



HAL
open science

La déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive

Joël Moret-Bailly

► **To cite this version:**

Joël Moret-Bailly. La déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive : A propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2012, 6, pp.1074-1083. hal-00772616

HAL Id: hal-00772616

<https://hal.science/hal-00772616>

Submitted on 22 Jan 2013

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 déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale)

A paraître, *Rev. dr. sanit. et soc.*, n°6, décembre 2012

Joël Moret-Bailly

Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Lyon
CERCRID UMR-CNRS 5137 (Université Jean Monnet de Saint-Étienne)

L'essentiel : La réforme du code de déontologie médicale du 7 mai 2012 permet de mettre en exergue deux logiques actuelles d'évolution de cette déontologie : la résistance d'une conception traditionnelle de cette dernière à des évolutions législatives ; le déplacement de cette même conception dans la loi.

Mots-clef : DEONTOLOGIE MEDICALE, code de déontologie, information du patient, secret professionnel, droit des patients, fin de vie, organisation des professions

Le décret n°2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale (articles R. 4127-1 et s du code de la santé publique), publié au journal officiel du 8 mai 2012, était attendu, selon la « notice explicative » qui en forme l'introduction, « pour tenir compte des évolutions législatives et réglementaires, notamment celles apportées par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires en matière de développement professionnel continu. Il précise également le périmètre et le contenu de certaines obligations. Il assouplit, afin de pallier les carences de l'offre des soins, les règles en matière de remplacement, de médecine foraine et de gestion de cabinet médical » (cette dernière formule signifiant l'admission du salariat médical au profit d'un autre médecin).

On a également pu souligner que le décret permettait de mettre le code de déontologie en conformité avec certaines dispositions emblématiques de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 en ce qui concerne l'information des patients, et que celui-ci contenait certaines innovations en ce qui concerne les « fiches personnelles » des médecins, qui peuvent sembler suspectes eu égard aux normes légales du code de la santé publique issues de la même loi¹.

Nous proposons ici une analyse de ces différentes évolutions – ou absences d'évolution - à partir de la grille de lecture suivante : la déontologie médicale peut, en tant que norme juridique (décret en Conseil d'État intégré, depuis 2004, au code de la santé publique),

¹ Voir les commentaires de Fr. Vialla, *Aperçu rapide, La réforme discrète du Code de déontologie médicale - À propos du décret du 7 mai 2012, JCP. G. n° 23, 4 Juin 2012, 663* ; A. Laude, *Le code de déontologie médicale enfin modifié !, D. 2012, 1694* ; Fr. Vialla, *Modification de l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique, Revue Droit & Santé, n°48, 506-507* ; C. Debost, *Mise en lumière d'une réforme silencieuse du Code de déontologie médicale, même revue, 507-510* ; C. Debost, N. Giraudeau, P. Véron et Fr. Vialla, *La réforme du Code de déontologie médicale, Revue générale de droit médical, n°44, septembre 2012, 239-266* ; M. Contis, *Le Code de déontologie remanié, Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies, juin 2012, n° 227.*

être définie comme un ensemble de règles destiné à encadrer les relations des professionnels avec l'ensemble de leurs interlocuteurs, professionnels ou non, et être décrite, dès lors, comme un « code d'exercice professionnel »².

Le contenu de fond des règles déontologiques trouve, quant à lui, son origine dans une certaine idéologie professionnelle, entendue non dans un sens péjoratif, mais comme une vision et une pratique cohérente de leur activité par les professionnels eux-mêmes : un *ethos*. Il faut en effet se souvenir que la déontologie médicale a été essentiellement formalisée, entre 1925 et 1936, (notamment par les syndicats médicaux), pour lutter contre un projet de loi organisant un système d'assurances sociales ; la rédaction de la « charte de la médecine libérale » de 1927 était, dans ce contexte, essentiellement destinée à défendre une certaine vision de la relation entre le médecin et le patient ainsi que de l'économie médicale (les deux étant d'ailleurs liées dans le cadre de la promotion du paiement direct des honoraires par le patient, du paiement à l'acte et de la fixation de ses honoraires par le médecin³). Et cette offensive sera couronnée de succès puisque, si la loi du 5 avril 1928 admet, en partie, un système de tiers payant, elle sera modifiée, pour faire machine arrière sur ce point, par la loi du 30 avril 1930, sous la pression du lobby médical s'appuyant sur les principes de la charte de la médecine libérale de 1927⁴. Or, les principes de cette charte ont été structurants du règlement intérieur du premier conseil national de l'ordre, en avril 1941 (qui contient le premier code de déontologie ordinal), et du code de déontologie de 1947 ainsi que de ses successeurs (1955, 1979 et 1995). Les mêmes principes encadrent, aujourd'hui encore, la négociation des conventions entre l'assurance-maladie et les syndicats médicaux, puisque l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale dispose que : « dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin (...) », principes reconnus en 1945, dérivés de la charte de 1927, et auxquels seule la loi peut déroger.

Ces deux dimensions de la déontologie, norme juridique et idéologie professionnelle, méritent, pour comprendre les évolutions présentes, d'être articulées : la réforme du code de déontologie médicale du 7 mai 2012 montre en effet, aussi bien dans ses changements que dans ses silences, une résistance de la « déontologie-idéologie » à l'évolution de la « déontologie-norme juridique » au sein même du code de déontologie⁵.

² J. Moret-Bailly, Les rapports entre loi et déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002, *Rev. dr. sanit. et soc.*, 2003-4, 581-589.

³ M. A. Rodwin, *Conflicts of Interest and the Future of Medicine : the United States, France, and Japan*, Oxford University Press, 2011, 40-42.

⁴ Sur l'ensemble des éléments évoqués depuis le début de ce paragraphe, J.-C. Careghi, L'émergence d'une déontologie médicale en France : des projets syndicaux au code de 1941, *Rev. dr. san. et soc.*, n° hors série, La médecine libérale, quel avenir ?, mars 2011, 103-141, notamment 115.

⁵ La distinction entre ces deux déontologies rejoint la position du Conseil national de l'ordre des médecins dans son rapport de 2004, *La déontologie médicale et son environnement juridique*, qui, pour reprendre la formulation d'autres auteurs « semblait bien distinguer nettement - sinon opposer - les deux modes de réglementation déontologique et juridique. Ainsi, alors que la déontologie y est noblement définie comme

Les évolutions législatives de ces dernières années obligent cependant à aller plus loin. On a vu, en effet, depuis 2002, se multiplier les lois intervenant relativement à l'exercice de la profession médicale : loi de 2002 en ce qui concerne les droits des patients, loi de 2005 en ce qui concerne la fin de vie, loi de 2009 en ce qui concerne les gardes médicales, le refus de soins ou la liberté d'installation des professionnels, toutes questions étant, jusqu'en 2002, « réservées » au code de déontologie - au sens où il contenait l'ensemble des règles relatives à ces questions -, et qui justifiaient son analyse comme « code d'exercice professionnel ». L'analyse de ces différentes lois permet alors de constater que la logique de la déontologie-idéologie gagne, à l'heure actuelle, la loi elle-même, et d'accréditer l'idée selon laquelle la déontologie-idéologie mène une nouvelle offensive sur le terrain législatif, le résultat de cette action pouvant être dénommé « déontologisation » de la loi.

La résistance déontologique dans le code de déontologie

On pourrait se demander, à titre liminaire, comment il est possible de « faire de la résistance » à l'intérieur d'un décret en Conseil d'État, par hypothèse acte du premier ministre ? Il faut alors rappeler, outre l'influence réelle de lobbys de toute nature sur la production de droit⁶, la procédure particulière d'élaboration des codes de déontologie des professions médicales puisque, selon l'article L. 4127-1 du code de la santé publique « un code de déontologie, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'Etat ». Dans ce contexte, un code ne peut voir le jour, et d'éventuelles modifications ne peuvent lui être apportées, que dans le cadre d'un accord entre le conseil national de l'ordre (qui « prépare » le code) et les services du premier ministre (en fait du ministère de la santé), seuls habilités à édicter des décrets en Conseil d'État (après avis de ce dernier)⁷.

Dans ce contexte, le décret du 7 mai 2012 s'avère remarquable, tant par ses silences que par ses choix.

Les silences

Deux questions relatives à l'exercice de la profession médicale, sont, depuis quelques années sur le devant de la scène publique : les dépassements d'honoraires et les conflits d'intérêts. Hors, sur ces deux questions, la modification du code de déontologie fait preuve d'un étonnant silence.

regroupant les « devoirs d'état » du médecin, la norme juridique y est présentée comme édictant des « devoirs de conjoncture ». Le constat d'une forme de concurrence entre le code de déontologie médicale d'une part et l'action du législateur et de la puissance publique d'autre part y est bien présent », S. Boussard et S. Hennette-Vauchez, Les rapports entre droit et déontologie, Le point de vue du Conseil national de l'ordre des médecins, in, S. Hennette-Vauchez (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique, Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, LGDJ, 2006, 93-98.

⁶ M. Mekki, L'influence normative des groupes d'intérêts : force vive ou force subversive ?, *JCP*. 2009, I, 370 et s, et 392 et s.

⁷ Pour une analyse détaillée de cette procédure, J. Moret-Bailly, *Les déontologies*, PUAM, 2001, 114-125.

En ce qui concerne les dépassements d'honoraires⁸, on sait que le code de déontologie contient essentiellement un article 53 selon lequel « les honoraires du médecin doivent être déterminés avec tact et mesure, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou de circonstances particulières », et qu' « un médecin doit répondre à toute demande d'information préalable et d'explications sur ses honoraires ou le coût d'un traitement ». En outre, selon l'article L. 4121-2 du code de la santé publique, l'ordre des médecins « assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale ». Il est, dans le contexte actuel, tout à fait clair que l'image, voire l'honneur de la profession sont engagés par la régulation de ces dépassements d'honoraires⁹ et l'on aurait pu imaginer que, dans la mesure où la défense de ces valeurs constitue l'une des missions de l'ordre, la modification de 2012 fournirait quelque avancée sur ce point. Or, il n'en est rien. A moins que la défense de l'indépendance des professionnels dans la fixation de leurs honoraires n'ait primé sur celle de l'honneur de la profession, ou que l'honneur de la profession réside justement dans l'indépendance des professionnels, y compris dans la fixation de leurs honoraires ?

Le silence du code est également remarquable en ce qui concerne les conflits d'intérêts, (notamment des experts). Ceux-ci peuvent être définis comme des « situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas, ou peut être soupçonnée de ne pas agir, avec loyauté ou impartialité vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers »¹⁰. On considère alors habituellement que la question renvoie, d'un point de vue déontologique, à l'affirmation du principe d'indépendance professionnelle des médecins (article 5¹¹) et, pour les conflits d'intérêts des médecins experts (notamment près l'administration), à l'article 105 du code, qui reprend le principe d'indépendance dans cette situation particulière¹². On aurait cependant pu imaginer, eu égard à la grande importance actuelle de cette question, notamment traduite, d'un point de vue normatif, dans la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (qui comporte un titre premier relatif aux conflits d'intérêts, intitulé « transparence des liens d'intérêts ») - et eu égard à l'attitude très offensive de l'ordre en faveur de la déclaration, par les industries de santé, des intérêts des experts consultés par

⁸ A. Laude, Le code de déontologie médicale enfin modifié !, préc, III.

⁹ Cf. le sondage effectué pour le Collectif Interassociatif Sur la Santé (CISS) par Viavoice, octobre 2012, et le communiqué de presse, Dépassements d'honoraires : un accord bien en-deçà des attentes des usagers !, 26 octobre 2012.

¹⁰ Pour une approche de droit comparée, J. Moret-Bailly et M. Rodwin, La qualification de conflits d'intérêts des médecins en France et aux Etats-Unis, *Rev. dr. sanit. et soc.*, 2012, n°3, 501-512 ; pour une tentative de définition transversale de droit interne, J. Moret-Bailly, Définir les conflits d'intérêts, *D.*, 2011, 1100-1106, n°23.

¹¹ « Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit ».

¹² « Un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services ».

l'administration¹³ - que celui-ci profiterait de l'occasion qui lui était donnée de modifier le code de déontologie, pour proposer au Gouvernement des règles spécifiques en la matière. Or, aucune disposition de ce type ne figure dans la nouvelle version du code de déontologie médicale, et les règles relatives aux conflits d'intérêts restent non spécifiques à ces derniers, la question des conflits d'intérêts n'apparaissant alors que comme un simple corollaire de l'indépendance professionnelle. Eu égard à la dimension symbolique du code de déontologie, incarnation de la moralité de la profession médicale, cette absence paraît éminemment regrettable¹⁴.

On peut, dans la perspective qui est la nôtre, interpréter ce double silence comme une manifestation de la résistance de la déontologie-idéologie, dans sa dimension de défense de l'indépendance des professionnels (traduite, d'un point de vue normatif, dans l'opposition à la volonté d'encadrer les pratiques au-delà de la seule affirmation de cette indépendance, ou comme renvoi à la seule conscience professionnelle comme ultime rempart à toute dérive possible), à la pertinence-même de la déontologie-norme.

Les choix

La majeure partie des modifications contenues dans le décret du 7 mai 2012 concerne l'organisation économique de la profession. Il s'agit, afin de pallier les carences de l'offre des soins, d'assouplir les règles antérieures en matière de remplacement, de médecine foraine et de gestion de cabinet médical, ainsi qu'en admettant l'emploi salarié d'un médecin par un autre médecin¹⁵.

On pourrait penser que cette dernière modification va à l'encontre de la conception libérale de l'exercice de la profession médicale, conception pourtant au cœur de la déontologie-idéologie. La contradiction n'est pourtant qu'apparente. En effet, si l'organisation économique de la profession constitue bien un enjeu déontologique, la fonction principale de la déontologie (aussi bien dans son pendant normatif qu'idéologique) est de proposer une vision univoque de la profession, incarnée dans les règles du code, applicables quel que soit le contexte d'exercice ou le statut professionnel du praticien : la déontologie s'applique que le médecin exerce dans un cadre - social, fiscal

¹³ Communiqué du conseil national de l'ordre de médecins du 23 octobre 2012 (accessible sur son site), selon lequel « Contrairement à la volonté du législateur et au texte même de la loi du 29 décembre 2011. (...) Le projet de décret ne se borne pas à détricoter la loi, il interdit à l'Ordre des Médecins de remplir ses missions. (...) Face à la volonté affichée dans le projet de décret de vider la loi de sa portée, sous des prétextes fallacieux, le Conseil national de l'Ordre des médecins demande à la Ministre de la Santé d'assurer la transparence voulue par le législateur et simultanément de lui fournir les moyens d'accomplir sa mission de contrôle ».

¹⁴ L'expression « conflit d'intérêts » est bien présente dans la version du code de déontologie modifiée le 7 mai, mais utilisée à mauvais escient, l'article R. 4127-46 nouveau prévoyant désormais que « lorsqu'un patient demande à avoir accès à son dossier médical par l'intermédiaire d'un médecin, celui-ci remplit cette mission en tenant compte des seuls intérêts du patient et se récuse en cas de conflit d'intérêts ».

¹⁵ A. Laude, Le code de déontologie médicale enfin modifié !, préc, II. L'article 87 est dorénavant rédigé comme suit : « le médecin peut s'attacher le concours d'un médecin collaborateur libéral, dans les conditions prévues par l'article 18 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, ou d'un médecin collaborateur. Chacun d'entre eux exerce son activité médicale en toute indépendance et dans le respect des règles de la profession, notamment le libre choix du médecin et l'interdiction du compéragé » (l'italique indique l'ajout du décret de 2012).

et organisationnel - bénévole, libéral, salarié ou comme agent public ; les règles relatives notamment à l'indépendance du professionnel et à ses relations avec le patient, sont ainsi les mêmes quel que soit le contexte d'exercice de la profession¹⁶. On peut alors écrire, de manière quelque peu contrintuitive, que l'exercice d'une profession libérale n'implique pas son exercice sous une forme libérale (l'analyse sociologique arrivant d'ailleurs aux mêmes conclusions¹⁷), et que les dernières évolutions, qui admettent notamment le salariat médical au profit d'un autre médecin, ne contredisent pas la conception libérale de la médecine portée par l'institution ordinaire.

L'un des autres points fondamentaux du décret du 7 mai 2012 est la modification de l'article 35 al. 2 du code de déontologie. Celui-ci prévoyait, en effet, jusqu'à celle-ci que « dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination ». Or, cette rédaction était analysée par les commentateurs du code (sauf l'ordre) comme contraire au libellé de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, et selon lequel : « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. (...) La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission »¹⁸. Le nouvel article 35 al. 2 du code s'aligne sur la disposition issue de la loi de 2002, en prévoyant que « lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination ». Mais on ne peut ici que souligner qu'il aura fallu dix ans pour que le code fût modifié sur ce point. Il n'est alors pas inutile de rappeler que l'ordre des médecins était opposé à la réforme qui allait devenir la loi du 4 mars 2002, arguant notamment du fait que le code de déontologie constituait un code des devoirs professionnels, et donc, en négatif, un code des droits des patients¹⁹, et que celui-ci n'a, dans son commentaire du code de déontologie (accessible sur son site internet), entre 2002 et 2012, jamais seulement signalé la « possible » irrégularité de l'ancien article 35 al. 2. Mais il faut également souligner que lors de la modification du code de 2004 corrélative à l'intégration de ce dernier dans le code de la santé publique, l'article 35 al. 2 avait été modifié pour faire une place à la personne de confiance de l'article L. 1111-7. On peut donc conclure à la « complicité » du Gouvernement dans cette affaire, et se demander ce qu'il en était, en 2004, de l'avis du Conseil d'État relativement à cette modification.

On peut, dans le cadre de la présente analyse, assimiler le délai qu'il a fallu pour qu'intervienne la modification de l'article 35 al. 2, comme une manifestation de la résistance de la déontologie-idéologie à la loi sur les droits des patients. Cette dernière

¹⁶ J. Moret-Bailly, Les rapports entre loi et déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002, préc..

¹⁷ Notamment E. Friedson, *La profession médicale*, Payot, 1984.

¹⁸ Fr. Vialla, Aperçu rapide, La réforme discrète du Code de déontologie médicale - À propos du décret du 7 mai 2012, préc. ; A. Laude, Le code de déontologie médicale enfin modifié !, préc, I ; C. Debost, N. Giraudeau, P. Véron et Fr. Vialla, La réforme du Code de déontologie médicale, préc., 244-249.

¹⁹ Sur cette conception, J.-P. Alméras et H. Péquignot, *La déontologie médicale*, Paris, Litec, 1996.

logique a toutefois finalement et fort heureusement (du point de vue de la hiérarchie des normes) triomphé.

Cependant, si le conseil national de l'ordre des médecins a cédé en ce qui concerne le contenu de l'article 35 du code de déontologie, il a, dans le même temps convaincu le Gouvernement d'une modification de l'article 45 du code, elle aussi manifestation de la résistance de la déontologie-idéologie, et qui n'est pas sans poser difficulté. Selon le nouvel article 45 I, en effet, « indépendamment du dossier médical prévu par la loi, le médecin tient pour chaque patient une fiche d'observation qui lui est personnelle ; cette fiche est confidentielle et comporte les éléments actualisés, nécessaires aux décisions diagnostiques et thérapeutiques. *Les notes personnelles du médecin ne sont ni transmissibles ni accessibles au patient et aux tiers.* Dans tous les cas, ces documents sont conservés sous la responsabilité du médecin ». Or, cette disposition semble directement contraire à l'article L. 1111-7 du code de la santé publique, selon lequel : « *toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé, à l'exception des informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers* ». Nous ne pouvons que conclure, avec les autres commentateurs²⁰, à l'illégalité de l'article 45 I du code de déontologie médicale tel qu'il résulte de la modification du décret du 7 mai 2012. L'adoption de cet article 45 I peut, en outre, s'il n'était annulé, faire craindre la création, par des médecins mal informés, de « dossiers parallèles », qui ne seraient accessibles que par eux, en contrariété avec la loi. Or, on sait que le secret professionnel est l'un des piliers de la conception libérale de la médecine et qu'il figurait notamment en bonne place dans la charte de 1927²¹. On ne peut alors qu'interpréter la modification de 2012 comme une survivance de cette conception, voire comme une résistance de l'institution ordinale à une évolution qui semblait pourtant acquise suite à la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, et selon laquelle le patient avait accès à l'ensemble des informations le concernant. On pourrait même se demander si le conseil national de l'ordre n'a pas cherché (avec l'aval du Gouvernement) à symboliquement rattraper ici (article 45) ce qu'il avait dû céder là (article 35 al. 2).

On peut enfin historiquement rapprocher la déontologie-idéologie d'une autre idéologie médicale : le paternalisme, ce dernier s'illustrant notamment par sa conception « asymétrique » (si l'on peut nous pardonner cet euphémisme) de la relation médecin-malade, le patient-passif devant se soumettre aux prescriptions du médecin-sachant²². Et l'on sait l'importance de la question de l'information - ou plutôt de la non information -

²⁰ C. Debost, N. Giraudeau, P. Véron et Fr. Violla, La réforme du Code de déontologie médicale, préc. 251-253 ; A. Laude, Le code de déontologie médicale enfin modifié !, préc., I..

²¹ M. Rodwin, *Conflicts of Interest and the Future of Medicine*, préc., 42-43.

²² L. Portes, *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris 1954, 163, et l'opposition de R. Savatier, Impérialisme médical sur le terrain du droit, *D.* 1952, 157 ; B. Elger, *Le paternalisme médical, mythe ou réalité ?*, Genève 2010, qui conclut à la persistance de cette réalité.

du patient dans le cadre de cette conception. On ne peut alors que rapprocher, d'une part le délai de dix ans nécessaire pour en arriver à la suppression de l'ancien article 35 al. 2 du code de déontologie, d'autre part le retour (illégal) du secret relativement à certaines informations qui concernent le patient dans l'article 45 I du même code, et l'idéologie paternaliste, dont on pourrait alors même imaginer que l'ordre des médecins ait de la difficulté à faire le deuil.

Le bilan que l'on peut dresser tant des silences que des modifications du code de déontologie par le décret du 7 mai 2012 est alors sévère : les modifications du code de déontologie sont absentes là où les attendait peut-être le plus ; les modifications effectivement apportées permettent plus de mettre en lumière les résistances de l'ordre eu égard aux évolutions tant sociales que juridiques de ces dernières années (et notamment à la promotion des droits des patients) qu'une inscription du code de déontologie dans lesdites évolutions.

Ce bilan peut-il surprendre ? Sans doute pas. Il faut rappeler, en effet, que selon l'article L. 4121-2 al. 2 du code de la santé publique, l'ordre « assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale » (telles qu'il les conçoit), et non celle des droits des patients ou de l'intérêt général (quand bien même il est chargé d'une mission de service public²³).

La logique de la déontologie-idéologie ne se retrouve cependant pas seulement dans le code de déontologie : elle conquiert, depuis quelques années, et de manière plus surprenante, un nouveau terrain : la loi.

La déontologisation de la loi

Le code de déontologie médicale pouvait, avant la loi 2002-303 du 4 mars 2002, être considéré - à l'instar, voire comme modèle des autres codes de déontologie des professions de santé -, comme le « code d'exercice » de la profession médicale, au sens où l'ensemble des règles relatives aux relations nouées par les médecins dans le cadre de l'exercice de leur profession se trouvaient toutes et exclusivement en son sein. Il était alors possible d'interpréter l'adoption de la loi de 2002, et notamment de ses dispositions relatives aux droits des patients (consentement et information notamment), premières « immixtions » de la loi dans la déontologie, comme la fin d'un certain modèle normatif, et comme une perte corrélative de pouvoir de la profession médicale sur les normes gouvernant sa pratique, bref, pour reprendre l'un des objectifs de la loi, comme un progrès de la « démocratie sanitaire », l'édiction des règles impliquant un professionnel (mais également éventuellement un non professionnel, comme le patient) n'appartenant plus aux seuls professionnels, mais au Parlement²⁴.

Cette interprétation constituait, au vu des évolutions ultérieures, une cruelle erreur. Nous voulons montrer ici que la logique professionnelle inspirant originellement le code de

²³ CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, *Rec. Cons. d'Et*, 86; S. 1944. 3, 1, concl. Lagrange, note Mestre; D. 1944, 52, concl. Lagrange, note J. Donnedieu de Vabres; *JCP*. 1944, II, 2565, note Célier.

²⁴ J. Moret-Bailly, Les rapports entre loi et déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002, préc., B'.

déontologie médicale - la déontologie-idéologie - a, depuis quelques années, été reprise dans différentes lois, phénomène que nous nommons « déontologisation » de la loi²⁵.

Déjà, la loi du 4 mars 2002 eut pu être considérée comme un avertissement. Le premier alinéa de l'article L. 1111-4, relatif à l'expression de la volonté du patient dispose ainsi, après débat parlementaire : « toute personne prend, *avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit*, les décisions concernant sa santé », lorsque le projet de loi était rédigé de la manière suivante : « toute personne prend les décisions concernant sa santé ».

On peut alors se demander pourquoi les parlementaires participant aux débats (essentiellement des professionnels de santé) ont porté ces modifications, si ce n'est comme une résistance de la conception idéologique-déontologique (voire paternaliste) de la relation médicale au modèle des droits des patients²⁶ ?

Dans la même logique, si l'article L. 1111-2 du code de la santé publique pose le principe de l'information du patient, son deuxième alinéa dispose que « cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables » ; or les débats parlementaires ont fait apparaître que les sénateurs avaient voulu, par la référence aux « règles professionnelles » ainsi qu'en réintroduisant la référence à la déontologie, préserver l'applicabilité de l'ancien article 35 al. 2 du code de déontologie, cette volonté n'ayant été brisée que par la commission mixte paritaire²⁷. On peut interpréter ce débat, à l'instar de celui relatif à la volonté du patient comme une tentative de résistance de la déontologie-idéologie à l'intérieur même de la loi reconnaissant les droits des patients.

On peut analyser de même certains mécanismes issus de la loi n°2005-370 du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite Léonetti. Il en est notamment ainsi des dispositions relatives à l'arrêt de traitement. Ainsi, il est tout à fait clair que l'article L. 1111-10 est construit dans une optique « droits des patients », qui dispose : « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix ». Mais on ne peut que souligner que si le médecin doit respecter la volonté, de la personne, il ne le fait qu' « après l'avoir informée des conséquences de son choix », ce que l'on peut considérer, du fait du caractère inutile, voire redondant de l'affirmation eu égard à l'article L. 1111-2 du code, comme une résistance médicale à l'admission de la décision du patient en la matière, l'information du patient (implicitement considéré comme ne sachant pas)

²⁵ Le conseil national de l'ordre des médecins propose une analyse parallèle, estimant qu'il « se dégage, (...) l'idée selon laquelle la loi serait assez largement, dans la période récente, venue « pillar » la norme déontologique », et même d'utiliser, à ce propos, le mot d' « accaparement », propos de M. Stéfani, directeur de la section de déontologie du Conseil en 2005, cité, *in*, S. Boussard et S. Hennette-Vauchez, Les rapports entre droit et déontologie, Le point de vue du Conseil national de l'ordre des médecins, préc., 94.

²⁶ D. Thouvenin, La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, dite loi Léonetti : la médicalisation de la fin de vie paru *in*, *Fin(s) de vie – Le débat*, (dir. J.-M. Ferry), PUF, 2011, 303-368, I, et les références des notes 24 à 29.

²⁷ J. Moret-Bailly, Affirmation d'un droit subjectif et abandon de la régulation déontologique en matière d'information médicale : les conséquences de la loi du 4 mars 2002, *Gestions hospitalières*, 2003, 641-645, ici, 643.

pouvant fournir une occasion de le convaincre de renoncer à son projet d'arrêt du traitement²⁸.

L'*ethos* médical, incarné dans la déontologie-idéologie (qui peut aussi se lire dans la rédaction du code sous forme de *devoirs des médecins*), apparaît également à propos des directives anticipées qui, selon l'article L. 1111-11 du code, « indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement », dont le médecin « tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant ». Il apparaît alors clairement que le pouvoir décisionnel appartient bien au médecin, et non au patient, puisque les directives anticipées n'indiquent que des « souhaits » dont le médecin « tient compte » (mais qui ne lient pas) dans ses « décisions »²⁹. Plus évidente encore est l'analyse de l'article L. 1111-13, qui s'applique « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté ». Dans ce contexte, si « le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne », il ne peut régulièrement le faire qu'« après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. Sa décision, motivée, est inscrite dans le dossier médical ». La logique est ici explicite : les dispositions en la matière sont prévues par le code de déontologie, et ne pourront donc que renvoyer à la logique portée par ce dernier³⁰.

On peut donc constater que, depuis une dizaine d'années, des questions traditionnellement déontologiques - au sens où celles-ci étaient traitées dans le code de déontologie médicale et non ailleurs - sont dorénavant traitées dans le cadre de la loi³¹. On pourrait alors en déduire un recul de la régulation déontologique au profit de la régulation légale en ce qui concerne les questions relatives à l'exercice de la profession

²⁸ D. Thouvenin, La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, dite loi Leonetti : la médicalisation de la fin de vie, préc., III, sous le titre, Des règles générales qui, sous couvert de « renforcer les droits du malade », limitent certains d'entre eux.

²⁹ Il en est de même, selon l'article L. 1111-12, en ce qui concerne la « personne de confiance désignée par le patient en application de l'article L. 1111-6 », qui ne donne donc bien qu'un avis, dans le cadre d'une décision prise par le professionnel, E. Alfandari et P. Pedrot, La fin de vie et la loi du 22 avril 2005, *Rev. dr. sanit. soc.* 2005, 751-765.

³⁰ D. Thouvenin, La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, dite loi Leonetti : la médicalisation de la fin de vie, préc., III, sous le titre : Des règles spécifiques, qui, sous couvert de l'expression de la volonté de la personne malade en fin de vie, fixent les modalités de la décision médicale ; S. Hennette-Vauchez, *Le droit de la bioéthique*, La découverte, coll. Repères, 2009, 77.

³¹ On peut trouver d'autres exemples de cette logique de la déontologie-idéologie dans la loi, notamment en ce qui concerne deux questions traditionnellement déontologiques, le refus de soins et la permanence des soins (appellation récente des gardes des médecins libéraux), qui ont fait l'objet d'une intervention du législateur dans le cadre de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (elle-même modifiée par la loi n° 2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires), J. Moret-Bailly, La loi HPST et l'accès aux soins, (dossier « la loi Hôpital, patients, santé et territoires »), *Rev. dr. sanit. et soc.*, n°5, 2009, 820-831.

médicale. Mais à y regarder de plus près, l'évolution semble absolument inverse. Si, en effet, on considère la déontologie, non seulement comme un ensemble de normes rassemblées dans le code de déontologie médicale, mais comme une logique renvoyant à une certaine conception de la profession, une idéologie, un *ethos*, notamment formalisée dans la charte de la médecine libérale de 1927 (avec des liens forts avec le paternalisme médical ainsi qu'avec la défense de l'indépendance des professionnels), cette dernière semble plus que jamais présente dans la production normative de ces dernières années, et singulièrement dans les lois qui touchent à l'exercice de la profession médicale. On pourrait même affirmer que la loi du 4 mars 2002 représente, du point de vue de la logique de promotion des droits des patients, une sorte de parenthèse, une exception, dans une production normative (qu'elle soit formellement déontologique ou légale), marquée par la déontologie-idéologie.

Conclusion

On pourrait, en conclusion de cet article, considérer que le code de déontologie constitue désormais un support normatif second : si, en effet, la norme fondamentale en ce qui concerne les règles relatives à l'exercice de la profession médicale réside dorénavant dans la loi, le code de déontologie devient réellement un décret d'application (ce qu'il n'était pas jusqu'en 2002 ; on pouvait même alors le considérer comme un archétype de règlement autonome au sens de l'article 37 de la Constitution).

Cependant, eu égard à la modalité particulière d'élaboration du code de déontologie, sa préparation étant confiée au conseil national de l'ordre des médecins, la résistance de ce dernier aux normes légales avec lesquelles il est politiquement en désaccord peut prendre la forme d'une « obstruction ordinale », ou « obstruction déontologique », comme en ce qui concerne le délai de dix ans nécessaire à la modification des règles du code relatives à l'information du patient, règles contraires, pendant ce temps, à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique.

Mais on pourrait alors objecter, de manière plus optimiste, que l'ordre des médecins devra à l'avenir, et du fait de la position nouvellement subordonnée du code de déontologie dans la hiérarchie des normes, finalement toujours céder à la loi, celle-ci prenant alors le pas sur la déontologie-idéologie. La réalité s'avère toutefois bien différente : les évolutions légales de ces dernières années montrent, en effet, que la « résistance déontologique » s'est désormais muée en contre-offensive, passant de l'ordre des médecins au Parlement, et du code de déontologie à la loi elle-même.