15 et 16 ans, ou IMC < 12,7 kg/m² à 13 et 14 ans • Ralentissement idéique et verbal, confusion • Syndrome occlusif • Bradycardies extrêmes : pouls < 40/min quel que soit le moment de la journée • Tachycardie • Pression artérielle systolique basse (< 80 mmHg) • PA < 80/50 mmHg, hypotension orthostatique mesurée par une augmentation de la fréquence cardiaque > 20/min ou diminution de la PA > 10-20 mmHg • Hypothermie < 35,5°C • Hyperthermie |
| Paracliniques | <ul style="list-style-type: none"> • Acétonurie (bandelette urinaire), hypoglycémie < 0,6 g/L • Troubles hydroélectrolytiques ou métaboliques sévères, en particulier : hypokaliémie, hyponatrémie, hypophosphorémie, hypomagnésémie (seuils non précisés chez l'enfant et l'adolescent) • Élévation de la créatinine (> 100 µmol/L) • Cytolyse (> 4 x N) • Leuconéutropénie (< 1 000 /mm³) • Thrombopénie (< 60 000 /mm³) |
| Chez l'adulte | |
| Anamnestiques | <ul style="list-style-type: none"> • Importance et vitesse de l'amaigrissement : perte de 20 % du poids en 3 mois • Malaises et/ou chutes ou pertes de connaissance • Vomissements incoercibles • Échec de la renutrition ambulatoire |
| Cliniques | <ul style="list-style-type: none"> • Signes cliniques de déshydratation • IMC < 14 kg/m² • Amyotrophie importante avec hypotonie axiale • Hypothermie < 35 °C • Hypotension artérielle < 90/60 mmHg • Fréquence cardiaque : <ul style="list-style-type: none"> ▶ bradycardie sinusale FC < 40/min ▶ tachycardie de repos > 60/min si IMC < 13 kg/m² |

Critères somatiques d'hospitalisation (suite et fin)

Chez l'adulte (suite et fin)

| | |
|----------------------|---|
| Paracliniques | <ul style="list-style-type: none"> • Anomalies de l'ECG en dehors de la fréquence cardiaque • Hypoglycémie symptomatique < 0,6 g/L ou asymptomatique si < 0,3 g/L • Cytolyse hépatique > 10 x N • Hypokaliémie < 3 mEq/L • Hypophosphorémie < 0,5 mmol/L • Insuffisance rénale : clairance de la créatinine < 40 mL/min • Natrémie : <ul style="list-style-type: none"> ▶ < 125 mmol/L (potomanie, risque de convulsions) ▶ > 150 mmol/L (déshydratation) • Leucopénie < 1 000 /mm³ (ou neutrophiles < 500 /mm³) |
|----------------------|---|

Critères psychiatriques d'hospitalisation

| | |
|--------------------------------|---|
| Risque suicidaire | <ul style="list-style-type: none"> • Tentative de suicide réalisée ou avortée • Plan suicidaire précis • Automutilations répétées |
| Comorbidités | <p>Tout trouble psychiatrique associé dont l'intensité justifie une hospitalisation :</p> <ul style="list-style-type: none"> • dépression • abus de substances • anxiété • symptômes psychotiques • troubles obsessionnels compulsifs |
| Anorexie mentale | <ul style="list-style-type: none"> • Idéations obsédantes intrusives et permanentes, incapacité à contrôler les pensées obsédantes • Renutrition : nécessité d'une renutrition par sonde naso-gastrique, ou autre modalité nutritionnelle non réalisable en ambulatoire • Activité physique : exercice physique excessif et compulsif (en association avec une autre indication d'hospitalisation) • Conduites de purge (vomissements, laxatifs, diurétiques) : incapacité à contrôler seul des conduites de purge intenses |
| Motivation, coopération | <ul style="list-style-type: none"> • Échec antérieur d'une prise en charge ambulatoire bien conduite • Patient peu coopérant, ou coopérant uniquement dans un environnement de soins très structuré • Motivation trop insuffisante, rendant impossible l'adhésion aux soins ambulatoires |

Critères environnementaux d'hospitalisation

| | |
|-------------------------------------|--|
| Disponibilité de l'entourage | <ul style="list-style-type: none"> • Problèmes familiaux ou absence de famille pour accompagner les soins ambulatoires • Épuisement familial |
| Stress environnemental | <ul style="list-style-type: none"> • Conflits familiaux sévères • Critiques parentales élevées • Isolement social sévère |
| Disponibilité des soins | <ul style="list-style-type: none"> • Pas de traitement ambulatoire possible par manque de structures (impossibilité du fait de la distance) |
| Traitements antérieurs | <ul style="list-style-type: none"> • Échec des soins ambulatoires (aggravation ou chronicisation) |

- Il est recommandé que le patient stabilise le poids atteint au sein du service hospitalier avant sa sortie, afin de diminuer le risque de rechute.

TRIBUNAL de GRANDE INSTANCE
22 Place de la République
CS 42503
56019 - VANNES CEDEX

MINUTE N°

R.G n° - JLD CIVIL

EPSM DU MORBIHAN/

ORDONNANCE

rendue le

Par Monsieur Pierre MESNARD, Vice-Président, juge des libertés et de la détention au tribunal de grande instance de Vannes, assisté de Mme Vanessa BARGUES, greffier,

née le
assistée ou représentée par Maître LE SAUX, avocat au barreau de Vannes

Vu le certificat médical initial établi le . par le Dr Gwenaëlle ARNAULT établissant l'existence d'un péril imminent pour la santé de l'intéressée ;

Vu le relevé des démarches de recherche et d'information de tiers pour un patient admis en soins psychiatriques en cas de péril imminent ;

Vu la décision du directeur de l'Etablissement Public de Santé Mentale du Morbihan, 22 rue de l'Hôpital à SAINT - AVE en date du 2018 prononçant l'admission en hospitalisation complète;

Vu la notification de cette décision ou l'information de la personne hospitalisée le 2018 ;

Vu le certificat médical dit des 24 heures établi le 2018 par le Dr Isabelle DORMOIS ;

Vu le certificat médical dit des 72 heures établi le 2018 par le Dr Frédérique BARBO-SEVRAY

Vu la décision du directeur de l'établissement en date du 2018 maintenant pour un mois les soins sous le régime de l'hospitalisation complète de

Vu la notification de cette décision ou l'information de la personne hospitalisée le 2018 ;

Vu la saisine par le directeur de l'établissement du juge des libertés et de la détention en date du 2018 reçue au greffe le 2018 ;

Vu l'avis motivé établi le 2018 par le Dr Isabelle DORMOIS ;

Vu les réquisitions écrites du ministère public en date du 2018 ;

Vu la saisine facultative de en date du 2018 reçue au greffe du juge des libertés et de la détention le 2018, recours qui sera joint à celui relatif au contrôle systématique de la mesure ;

Vu le débat en date de ce jour au cours duquel ont été entendus , Mme DELIERE représentant l'établissement de santé, le conseil de la personne hospitalisée ;

Vu les articles L3211-1 et suivants, L.3212-1 et suivants du code de la santé publique ;

MOTIFS DE LA DÉCISION :

L'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire (Conseil Constitutionnel, décision 2010/71 QPC du 26 novembre 2010). La protection de la liberté individuelle peut notamment trouver sa limite dans la protection de la sécurité de la personne objet des soins et des tiers auquel elle pourrait porter atteinte.

Selon l'article L. 3212-1 du code de la santé publique, une personne atteinte de troubles mentaux ne peut être admise en soins psychiatriques sans son consentement sur la décision du directeur d'un établissement psychiatrique que si :

1° ses troubles rendent impossible son consentement ;

2° son état impose des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge sous une autre forme.

était hospitalisée à l'Etablissement Public de Santé Mentale du Morbihan sans son consentement le 2018 dans les conditions rappelées dans l'en-tête de la présente ordonnance.

Le certificat médical établi par le Dr Gwenaëlle ARNAULT, du CHBA, le 2018 décrivait en ces termes l'existence de troubles mentaux : *"hospitalisation en endocrinologie depuis le 2018 pour anorexie mentale avec dénutrition très sévère, (IMC 9,6), perturbations du bilan sanguin (...) refus de soin, mise en danger, altération des capacités cognitives liée à la dénutrition majeure, refus de la (...) perfusion (...) pas de prise de conscience du risque vital"*. Était constatée par ailleurs l'existence d'un péril imminent pour la santé de l'intéressée.

Les certificats médicaux postérieurs susvisés établissaient que les troubles mentaux initialement décrits - de type anorexie mentale sévère - étaient toujours d'actualité et que la prise en charge de devait se poursuivre sous le mode de l'hospitalisation complète aux motifs de la persistance d'un risque vital. L'implication de la mère de la patiente dans les soins était qualifiée de délétère par le premier certificat médical établi pendant la phase d'observation.

L'avis motivé daté du 2018 indiquait que respectait le contrat de soins posé avec elle, qu'elle s'alimentait et prenait du poids, mais que le risque vital était toujours actuel et une sortie prématurée.

L'avis précisait que l'état de santé de était compatible avec son audition par le juge des libertés et de la détention.

Par courrier reçu le 2018, la mère de la patiente indiquait qu'elle s'était opposée à la mesure et que sa fille avait besoin d'elle, elle même indiquant avoir un besoin "vital" d'avoir sa fille à ses côtés.

Par courrier reçu le 2018 sollicitait la mainlevée de la mesure, expliquant que "l'enfermement" à l'EPSM était "destructeur" et l'avait séparé de sa mère et soulignant qu'elle avait désormais des projets, souhaitant par exemple un suivi nutritionnel et retrouver son travail.

A l'audience, déclarait que l'hospitalisation avait été pour elle un "électrochoc" mais que cette mesure était difficile à supporter pour elle, qu'elle souhaitait sortir pour reprendre sa vie en main et poursuivre ses projets qu'elle abordait à l'audience. Elle indiquait qu'elle allait mieux et disait être convaincue de la nécessité de la poursuite de soins. Sa mère était entendue à l'audience.

Le représentant de l'établissement de santé confirmait que était plus compliant aux soins et que la prise de poids était en cours. Était néanmoins évoqué un IMC encore trop faible, une alliance thérapeutique trop récente, un risque vital toujours engagé le jour de l'audience selon les informations obtenues du représentant de l'établissement auprès de l'équipe soignante.

Le conseil de était entendu en ses observations et soutenait la demande de sa cliente.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la procédure relative à l'admission de en hospitalisation complète est régulière.

Si les progrès de cette dernière sont constatés médicalement, les troubles du comportement de type anorexie mentale persistent et rendent impossible son consentement sur la durée selon l'avis des psychiatres en charge du suivi. Par ailleurs l'état de santé de _____ impose la poursuite des soins assortis d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète compte tenu du risque vital toujours engagé du fait de l'amaigrissement extrême de la patiente.

PAR CES MOTIFS :

Maintenons la mesure d'hospitalisation complète dont fait l'objet _____ ;

Informons les parties ainsi que leur représentant que le délai d'appel est de dix jours à compter de la notification et que cet appel doit être formé par déclaration motivée transmise par tout moyen au greffe de la Cour d'Appel de RENNES (COUR D'APPEL de RENNES - Place du Parlement de Bretagne - CS 66423 - 35064 RENNES CEDEX - FAX 02.99.28.46.15).

LE GREFFIER

LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION

La présente ordonnance a été notifiée le : _____ 2018

- ☞ à M. le Directeur - E.P.S.M - SAINT AVÉ par télécopie avec accusé de réception
- ☞ par l'intermédiaire de l'E.P.S.M. à _____
- ☞ à Me LE SAUX par télécopie avec accusé de réception

La présente ordonnance est communiquée à M. le Procureur de la République de VANNES

Le greffier

RG N° 17/1118
Dossier SP-PI N° 2017/500

Saisine art. L. 3211-12-1 1° CSP

| |
|---|
| <p style="text-align: center;">TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE ROUEN LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION</p> |
|---|

Débats à l'audience du 10 mai 2017
Décision du 10 mai 2017

Nous, **Vincent ADRIAN**, juge des libertés et de la détention, statuant en matière de **soins psychiatriques sans consentement**,

Assisté de Nathalie Quéhé, greffier,

Siégeant en audience publique dans la salle d'audience du tribunal de grande instance de Rouen située dans l'enceinte du centre hospitalier du Rouvray.

Vu l'admission en soins psychiatriques de :

née

Date de l'admission* : 29 avril 2017

**admission initiale en soins psychiatriques sans consentement*

Lieu de l'admission : Centre hospitalier du Rouvray
4 rue Paul Eluard - BP 45 - 76301 Sotteville-lès-Rouen

Résidence habituelle :

sous la forme d'une hospitalisation complète, sur décision du directeur du centre hospitalier du Rouvray prise au motif de l'existence d'un **péril imminent** pour sa santé ;

Vu l'acte de saisine adressé par le directeur du centre hospitalier du Rouvray, reçu au greffe du juge des libertés et de la détention le 5 mai 2017 ;

Vu les avis donnés par Notre greffe :

- à la personne faisant l'objet de soins psychiatriques et à son avocat, **Maître** avocat
commis d'office,
- au directeur du centre hospitalier du Rouvray,
- au procureur de la République de Rouen ;

Après avoir entendu en ses observations la personne faisant l'objet de soins psychiatriques, ainsi que son avocat,

En l'absence du directeur de l'établissement de soins et du ministère public,

ce dont il a été dressé procès-verbal à l'audience.

Vu l'article 66 de la Constitution, ensemble l'article 136 du code de procédure pénale,

Vu les articles L. 3211-12-1 et L. 3212-1 et suivants du code de la santé publique.

EXPOSÉ DES DEMANDES ET MOTIVATION

est arrivée à l'hôpital sur recommandation des urgences du CHU, elle venait de changer de psychiatre l'hospitalisation était motivée par une hypokaliémie sévère secondaire à une anorexie elle-même qualifiée de sévère.

La discussion avec la jeune femme est positive en ce sens qu'elle ne conteste pas les qualificatifs utilisés ci-dessus ; par contre, elle n'accepte pas l'hospitalisation, elle a le sentiment de régresser, d'avoir moins d'appétit et se dit déterminée à suivre des soins en hôpital de jour à l'extérieur.

Son avocat forme en son nom une demande de mainlevée.

La juridiction est bien embarrassée. Les certificats des 30 avril et du 5 mai 2017 évoquent des idéations autoagressives et un déni de la patiente qui sont sereinement contestées par la jeune femme.

Ses parents viennent la voir. Elle bénéficie d'un suivi en psychiatrie à l'extérieur. Elle confirme qu'elle n'est pas en chambre d'isolement. Elle n'est donc pas coupée de l'extérieur et peut appeler au secours. Elle confirme au juge qu'elle n'est pas en détresse. Dans ce contexte, la juridiction préfère s'en rapporter à l'avis médical et s'abstiendra de prononcer la mainlevée.

Le ministère public, dont l'avis écrit a été mis à la disposition des autres parties, requiert le maintien de la mesure.

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, en la forme des référés, par jugement réputé contradictoire, en premier ressort,

Disons que les soins psychiatriques sans consentement dont ... fait l'objet peuvent se poursuivre sous la forme d'une hospitalisation complète.

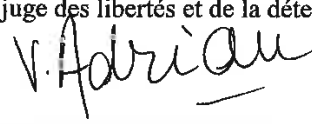
La présente ordonnance est susceptible d'appel devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué dans un délai de 10 jours à compter de sa notification ; en vertu de l'article 642 du code de procédure civile, le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ; cet appel n'est pas suspensif, sauf s'il est interjeté par le ministère public dans les conditions de l'article L. 3211-12-4 du code de la santé publique ; il doit être formalisé par une déclaration motivée transmise par tous moyens au greffe de la cour d'appel.




L'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une amende civile et au paiement d'une indemnité à l'autre partie.

Le greffier



Le juge des libertés et de la détention



| | | |
|---|---|---|
| Reçu copie de la présente ordonnance le 10 mai 2017  | Reçu copie de la présente ordonnance le 10 mai 2017  | Copie de la présente ordonnance a été <u>remise en mains propres</u> le 10 mai 2017 - au directeur du CH du Rouvray - au procureur de la République Le greffier  |
|---|---|---|

Dépenses de santé futures

Le décompte définitif actualisé au 13 septembre 2012 établit que la créance de la CPAM de Seine et Marne au titre des frais futurs s'élève à la somme de 7.906,97 euros, correspondant aux dépenses de santé annuelles capitalisées par l'euro de rente viager, soit 11,632 pour un homme qui était âgé de 68 ans lors de la consolidation acquise le 11 janvier 2012. La société Laboratoires Servier est donc tenue au paiement de la somme de 3 953 euros à ce titre.

Le jugement sera par ailleurs approuvé d'avoir rejeté la demande faite par Michel D. au titre des dépenses de santé futures faute de justificatifs du montant de ces frais mais aussi de ce que ceux ci ne sont pas pris en charge par l'organisme de sécurité sociale et une mutuelle.

PREJUDICES EXTRAPATRIMONIAUX

Déficit fonctionnel temporaire

Il correspond, pour la période antérieure à la consolidation, à la perte de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante durant la maladie traumatique, au préjudice temporaire d'agrément, éventuellement au préjudice sexuel temporaire.

Il résulte du rapport des experts judiciaires les données suivantes :

- un DFT à 100 % pendant 35 jours,
- un DFT à 50 % pendant 157 jours,
- un DFT à 10 % pendant 132 jours.

Les troubles dans les conditions d'existence subis par l'intéressé jusqu'à la consolidation justifient la fixation d'une somme de 25 euros par jour et non 23 comme fixé par le tribunal de telle sorte que ce déficit fonctionnel temporaire sera réparé par la somme totale de 3 167,50 euros (35 x 25 + 157 x 25 x 50 % + 132 x 25 x 10 %) dont la moitié, 1 583,75 euros à la charge des Laboratoires Servier. Ce chef de disposition sera en conséquence infirmé.

Souffrances endurées

Ce poste de préjudice est appelé à réparer les souffrances tant physiques que morales et psychologiques. Au cas présent, elles résultent tout d'abord de l'annonce faite à Michel D. de sa pathologie valvulaire et de ce qu'elle était, tout au moins pour partie, due à un médicament qui était supposé le soigner, du bilan pré opératoire, de la nécessité dans laquelle les chirurgiens se sont trouvés de différer l'opération à février 2011 du fait d'une aspergillose, cette attente étant une source de grande anxiété. Ces souffrances résident ensuite dans la lourdeur de l'intervention chirurgicale, la pénibilité des soins post opératoires et la rééducation cardiologique. S'y ajoute le fait pour Michel Due que, témoin de Jéhovah, il a été pour des raisons impérieuses de santé contraint d'accepter la perspective d'une transfusion sanguine.

Ces souffrances appellent réparation à hauteur de 40 000 euros, soit 20 000 euros à la charge des Laboratoires Servier, et le jugement sera infirmé de ce chef.

Préjudice esthétique temporaire

S'il est exact que ce préjudice n'a pas été retenu par les experts, il ne peut être contesté que Michel D. a subi une altération temporaire de son apparence physique du fait de sa cicatrice et ce préjudice a été justement évalué par les premiers juges à la somme de 1 000 euros.

Le déficit fonctionnel permanent

Ce poste a pour vocation d'indemniser la réduction définitive du potentiel physique, psychosensoriel ou intellectuel résultant de l'atteinte à l'intégrité anatomo physiologique à laquelle s'ajoutent le préjudice moral et les troubles apportés aux conditions normales de l'existence dans la sphère personnelle, familiale et sociale.

Même si les experts ont eu recours à une formule non dépourvue d'ambiguïté, ils ont conclu à l'existence d'un déficit fonctionnel permanent incluant un stress post traumatique, qu'ils ont évalué à 10 %.

Michel D. reproche aux experts d'avoir sous évalué ce déficit faisant valoir qu'il souffre également d'un déficit cardiologique résultant d'une dyspnée d'effort. Il demande que le taux du déficit soit porté à 50 %, demande à laquelle s'opposent les Laboratoires Servier qui concluent à la confirmation de la somme allouée par les premiers juges.

A la suite du tribunal, la cour observe que les experts n'ont constaté aucun essoufflement à l'effort lors de l'examen clinique et qu'il n'est pas démontré que la dyspnée d'effort évoquée par l'appelant résulte de sa maladie mitrale et du remplacement de sa valve, ce dernier présentant d'autres

pathologies cardiaques. Le bon fonctionnement de la valve mécanique a conduit les experts à conclure à l'absence de séquelles strictement cardiologiques qui résulteraient de la pathologie mitrale.

Il y a donc lieu de fixer le taux du déficit fonctionnel permanent à celui retenu par les experts. Pour tenir compte de l'anxiété ressentie légitimement par Michel D. quant aux risques d'évolution de sa pathologie résultant de son exposition au Médiateur, ainsi qu'aux risques majorés d'infection et d'apparition d'une hypertension pulmonaire artérielle, la valeur du point sera fixée à 4 000 euros, soit un préjudice de 40

Normes juridiques

Codes :

- Code de la santé publique
- Code civil
- Code pénal
- Code de procédure pénale
- Code de la sécurité sociale
- Code de justice administrative
- Code des relations entre le public et l'administration.

Décrets :

- Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, *JO* 8 janvier 2009, p. 479.
- Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, *JO* 8 septembre 1995, p. 13305.
- Décret n°98-1099 du 8 décembre 1988 modifiant le Code de procédure pénale, *JO* 9 décembre 1998 p. 18498.
- Décret n°79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, *JO* 30 juin 1979, p. 1568.
- Décret n°74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, *JO* 16 janvier 1974, p. 603.
- Décret n°55-1591 du 28 novembre 1955 portant Code de déontologie médicale, *JO* 6 décembre 1955, p. 11856.
- Décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale, *JO* 28 juin 1947, p. 5993.

Circulaires :

- Circulaire n° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée.
- Circulaire n° DHOS/F4/2009 du 19 octobre 2009 relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé.

Bibliographie

➤ **Ouvrages généraux :**

CABRILLAC R., *Libertés et droits fondamentaux*, 23^e éd., Dalloz, 2017.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2017 (Publication de l'association Henri Capitant).

FRIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, 10^e éd., L.G.D.J, 2015-2016.

MISTRETTA P. *Droit pénal médical*, Éd. Cujas, 2013.

MOQUET-ANGER, M-L., *Droit hospitalier*, 5^e éd., L.G.D.J, 2018.

MORABITO M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 13^e éd., L.G.D.J, 2014.

TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, 9^e éd., Dalloz, Mementos, 2016.

➤ **Ouvrages spécialisés :**

BERGOIGNAN-ESPER C., SARGOS P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2^e éd., 2016.

LAUDE A., TABUTEAU D., *Les droits des malades*, PUF, Édition Que sais-je ?, 2^e éd. 2018.

LAUDE A., MOURALIS J.-M. et PONTIER J.-M. (dir.), *Juris-Classeur Lamy, Droit de la santé*.

VIBERT S., *Les anorexies mentales*, PUF, Édition Que sais-je ?, 1^{re} éd. 2015.

➤ **Thèses :**

BOUVET R., *Liberté du médecin et décision médicale*, thèse droit, Université Rennes 1, 2016.

DOUCET M., *Modalités de prise en charge de l'anorexie mentale restrictive pure : enquête rétrospective auprès de 545 médecins exerçant en cabinet de ville dans le bassin lillois*, thèse médecine, Université du droit et de la santé, Lille 2, 2011.

HAZIF-THOMAS C., *La liberté des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques*, LEH, 2017.

LE BOT O., (préf. B. Stirn), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du CJA*, Collection des thèses, Fondation Varenne – LGDJ, 2007, p. 215.

RENARD S., *L'ordre public sanitaire*, Université de Rennes 1, 2008.

➤ **Articles :**

BIOY A., BACHELART M., L'alliance thérapeutique : historique, recherches et perspectives cliniques, *Perspectives Psy*, Volume 49, n° 4, octobre - décembre 2010, p. 317-326.

BRIEX., M., Refus de soins, *Spirale*, vol. 87, n° 3, 2018, pp. 136-140.

CASTAING C., La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement. Quel droit pour quel juge ?, *AJDA* 2013, p.1 53.

CASTAING C., Le poids respectif des éléments médicaux et non médicaux dans le contrôle du bien-fondé de la décision médicale d'arrêt des traitements, *JCP A*, n°6, février 2018, 2051.

CHAMPLONG L., Urgence et consentement en matière médicale, *RDS*, n° 49, 2012, p. 587.

CORPART I., Absence de faute médicale et respect par le praticien de son obligation d'information, *JCP* 2007. II. 10126.

ESPINA C., PAILLERET C., BONNET M.P., Situations critiques peropératoires chez le témoin de Jéhovah , *Le Praticien en Anesthésie Réanimation*, Vol. 22, Issue 2, 2018, p. 77-82.

HENNETTE-VAUCHEZ S., Kant contre Jéhovah ?, *D.* 2004, n° 4, p. 3155.

GARAY A., Volontés et libertés dans la relation médecin-malade : mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique, *RGDM*, n°10, 2003, p. 143.

GILOUX N., PRIMEVERT M., Le psychiatre et le juge face à la protection de la personne dans les soins contraints, *RDSS* 2015, p. 973.

GISCLARD T., La victime ne peut voir son indemnisation réduite pour avoir refusé des soins médicaux, *Rec. Dalloz* 2015, p. 1075.

LARRE D., Les fonctions de l'acte de soin, *Laennec* 2004/2, Tome 52, p. 47.

LAUVIN R., GUIBERT M., HERVÉ G., Quelle place pour les soins palliatifs dans l'évolution des troubles de la conduite alimentaire ?, *Médecine Palliative*, Vol. 16, Issue 3, 2017, p. 143.

LE BAUT-FERRARESE B., La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soins, *AJDA* 2003, p. 1383.

MERSCH A., Le refus de soins devant le Conseil d'État, *Droit administratif* n°7, juillet 2002, chron. 13.

MISTRETTA P., À propos de la loi n° 2016-87 du 02 février 2016, *JCP G*, n°8, 22 février 2016.

MISTRETTA P., Le médecin doit veiller à ce que le refus de soins du patient soit éclairé en cas d'opposition au traitement préconisé, *JCP G* 2006. II. 10045.

MOQUET-ANGER, M.-L., Les médecins ne commettent pas de faute en pratiquant une transfusion sanguine sur un mineur malgré le refus des parents, *JCP A*, 2003, n°51, p. 1688.

MOQUET-ANGER M.-L., Décision d'arrêt de traitement d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté : conditions de légalité et de mise en œuvre, *JCP A*, février 2018, n°6.

MOQUET-ANGER M.-L., Santé et Constitution : l'exemple français, *RDSS* 2013, hors-série *constitution et santé*, p. 127.

MOREAU J., Responsabilité de la puissance publique – Les médecins qui procèdent à la transfusion d'un patient en vue de le sauver, en dépit de son refus de se voir administrer des produits sanguins, ne commettent pas de faute de nature à engager la responsabilité de l'État, *JCP* 2002, n°6. II. 10025, p.303.

MOUDEL G., Le refus de soins en question, *Soins Gériatriques*, 2007, p. 12.

PÉCHILLON E., Le pouvoir médical face au refus de consentement : un savant dosage effectué par le juge des référés, *JCP A*, n°40, 2012, 2321.

PY B., Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril, *AJ Pénal*, 2012, p. 384.

VÉRON P., Les limites du contrôle du juge des libertés et de la détention sur les décisions d'admission en soins psychiatriques sans consentement, *RDSS*, 2018, p. 125.

VIALA F., Je dis ce que je fais, je fais ce que je dis, *RDS*, n°76, 2017 p. 174-176.

VIALA F., Droit des patients au refus de soins, *JCP* 2003. II. 10098.

➤ **Rapports et avis:**

Rapport parlementaire fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi créant de nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie. Claeys A., Dériot D., n°3402, 19 janvier 2016.

Rapport parlementaire, Assemblée nationale, sur l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs, n° 3507, 12 décembre 2006.

Rapport parlementaire fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi (n°1882) de M. Jean Leonetti relative aux droits des malades et à la fin de vie, n°1929, 18 novembre 2004.

Rapport parlementaire fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur les propositions de loi de Mattei J.-F. relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux, n°3462, 12 décembre 2001.

Rapport au nom d'un groupe de travail, au sein de la Commission IX (Chirurgie, Anesthésiologie, Réanimation, Urgences), Wattel F., Dubois F., Académie nationale de médecine, séance du 15 mai 2012. Consultable sur le site : <http://www.academie-medecine.fr>

CCNE, Avis n°129, contribution du CCNE à la révision de la loi de bioéthique, 25 sept. 2018

CCNE, Avis n° 87, Refus de traitement et autonomie de la personne, 14 avril 2005.

➤ **Divers** :

KEMP D., « Non, l'adolescente néerlandaise Noa Pothoven n'a pas été euthanasiée », *AFP*, 6 juin 2019.

PERON I., VINCENDON S., La délicate gestion d'un prisonnier en grève de la faim, *L'express*, 9 octobre 2018.

Anorexie : quand les patientes refusent d'être soignées, *The Conversation*, 23 juin 2017.

Anorexie mentale, un trouble essentiellement féminin, parfois mortel, INSERM – La science pour la santé, juin 2014.

Journal de Gynécologie Obstétrique et Biologie de la Reproduction Volume 42, n° 7 p. 613-627 (2013)

ROGER P., Le député UDF Jean Lassalle poursuit sa grève de la faim pour une usine de la vallée d'Aspe, *Le Monde*, 7 avril 2006.

PERRAULT G., Lassalle cesse sa grève de la faim, *Le Figaro*, 15 avril 2006.

➤ **Sites internet** :

Conseil national de l'Ordre des médecins, commentaire de l'article 36 du Code de déontologie médicale : <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/devoirs-patients-art-32-55/article-36-consentement-patient>

Conseil national de l'Ordre des médecins, commentaire de l'article 42 du Code de déontologie médicale : <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/devoirs-patients-art-32-55/article-42-soins-mineurs-majeurs-protectes>

Haute autorité de santé, recommandations de bonnes pratiques, Anorexie mentale : prise en charge, 1^{er} juin 2010 : https://www.has-sante.fr/jcms/c_985715/fr/anorexie-mentale-prise-en-charge

Mutuelle d'assurances du corps de santé français (MACSF), Refus du patient, témoin de Jéhovah, de subir une transfusion sanguine, 14 janvier 2019 <https://www.macsf-exerciceprofessionnel.fr/Responsabilite/Humanisme-deontologie/refus-temoin-jehovah-subir-transfusion>

Table des matières

| | |
|--|----|
| <i>Sommaire</i> | I |
| <i>Table des abréviations</i> | II |
| <i>Introduction</i> | 1 |
| <i>Partie 1 - Le caractère relatif du droit de refuser des soins face à une urgence vitale</i> | 9 |
| Chapitre 1 - Fondements juridiques et limites pratiques de l'intervention médicale non consentie | 9 |
| Section 1 - Refus d'alimentation et prise en charge contrainte | 10 |
| Paragraphe 1 - Refus d'alimentation et anorexie mentale des personnes majeures : les soins psychiatriques sans consentement | 10 |
| A - Un aménagement provisoire du principe de l'alliance thérapeutique | 10 |
| B - La garantie du respect des droits : l'intervention du juge des libertés et de la détention..... | 12 |
| Paragraphe 2 - Les cas particuliers du recours aux traitements forcés..... | 14 |
| A - Anorexie et minorité : une hospitalisation réputée libre sous couvert d'accord parental..... | 14 |
| B - Refus d'alimentation vecteur d'expression : la grève de la faim | 15 |
| Section 2 - Refus de soins opposés par les personnes majeures : la récusation des transfusions sanguines | 18 |
| Paragraphe 1 - La protection des personnes représentées : les exceptions au principe du consentement des titulaires de l'autorité parentale et du tuteur | 18 |
| A - L'urgence immédiate : une dérogation à l'exigence du consentement du représentant légal..... | 18 |
| B - L'impossible refus de soins en cas de risque grave pour la santé de la personne représentée | 20 |
| Paragraphe 2 - Les limites aux refus de soins opposés par les personnes majeures pour elles-mêmes..... | 21 |
| A - Une limite circonscrite née sous la plume de la Haute juridiction administrative | 21 |
| B - Une pérennité débattue, des évolutions législatives et jurisprudentielles (dé)favorables ? | 24 |

Chapitre 2 - L'urgence vitale : condition et justification de la décision médicale imposée 26

Section 1 - L'urgence vitale : préalable indispensable à l'intervention non consentie 27

Paragraphe 1 - Une notion médicale à fonction juridique 27

A - L'urgence vitale : justification de l'entorse au principe de l'alliance thérapeutique 27

B - La fonction prétorienne de l'urgence vitale : délier des obligations et des procédures 29

Paragraphe 2 - Une volonté authentique en cas d'urgence vitale ? 31

A - Des doutes sérieux sur le caractère éclairé du refus en cas d'urgence vitale 31

B - La liberté du refus prudemment questionnée 32

Section 2 - L'urgence vitale comme exception autonome au refus de soins : entre interstices et incertitudes juridiques 34

Paragraphe 1 - L'urgence vitale immédiate : une exception déduite du silence de la loi 34

A - Une procédure de refus de soins vitaux objectivement inapplicable 34

B - L'interprétation du creux de la loi : des dispositions silencieuses porteuses de sens 35

Paragraphe 2 - Les difficultés de l'urgence vitale anticipée : un cadre juridique vecteur d'instabilité 37

A - Personne inconsciente et opposabilité des directives anticipées 37

B - Personne consciente et opposabilité du refus 39

Partie 2 – La possibilité d'une autre réponse du Droit..... 41

Chapitre 1 – Un arbitrage de valeurs délicat dans une société démocratique respectueuse des droits de l'Homme et des libertés fondamentales 41

Section 1 – La valeur de la vie face au consentement aux soins 42

Paragraphe 1 - Les limites à l'autonomie de la volonté tirées de la finalité de l'activité médicale en cas d'urgence vitale 42

A - La particularité de la finalité de l'activité médicale en cas d'urgence vitale : la sauvegarde de la vie humaine 42

B - Les limites à l'autonomie de la volonté fondées sur la sauvegarde de la vie humaine 44

| | |
|--|----|
| Paragraphe 2 – L’absence de droit à mourir : une limite certaine prévue par le droit . | 47 |
| A – L’interdiction absolue de l’euthanasie et du suicide assisté en droit interne | 47 |
| B – Un choix de mort opposable en cas d’urgence vitale ? | 48 |
| Section 2 – La primauté de la vie assurée par la jurisprudence | 50 |
| Paragraphe 1 – Une jurisprudence protectrice des médecins..... | 50 |
| A – Le refus de sanctionner les médecins : l’absence de sanction pénale ou déontologique | 50 |
| B - Une interprétation des dispositions favorable aux médecins : l’absence de faute médicale | 53 |
| Paragraphe 2 – Le refus de reconnaître un préjudice moral autonome | 55 |
| A – L’absence de préjudice moral autonome..... | 56 |
| B – Le refus de consacrer un préjudice résultant du fait d’avoir été sauvé | 58 |

Chapitre 2 – Un cadre normatif imprécis porteur d’instabilité juridique : l’opportunité d’une clarification législative 59

| | |
|--|----|
| Section 1 – Les avantages d’une clarification législative..... | 59 |
| Paragraphe 1 – Un manque de sécurité préoccupant dans la décision médicale | 60 |
| A – Un cadre législatif occultant les particularités de l’intervention médicale en urgence..... | 60 |
| B – Des contradictions frontales dans les obligations du médecin | 61 |
| Paragraphe 2 – Des arguments juridiques en faveur d’une clarification législative | 63 |
| A – Une réponse législative conforme à l’orthodoxie juridique | 63 |
| B – La nécessité de sécuriser l’état du droit..... | 64 |
| Section 2 – Les risques juridiques et inconvénients pratiques d’une clarification législative..... | 66 |
| Paragraphe 1 – Une consécration juridiquement risquée de l’urgence vitale comme exception au droit de refuser des soins..... | 66 |
| A – Le risque de censure par le Conseil constitutionnel..... | 66 |
| B – Le risque d’une déclaration d’inconventionnalité..... | 68 |
| Paragraphe 2 – Les inconvénients d’une clarification législative..... | 70 |
| A – Une perte de flexibilité dans la décision médicale | 70 |
| B – L’obligation de consacrer un préjudice moral autonome | 71 |

| | |
|--------------------------------|----|
| <i>Conclusion</i> | 73 |
| <i>Annexes</i> | 76 |
| <i>Normes juridiques</i> | 89 |
| <i>Bibliographie</i> | 91 |

La loi Kouchner du 4 mars 2002, en consacrant sur le plan législatif le principe du consentement aux soins a fait de la décision médicale une décision partagée. En miroir du droit de consentir se trouve le droit de refuser, le non consentement constitue en réalité un refus.

En situation d'urgence avec mise en jeu du pronostic vital, bien que le refus de soins ne soit pas la règle, les praticiens peuvent y être confrontés. Ce refus peut être lié à la maladie ou résulter de convictions pratiquées avec force par les patients. Indépendamment des motifs sur lesquels est fondé le refus, le médecin, confronté à un patient qui peut mais refuse d'être sauvé, est placé dans une position délicate, l'éthique médicale se trouvant heurtée par cette posture de résistance.

Le droit de refuser des soins connaît des tempéraments consacrés par la loi dont le plus emblématique est celui des soins psychiatriques sans consentement. S'agissant des maladies psychosomatiques telles que l'anorexie mentale, par ce prisme, le législateur libère les médecins de leur obligation de respecter la volonté de la personne malade et les autorise à délivrer les soins somatiques immédiats que leur état de santé requiert.

D'autres exceptions ont une origine jurisprudentielle. Elles concernent également des soins somatiques délivrés en situation d'urgence vitale et en dépit de l'opposition formulée en amont par la personne dont l'état de santé s'est dégradé au point que sa vie se trouve mise en péril. Ces exceptions prétorienne concernent les refus de transfusions sanguines des personnes témoins de Jéhovah. Néanmoins, eu égard aux évolutions législatives, la pérennité de cette jurisprudence demeure incertaine et conduit, après analyse du droit positif, à s'interroger sur l'opportunité d'une clarification législative en la matière.

Mots clés : Urgence vitale ; consentement ; refus de soins ; refus de traitements ; soins psychiatriques sans consentement ; anorexie mentale ; transfusion sanguine ; hémorragie ; hémorragie de la délivrance.

The Kouchner law of march 4, 2002 has allocated the patient's consent principle. The right to consent implies the right to refuse treatment.

Although convention dictates that practitioners respect the patient's right to not give their consent to treatment, they may disoblige the patient's wishes in case of fatal emergency. For example, a refusal may be related to illness or religious beliefs. Regardless of the reason, this situation raises issues for physicians of an ethical nature.

French law provides exceptions to general rule of the right to refuse care. This exception is most notable in psychiatry. In the case of psychosomatic illnesses, such as anorexia nervosa, French law allows physicians to deliver immediate care in accordance with the needs of the patient.

Other exceptions have been established by case-law ; primarily concerning somatic care delivered in life-threatening situations, despite the patient's objections. These exceptions concern blood transfusion refusal from religious beliefs such as Jehovah's Witnesses.

Nevertheless, the case-law is not definitive, as it is subject to the changing promulgations of French legislation. For this reason, French legislation itself must be investigated in order to clarify the position of the current body of medical law.

Key words : life-threatening emergency ; consent ; refusal of medical care ; psychiatric care without consent ; anorexia nervosa ; blood transfusion ; hemorrhage ; delivery hemorrhage.