

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Frédéric Erard, Le refus des transfusions sanguines par les Témoins de Jéhovah : une décision d'irrecevabilité non dénuée d'intérêt ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_613/2015, Newsletter rcassurances.ch mai 2017

Art. 61 CO ; art. 82 let. b
LTF



Le refus des transfusions sanguines par les Témoins de Jéhovah : une décision d'irrecevabilité non dénuée d'intérêt

Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_613/2017

Frédéric Erard

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt a pour objet le contrôle abstrait d'une directive institutionnelle de l'Hôpital neuchâtelois relative à la prise en charge des patients refusant toute transfusion de sang.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Au début de l'année 2015, la Direction générale de l'Hôpital neuchâtelois a émis, sans la publier, une directive institutionnelle relative à la prise en charge des patients refusant toute transfusion de sang et de dérivés sanguins, en particulier des Témoins de Jéhovah (ci-après : la Directive). Dans les grandes lignes, la Directive rappelle en premier lieu que le patient a le droit de refuser une transfusion sanguine et qu'il doit, le cas échéant, être informé des éventuelles alternatives. Toutefois, si aucun médecin n'accepte de prendre en charge un tel patient, l'institution peut refuser de poursuivre ses relations avec ce patient. Ce dernier doit alors signer un formulaire de décharge relative à un refus de soins. Si le médecin se trouve face à un patient incapable de discernement qui a adopté des directives anticipées, il doit déterminer si ces dernières correspondent bien à la situation décrite et si elles doivent être suivies. Lorsqu'elles ne sont pas suivies, le médecin doit mentionner très précisément pourquoi il ne les a pas suivies. La directive prévoit des règles spécifiques pour les parturientes : lorsque tous les efforts médicalement et raisonnablement possibles échouent, une transfusion sanguine doit être effectuée sur une parturiente si une hémorragie nécessite une telle intervention. Une information en ce sens doit être donnée lors de la consultation des 36 semaines. La Directive se termine en réglant la question de la prise en charge des conséquences civiles, pénales et administratives. Si la directive a été respectée par un soignant, l'Hôpital neuchâtelois s'engage à ne pas se retourner contre le soignant si sa

responsabilité civile est engagée. Il s'engage également à la soutenir juridiquement et financièrement en cas de retrait d'autorisation de pratique.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, la *Vereinigung Jehovas Zeugen der Schweiz* (ci-après : l'Association suisse des Témoins de Jéhovah) et deux personnes physiques, toutes deux Témoins de Jéhovah et domiciliées dans le canton de Neuchâtel, ont demandé au TF d'annuler la Directive et ses annexes. Les deux personnes physiques ont principalement fait valoir deux cas qui violeraient leurs droits : le cas où elles seraient contraintes de quitter l'Hôpital neuchâtelois parce que celui-ci refuserait de les traiter et le cas où elles subiraient, contre leur volonté, une transfusion sanguine (notamment en cas de situations d'urgence pour les parturientes ou de situations jugées comme ne correspondant pas aux directives anticipées).

B. Le droit

1. Admission de la qualité pour recourir

La qualité pour recourir contre un acte normatif (art. 89 al. 1 let. b et c LTF) appartient aux personnes dont les intérêts sont effectivement touchés par l'acte ou pourront l'être un jour. Le TF reconnaît que la Directive attaquée est potentiellement applicable aux deux personnes physiques recourantes, dans la mesure où elles sont Témoins de Jéhovah et qu'elles refusent les transfusions sanguines. Elles possèdent donc la qualité pour recourir (c. 1.2.1.). La question de la qualité pour recourir de l'Association suisse des Témoins de Jéhovah est quant à elle laissée ouverte.

2. Irrecevabilité du recours contre la directive administrative

Le recours en matière de droit public est ouvert contre les actes normatifs cantonaux (art. 82 let. b LTF). Selon la jurisprudence du TF, une ordonnance administrative « *peut exceptionnellement être attaquée par la voie du recours en matière de droit public lorsque, d'une part, elle déploie des effets externes, c'est-à-dire qu'elle porte atteinte au moins indirectement à la position juridique des administrés et que, d'autre part, son application ne peut pas se traduire dans une décision formelle contre laquelle l'administré pourrait recourir de manière efficace et raisonnable pour violation éventuelle de ses droits fondamentaux* » (c. 2).

La première condition, à savoir que la directive attaquée déploie des effets externes, est remplie. La Directive peut en effet conduire une personne refusant les transfusions sanguines à se déplacer dans un autre canton ou de subir une transfusion sanguine contre sa volonté (c. 5.1.).

Tel n'est pas le cas de la seconde condition. Aux yeux des juges du TF, la Directive est en effet propre à donner lieu à des actes susceptibles de recours pour violation des droits fondamentaux. Ainsi, à Neuchâtel, la violation des droits garantis par la loi neuchâteloise sur la santé (LS/NE)¹ peuvent faire l'objet d'une procédure de plainte devant l'autorité de conciliation en matière de santé, qui tente alors de concilier les parties. Si elle n'y parvient pas, elle transmet le dossier, avec son préavis, au département, qui se prononce sur cette

¹ RS/NE 800.1.

plainte et adresse, le cas échéant, une injonction impérative au soignant. La décision rendue par le département pourrait faire l'objet d'un recours judiciaire. Le TF constate que des personnes refusant les transfusions sanguines ont déjà fait usage de cette procédure par le passé à Neuchâtel. Ces plaintes ont été rejetées par le département, mais elles n'ont pas fait l'objet d'un recours judiciaire, pourtant ouvert. Par ailleurs, le TF précise que l'art. 25a LS/NE renvoie aux dispositions du code civil relatives aux directives anticipées (c. 5.2.1.). Parallèlement à la procédure de plainte, l'action en responsabilité est également concevable par le biais de l'art. 61 CO et de la loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LResp/NE)². Sur cette base, le TF explique qu'il serait possible de faire examiner si le comportement de l'hôpital était conforme au droit, notamment dans le cas où un patient ferait valoir un défaut de consentement à une transfusion (c. 5.2.2.). Enfin, si certains actes matériels devaient tomber sous le coup du droit à un procès équitable protégé par l'art. 6 CEDH, les recourants pourraient encore, à certaines conditions, requérir une décision en constatation pour violation de la CEDH (c. 5.2.3.).

Le TF déclare par conséquent le recours irrecevable, non sans apporter un certain nombre de précisions. Au regard de la hiérarchie des normes, la directive attaquée se trouve sur l'échelon le plus faible et elle doit donc être appliquée en respect du droit supérieur, en particulier les textes qui garantissent les droits des patients, notamment en lien avec les directives anticipées, les lois sur les professions médicales au sens large (LPMéd et future LPSan) ainsi que la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine. Par ailleurs, le TF ne manque pas de rappeler qu'en vertu des obligations découlant de la CEDH, les Etats doivent « *organiser leur service de santé public de façon à assurer que la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9 CEDH) du personnel médical n'entrave pas l'accès aux services auquel les patients ont légalement droit* » (c. 5.3).

III. Analyse

1. Enjeux

Le droit d'un patient de refuser une transfusion sanguine est aujourd'hui largement reconnu, même lorsque le refus peut conduire à la mort de celui-ci³. Toutefois, un certain nombre de situations laissent subsister des questions juridiques épineuses qui n'ont pas encore été tranchées par la jurisprudence. Tel est le cas des transfusions sanguines imposées aux parturientes contre leur volonté ou du refus de promulguer des soins à un patient refusant des transfusions sanguines⁴.

La transfusion sanguine contre la volonté d'une femme enceinte est constitutive d'une atteinte à ses droits fondamentaux à l'intégrité physique et psychique (art. 10 al. 2 Cst.). Si la transfusion va à l'encontre des croyances de la patiente, un tel acte peut également porter atteinte à sa liberté de croyance (art. 15 Cst.). Les Témoins de Jéhovah soutiennent que de

² RS/NE 150.10.

³ Voir par exemple : arrêt du TF 4P.265/2002, c. 5.6 ; GUILLOD O., *Présentation globale de la réforme*, in : GUILLOD O./BOHNET F. (édit.), *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Neuchâtel 2012, N 47 ; MANAÏ D., *Droits du patient face à la biomédecine*, 2ème éd., Berne 2013, pp. 47-48.

⁴ Pour un aperçu des problèmes rencontrés dans la pratique médicale en lien avec les patients Témoins de Jéhovah, voir : CHASSOT P.-G./KERN C./RAVUSSIN P., *Hémorragie et transfusion : le cas des Témoins de Jéhovah*, *Revue Médicale Suisse* 2006, p. 2674.

telles atteintes ne sont pas admissibles sans le consentement de la patiente. Pour la doctrine, à défaut de consentement libre et éclairé, de telles atteintes sont admissibles si elles reposent sur les conditions de l'art. 36 Cst. Selon PERRENOUD, la transfusion sanguine d'une parturiente contre sa volonté devrait uniquement être admise si les conditions de l'état de nécessité au sens de l'art. 17 CP sont remplies, en particulier lorsque la transfusion sanguine permettrait d'éviter la mort de l'enfant à naître⁵. Certains auteurs estiment que dans certaines situations spécifiques, le refus de recevoir une transfusion sanguine devrait être mis en balance avec les devoirs incombant à la patiente, en particulier du point de vue des responsabilités découlant de l'autorité parentale⁶.

Quant à la validité du refus de traiter un patient prononcé par un établissement médico-hospitalier de droit public au motif que ce patient refuse les transfusions sanguines, il s'agit d'une question peu traitée par la doctrine, qui touche aux limites du droit aux soins. La Constitution fédérale ne prévoit pas de garantie explicite d'un droit aux soins, celui-ci étant uniquement évoqué sous la forme d'un but social (art. 41 Cst.)⁷. Un droit à des soins essentiels, par quoi il faut entendre les soins d'urgence et de médecine générale absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine, peut toutefois être tiré de l'art. 12 Cst. relatif au droit à des conditions minimales d'existence⁸. L'accès aux soins essentiels est confirmé par bon nombre de législations cantonales, qui élargissent parfois ce droit. Notons par ailleurs que l'art. 8 Cst. garantit l'égalité d'accès aux soins et interdit en particulier les discriminations fondées sur les convictions religieuses. Parallèlement à la question du droit aux soins se pose également la question des limites du choix des soins par le patient. En effet, le droit de choisir les soins (théorie du consentement éclairé) confère certes au patient un droit de refuser un soin, mais non d'exiger un traitement déterminé, selon ses aspirations⁹. Lorsque plusieurs thérapies sont possibles, le choix du traitement revient au professionnel de la santé. Le patient reste toutefois alors libre de refuser le traitement et de s'adresser à un autre professionnel¹⁰. Le droit aux soins, dans son étendue admissible, peut entrer en conflit avec les convictions éthiques et professionnelles des soignants. A cet égard, certaines lois cantonales sanitaires reconnaissent parfois un droit aux soignants de s'abstenir de fournir, directement ou indirectement, des soins incompatibles avec leurs convictions éthiques ou religieuses¹¹. Toutefois, déterminer à quelles conditions et dans quelle mesure un établissement médico-hospitalier de droit public (et non un professionnel de la santé) pourrait refuser de traiter un patient sans violer ses droits fondamentaux au motif que ce dernier refuse un soin spécifique – en l'occurrence les transfusions de sang – reste une question non tranchée à ce jour.

Les questions posées dans le recours, sujettes à controverse, comportent donc des enjeux importants. La décision du TF de ne pas entrer en matière sur le fond a donc de quoi frustrer

⁵ PERRENOUD S., *La protection de la maternité. Etude de droit suisse, international et européen*, thèse, Berne 2015, p. 82 et réf. citées.

⁶ MANAÏ D., *op. cit.*, pp. 49-50.

⁷ STEFFEN G., *Droit aux soins et rationnement. Approche d'une définition des soins nécessaires*, thèse, Berne 2002, p. 84.

⁸ *Idem*, pp. 82, 87.

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 16 janvier 1998, SJ 1998 273, c. 2b.

¹⁰ DUMOULIN J.-F., *Consentement libre et éclairé et refus de soins*, in : LA HARPE R./UMMEL M./DUMOULIN J.-F. (édit.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, p. 267.

¹¹ Voir par exemple : art. 82 de la Loi genevoise sur la santé, RS/GE K 1 03.

le juriste spécialisé en droit de la santé, ce d'autant plus que la décision d'irrecevabilité est critiquable.

2. Irrecevabilité critiquable

Selon le TF, qui se réfère à sa jurisprudence, une ordonnance administrative peut être exceptionnellement attaquée si elle déploie des effets externes et si son application « *ne peut pas se traduire dans une décision formelle contre laquelle l'administré pourrait recourir de manière efficace et raisonnable pour violation éventuelle de ses droits fondamentaux* » (c. 2.).

Pour déterminer si le TF était fondé à déclarer irrecevable le recours, il convient d'examiner ce qu'il faut entendre par « *acte qui peut se traduire par une décision formelle contre laquelle l'administré pourrait recourir de manière efficace et raisonnable* ». Par le passé, le TF a donné un certain nombre d'indications relatives à l'interprétation de cette notion¹². Ainsi, le recours contre une ordonnance administrative est exclu lorsqu'il existe une protection juridique dans le cas concret et que l'on peut attendre de l'intéressé qu'il utilise cette voie¹³. Pour juger de la protection juridique exigible, il faut se référer aux conditions posées par l'art. 13 CEDH. A cet égard, une voie de droit ne doit pas forcément être mise à disposition et une autorité administrative suffit. Il est toutefois indispensable « *que le recourant puisse obtenir l'examen de ses griefs et que l'autorité de recours puisse annuler l'acte attaqué ou empêcher qu'il déploie ses effets* »¹⁴. Dans l'arrêt où il expose les considérations qui précèdent (et qui a visiblement inspiré à plus d'un titre l'arrêt examiné), le TF était confronté à une requête de contrôle abstrait de directives données à la police pour faire face aux manifestations en marge du Forum économique mondial. Il avait estimé que la voie de la plainte à l'autorité de surveillance était ouverte, tout comme celle de l'action en responsabilité de l'Etat. Il avait également mentionné la possibilité d'obtenir un jugement en constatation à la suite de certains actes matériels¹⁵ et avait par conséquent déclaré irrecevable le recours qui lui était soumis.

Dans un autre arrêt de 1990, le TF a examiné la validité de directives de la direction de la santé du canton de Zoug selon lesquelles la femme qui souhaitait avorter devait être domiciliée dans le canton et devait obtenir un avis conforme délivré par une commission d'experts. Examinant si ces directives pouvaient être concrétisées par des décisions qui pouvaient faire l'objet d'un recours ordinaire, le TF avait jugé qu' « *une femme enceinte, qui se voit refuser un avis conforme ou un avortement thérapeutique, est pratiquement privée, ne serait-ce qu'en raison des délais, de la possibilité d'obtenir ailleurs un avortement thérapeutique* »¹⁶.

En l'occurrence, le TF a déclaré le recours irrecevable au motif que l'application de la Directive était propre à donner lieu à des actes susceptibles de recours pour violation éventuelle des droits fondamentaux. A l'appui de son jugement, il a mentionné l'existence d'une procédure de plainte pour violation des droits reconnus au patient prévue par l'art. 27 LS/NE, la

¹² Voir notamment ATF 128 I 167, c. 4.3 et 4.5, JdT 2003 I 402 et les arrêts cités.

¹³ ATF 128 I 167, c. 4.5, JdT 2003 I 402. A noter que dans l'arrêt examiné ici, le TF se réfère spécifiquement au considérant 4.3 de l'ATF 128 I 167, qui traite moins en détails la question de l'existence de voies de recours ordinaires.

¹⁴ ATF 128 I 167, c. 4.5, JdT 2003 I 402.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ ATF 114 Ia 452, c. 1a, JdT 1990 IV 49.

possibilité de recourir auprès de l'autorité de protection de l'adulte dans le cas où les directives anticipées n'ont pas été respectées, l'action en responsabilité contre l'Etat et le droit à une décision en constatation à la suite de certains actes matériels tombant sous le coup de l'art. 6 CEDH.

Cette argumentation prête le flanc à la critique. En effet, l'ensemble des voies de droit proposées par le TF sont des voies de contrôle concrètes, qui tendent à condamner, le cas échéant réparer, une atteinte commise au droit à l'autodétermination et à l'intégrité physique. En l'occurrence, ces atteintes se traduisent notamment par des transfusions sanguines non désirées, réalisées dans des situations d'urgence. Selon les convictions religieuses du patient, une telle atteinte doit être considérée comme grave et irréparable. Ces atteintes peuvent également se traduire par le refus de traiter un patient, qui se voit alors contraint de se faire soigner dans un autre canton. Que ce soit la procédure de conciliation prévue par l'art. 27 LS/NE, la procédure prévue en cas de non-respect des directives anticipées, l'action en responsabilité contre l'Etat ou les actions constatatoires pour certains actes ayant déjà déployé leurs effets, aucune de ces voies de droit ne permet à l'administré concerné de recourir de manière efficace et raisonnable contre la réalisation d'une transfusion sanguine non désirée en urgence. Au demeurant, aucune des décisions susceptibles d'émaner au terme des procédures citées par le TF ne serait susceptible d'annuler l'acte attaqué ou d'empêcher qu'il ne déploie ses effets.

La situation qui prévaut dans l'arrêt examiné doit ainsi être considérée comme similaire à celle qui avait été jugée en lien avec les directives relatives aux femmes souhaitant avorter dans le canton de Zoug¹⁷ : à l'instar de ces femmes, une parturiente Témoin de Jéhovah qui se voit imposer un transfusion sanguine est pratiquement privée, ne serait-ce qu'en raison des délais, de la possibilité de refuser une transfusion sanguine ou d'obtenir ailleurs un traitement thérapeutique conforme à ses croyances.

L'argument à l'appui du raisonnement du TF pour déclarer le recours irrecevable paraît donc infondé.

3. Les précisions du TF

Avant de conclure à l'irrecevabilité du recours, le TF apporte quelques précisions en vue de l'interprétation juridique et de la résolution du litige. Il rappelle ainsi aux autorités cantonales neuchâteloises qu'elles doivent, dans le cadre de l'application de la Directive, « *prendre en compte* » les différentes lois et conventions internationales applicables pour la protection des droits des patients.

Le TF commence par souligner que la Directive se situe sur « *l'échelon le plus faible* » de la hiérarchie des normes et qu'elle doit être appliquée en conformité avec les lois et les conventions internationales pertinentes. D'une certaine manière, le TF semble minimiser ainsi la force juridique de la Directive.

Le TF rappelle ensuite que la Directive doit être appliquée dans le respect des droits reconnus aux patients, du droit applicable aux directives anticipées et des devoirs professionnels des personnes exerçant des professions médicales au sens large. Depuis plusieurs décennies, le

¹⁷ *Idem.*

droit suisse reconnaît en effet au patient un droit au consentement libre et éclairé découlant des droits constitutionnels à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle¹⁸. Ce droit a d'abord été reconnu par voie jurisprudentielle¹⁹, puis a été intégré dans les législations cantonales sur la santé. Il permet non seulement au patient d'accepter de recevoir un soin, mais également de le refuser, même lorsque ce refus apparaît déraisonnable et qu'il peut conduire à la mort²⁰. Selon le TF, la liberté personnelle consacre même un droit pour le patient de vivre sa maladie comme il l'entend²¹. Le droit de consentir à des soins ou de les refuser est également garanti par plusieurs conventions internationales, dont la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine²².

Selon le TF, la Directive doit également être appliquée en prenant en compte les devoirs professionnels des personnes exerçant une profession médicale universitaire (art. 40 LPméd²³) et de ceux des personnes exerçant une profession de la santé (art. 16 future LPSan²⁴). Ces deux lois imposent aux soignants qu'elles visent le devoir de garantir les droits des patients, et donc de respecter leur droit à l'autodétermination.

Enfin, le TF rappelle encore que la jurisprudence de la CourEDH impose aux Etats d'organiser leur système de santé de telle manière que l'exercice de la liberté de conscience des professionnels de la santé n'entrave pas l'accès des patients aux soins auxquels ils ont droit selon la législation applicable²⁵. Les arrêts auxquels fait référence le TF condamnaient la Pologne pour avoir restreint de manière illicite l'accès à l'avortement.

En résumé, le TF se garde donc bien de se prononcer sur la solution qui aurait été la sienne s'il avait eu à trancher le litige au fond. Sur la base des indications données, il recommande toutefois d'accorder une attention particulière au droit à l'autodétermination, en particulier au droit d'obtenir des soins (ou de les refuser) dans la mesure où cette prétention est légalement admise par le droit suisse. Par ailleurs, le rappel selon lequel la Directive se trouve sur l'échelon le plus faible de la hiérarchie des normes pourrait laisser penser que le TF émet quelques doutes sur la légalité de ce texte.

4. Conclusion

En conclusion, la décision d'irrecevabilité nous paraît critiquable. Au regard des principes posés par la jurisprudence, le TF aurait en effet dû admettre que les requérants n'étaient pas en mesure de bénéficier de voies de droits alternatives efficaces et raisonnables. Cela étant, même si elles sont neutres et purement indicatives, les précisions fournies par le TF laissent suggérer qu'il entend accorder une place particulièrement importante aux droits à l'autodétermination des patients et à celui de recevoir les soins garantis par l'Etat, indépendamment des convictions religieuses ou professionnelles des soignants.

¹⁸ DUMOULIN J.-F., *op. cit.*, p. 265.

¹⁹ ATF 105 II 84.

²⁰ Arrêt du TF 4P.265/2002, c. 5.6.

²¹ *Idem.*

²² RS 0.810.2 ; voir notamment les art. 5ss relatifs au consentement.

²³ RS 811.11.

²⁴ Acceptée par le Parlement le 30 septembre 2016 (FF 2016 7383). Le délai référendaire est échu le 19 janvier 2017, sans avoir été utilisé.

²⁵ Arrêt de la CourEDH du 30 octobre 2012, *P. and S. v. Poland*, n° 57375/08, n° 106 ; Arrêt de la CourEDH du 28 novembre 2011, *R.R. v. Poland*, n° 27617/04, n° 206.

On peut se demander si en procédant de la sorte, le TF n'encourage pas indirectement les autorités neuchâteloises à revoir leur pratique. Si ces dernières persistent à appliquer strictement la Directive, il y a fort à parier que le TF sera à nouveau saisi dans un futur assez proche pour trancher les mêmes questions, mais dans un cas concret de violation du droit à l'autodétermination cette fois-ci. L'esquive sera alors plus difficile.