



**HAL**  
open science

# Le rôle des politiques sociales et sanitaires dans la lutte contre les discriminations en matière de santé

Dominique Viriot-Barrial

► **To cite this version:**

Dominique Viriot-Barrial. Le rôle des politiques sociales et sanitaires dans la lutte contre les discriminations en matière de santé. *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2017, 16. hal-04207000

**HAL Id: hal-04207000**

**<https://hal.science/hal-04207000>**

Submitted on 14 Sep 2023

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

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

## La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

### Le rôle des politiques sociales et sanitaires dans la lutte contre les discriminations en matière de santé

**Dominique Viriot-Barrial**

Professeur à Aix Marseille Univ, CDS, centre de droit social, Aix-en-provence, France

Si traditionnellement lorsque l'on parle de discrimination et santé on pense immédiatement aux nombreuses affaires dans lesquelles la santé est apparue comme un critère de discrimination empêchant un individu d'accéder à un poste ou d'obtenir des services, les événements récents mettent en exergue une problématique qui sans être nouvelle prend une dimension renouvelée. Les graves crises financières qui ont secoué les pays de la zone euro et en particulier la France ont engendré dans une partie de la population des conditions de précarité qui n'ont pu qu'aggraver les disparités en matières de droits et en particulier d'accès aux droits les plus élémentaires comme l'accès aux soins. Dans cette même optique, l'explosion des flux migratoires impose de s'interroger indubitablement, au vu de la précarité dans laquelle les migrants arrivent, à la possibilité pour le système santé de faire face à cette nouvelle demande. Un système de santé qui se trouve dans une situation à flux tendus en terme financier engendre un certain nombre de tensions quant au respect de l'égal accès aux soins<sup>1</sup>, qui n'est malheureusement pas un problème purement français comme le mettent en exergue certaines organisations à vocation internationale comme l'OMS ou encore médecins du monde<sup>2</sup>. Nos propos

ne seront pas de traiter de l'ouverture de l'accès aux soins par les multiples dispositifs qui existent (CMU, PUMA, CP-CMU, AME ...) mais bien de se centrer sur la volonté politique de sanctionner toute discrimination dans cet accès à la santé.

La discrimination au sein du domaine de la santé fait appel à un nombre de situations diversifiées que les politiques sociales et sanitaires apprennent peu à peu à gérer selon deux axes majeurs. Le premier concerne la consécration d'un véritable droit à l'égal accès à la santé centré non pas sur des aspects objectifs comme le problème des déserts médicaux mais sur les caractéristiques liées à la personne ce qui sous-tend la problématique discriminatoire. Le second aspect conduit à centrer les réflexions sur la santé comme vecteur de discriminations en prenant la santé et plus précisément la protection de la santé comme justificatif à un comportement apparemment discriminatoire mais aussi plus classiquement comme un véritable critère de situations discriminatoires.

#### I – L'accès à la santé, source de discrimination

L'égal accès aux soins apparaît comme un droit reconnu et entraîne de manière corollaire une interrogation sur l'appréciation de la légitimité du refus de soins apparemment discriminatoire.

##### A- L'accès à la prévention et aux soins non discriminatoire : un droit reconnu ?

L'égal accès à la prévention et aux soins trouve son fondement dans deux types de sources. La première est indirecte et très générale et revêt une nature pénale. La seconde est spécifique au domaine de la santé et trouve sa source dans le code de la santé publique. On pourra au préalable rappeler que la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, dans son article 2, consacre dans l'optique du respect du principe d'égalité, l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race en matière en particulier de protection sociale, de santé ou d'avantages sociaux.

##### 1- Dans le code pénal

L'accès à la prévention et aux soins trouve une protection générale dans les dispositions du code pénal en particulier dans le chapitre V du titre II livre I<sup>er</sup> (relatif aux crimes et délits contre les personnes) intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne ». En effet ce chapitre consacre

1 - Carde E., 2007, « Les discriminations selon l'origine dans l'accès aux soins », Santé Publique, no.2, 99-110.

DOI : 10.3917/spub.072.0099 ; Carde E., 2009a, « Quinze ans de réforme de l'accès à une couverture maladie des sans-papiers », Mouvements, en ligne <http://www.mouvements.info/Quinze-ans-de-reforme-de-l-acces-a.html> ». DOI : 10.3917/mouv.059.0143 ; Carde E., 2009b, « Les restrictions apportées au droit aux soins des étrangers sont-elles discriminatoires ? La loi et l'illégitime », Santé Publique, no.3, 331-337 ; Cognet M., Gabarro C., Adam-Vezina E., 2009, « Entre droit aux soins et qualité des soins », Hommes et Migrations, no.1282, 54-65. DOI : 10.4000/hommesmigrations.443 ; COMEDE, 2009, La santé des exilés, Rapport d'activité et d'observation COMEDE 2008, <http://www.comede.org/IMG/pdf/rapp-comede08.pdf>

2 - Médecins du Monde, 2010, Observatoire de l'accès aux soins de la mission France. Rapport 2009, Médecins du Monde, <http://www.medecinsdumonde.org/fr/Presse/Dossiers-de-presse/France/L-acces-aux-soins-des-plus-demunis-en-2010/remise-en-cause-d-un-systeme-social-solidaire> ; Mizrahi A., 2006, Morbidité et soins médicaux au x personnes nées à l'étranger, ARgSES. [http://argses.free.fr/textes/41\\_Morb\\_et\\_CM\\_etrangers\\_2006.pdf](http://argses.free.fr/textes/41_Morb_et_CM_etrangers_2006.pdf) ; Organisation Mondiale de la Santé, 2005, Migrations internationales, santé et droits humains, Genève, Organisation Mondiale de la Santé. [http://whqlibdoc.who.int/publications/2005/924256253X\\_fre.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2005/924256253X_fre.pdf)

une des incriminations fondamentales liées à la dignité à savoir les discriminations. Si l'on se penche sur l'article 225-2 du code pénal ce dernier prévoit entre autres comme élément matériel constitutif, dans son 1<sup>o</sup>, le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service. Si classiquement le texte reçoit beaucoup plus souvent application à propos de restaurateurs, d'hôteliers, de tenanciers de débits de boissons<sup>3</sup> et, de façon plus générale, à l'égard de tous les artisans, commerçants, industriels et prestataires qui vendent des biens et des services<sup>4</sup>, la doctrine n'a pas hésité à confirmer que le domaine d'application du texte pouvait s'étendre aux prestations médicales ou paramédicales (refus de soins par un médecin, un infirmier, un dentiste, etc.)<sup>5</sup>. Or derrière ces termes et en particulier le refus de service, cela peut recouvrir le refus de soins ou plus largement le refus d'accéder à une prestation liée à la santé. Ce refus de soins pourra en fait être lié à l'un des critères définis à l'article 225-1 du code pénal qui dans sa dernière rédaction en comporte près d'une vingtaine, dix-neuf pour être précis<sup>6</sup>. Sans faire une énumération exhaustive de ces critères, on peut préciser que chacun de ces critères peut a priori soutenir une discrimination en matière d'accès aux soins. Mais comme on le verra ultérieurement le critère de la situation financière (qui est désormais doublé par celui de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur) et celui de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée étaient jusque-là les deux critères les plus marquants. Pour autant de nouveaux critères apparaissent désormais élargir de plus en plus dans le domaine de la santé. On peut citer l'orientation ou l'identité sexuelle mais aussi plus récemment le critère de la perte d'autonomie, critère créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. En effet ne pourrait-on penser que ce critère caractéristique des personnes âgées pourrait être le fondement d'un refus de soins ? Connaissant l'état de

la médecine générale et de l'impossibilité des médecins généralistes à faire face aux demandes de soins, la prise en charge d'une personne en manque d'autonomie peut bien évidemment représenter pour le médecin une charge supplémentaire (visites à domicile, suivi plus assidu surtout si l'on arrive aux situations de fin de vie). Cela le poussera à refuser des patients trop chronophages en temps et en suivi. Dans cette même optique, cette même loi a intégré un nouveau critère lié directement ou indirectement à la condition sociale tel que la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur. La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a aussi, dans une optique de lutte contre l'exclusion de la population des jeunes adultes souvent dans une situation précaire, renforcé leur droit à l'information en cette matière en modifiant l'article L. 262-2 du code de la sécurité sociale et facilité l'accès à la protection complémentaire selon l'article L. 861-1 du même code. On peut remarquer dans cette mouvance que le droit d'accès aux soins des détenus a aussi été reconnu par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 dans cette optique d'égal accès aux soins<sup>7</sup>.

Mais si cet égal accès aux soins est ainsi visé de manière générale, il l'est plus précisément dans le cadre du code de la santé.

## 2- Dans le code de la santé publique

L'affirmation du principe dans le code de la santé se fonde sur deux articles. En premier lieu, l'article L1110-3 premier alinéa modifié par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 précise qu'« aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins ». On retrouve cette idée dans la partie plus déontologique du code puisque l'article L.4127-7 du même code (anc. Art.7 code de déontologie médicale) réaffirme le principe selon lequel «le médecin doit écouter, examiner, conseiller avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou non appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée...». La nécessité d'un comportement professionnel non discriminatoire apparaît donc comme fondé sur des critères qui semblent être tout de même en retrait par rapport à ceux visés dans le droit commun des discriminations. Cet aspect déontologique est renforcé par le fait que ce respect d'un accès non discriminatoire apparaît comme une des missions essentielles du conseil national de l'ordre, mission réactualisée par la loi de modernisation de notre système de santé. En effet dans sa nouvelle rédaction, l'article L4122-1 précise que le conseil national (...) évalue, en lien avec des associations de patients agréées en application de l'article L. 1114-1 et selon des modalités précisées par décret, le respect du principe de non-discrimination dans l'accès à la

3 - ex. T. corr. Strasbourg, 21 nov. 1974, D. 1975. 492, note J. Foulon-Piganiol ; T. corr. Nantes, 1<sup>er</sup> mars 1990, Dr. pénal 1991. Comm. 47, note M. Véron.

4 - (par ex. une compagnie aérienne, CA Paris, 19 sept. 1994, Juris-Data no 022591, JCP 1995. II. 22511, note I. Moine ; les exploitants d'une salle de cinéma, Crim. 20 juin 2006, no 05-85.888, Dr. pénal 2006. Comm. 133, note M. Véron.

5 - M. Danti-Juan, discrimination, répertoire de droit pénal et procédure pénale, Dalloz, 2011, spéc. n°12.

6 - Article 225-1 modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

7 - M. Guigue et A. Ponselle, présentation du principe de l'accès aux soins des détenus consacré par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, revue droit et santé, n°35, p. 258.

prévention ou aux soins, mentionné à l'article L. 1110-3, par les membres de l'ordre. Il lui revient de mesurer l'importance et la nature des pratiques de refus de soins par les moyens qu'il juge appropriés. ...

Mais on retrouve aussi dans le cadre de professions ou prestations médicales très spécifiques, cette référence récurrente à la non-discrimination dans le domaine de la santé. On peut citer l'article R6312-16 du code de la santé publique qui précise que le transport médicalisé est effectué dans le respect du libre choix du malade et sans discrimination d'aucune sorte entre les malades ou encore l'article R1132-13 du code de la santé publique qui prévoit que le conseiller en génétique aide chaque personne qui le consulte avec la même conscience et sans discrimination, quels que soient les sentiments qu'il peut éprouver à son égard et sans chercher à exploiter sa confiance en vue d'un avantage personnel ou financier. Enfin sur le critère discriminatoire du handicap, l'article D5232-5 du code de la santé publique précise que le prestataire de services et le distributeur de matériels prennent en charge la personne malade ou présentant une incapacité ou un handicap avec la même conscience sans discrimination et sans chercher à exploiter sa confiance en vue d'un avantage personnel ou financier.

Si cette consécration expresse de l'interdiction de la discrimination en matière d'accès à la santé est marquante, elle entraîne une réflexion sur l'appréhension du refus de soins discriminatoire.

## *B- L'appréhension du refus de soin discriminatoire par le professionnel de santé*

Le refus de soins a souvent été envisagé sous un double aspect le refus d'être soigné ou le refus du professionnel de soigner<sup>8</sup>. On se centrera sur le refus de soins par le professionnel de santé qui a fait l'objet de nombreuses études et rapports très exhaustifs sur la question<sup>9</sup> qui met en exergue une certaine typologie du refus de soins. Cette dernière inclut aussi bien les refus explicites que les refus implicites, à savoir les pratiques rendant le soin quasiment impossible en raison des obstacles que le malade se voit opposer par le professionnel ou l'établissement. Le refus de soins peut ainsi prendre la forme d'une dissuasion, notamment financière, conduisant à un renoncement aux soins de la part du malade dès lors doit-on s'interroger sur une politique de santé publique qui veillerait à contrôler de manière drastique l'ensemble de ces pratiques dont on ne peut nier le caractère discriminatoire. Il conviendra dans cette étude de se centrer, en premier lieu, sur les critères

qui actuellement sont les plus marquants dans cet accès aux soins et en second lieu d'analyser les situations qui pourraient justifier cette approche discriminatoire.

### *1- Les critères du refus de soins discriminatoire*

L'analyse de ces critères montre que le refus discriminatoire est souvent attaché à des critères liés à la personne puisque par exemple l'inégal accès à la santé lié au territoire ne pourra se placer sur ce terrain. Cette politique de lutte contre l'inégal accès aux soins s'est considérablement renforcée avec une consécration générale dans le code de la santé publique par renvoi au droit commun pénal des discriminations mais aussi par l'émergence d'une protection plus ciblée au sein du code de la santé publique eu égard au critère spécifique de la situation financière.

#### *a- Une politique de santé publique consacrée par le code de la santé publique par référence au code pénal*

C'est l'article L1110-3, dans son deuxième alinéa, qui consacre cette interdiction du refus de soins discriminatoire en précisant qu'« un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne pour l'un des motifs visés au premier alinéa de l'article 225-1 ou à l'article 225-1-1 du code pénal ». Dans cette optique plusieurs problématiques actuelles ont été repensées dans le cadre d'une réelle politique de soutien à l'accès aux soins. On citera deux exemples.

Le premier exemple touche les politiques en matière d'accès aux soins des étrangers.

Dès 1998<sup>10</sup>, la loi française prévoyait la délivrance d'une carte de séjour temporaire d'un an à l'étranger « résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire ». Le droit d'obtenir cette carte de séjour n'était mis à mal uniquement lorsqu'existait un traitement adéquat dans le pays d'origine encore fallait-il que l'étranger ait un accès effectif aux soins dans leur pays d'origine. Cette dernière précision n'étant pas explicitée par la loi, le 7 avril 2010, deux décisions du Conseil d'État<sup>11</sup> ont précisé que la condition d'accès « effectif » aux soins recouvrait la vérification, non seulement de l'existence de l'offre médicale appropriée dans le pays d'origine mais également des possibilités effectives de l'intéressé d'en bénéficier en fonction de ses ressources, du bénéfice éventuel d'une prise en charge financière, ou encore de la région dont

8 - [http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapp\\_refus\\_soins\\_ann\\_ids\\_env\\_sb\\_1106\\_av\\_140610.pdf](http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapp_refus_soins_ann_ids_env_sb_1106_av_140610.pdf).

9 - Résoudre le refus de soins, rapport annuel sur le respect des droits des usagers du système de santé, adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin 2010 ([www.sante-sports.gouv.fr/rapports-sur-le-respect-des-droits-des-usagers-du-systeme-de-sante.html](http://www.sante-sports.gouv.fr/rapports-sur-le-respect-des-droits-des-usagers-du-systeme-de-sante.html)) et son annexe, [www.sante-sports.gouv.fr/IMG/pdf/rapp\\_refus\\_soins\\_ann\\_ids\\_env\\_sb\\_1106\\_av\\_140610.pdf](http://www.sante-sports.gouv.fr/IMG/pdf/rapp_refus_soins_ann_ids_env_sb_1106_av_140610.pdf)

10 - Celui-ci a été introduit par la Loi Chevènement n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile qui a créé dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, un article 12 bis. Depuis, l'ordonnance de 1945 a été codifiée dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ceseda). Le dispositif de droit au séjour pour raison médicale figure désormais au 11° de l'article L.313-11 du ceseda.

11 - S.-J. Liéber, D. Botteghi, « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », AJDA 2010 p.881.

il est originaire en particulier la précarité de la situation financière du demandeur corrélée à l'absence de dispositif de prise en charge financière des soins par la collectivité. Pour le Conseil d'État, comme le ministre de l'intérieur l'avait rappelé par voie de circulaire dès mai 1998, avant de refuser de se conformer à ses propres instructions, la vérification de la condition d'accès « effectif » aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi implique de prendre en compte à la fois : l'existence des traitements et des structures médicales appropriés sur le territoire du pays concerné ; la disponibilité actuelle et future de cette offre de soins en nombre et en qualité suffisants tenant compte le cas échéant des ruptures d'approvisionnement et des aléas techniques ; l'accessibilité concrète des soins tant dans ses dimensions économique, compte tenu de leur coût, des ressources de l'intéressé et du bénéfice éventuel d'une prise en charge financière par la collectivité, et géographique, qu'au regard de l'existence d'éventuelles discriminations ou de « toute autre circonstance exceptionnelle tirée des particularités de la situation de l'intéressé »<sup>12</sup>.

Puis l'article L 313 - 11 11° du Ceseda, modifié par la loi du 16 juin 2011<sup>13</sup> revenait à des conditions plus strictes pour la délivrance de cette carte de séjour puisqu'il ne visait plus que l'absence d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire et non l'effectivité du recours aux soins. Dès lors le problème pouvait se poser dans le cadre d'une compatibilité de certaines situations aux exigences de la CEDH. Même si classiquement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 3<sup>14</sup> reste prudente en la matière imposant à l'étranger de démontrer qu'il ne pourrait pas accéder aux soins appropriés<sup>15</sup>. Il faut que des « circonstances très exceptionnelles » et des « considérations humanitaires impérieuses » soient en jeu<sup>16</sup>. Ainsi le fait qu'en cas d'expulsion de l'État contractant le requérant connaîtrait une dégradation importante de sa situation - notamment une réduction significative de son espérance de vie - n'est pas suffisant en soi pour emporter une violation de l'article 3 de la Convention<sup>17</sup>. La CEDH précise que l'article 3 ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants ». Une approche restrictive de la condition d'accessibilité ne

serait donc pas contraire à la jurisprudence européenne<sup>18</sup>. Pourtant, la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France<sup>19</sup>, après quelques hésitations parlementaires, clarifie également les conditions d'exercice de certains droits essentiels. Il précise, dans un sens plus protecteur, le droit au séjour des étrangers malades, notamment en prenant en compte la capacité du système de soins du pays d'origine à faire bénéficier l'étranger du traitement que sa pathologie requiert. En effet l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) dans sa nouvelle rédaction modifie la rédaction de son 11°<sup>20</sup> en rajoutant la référence à un recours effectif au traitement eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire. Quant à la procédure, cette dernière a fait l'objet d'un certain nombre de critiques de la part des associations plus précisément quant au transfert des compétences d'évaluation médicale des médecins des ARS vers un collège de médecins de l'office français de l'immigration et de l'intégration (OFII)<sup>21</sup>. En effet, elles relèvent que l'affiliation de l'OFII au ministère de l'intérieur alors que les ARS dépendent du ministère de la santé risque d'orienter les avis médicaux, qui seraient rédigés avec une volonté de contrôle des flux migratoires et non pas en vue d'assurer la continuité des soins.

Le deuxième exemple touche moins l'accès aux soins proprement dit que l'accès à des techniques médicales. A l'heure de la légalisation du mariage homosexuel en France par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>22</sup>, la

18 - S.-J. Liéber, D. Botteghi, « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », AJDA 2010 p.881.

19 - Diane Poupeau, « Droit des étrangers : adoption définitive du projet de loi », AJDA 2016 p.341.

20 - 11° A l'étranger résidant habituellement en France, si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié.

21 - Le décret n° 2016-1456 du 30 octobre 2016 (Diane Poupeau, « Réforme du droit des étrangers : les décrets d'application sont parus », AJDA 2016 p.2072.) fixe également les modalités de fonctionnement du futur collège de médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) à qui il reviendra, à compter du 1<sup>er</sup> janvier prochain et en lieu et place des médecins des agences régionales de santé, de formuler un avis sur toute demande de titre de séjour d'un étranger malade sur le fondement des dispositions de l'article L. 313-3 11° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Cet avis sera émis sur la base, d'une part, d'un rapport médical établi par un médecin de l'OFII et, d'autre part, des informations disponibles sur les possibilités de bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans le pays d'origine de l'intéressé.

22 - B. Beignier et J.-R. Binet, Droit des personnes et de la famille, coll. Cours, LGDJ, 2015 spéc ; n°758 et la bibliographie citée : V. A. Mirkovic et A.-M. le Pourhiet, Mariage des personnes de même sexe. La controverse juridique, P. Téqui éd 2013, M. Lamarche, « Deux femmes, un homme et une femme, deux hommes : quel(s) mariage(s) pour le troisième millénaire, RLDC 2004/9, n° 380, pp. 33-38]. Hauser, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe, le paradoxe de la tortue d'Achille », JCP G 2012, doct., 1185 ; F. Dekeuwer-Défossez, « l'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », RLDC 2012/98 ; L. Aynès, « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe : trop ou trop peu », D. 2012, p. 2750.

12 - Ibid.

13 - Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

14 - Une mesure d'éloignement à l'encontre d'un étranger « dont l'état de santé est critique et qui serait renvoyé vers un pays où il serait privé de soins médicaux méconnaît l'article 3 de la Convention (CEDH 2 mai 1997, D. c/ Royaume-Uni, req. n° 30240/96).

15 - décision d'irrecevabilité du 15 nov. 2001, Karagoz c/ France, req. n° 47531/99, AJDA 2002. 500, chron. J.-F. Flauss.

16 - CEDH 2 mai 1997, D. c/ Royaume-Uni, req. n° 30240/96).

17 - CEDH, 27 mai 2008, N. c/ Royaume-Uni (req. n° 26565/05).

procréation médicalement assistée (PMA) fait aujourd'hui l'objet de nombreux et animés débats<sup>23</sup> et met en avant les enjeux d'une réforme. En effet, la PMA est accessible uniquement aux couples dont l'un des membres est victime d'une infertilité médicalement constatée ou aux couples dont l'homme ou la femme présente une maladie grave susceptible d'être transmise à l'enfant donc réservé aux seuls couples hétérosexuels. Or certains ont pu critiquer la référence à un modèle familial discriminant. Et ce d'autant plus que la France a été condamnée une nouvelle fois par la CEDH par deux arrêts du 21 juillet 2016, affaires Foulon et Bouvet contre France<sup>24</sup> pour avoir refusé la transcription de l'état civil des actes de naissance d'enfants né sous la technique de la gestation pour autrui. Cette condamnation apparaît dans le prolongement de la jurisprudence *Mennesson et Labassée*<sup>25</sup>. Les fondements sont toujours les mêmes à savoir que le refus par la Cour de cassation<sup>26</sup> de reconnaître la filiation biologique d'un enfant constitue une violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale, notamment son droit d'établir une filiation et connaître son identité, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. On peut s'étonner de ces nouvelles décisions face à l'évolution récente de la jurisprudence se prononçant en faveur de l'inscription à l'état civil des enfants nés à l'étranger sous GPA<sup>27</sup>, Mais dans l'affaire soumise à la CEDH, un problème supplémentaire lié à l'autorité de la chose jugée empêchait les requérants de pouvoir invoquer le revirement de jurisprudence, problème qui désormais sera réglé par la loi sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. En effet, le nouvel article L. 452-1 du code de l'organisation

judiciaire<sup>28</sup> permet le réexamen d'une décision définitive rendue en matière d'état des personnes suite à un arrêt de la CEDH qui constaterait entre autres une violation de la convention. Parmi les nombreuses questions soulevées par la doctrine<sup>29</sup> en matière de GPA, apparaît alors celle de savoir si le principe péremptoire de protection de « l'intérêt supérieur de l'enfant » pourrait surpasser la question de sa naissance à l'étranger par le recours à une mère porteuse. Il convient de préciser que le Conseil État, en se fondant sur le seul intérêt de l'enfant, a déjà réagi face à ces situations en adoptant des décisions lui étant favorables dès 2011<sup>30</sup> et récemment par une ordonnance en date du 3 août 2016<sup>31</sup>. Comme le remarque la doctrine<sup>32</sup>, si la portée primordiale accordée par le Conseil d'État à l'intérêt supérieur de l'enfant, posée par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE, art. 3, § 1), a permis d'éviter l'hypothèse d'abandon par la mère d'intention, elle est loin de résoudre toutes les difficultés liées à la GPA.

Mais à côté de ces critères largement repris du code pénal apparaissent certains critères plus spécifiquement visés par le code de la santé publique.

### **b- Le critère valorisé par le code de la santé publique : la situation sociale et financière**

Si d'une manière générale le code pénal vise spécifiquement les critères relatifs à la situation économique de la personne comme critères discriminatoires pour favoriser l'accès aux soins, le code de la santé publique, couplé avec les circulaires ministérielles, met en exergue ces types de critères<sup>33</sup>. Ainsi dans une optique fortement symbolique,

23 - B. Beignier et J.-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, coll. Cours, LGDJ, 2015 spéc ; n°758 et la bibliographie citée V. H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? » JCP G, 2013, n° 658, pp. 1123-1133, P. Murat, « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », Dr. famille, juillet-août 2013, pp. 30-34 ; B. de Boysson, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives, famille, juillet-août 2013, pp. 35-37 ; F. Chénéde, «...Et demain, la gestation pour autrui ? », Dr. famille, juillet, pp. 40-43 ; I. Corpart, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », AJ famille, juin 2013, p40-43 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté », RLDC/105, n° 5126, pp. 40-42 ; C. Brunetti-Pons, « L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite Mariage, RLDC/105, juin 2013, n° 5143, pp. 73-78. Adde, F. Millet, « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique, Défrénois, n° 09/05, art. 38153, pp. 743-760.

24 - req. n° 9063/14 et 10410/14, Foulon et Bouvet c/France), v. L. SAHEB-GHEZALI, « GPA : une nouvelle condamnation de la France par la CEDH », RDS, n°74, p. 907.

25 - CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, D. 2014, p. 1797, note Chénéde ; *ibid.*, p. 1773, chron. Fulchiron et Bidaud-Garon ; *ibid.*, p. 1787, obs. Bonfils et Gouttenoire ; AJ fam., 2014, p. 499, obs. Haftel ; RDSS, 2014, p. 887, note Bergoignan-Esper ; RTDciv., 2014, p. 616, obs. Hauser ; 26 juin 2014, *Labassée c/France*, n° 65941/11, D. 2014, p. 1797, note Chénéde ; *ibid.*, p. 1787, obs. Bonfils et Gouttenoire ; AJfam., 2014, p. 499 ; RTD civ., 2014, p. 616, obs. Hauser ; *ibid.*, p. 835, obs. Marguénaud.

26 - Cass 1<sup>re</sup> civ., n° 12-30.138 et 12-18.315, AJfam., 2013, p. 532.

27 - Cass., ass. plén., du 3 juillet 2016 n° 14-21.323 et n° 15-50.002, corn. L. Lambert-Garrel, RDS, n° 67, 2015, p. 702

28 - Article L452-1 créé par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 42 (V) Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéficiaire de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions.

29 - L. Saheb-Ghezali, pré-cité.

30 - Voir aussi dans le même sens : CE, 4 mai 2011, n° 348778, *Ministre d'État, ministre des Affaires étrangères et européennes c/ Morin*, publié au Lebon ; AJDA, 2011, p. 928 ; D. 2011, p. 1347 ; *ibid.*, p. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

31 - Ord. CE, 3 août 2016, n° 401924 : il a après la condamnation de la France par la CEDH, ordonné au ministre des Affaires étrangères de délivrer, à titre provisoire, un laissez-passer consulaire au profit d'un enfant né en Arménie « quand bien même sa naissance résulterait d'une convention de gestation pour autrui ». La Haute juridiction administrative, sans se prononcer ni sur la nationalité, ni sur la filiation de l'enfant, fait reposer sa décision sur le seul intérêt supérieur de l'enfant pour permettre la délivrance d'un certificat d'entrée sur le territoire français.

32 - L. Saheb-Ghezali, *ibid.*

33 - Circulaire DH/DAS n° 93-33 du 17 septembre 1993 et circulaire n° 95-08 du 21 mars 1995 relatives à l'accès aux soins des personnes les plus démunies.

l'article L. 1411-1-1 du CSP affirme que : « L'accès à la prévention et aux soins des populations fragilisées constitue un objectif prioritaire de la politique de santé. [...] . Mais plus précisément depuis la loi HPST de 2009, l'article L1110-3 deuxième alinéa précise qu' « un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne (...) au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit à l'aide prévus aux articles L. 861-1 et L. 863-1 du code de la sécurité sociale, ou du droit à l'aide prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles ». Dès lors un certain nombre de dispositifs d'aide, que l'on ne détaillera pas dans ce cadre, sont prévus pour favoriser l'accès aux soins, il est assez paradoxal de voir que les bénéficiaires en sont victimes par un comportement discriminatoire des professionnels de santé à leur égard. On a souvent entendu parler des problèmes liés aux bénéficiaires de la CMU, désormais remplacée par la protection universelle maladie (PUMA) conformément à la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016<sup>34</sup> et complétée par la CMU complémentaire (CMU-C) <sup>35</sup> régie par les articles L.861-1 et suivants du code de la sécurité sociale.

Mais ce refus de soins s'étend plus largement aux bénéficiaires de la CMU (PUMA), de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME. Le Défenseur des droits avait constaté dans son rapport remis au premier ministre en mars 2014 : « *il ressort de nombreux constats documentés que la complexité d'accès à ces dispositifs et/ou du maintien de l'ouverture des droits se traduit par un phénomène croissant de "non-recours aux droits"* ». Face aux difficultés d'établir les preuves d'un refus de soins, le Défenseur avait ainsi notamment recommandé : « *d'instaurer, en modifiant l'article L.1110-3 du code de la santé publique, un aménagement de la charge de la preuve en cas de plainte pour refus de soins fondé sur le type de protection sociale* ». Dans cette optique de lutte contre les comportements discriminatoires, la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a modifié l'article L.4122-1 du code de la santé publique. Ainsi, à partir de la publication du décret d'application prévu par le même article, il incombera aux Ordres professionnels « *d'évaluer, en lien avec des associations de patients agréées en application de l'article L.1114-1 et selon des modalités précisées par décret, le respect du principe de non-discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins, mentionné à l'article L.1110-3 (...). Il lui revient de mesurer l'importance et la nature*

*des pratiques de refus de soins par les moyens qu'il juge appropriés* ». Les organismes professionnels ont aussi agi dans cette optique comme par exemple la CNAM<sup>36</sup>.

Si le refus de soin lié à la CMU a fait couler beaucoup d'encre<sup>37</sup>, on peut se pencher plus spécifiquement sur l'AME ou encore aide médicale de l'État visée à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles visant plus spécifiquement les étrangers<sup>38</sup>. L'aide médicale de l'État (AME), créé par la loi du 27 juillet 1999 instaurant la CMU, est un dispositif permettant aux étrangers en situation irrégulière c'est-à-dire non bénéficiaire de la PUMA de bénéficier d'un accès aux soins. L'Article L251-1 du code de l'action sociale et des familles modifié par la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016 prévoit toutes les conditions pour bénéficier de cette aide<sup>39</sup>. Elle est attribuée majoritairement sous conditions de résidence stable et de ressources. Une fois attribuée, l'AME est accordée pour un an. Le renouvellement doit être demandé chaque année. L'AME donne droit à la prise en charge à 100 % des soins médicaux et hospitaliers, dans la limite des tarifs de la sécurité sociale. Enfin un dispositif supplémentaire pour assurer l'accès aux soins de personnes qui ne peuvent bénéficier de l'AME, le dispositif des soins urgents et vitaux (DSUV) a été créé en 2003 concomitamment à l'instauration d'un délai de résidence de 3 mois pour accéder à l'Aide médicale de l'État (AME). Le fonds pour les soins urgents et vitaux a pour objectif d'instaurer un financement de l'obligation déontologique des établissements de santé de délivrer des soins aux personnes démunies et dépourvues de droit à l'AME. Il

36 - E. Terrier, « CMU complémentaire et refus de soins, une nouvelle mise en demeure, circ. CNAM 61-2005 du 13 juin 2005 », revue droit et santé, n°8, p. 541.

37 - V. Pfister, « La raison du plus fort est toujours la meilleure, origine des inégalités économiques d'accès aux soins », RGDM, juin 2014, n°51, p. 195 ; F. Becquart, l'égal accès aux soins, mythe ou réalité, mémoire publié, LEH, BNDS, 2010 spéc ; p. 43 et s.

38 - P. Aeberhard et J. Lebas, L'accès aux soins des migrants, des sans-papiers et des personnes précaires, pour un droit universel aux soins, LEH, BNDS, 2011.

39 - Tout étranger résidant en France de manière ininterrompue depuis plus de trois mois, sans remplir la condition de régularité mentionnée à l'article L. 160-1 du code de la sécurité sociale et dont les ressources ne dépassent pas le plafond mentionné à l'article L. 861-1 de ce code a droit à l'aide médicale de l'Etat pour lui-même et pour :

1° Les personnes mentionnées aux 1° et 2° de l'article L. 161-1 du code de la sécurité sociale ;

2° Les personnes non mentionnées aux mêmes 1° et 2° vivant depuis douze mois consécutifs avec la personne bénéficiaire de l'aide mentionnée au premier alinéa du présent article et se trouvant à sa charge effective, totale et permanente, à condition d'en apporter la preuve dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Dans ce cas, le bénéfice de l'aide susmentionnée ne peut être attribué qu'à une seule de ces personnes.

En outre, toute personne qui, ne résidant pas en France, est présente sur le territoire français, et dont l'état de santé le justifie, peut, par décision individuelle prise par le ministre chargé de l'action sociale, bénéficier de l'aide médicale de l'Etat dans les conditions prévues par l'article L. 252-1. Dans ce cas, la prise en charge des dépenses mentionnées à l'article L. 251-2 peut être partielle.

De même, toute personne gardée à vue sur le territoire français, qu'elle réside ou non en France, peut, si son état de santé le justifie, bénéficier de l'aide médicale de l'Etat, dans des conditions définies par décret.

34 - L'article L.380-1 et suivant du code de la sécurité sociale. La protection universelle maladie assure désormais « *aux personnes qui exercent une activité professionnelle en France ou qui résident en France de façon stable et régulière, la prise en charge des frais de santé en cas de maladie ou de maternité, à titre personnel et de manière continue tout au long de la vie* ».

35 - Conformément aux informations résumées par le Fonds CMU, elle donne droit à la prise en charge gratuite de la part complémentaire des dépenses de santé y compris à l'hôpital. Sous la condition d'avoir une résidence régulière et stable en France et de disposer des revenus inférieurs au plafond fixé, les dépenses de santé sont prises en charge à hauteur de 100 % des tarifs de la sécurité sociale. De plus, la CMU-C inclut des forfaits de prise en charge pour les soins dentaires, les lunettes et les prothèses auditives. Les consultations sont payées directement au praticien par la sécurité sociale. Le bénéficiaire de la CMU-C est alors dispensé d'avance de frais.

visé à compenser partiellement l'exclusion des étrangers nouvellement arrivés en France du dispositif de l'AME. Ainsi, les soins urgents, dont l'absence de prise en charge mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou de l'enfant à naître, dispensés par les établissements de santé publics ou privés, sont pris en charge ponctuellement par l'État sous forme d'une dotation forfaitaire spécifique gérée par la CNAMTS (art L 254.1 du code ASF). Un effort important a été fait dans l'optique de l'information de ces populations défavorisées en éditant par exemple des guides<sup>40</sup>. Une fois encore il conviendra de veiller que l'ensemble de ces dispositifs créés pour favoriser l'égal accès aux soins ne se retourne pas contre leurs propres bénéficiaires. La loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion a aussi organisé la lutte contre les inégalités sociales en matière de santé en instituant les programmes régionaux pour l'accès à la prévention et aux soins (PRAPS). Il est en effet admis que : « la barrière financière à l'accès aux soins est évidente pour les populations en situation de précarité, mais l'exemple des pays qui ont institué cette couverture universelle depuis longtemps montre que cela ne règle pas tous les problèmes d'accès aux soins et à la prévention ». Les PRAPS ont notamment pour ambition de combattre les difficultés d'accès aux soins liées aux pratiques professionnelles. La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires leur confère une nouvelle ambition puisqu'elle précise que ce programme est une composante obligatoire du plan stratégique régional de santé que les agences régionales de santé (ARS) doivent élaborer.

Mais le refus de soins apparemment discriminatoire peut, en fait, se fonder sur une justification qui le rend légitime.

### 2- Les justifications du refus de soins potentiellement discriminatoire

Ces justifications et leurs conditions se trouvent dans le cadre du code de la santé publique spécifiquement dans l'article L1110-3 dernier alinéa du code de la santé qui légitime le refus de soins<sup>41</sup> fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins. Mais des réserves sont immédiatement posées qui touchent l'urgence et l'hypothèse où le professionnel de santé manquerait à ses devoirs d'humanité mais aussi une condition résidant dans la nécessité d'assurer la continuité des soins quelles que soient les circonstances, selon

l'article L. 6315-1 du présent code<sup>42</sup>.

La légitimité de certains refus de soins peut reposer sur une multitude de raisons qui devront bien évidemment être prouvées. Un certain nombre de raisons objectives peuvent être avancées telles que l'absence de compétence, la non-justification des soins ou encore leur caractère disproportionné. Bien évidemment le médecin peut aussi faire jouer la clause de conscience mais elle doit reposer sur des faits spécifiques comme par exemple en matière d'IVG pour lequel l'article L. 2212-8 CSP énonce qu'« un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais (qu') il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2. ». Hormis ces justifications que l'on peut qualifier d'objectives, d'autres seront plus aléatoires. Ainsi en est-il de la dégradation des relations entre praticien et patient qui induit une perte de confiance réciproque. Elle peut se manifester par une agressivité ou un refus de suivre ses prescriptions ou encore une assignation en justice. Encore faudra-t-il être sûr que ce comportement ne soit pas la conséquence d'un comportement préalablement discriminatoire. Mais le médecin doit même dans ces hypothèses prendre alors certaines précautions eu égard à l'article 6315-1 du code de la santé publique : il doit informer explicitement son patient de sa décision de cesser la poursuite des soins, et l'orienter vers un autre praticien. Au total, les motivations pour refuser des soins pour des raisons « personnelles ou professionnelles » peuvent être variées, et elles ne sont pas critiquables dès lors qu'une solution de suivi médical est proposée au patient. Mais il conviendra d'être très vigilant face à des refus de soins « déguisés » comme les délais déraisonnables ou les horaires tardifs proposés lors de prises de rendez-vous, ou encore le refus du tiers payant, ce dernier devant être généralisé dès fin 2017 même si le Conseil constitutionnel a modifié, par sa décision du 22 janvier 2016, la généralisation du tiers payant intégral. À partir du 30 novembre 2017, le tiers payant devient un droit pour tous les Français mais uniquement pour la partie obligatoire remboursée par la sécurité sociale contrairement à la partie remboursée par les complémentaires « santé ».

Enfin il convient de citer une situation récente pouvant potentiellement amener à un refus discriminatoire lié au critère de la résidence. En effet depuis la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, le critère de la résidence a été rajouté

40 - <http://inpes.santepubliquefrance.fr/CFESBases/catalogue/pdf/1663.pdf>

41 - Résoudre le refus de soins, rapport annuel sur le respect des droits des usagers du système de santé, adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin 2010 ([www.sante-sports.gouv.fr/rapports-sur-le-respect-des-droits-des-usagers-du-systeme-de-sante.html](http://www.sante-sports.gouv.fr/rapports-sur-le-respect-des-droits-des-usagers-du-systeme-de-sante.html)) et son annexe, [www.sante-sports.gouv.fr/IMG/pdf/rapp\\_refus\\_soins\\_ann\\_ids\\_env\\_sb\\_1106\\_av\\_140610.pdf](http://www.sante-sports.gouv.fr/IMG/pdf/rapp_refus_soins_ann_ids_env_sb_1106_av_140610.pdf).

42 - Article L6315-1 modifié par LOI n°2011-940 du 10 août 2011 - art. 10.

La continuité des soins aux malades est assurée quelles que soient les circonstances. Lorsque le médecin se dégage de sa mission de soins pour des raisons professionnelles ou personnelles, il doit indiquer à ses patients le confrère auquel ils pourront s'adresser en son absence. Le conseil départemental de l'ordre veille au respect de l'obligation de continuité des soins et en informe le directeur général de l'agence régionale de santé.

dans l'énumération des critères discriminatoires de l'article 225-1. Or dans une certaine typologie des refus de soins « limite », on cite l'hypothèse dans laquelle les médecins, et plus généralement les professionnels de santé, refusent de se déplacer dans des zones, souvent urbaines, où règnent l'insécurité et la violence. Si la crainte pour sa propre sécurité peut évidemment se comprendre, ce refus remet en cause l'accès aux soins des personnes qui vivent dans ces zones. Il n'est pas évident qu'un refus de soins fondé sur ce type de motif soit considéré comme licite, car il pourrait s'apparenter à une forme de discrimination. Mais l'article 225-3-5° légitime ces discriminations liées au lieu de résidence lorsque la personne chargée de la fourniture d'un bien ou service se trouve en situation de danger manifeste.

Ainsi, l'ensemble des politiques publiques tant liées à la santé publique qu'à d'autres domaines tels que le droit des étrangers a pour objectif de veiller fermement à la stigmatisation voire la sanction de tout comportement discriminatoire venant du professionnel de santé. Mais si l'accès aux soins peut être source de discrimination, la santé peut aussi être un vecteur de discrimination

## II- La santé, vecteur de discrimination

La santé peut apparaître comme un vecteur de discrimination selon un double aspect. En premier lieu, la protection de la santé peut apparaître comme un justificatif à d'éventuelles atteintes discriminatoires que le législateur ou le juge ont diversement appréciées. En second lieu, assez classiquement, la santé apparaît comme un critère classique de discrimination.

### A- La protection de la santé comme justificatif de discriminations dans les relations de santé

La protection de la santé, au sens large du terme a engendré un certain nombre de comportements qui pourraient a priori être qualifiés de discriminatoires.

#### 1- L'impératif de santé publique face à la discrimination religieuse

L'impératif de santé publique et plus spécifiquement de qualité des soins doit impérativement être appréhendé au regard d'autres exigences telles que par exemple la liberté religieuse. Déjà la Charte du patient hospitalisé annexée à la circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995 et réactualisée par la circulaire DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A n° 2006-90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées enserrait la liberté religieuse du patient dans un certain nombre de limites. Mais surtout le 23 février 2016 est paru le guide de l'observatoire de la laïcité intitulé « laïcité et gestion du fait religieux dans les établissements de santé » qui devient une référence à laquelle il importe

de se référer<sup>43</sup>. On se centrera sur la partie concernant le malade même si la liberté religieuse des personnels est aussi évoquée. Si la référence à l'article 10 de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 tempérée par l'article 4 est classique le guide rentre dans des précisions concernant diverses situations. En premier lieu il traite de la liberté de pratique de la religion tout en précisant que « ces droits s'exercent dans le respect de la liberté des autres. Tout prosélytisme est interdit, qu'il soit le fait d'une personne accueillie dans l'établissement, d'une personne bénévole, d'un visiteur ou d'un membre du personnel ». Puis le guide, en se référant classiquement à la charte des patients hospitalisés, précise que cette dernière va se reposer sur le principe de proportionnalité pour préciser que la règle de la liberté religieuse doit demeurer compatible avec les exigences d'une bonne dispensation des soins telle qu'elle est définie par l'équipe médicale. Que ce soit la circulaire précitée, la charte et le guide, on retrouve assez classiquement énoncées un certain nombre de limites à la liberté d'expression religieuse que ce soit :

- la qualité des soins et aux règles d'hygiène (le malade doit accepter la tenue vestimentaire imposée compte tenu des soins qui lui sont donnés) ;

- la tranquillité des autres personnes hospitalisées et de leurs proches ;

- le fonctionnement régulier du service ;

- Enfin une quatrième et nouvelle limite à l'expression de la liberté religieuse du patient apportée par la circulaire, interprétée comme la résultante des deux premières limites : le droit également reconnu à l'agent hospitalier de ne pas être discriminé pour des raisons religieuses. Cette nouvelle limite fut critiquée par certains, en ce qu'elle serait une remise en cause illégale d'une liberté « absolue » du patient à choisir son praticien, mais aussi en ce qu'elle présume que les discriminations à l'encontre des agents du service hospitalier résultent nécessairement d'un motif religieux. Le guide se penche sur la problématique du libre choix de son praticien et de son établissement de santé par le patient. S'il apparaît comme un droit fondamental de la législation sanitaire et un principe général du droit reconnu par le Conseil d'État, la circulaire tempère ce principe en énonçant que : « Toutefois, ce libre choix doit être exercé par le malade et non par un parent, un proche ou la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6 du code de la santé publique ; il doit au surplus se concilier avec diverses règles telles que l'organisation du service ou la délivrance des soins. En ce qui concerne l'organisation du service, le libre choix du praticien par le malade ne peut aller à l'encontre du tour de garde des médecins ou de l'organisation des consultations, conforme aux exigences de continuité prévues à l'article L. 6112-2 du code de la santé publique ».

43 - <http://www.gouvernement.fr/guide-laicite-et-gestion-du-fait-religieux-dans-les-etablissements-publics-de-sante-3855>.

Les circulaires, comme le guide de 2016, précisent même les mesures en cas de perturbation des services que le fait religieux peut entraîner en se référant à l'article. R. 1112-49 CSP qui précise que « le directeur prend, avec l'accord du médecin chef de service, toutes les mesures appropriées pouvant aller éventuellement jusqu'au prononcé de la sortie de l'intéressé ».

Le rapport sur la laïcité et la gestion du fait religieux dans les établissements de santé en février 2016 établi par l'observatoire de la laïcité, précise certaines situations pratiques telles que la dissimulation du visage en particulier depuis la loi du 11 octobre 2010, la possibilité ou pas de pratiquer à un examen médical si la patiente refuse d'enlever son voile ou encore de réaliser une intervention si le patient refuse de retirer son couvre-chef pendant l'opération. Le critère de la proportionnalité sera appréhendé avec justesse pour réaliser un véritable équilibre entre liberté religieuse et garantie des soins de qualité.

Mais cette protection de la santé publique a aussi été mise en exergue dans des situations dans lesquelles une discrimination liée à l'orientation sexuelle pouvait être relevée.

## 2- L'impératif de la santé publique face à la discrimination liée à l'orientation sexuelle.

Une récente problématique éthique a été mise en avant ces dix dernières années et qui concerne l'égalité d'accès au don de sang en particulier à l'égard d'une certaine catégorie de la population présentée comme entraînant un risque pour la santé publique<sup>44</sup>. Un certain nombre de personnalités politiques<sup>45</sup> et de courants de pensées<sup>46</sup> ont condamné cette situation de fait. Cette problématique qui semblait s'être résolue, par voie d'arrêté, en créant une contre-indication permanente dans le cadre des annexes et plus particulièrement d'un tableau des contre-indications entraînant un risque pour le receveur et ce malgré un certain nombre de critiques émanant soit du Comité National d'éthique en 2002 soit de la Halde dans une délibération

de février 2006<sup>47</sup>. Lors de la récente réforme des lois bioéthiques, cette problématique avait été évoquée qui a amené, le 6 avril 2011<sup>48</sup>, les sénateurs à examiner, dans le cadre de la réforme de la loi bioéthique, un amendement proposé par des parlementaires socialistes et écologistes visant à permettre aux hommes homosexuels de donner leur sang. Cet amendement proposait de rédiger un nouvel article 1211-6-1 aux termes duquel « Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle ». Le sénat a finalement adopté un sous-amendement indiquant que « nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de toute contre indication médicale » désormais inscrit dans l'article L. 1211-6-1 du code de la santé publique. Cependant, lors des débats parlementaires, la secrétaire d'État auprès du Ministre du travail, de l'emploi et de la santé chargée de la santé a bien confirmé que l'arrêté du 12 janvier 2009 était toujours applicable et qu'il existait toujours une contre-indication permanente pour un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme.

Pourtant ces deux dernières années le débat a rebondi. En effet, une question préjudicielle avait été posée à la CJUE au regard de l'annexe III 2004/33 ainsi libellée : la circonstance pour un homme d'avoir des rapports sexuels avec un autre homme constitue-t-elle en soi un comportement sexuel exposant au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et justifiant une exclusion permanente du don de sang ou est-elle simplement susceptible de constituer un comportement sexuel exposant au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et justifiant une exclusion temporaire du don de sang pendant une durée déterminée après la fin du comportement à risque<sup>49</sup> ? Le 20 avril 2015, la CJUE avait rendu une décision dans laquelle il ressortait que la contre-indication permanente du don de sang des hommes ayant eu des relations sexuelles avec d'autres hommes ne pouvait être regardée comme conforme au droit de l'union s'il existait des techniques efficaces permettant de détecter ses maladies ou à défaut des telles techniques des méthodes moins contraignantes qu'une telle contre-indication impose pour assurer un niveau élevé

44 - D. Viriot-Barrial, « Don de sang, transfusion sanguine : de l'altruisme à la responsabilité » in *Le sang, Donner et recevoir*, dir. J. Chiaroni, D. Chevè, C. Berland-Benhaim et P. Le Coz, CNRS édition, avril 2016, p. 61.

45 - Jack Lang s'est exprimé en 2009 dans une lettre écrite à Xavier Bertrand alors ministre de la santé. Il lui demandait d'accomplir un acte positif d'ouverture du don de sang aux homosexuels et d'en reconsidérer les motifs d'exclusion qui devraient reposer sur le critère du comportement à risque et non plus stigmatiser une population ou une orientation sexuelle.

46 - Le 27 avril 2009 le Grand Orient de France, la Grande Loge Féminine de France, la Fédération Française du Droit Humain ont condamné cette situation de fait en se fondant bien évidemment sur les droits fondamentaux mettant en avant que *la France demande courageusement dans le cadre de l'ONU, au nom de l'universalité des droits de l'homme, la dépénalisation générale de l'homosexualité alors qu'un citoyen homosexuel se vit refuser la possibilité de donner son sang. Outre le fait que de nombreux spécialistes du VIH contestent, chiffres à l'appui, la pertinence scientifique de cette position, cette discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et ostracisant des «groupes» de population distincts dans la société n'est pas acceptable au regard des principes républicains, et notamment du principe constitutionnel d'égalité devant la loi.*

47 - Délibération relative à l'exclusion de don de sang en raison de l'orientation sexuelle n° 2006-17 du 06/02/2006 : La HALDE a été saisie du refus d'accès au don du sang opposé aux personnes homosexuelles à l'issue de l'entretien médical préalable. Le Collège de la HALDE se réfère à l'avis rendu par le Comité consultatif national d'éthique qui considère que le don du sang est un devoir d'aide et d'assistance et décide que le refus d'accès au don du sang n'est pas un refus de fourniture d'un bien ou d'un service. La HALDE appelle néanmoins l'organisme de collecte de sang à établir un protocole de sélection des donneurs qui réponde au principe de sécurité et à celui de précaution tout en respectant, la directive 2002/98/CE du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité notamment pour la collecte du sang humain, la directive 2004/33/CE du 22 mars 2004 concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, et le décret 2006-99 du 1er février 2006.

48 - Débats parlementaires, Compte rendu intégral Sénat, séance du 6 avril 2011, article 5 quater AA.

49 - A. Nieto, La CJUE en faveur d'un don de sang pour tous ?, CJUE concl. Paolo Mengozzi, 17 juillet 2014, aff. C 528/13, Geoffroy Léger c. Ministère des affaires sociales et de la santé / ESF, rev. droit et santé, n°62, 1698.

de protection de la santé des receveurs. On relevait une double discrimination l'une concernant bien évidemment l'orientation sexuelle et la seconde le sexe puisque seuls les hommes étaient visés. Suite à ces différentes positions et consacrant une volonté gouvernementale, la Ministre de la santé Marisol Touraine a pris un arrêté du 5 avril 2015<sup>50</sup> qui permet aux hommes ayant eu une relation avec un autre homme de donner son sang mais dans un délai non pas de quatre mois qui s'applique aux personnes ayant eu un comportement sexuel « à risque » impliquant de nombreux partenaires comme cela est désormais visé dans l'arrêté de 2009 mais dans un délai de un an. Cette prise de position a été fortement critiquée<sup>51</sup> car elle associait homosexualité et séropositivité. On peut aussi préciser que la cour de cassation faisait œuvre de résistance. Dans un arrêt rendu le 08 juillet 2015<sup>52</sup>, cette dernière, en premier lieu, refuse la qualification de discrimination face au refus de don de sang matérialisant bien qu'il n'existe pas de droit au don de sang et que ce dernier ne peut rentrer dans la définition étroite du service tel que visé dans l'article 225-2 du code pénal. Dans un second temps, elle précise que l'exception à l'exigence d'un consentement de la personne à l'enregistrement et à la conservation de données personnelles relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle, qui découle des dispositions combinées des articles 226-19 du code pénal et 8 de la loi du 6 janvier 1978, constitue une mesure légitime, nécessaire à la protection de la santé, définie par la loi avec suffisamment de précision pour éviter l'arbitraire, et de nature à assurer, en l'état, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de la santé publique, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée ». L'individu avait pu être « fiché » comme homosexuel dès un premier don de sang et cela l'a empêché de pouvoir lors d'un don suivant être accepté comme donneur.

Dés lors est intervenue une modification du code de la santé publique et plus particulièrement de l'article L1211-6-1 Code de la santé publique modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. Cet article prévoyait initialement que « Nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de contre-indications médicales ». A été rajouté de manière symbolique que « Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle. ». Pour autant l'arrêté de 2015 dans sa version consolidée au 1er février 2017 prévoit toujours dans le tableau de son annexe II une contre-indication pour les hommes ayant eu des rapport (s) sexuel (s) avec un autre homme mais avec de savantes distinctions quant au délai

50 - Arrêté du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, JORF n°0085 du 10 avril 2016, texte n° 8,

51 - PORCHER R, « De l'hypocrisie de nos politiques : étude succincte d'une aberration ministérielle relative à l'ouverture du don de sang aux hommes homosexuels »

52 - Crim 08 juillet 2015 n° 13-86.267 ; v. PORCHER R., « Regards croisés sur l'impossibilité pour les hommes homosexuels de donner leur sang », RDS n° 66, 2015, p. 598

de contre-indication oscillant entre quatre mois et un an<sup>53</sup>.

Enfin assez classiquement on retrouve la santé au cœur des discriminations comme un critère classique qui joue hors du cadre de la santé.

## B- La santé comme critère classique de discriminations

Si la santé a toujours été un critère discriminatoire fortement consacré par le législateur dans des sources très diversifiées, on ne peut s'empêcher de réfléchir à sa réelle mise en œuvre qui dépend moins de nos classiques institutions juridictionnelles que d'institutions ayant des caractéristiques précises comme le Défenseur des Droits.

### 1- Une consécration protéiforme par le législateur du critère discriminatoire de la santé.

Si l'on peut trouver, dans le code de la santé publique, certains articles qui traitent de manière très indirecte de la discrimination liée à un élément de santé<sup>54</sup>, la source essentielle de la protection touche le droit social ou encore le droit pénal.

Ainsi au sein du code du travail, dans sa première partie relative aux relations individuelles de travail, plus spécifiquement dans un Titre III relatif aux discriminations est consacré un véritable principe de non-discrimination traduit dans l'article L1132-1 et qui vise, à côté d'autres critères, celui de l'état de santé<sup>55</sup>. On peut préciser cependant que, de manière très paradoxale, à l'origine, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et qui définissait, dans son article 1er, la discrimination directe ne faisait pas apparaître expressément la critère de la santé<sup>56</sup>. Il faut attendre sa dernière mouture,

53 - Dans le cas d'un don de sang total et d'aphérèse : Contre Indication de douze mois après le dernier rapport sexuel considéré ; dans le cas d'un don de plasma par aphaérèse pour plasma sécurisé par quarantaine : Contre Indication de quatre mois pour les hommes ayant eu plus d'un partenaire sexuel dans les quatre derniers mois après la fin de cette situation.

54 - Article L3232-4 créé par la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 : ces campagnes doivent également porter sur l'acceptation des personnes obèses ou en surpoids et la lutte contre les discriminations qui leur sont faites.

55 - Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison (...) de son état de santé.

56 - Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, pour retrouver tous les critères harmonisés avec le code pénal et en particulier celui lié à l'état de santé. Quant aux actes discriminatoires, c'est l'article L1132-1 qui les vise comme le fait d'être écarté d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, d'être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de l'un des motifs énoncés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008<sup>57</sup>. Ces dispositions n'ont pas une vocation pénale. On précisera que certaines infractions liées aux discriminations sont visées spécifiquement dans le code du travail mais qu'elles ne visent pas le critère de la santé mais uniquement les activités syndicales, le sexe et la situation de famille<sup>58</sup>. Le code du travail autorise bien évidemment des différences de traitement dans le cadre de l'article L1133-1 lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Et dans ce cadre, on trouve de manière spécifique dans le cadre de l'article L1133-3 la référence à l'état de santé puisqu'il vise les des différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap. Dès lors elles ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.

Mais on retrouve aussi dans le code pénal les instruments nécessaires pour lutter contre les discriminations dans tous les domaines de la vie. Il est évident que le critère de la santé est expressément visé dans le cadre de l'article 225 - 1. Mais il convient de remarquer que l'élément matériel est défini avec précision dans le cadre de l'article 225 - 2<sup>59</sup>. On peut s'apercevoir que le législateur pénal, est assez frileux à s'engager dans la voie de la non discrimination par référence exclusive au concept d'égalité, contrairement aux textes

internationaux et européens (v. entre autres l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations qui définit la discrimination comme le fait pour une personne d'être traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable). On s'aperçoit que peu de jurisprudences sont liées à ce critère. On trouve, par exemple, le cas d'un restaurateur ayant refusé de servir un client atteint d'un glaucome et ne portant pas de lunettes noires au motif qu'il pourrait importuner les clients<sup>60</sup>, le fait de rendre plus difficile la signature d'un bail d'un appartement en lien avec l'état de santé déficient d'un des potentiels locataires atteint du SIDA<sup>61</sup>, le fait de refuser l'accès à une salle de cinéma à de personnes handicapées<sup>62</sup> ou encore le fait de aérien de refuser par une société de transport, sans motif lié à la sécurité, d'embarquer une personne en fauteuil roulant<sup>63</sup>

Mais il convient de préciser qu'un problème était patent en matière de discrimination liée à un état de santé à savoir le fameux droit à l'oubli pour les personnes ayant eu un grave problème de santé. L'article 225-3- 1<sup>o</sup> <sup>64</sup> prévoyait une impossibilité de faire jouer les discriminations en matière de contrats d'assurance. Mais cela emportait des conséquences trop importantes à l'égard de certaines personnes. Dès lors la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a consacré ce fameux droit à l'oubli pour les personnes ayant eu un grave problème de santé. Une convention nationale détermine les modalités et les délais dans lesquels dans une limite de dix ans après la fin du protocole thérapeutique au-delà desquels les personnes ayant souffert d'une pathologie cancéreuse ne peuvent se voir appliquer une majoration de tarifs ou une exclusion de leurs garanties pour leur contrat d'assurance. Ce délai est ramené à cinq ans en cas de pathologie cancéreuse survenue avant 18 ans. La convention prévoit également les délais au-delà desquels aucune information médicale relative aux pathologies cancéreuses ne peut être recueillie par les organismes assureurs.

Mais si les instruments de lutte contre les discriminations liées à la santé existent et sont diversifiés, leur mise en œuvre, voire leur sanction appelle quelques réserves.

57 - R. Salomon, Droit pénal social, *Economica* ; A. Coeuret, E. Fortis et F. Duquesnes, *Droit pénal du travail*, *lexisnexis*, 2016, spéc. n° 603 et s., E. Fortis, réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités, *AJP* 2008, p. 303 ; T. Sagardoytho, le droit pénal de la discrimination, un droit à construire, *AJP* 2008, p.313 ;

58 - A. Coeuret, E. Fortis et F. Duquesnes, *Droit pénal du travail*, *lexisnexis*, 2016, spéc. n° 638.

59 - La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stades visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

60 - T. corr. Nantes, 23 avril 1990.

61 - Cass. Crim. 25 novembre 1997, bull. crim. n°399

62 - Cass. Crim. 20 juin 2006, Dr. Pénal 2006, comm. 134, obs. Véron

63 - .cass. crim. 15 déc. 2015, n°13(81.586 : D. 2016, p.828, note S. Detraz.

64 - Article 225-3 modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 86

Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables :

1° Aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité. Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ou qu'elles se fondent sur la prise en compte des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement d'organe tel que défini à l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ;

## 2- Réflexions générales sur le traitement de la discrimination en matière de santé

Si le droit pénal est réputé plus menaçant et donc plus efficace que le droit du travail ou le droit civil, les signalements sont statistiquement rares, les poursuites et les condamnations pénales sont faibles et la voie pénale n'est pas celle qui est la plus sollicitée. Si elle a favorisé la création de nouveaux modes de preuves tels le testing, elle apparaît comme aléatoire et hasardeuse. Le traitement disciplinaire est aussi peu efficace. Ainsi, en ce qui concerne les chirurgiens-dentistes, aucune affaire n'a été traitée par la section disciplinaire. Le nombre de réclamations dont cet ordre a pu avoir connaissance est très faible et elles ont pu faire l'objet de conciliation<sup>65</sup>. On ne pourrait nier l'influence des contentieux en matière de droit social. Mais en fait, dans une précédente étude<sup>66</sup> avait déjà été mis en évidence le rôle important que pouvait jouer la HALDE, désormais Défenseur des Droits, dans le cadre des discriminations liées à la santé. La HALDE a toujours été très vigilante à l'égard de ces types de discriminations opposées à des bénéficiaires de la CMU par des médecins. Pour rendre ses délibérations en la matière, celle-ci s'est appuyée sur plusieurs textes : le préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé...* », le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui engage les États à reconnaître « *le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* », la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, et l'article 1110-03 du Code de la santé publique qui dispose que : « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention et aux soins. [...]* ». La Halde conclut ainsi : « *Dès lors, tous refus d'accès à la prévention ou aux soins opposés par un professionnel de santé aux bénéficiaires de la CMU est en opposition avec les mesures et les objectifs du législateur émis dans le cadre des textes précités, et constitue une discrimination au sens de la loi et des engagements internationaux* »<sup>67</sup>. Dans une nouvelle délibération du 5 mars 2007, la Halde rendait la même conclusion pour des refus de rendez-vous opposés à des bénéficiaires de l'AME (aide médicale de l'État) mis en lumière par une enquête de Médecins du monde<sup>68</sup>.

Désormais, au sein du Défenseur des Droits existe un pôle santé. Dans le domaine de la santé, le Défenseur

des droits est chargé de défendre les droits et les libertés des usagers du système de soins et des professionnels de santé. Le Défenseur des Droits peut être saisi gratuitement de réclamations dans le domaine de la santé. Les litiges peuvent concerner les droits des patients. La sécurité des soins, la sécurité des patients, la sécurité des personnes, la protection des personnes vulnérables, la déontologie des professionnels de santé, la bioéthique. Le Pôle santé est investi d'une mission d'information, de médiation et de traitement des réclamations. L'intervention du Pôle santé du Défenseur des Droits a pour objectif de renforcer le dialogue entre les usagers du système de soins et les professionnels de santé. Le Pôle santé instruit toutes demandes d'information ou réclamations qui mettent en cause le non-respect du droit des malades, la qualité du système de santé, la sécurité des soins et l'accès aux soins.

Il intervient aussi bien lorsque l'état de santé est au cœur d'une décision comme en matière de droit social<sup>69</sup> que lorsqu'elle touche un accès aux soins discriminatoires. En particulier dans une récente décision de novembre 2016<sup>70</sup>, le Défenseur des Droits a été saisi de plusieurs réclamations relatives au refus de prendre en compte la dispense d'avance des frais des patients bénéficiaires de l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS). Des tests téléphoniques ont permis d'établir que le secrétariat des cabinets mis en cause, informé par le patient du fait qu'il était bénéficiaire de l'ACS, indiquaient ignorer l'existence de ce type d'aide médicale et l'application du tiers payant. Pour un des médecins, une enquête complémentaire auprès de la CPAM a permis de disposer de données supplémentaires relatives au tiers payant, établissant que le médecin concerné pratiquait bien le tiers payant aux bénéficiaires de la CMU-C et de l'AME. Il ne l'appliquait cependant pas systématiquement aux bénéficiaires de l'ACS. L'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS) est réservée aux personnes dont les ressources sont légèrement supérieures au plafond pour la CMU. Elle permettait, à l'époque des faits, de réduire et, dans certains cas, de prendre en charge totalement le montant de la cotisation annuelle pour la complémentaire santé. Les bénéficiaires de l'ACS étaient dispensés d'avance des frais pour la part des dépenses prises en charge par l'assurance maladie, à condition de respecter le parcours de soins coordonnés. À compter du 1er juillet 2015, le régime de l'ACS était aligné sur celui de la CMU-C : les bénéficiaires de l'ACS ayant adhéré à un des contrats complémentaires proposés par la Sécurité sociale sont désormais dispensés de l'avance des frais de sorte que le tiers payant intégral leur est applicable. Le tiers payant partiel reste applicable aux autres bénéficiaires de l'ACS. Le Défenseur des Droits

65 - Résoudre le refus de soins, rapport annuel sur le respect des droits des usagers du système de santé, adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin 2010 ([www.sante-sports.gouv.fr/rapports-sur-le-respect-des-droits-des-usagers-dusysteme-cde-sante.html](http://www.sante-sports.gouv.fr/rapports-sur-le-respect-des-droits-des-usagers-dusysteme-cde-sante.html))

66 - D. Viriot-Barrial, Les discriminations liées à la santé : confrontation de la vision pénaliste et de la vision « haldiste ». Dernier état des lieux avant l'« entrée en scène » du défenseur des droits», in Rev. générale de droit médical, n°40, septembre 2011, les études hospitalières 2011.

67 - Délibération HALDE, n°2006-232 du 6 novembre 2006.

68 - Délibération HALDE, n°2007-40 du 5 mars 2007.

69 - Pour citer Les toutes dernières décisions en la matière : Décision MLD-2016-270 du 28 novembre 2016 relative à une discrimination liée à l'absence de reclassement et au licenciement d'un salarié qu'il estime en lien avec son état de santé et/ou son handicap, Décision MLD-2016-122 du 20 mai 2016 relative à des recommandations de modifier certaines pratiques au sein d'une entreprise.

70 - Décision MLD-2016-083 du 15 avril 2016 relative aux pratiques de refus de soins des bénéficiaires de l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé.

décide de rappeler les règles applicables aux bénéficiaires de l'ACS aux cabinets mis en cause et de recommander une sensibilisation des médecins aux dispositifs d'aide existants et le respect du tiers payant intégral ou partiel.

Si les politiques sociales et sanitaires ont pour vocation de créer le contexte adéquat à une reconnaissance d'une véritable lutte contre la discrimination en matière de santé, il s'avère nécessaire de rendre plus effective sa sanction au sens large du terme pour qu'on puisse consacrer un véritable principe de non-discrimination en matière de santé.

**Dominique Viriot-Barrial**