

## Les clauses de conscience des soignants<sup>1</sup>

**Xavier Bioy**

Professeur de droit public à l'Université Toulouse Capitole

Vice-doyen de la Faculté de droit de Toulouse

Institut Maurice Hauriou

Co-Directeur des masters « Libertés » et « Ethique, recherche et soin »

Une clause de conscience est, juridiquement, pensée comme une exception légale individuelle. La « théorie de l'individuation des normes » vise ainsi à incorporer les exceptions dans la formulation des normes auxquelles elles « dérogent » ; l'exception se différencie des simples conditions négatives d'application de la règle par son identification dans une norme distincte. Les objections de conscience légales « organisent l'éviction d'une règle de droit en principe applicable mais à laquelle un individu refuse de se soumettre par impératif moral »<sup>2</sup>. L'habitude nous fait voir ces clauses comme des éléments déontologiques, échappatoires professionnels à des contraintes corporatistes, expression d'une morale émanant d'institutions non-étatiques<sup>3</sup>. Autrement dit, des privilèges (normes individuelles) dans d'autres privilèges (des lois du groupe professionnel). Elles appartiennent à cette « conception verticale » qui voit le droit de la santé se construire autour du médecin et qui laisserait peu à peu place à une vision plus « horizontale » centrée sur le patient. Les clauses de conscience semblent ainsi à certains des dérogations que les professionnels se donnent eux-mêmes, contre l'intérêt général de la société et la généralité de la loi.

Mais depuis que les droits fondamentaux ont commencé à structurer le droit tout entier en descendant des sources constitutionnelles ou européennes du droit, ces clauses deviennent aussi des droits subjectifs consacrés, contre la loi la plus générale, par le droit supérieur, pour permettre aux individus de faire exception, au nom même de l'intérêt général attaché aux libertés. Tout au moins est-ce ainsi qu'a pu la présenter un certain romantisme juridique inspiré par les termes de l'article 2 DDHC.

L'objection au service national a servi de creuset à d'autres. À côté des dispositions qui permettent aux avocats de refuser un client<sup>4</sup>, des protections accordées au journaliste contre la rédaction de son journal<sup>5</sup>, rappelons que le code de la santé publique est le corpus qui accueille le plus de ces « objections ».

3 formes

- À commencer par la « clause générale » dite « de refus de soin », celle des codes de déontologies, c'est-à-dire les articles R.4127-47 CSP (pour les médecins<sup>6</sup>), R. 4127-328<sup>7</sup> (sages-femmes) et R. 4312-12 (infirmières libérales) qui affirment surtout le principe d'obligation de continuité des soins (seule exploitée en jurisprudence). Ces clauses n'ont que valeur réglementaire.
- Plus complexe, l'article L1110-3 al. 7<sup>8</sup> a apporté des conditions plus restrictives. Toutefois, sa position dans le code amène à penser qu'elle ne sert qu'à rétablir une part de pouvoir

---

1 Publié in *Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Mathieu - Pouvoir et contre-pouvoirs*, LGDJ, 19/12/2023.

<sup>2</sup> D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 235, 1993, p. 215.

<sup>3</sup> D. Hiez, « La clause de conscience ou la conscience source du droit », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 209.

<sup>4</sup> Art. 6 alinéa 2 du décret du 12 juillet 2005.

<sup>5</sup> Art. L. 7112-5 Code du travail.

<sup>6</sup> « Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. »

<sup>7</sup> « Hors le cas d'urgence et sous réserve de ne pas manquer à ses devoirs d'humanité ou à ses obligations d'assistance, une sage-femme a le droit de refuser des soins pour des raisons professionnelles ou personnelles.

La sage-femme peut se dégager de sa mission, à condition de ne pas nuire de ce fait à sa patiente ou à l'enfant, de s'assurer que ceux-ci seront soignés et de fournir à cet effet les renseignements utiles.

Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins doit être assurée. »

<sup>8</sup> « hors le cas d'urgence et celui où le professionnel de santé manquerait à ses devoirs d'humanité, le principe énoncé au premier alinéa du présent article [interdit de la discrimination] ne fait pas obstacle à un refus de soins fondé sur une

discrétionnaire dans le cas d'un risque de discrimination. Le médecin, inquiet pour discrimination, pourrait s'exonérer en établissant un motif lié à la qualité des soins (manifestation de l'indépendance professionnelle donc et non pas liberté de conscience, contrairement à certaines lectures en doctrine<sup>9</sup>).

- Viennent ensuite des dispositions spécifiques, dont la particularité est de porter sur des actes non thérapeutiques nouveaux, renversant un précédent interdit et contre lequel une partie du monde médical s'est mobilisé : IVG, recherche sur l'embryon, stérilisation, fin de vie... Ainsi, un médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive mais il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation (art. L. 2123-1 CSP), aucun chercheur, aucun ingénieur, technicien ou auxiliaire de recherche quel qu'il soit, aucun médecin ou auxiliaire médical n'est tenu de participer à quelque titre que ce soit aux recherches sur des embryons humains ou sur des cellules souches embryonnaires (art. L. 2151-7-1 CSP) ; un médecin ou une sage-femme, un infirmier, un établissement de santé, n'est jamais tenu de pratiquer ou concourir, une interruption volontaire de grossesse doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens ou de sages-femmes susceptibles de réaliser cette intervention (article L2212-8 CSP).

Ces clauses n'en sont pas moins politiquement menacées dans les débats entourant la modification des conditions de recours à l'IVG, ceux de la loi de bioéthique et de la recherche sur l'embryon, enfin ceux qui précèdent la légalisation de l'aide active à mourir. D'ailleurs, le chef de service ne peut plus s'opposer au nom de l'objection de conscience, à la pratique des IVG dans son service depuis la loi du 7 juillet 2001. Chaque « avancée » des libertés individuelles dans la société contribue à y voir un droit dont le système de santé se trouve être le débiteur et les soignants les prestataires. La médecine ne se limite plus à la thérapie et recouvre tous les « actes » effectués par les médecins, y compris des actes de convenance personnelle. L'article R2212-4 CSP dispose d'ailleurs que les hôpitaux publics ou associés au service public ne peuvent refuser de pratiquer des IVG. Or, plus le service est petit, plus l'objection peut perturber le service et accroître les pressions sur le personnel objecteur. Tension croissante entre objectifs : éthique de conviction contre éthique de responsabilité.

Le thème de l'objection de conscience sort ainsi du cadre déontologique ou professionnel pour apparaître comme un droit de la personne, au-delà de son statut de professionnel. Il a d'ailleurs été mobilisé par les opposants aux vaccinations obligatoires et plus encore pendant la crise du Covid. Cela change la lecture déontologique et part d'une assise juridique bien plus large et plus élevée dans la hiérarchie des normes. Ce qui n'apporte pas nécessairement une meilleure protection. L'institution des clauses par voie législative ou réglementaire n'est pas anodine en soi, mais, comme droit fondamental, elle dépend largement des lectures constitutionnelle et européennes. D'un côté, sa nature de droit fondamental donne une base conventionnelle ou constitutionnelle qui ne nécessiterait pas de loi. La clause de « refus de soin » du code de déontologie formalise un principe supérieur. D'un autre, les clauses législatives, spécifiques, viennent tout de même réaffirmer cette liberté, à la fois parce qu'elle entre en conflit éventuel avec la liberté du patient qui sollicite l'acte et parce que cette sollicitation trouve elle-même son fondement dans la loi qui autorise l'acte (IVG, euthanasie, etc...).

L'assise constitutionnelle demeure fragile. Saisi au titre de la violation de la liberté du praticien, le Conseil constitutionnel a donné à la clause de conscience une certaine assise constitutionnelle à travers la mise en parallèle de la liberté de conscience personnelle et de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme. Dans sa première décision *IVG I*<sup>10</sup> portant sur la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, à l'appui de l'établissement de la constitutionnalité de la loi, le Conseil a relevé que celle-ci « respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer (nous soulignons) à une interruption de grossesse (...) que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la DDHC ». La décision *IVG II*<sup>11</sup>, à propos de la suppression de la clause de conscience du chef de service, il souligné le maintien de la clause personnelle<sup>12</sup>. Ces formules semblent

---

exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins ».

<sup>9</sup> M-H Bernard-Douchez, « Les paradoxes de la clause de conscience en droit médical », in *L'accès aux soins*, sous la Direction d'I. Poirot-Mazères, LGDJ-PUSST, 2011, p. 201

<sup>10</sup> Déc. n° 74-54 DC, 15 janvier 1975.

<sup>11</sup> Déc. n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, cons. 15.

<sup>12</sup> « qu'est ainsi sauvegardée sa liberté, laquelle relève de sa conscience personnelle et ne saurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son service ».

constitutionnaliser le principe des clauses mais la chose demeure très implicite. Le juge regarde ces éléments, choisis par la loi, comme des éléments du contrôle de proportionnalité du dispositif et non comme principe à part entière. Sa politique de « retenue » traditionnelle en ces domaines hypothèque largement l'idée d'une censure de la suppression éventuelle des clauses par la loi.

Certes la Résolution 1928 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 24 avril 2013 a appelé les États « à garantir le droit à une objection de conscience bien définie en rapport avec des questions sensibles du point de vue éthique comme le service militaire ou d'autres services liés aux soins de santé et à l'éducation, (...) à condition que les droits des autres de ne pas être victimes de discrimination soient respectés et que l'accès à des services légaux soit garanti ». Mais il ne s'agit là que de droit « mou », non contraignant. Tout comme la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux<sup>13</sup> ; lequel estime que l'État était responsable d'organiser les hôpitaux de façon à assurer l'accès aux services légaux : « des mesures doivent être prises afin d'assurer la présence de praticiens hospitaliers et autres personnels de santé non objecteurs de conscience chaque fois que leur intervention est requise ».

Cependant, la CEDH a eu l'occasion de consacrer la liberté d'objection<sup>14</sup> et de juger que les États disposent d'une assez large marge d'appréciation dans le fait de la concrétiser. La Cour juge que lorsque l'opposition (en l'occurrence au service militaire) est motivée par un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir (dans l'armée) et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre, au point d'établir une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance, l'État doit rechercher des alternatives.

CEDH, 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, § 206. La Cour européenne, considère que « les États sont tenus d'organiser leur système de santé de manière à garantir que l'exercice effectif de la liberté de conscience des professionnels de la santé dans le contexte de leurs fonctions n'empêche pas les patients d'accéder aux services auxquels ils ont droit en vertu de la législation applicable »<sup>15</sup>. Bien qu'elle n'ait reconnu explicitement aucun droit à l'avortement<sup>16</sup> et que l'État n'apporte pas la preuve d'effets négatifs sur la liberté des femmes,

CEDH, déc., 11 févr. 2020, *Grimmark et Steen c. Suède* (déc.), n° 18724/05.

la Cour déclare irrecevable une requête contre le refus d'embaucher des sages-femmes refusant de pratiquer des IVG<sup>17</sup>.

Une lecture trop politique des choses, qui placerait les droits en valeur absolue, notamment quand il s'agit des « droits des femmes », conduit à délégitimer les intérêts des professionnels de santé et à déshumaniser leur rôle. Ainsi, on peut lire des réquisitoires à charge contre les clauses de conscience qualifiées d'« acte de trahison » qui priverait des droits fondamentaux de leur substance<sup>18</sup>. Ce raisonnement opère une série de raccourcis qui sont autant de confusions. D'abord, il entérine le fait d'assimiler certains actes légalement réservés aux médecins à des soins (au sens premier, thérapeutique, du terme). Or, les actes sur lesquels portent les clauses de conscience ne sont pas de la thérapie. La recherche sur l'embryon, l'interruption volontaire de grossesse, bientôt l'euthanasie, visent d'autres buts (sans juger ici de leur autre légitimité) que de rétablir un état de santé. Le débat porte donc sur la notion de soin et sur les missions des « soignants ». Ensuite, ce raisonnement perçoit les professions médicales comme des missions d'intérêt général, qu'elles s'exercent de manière libérale ou dans le cadre d'une plus ou moins forte inclusion dans la sphère du service public, surtout si on mobilise le critère du financement de l'acte par la solidarité nationale. Ainsi, on exigerait de tous les professionnels de santé qu'ils assument l'intégralité de leurs compétences. À cela s'ajoute le fait que le soignant peut accepter de réaliser certains actes qu'il répugne plus tard à effectuer. L'y contraindre serait ainsi faire de ces métiers un sacerdoce, hors de tout propos juridique lorsqu'il ne s'agit pas d'une profession réglementée au sens « d'office ». Une compétence comme aptitude à exercer une profession

---

<sup>13</sup>CEDS, 10 septembre 2013, *Fédération internationale pour le Planning familial c. Italie*, n° 87/2012, § 163

<sup>14</sup>CEDH, GC, 7 juillet 2011, *Bayatyan c/ Arménie*, n° 23459/03.

<sup>15</sup>CEDH, 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, § 206.

<sup>16</sup>CEDH, GC, 16 décembre 2010, *A. B. C., c. Irlande*, n° 25579/05, § 214.

<sup>17</sup>CEDH, déc., 11 févr. 2020, *Grimmark et Steen c. Suède* (déc.), n° 18724/05.

<sup>18</sup> T. Gründler, « La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ? », *Droit et cultures* [En ligne], 74, 2017-2

offre la liberté de le faire, et pas une obligation, même dans un système de monopole médical (il a pour but de s'assurer de qualités professionnelles).

Ici est le rôle du législateur serait de permettre à l'employeur de répondre à cette demande sociétale des « soignants » autant qu'il sert celle des patients potentiels. La clause de conscience n'est pas un acte de désobéissance civile, encore moins une « trahison ». Elle est instituée (il ne s'agit donc pas de désobéir mais d'exercer une faculté légale) et elle doit l'être (car il s'agit d'une dérogation jugée légitime, autant que l'IVG ou l'euthanasie dérogent elles-mêmes à d'autres valeurs). Il revient donc à l'employeur, + caractère propre de l'établissement, service public ou non, de déterminer ce qu'il attend de ces salariés ou agents, et non à l'Etat de le faire de manière générale. Certains, s'appuyant implicitement sur la distinction entre « droit » et « liberté », estiment que l'opposabilité d'un « vrai » droit impliquerait que les prestataires d'IVG y soient contraints. On peut admettre qu'il en aille en effet de l'efficacité du droit d'accès, mais pas de l'effectivité du droit à l'IVG, reconnu et appuyé sur d'autres dispositions comme le remboursement par l'assurance maladie ou encore les différents délits d'entrave à l'IVG, notamment par le délit de désinformation<sup>19</sup>.

L'objection est une exception qui rend à l'individu le soin d'arbitrer un conflit entre ces deux normes ou valeurs. Variant selon les différentes clauses de conscience, les textes ne définissent pas ou peu les motifs de conscience recevables, laissant à l'individu le soin de se décider. Concernant la clause générale de refus de soin du code de déontologie, il ne s'agit que de « motifs personnels ou professionnels ». S'agissant de l'IVG, rien n'est indiqué. Le professionnel de santé peut donc s'abstenir parce que ce n'est pas rentable, parce qu'il est contre par principe, ou bien en fonction de l'avancée de la grossesse (il définit alors lui-même les délais admissibles) ou bien encore par paternalisme dans l'intérêt de la femme. L'absence d'indications quant à la teneur des motifs permet ainsi de retenir des éléments ne relevant pas de la liberté de conscience. Une « conviction » doit pourtant avoir une certaine constance, une forme de cohérence et revêtir une importance certaine pour la personne qui l'invoque<sup>20</sup>.

Il est possible que la manière dont les clauses de conscience ont été instituées ait été trop libérale et que le résultat soit un pouvoir arbitraire de se soustraire discrétionnairement à certaines missions<sup>21</sup>. Les contours de la liberté d'objection doivent guider les éléments d'une législation plus performante et plus juste. Plusieurs traits la caractérisent : d'abord, l'existence de deux valeurs légalement protégées, donc juridiquement consacrées comme politiquement légitimes, ensuite, un équilibre déterminé par la loi qui ouvre la possibilité d'y déroger, donc l'existence d'une base légale, ensuite encore, le soin laissé à l'individu de déterminer lui-même l'équilibre en ce qui le concerne, enfin l'absence de discrimination, même implicite.

---

<sup>19</sup> Loi du 20 mars 2017

<sup>20</sup> CEDH, 2 décembre 2021, *De Wilde c. Pays-Bas*, n° 9476/19

<sup>21</sup> M-H Bernard-Douchez, préc.