

L'imperméabilité du serment d'Hippocrate au droit constitutionnel¹

Hippocrate, en rédigeant son serment, savait-il qu'il faisait du droit et qu'il envisageait des droits fondamentaux ? Sans doute non et pourtant....

A partir du 5^{ème} siècle av JC, se développe l'âge d'or de la médecine grecque avec la création de l'école de Cos fondée par Hippocrate le Grand. Hippocrate était le fils d'un prêtre-médecin issu d'une famille qui pratiquait la médecine incantatoire en célébrant le culte d'Esculape, dont elle prétendait descendre². Cependant, après avoir beaucoup voyagé dans différents pays et notamment en Egypte, Hippocrate veut rompre avec la médecine de ses pères lorsqu'il prend conscience que la maladie n'a pas d'origine divine mais provient d'un dysfonctionnement du corps. Il fonde alors une nouvelle école dans laquelle il enseigne la médecine laïque, identifie plusieurs maladies et systématise l'examen des malades. Il rédige également un serment dans lequel il enseigne au futur médecin qu'il doit prendre conscience de ses limites, reconnaître ses devoirs et toujours respecter le malade. L'histoire de la médecine est donc marquée par une rupture entre une médecine fondée sur la mythologie et une médecine laïque totalement séparée de la religion et de la magie. Néanmoins, cette rupture n'est pas totale puisque le serment commence par une référence aux dieux et notamment Apollon, Asclépios, son fils, et Hygie et Panacée ses petites filles.

Même si le serment originel ne possède aucune valeur juridique³, il préfigure néanmoins bon nombre de dispositions qui s'imposent encore aujourd'hui aux médecins dans l'exercice de leur profession. Or, on a constaté une juridictionnalisation progressive du contenu du serment au fil des ans et un glissement très net de simples règles morales à des règles déontologiques

¹ Traduction attribuée à Émile Littré - 1819-1861. « Je jure par Apollon médecin, par Esculape, Hygie et Panacée, par tous les dieux et toutes les déesses, et je les prends à témoin que, dans la mesure de mes forces et de mes connaissances, je respecterai le serment et l'engagement écrit suivant :

Mon Maître en médecine, je le mettrai au même rang que mes parents. Je partagerai mon avoir avec lui, et s'il le faut je pourvoirai à ses besoins. Je considérerai ses enfants comme mes frères et s'ils veulent étudier la médecine, je la leur enseignerai sans salaire ni engagement. Je transmettrai les préceptes, les explications et les autres parties de l'enseignement à mes enfants, à ceux de mon Maître, aux élèves inscrits et ayant prêté serment suivant la loi médicale, mais à nul autre.

Dans toute la mesure de mes forces et de mes connaissances, je conseillerai aux malades le régime de vie capable de les soulager et j'écarterai d'eux tout ce qui peut leur être contraire ou nuisible. Jamais je ne remettrai du poison, même si on me le demande, et je ne conseillerai pas d'y recourir. Je ne remettrai pas d'ovules abortifs aux femmes.

Je passerai ma vie et j'exercerai mon art dans la pureté et le respect des lois. Je ne taillerai pas les calculeux, mais laisserai cette opération aux praticiens qui s'en occupent. Dans toute maison où je serai appelé, je n'entrerai que pour le bien des malades. Je m'interdirai d'être volontairement une cause de tort ou de corruption, ainsi que toute entreprise voluptueuse à l'égard des femmes ou des hommes, libres ou esclaves. Tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra pas être divulgué, je le tairai et le considérerai comme un secret.

Si je respecte mon serment sans jamais l'enfreindre, puissé-je jouir de la vie et de ma profession, et être honoré à jamais parmi les hommes. Mais si je viole et deviens parjure, qu'un sort contraire m'arrive ! »

² Asclépios (Esculape), fils d'Apollon qui était considéré comme le dieu de la médecine. Il était d'ailleurs représenté debout tenant à la main un bâton de pèlerin avec un serpent enroulé autour du bâton qui, selon la légende serait à l'origine du caducée. En fait, après avoir vu le serpent se diriger vers lui, il lui aurait tendu un bâton autour duquel l'animal se serait enroulé puis il l'aurait assommé sur le sol. Un second serpent serait alors apparu tenant une herbe avec laquelle il aurait ramené l'autre serpent à la vie. Ainsi, Asclépios aurait eu la révélation de la vertu des plantes médicinales.

³ Le serment d'Hippocrate n'est même plus prêté en tant que tel par les médecins à la fin de leur soutenance de thèse, puisqu'il a été remplacé par un serment médical simplifié

puis législatives et désormais constitutionnelles. Pourtant, ce faisant, on assiste aujourd'hui à une progressive mise en cause du serment d'Hippocrate. Tout se passe en fait comme si le serment d'Hippocrate connaissait désormais un reflux important après avoir gouverné l'exercice de toute une profession pendant plusieurs centaines d'années.

I – Un serment progressivement consacré par la loi

A – Le serment d'Hippocrate ou les devoirs du médecin

Le serment d'Hippocrate est tout entier consacré aux médecins, à leur formation et à leurs devoirs. Il commence par poser ce qui deviendra le principe de confraternité et la nécessaire lutte contre le charlatanisme en évoquant le respect que doit l'élève à son maître. Il met aussi en avant la solidarité du milieu médical et le monopole accordé aux docteurs en médecine. De ce fait, il évoque l'existence d'une confrérie qui va se transformer en corporation vivant avec ses propres règles, dont elle assure elle-même le respect.

Puis, il affirme la responsabilité du médecin devant ses patients envisageant l'obligation de moyen qui pèse sur le médecin qui doit toujours faire ce qui est le mieux pour ses patients. Dans cette optique, Hippocrate pose l'interdit de donner la mort que ce soit à la demande des femmes pour avorter ou du mourant afin d'être délivré. Sont ainsi affirmées l'égalité des hommes devant la souffrance et la maladie ainsi que l'interdiction pour le médecin d'aider un patient à se suicider ou à avorter.

Dans ce même ordre d'idée, le serment évoque les limites de l'intervention du médecin qui ne doit jamais excéder ses compétences mais faire appel à un tiers lorsque cela s'avère nécessaire. Enfin, le serment consacre la nécessaire discrétion du médecin, qui préfigure le secret médical et le respect de la vie privée.

En filigrane, tout au long du serment, on s'aperçoit que le médecin est envisagé comme l'honnête homme par excellence, le bon père de famille, au sens civiliste du terme. Apparaissent ainsi les principes de moralité, de probité, de dévouement comme l'interdiction de percevoir des avantages injustifiés qui demeurent aujourd'hui des règles déontologiques cardinales.

Après cette période de laïcisation de la médecine et de la déontologie médicale, le moyen âge est une période difficile où la déontologie est presque inexistante si ce n'est sous la forme de morale chrétienne. L'Eglise se sert alors du serment d'Hippocrate en l'intégrant aux textes sacrés. C'est l'adoption du Code pénal de Napoléon en 1810 qui va donner force obligatoire à certains devoirs énoncés dans le serment d'Hippocrate. Ainsi, l'article 378 du Code pénal dispose que les médecins et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par

fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement de 6 mois maximum. De même, à cette époque, l'article 317 du Code pénal interdit l'avortement en le punissant de la réclusion⁴. Quant à l'euthanasie, elle n'est pas réprimée en tant que telle mais est incluse dans la répression des homicides volontaires.

Cependant, les autres principes contenus dans le serment d'Hippocrate demeurent encore de simples règles de bonne conduite. Puis, au cours du 19^{ème} siècle, la profession médicale commence à s'organiser et à prendre conscience de la nécessité de poser des principes gouvernant son exercice pour éviter tout charlatanisme. Toutefois, les médecins souhaitent définir eux-mêmes ces règles et en assurer le respect. Ils redoutent les excès d'une concurrence anarchique mais ils récusent également toute forme de réglementation trop rigide et surtout toute ingérence des pouvoirs publics. Ces réflexions s'intensifient après la loi du 30 novembre 1892 qui pose le principe du monopole médical. A la même date, la création des syndicats médicaux participe également de ce mouvement puisque des conseils de famille y sont installés qui ont pour rôle de sanctionner les fautes professionnelles ou morales commises par les médecins. Il apparaît alors indispensable de fixer ces règles professionnelles dans un code.

Cet effort de codification aboutira en 1936 au règlement de déontologie médicale publié par la Confédération des syndicats médicaux français. Dans ce code, le médecin doit être « l'honnête homme par excellence », l'intérêt du patient est mis en évidence, les devoirs du médecin sont classés, organisés et distingués entre les devoirs du médecin envers les malades et les devoirs généraux des médecins. C'est en fait la discussion sur la création d'un ordre professionnel qui va précipiter celle sur l'adoption d'un code de déontologie médicale, entériné par les pouvoirs publics. La profession convient alors que les syndicats ne peuvent se voir confier un rôle disciplinaire et qu'il appartient à un ordre d'assurer le respect des devoirs professionnels des médecins. Si un projet de loi fut discuté en ce sens dans les années 30, c'est Vichy qui va créer l'ordre des médecins et adopter le 1^{er} code de déontologie en avril 1941, même si à cette époque ce code n'est encore qu'un règlement intérieur de la profession médicale. Néanmoins, par la mise en place d'un pouvoir coercitif réel, exercé par le conseil national de l'ordre des médecins et soumis au contrôle du Conseil d'Etat, le code de déontologie possède déjà une portée normative positive. Malgré les circonstances difficiles entourant l'adoption de ce code, son contenu n'est guère différent de celui rédigé par la

⁴ Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est ensuivi. Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu.

Confédération des syndicats médicaux français en 1936, à l'exception du secret médical qui s'y trouve renforcé. A la libération, le pas sera définitivement franchi, la déontologie médicale se rapprochant du droit et s'éloignant de son carcan moraliste pour acquérir une valeur normative.

Le 27 août 1944, deux jours après la libération de Paris, le Conseil national de l'Ordre fut dissout et les syndicats obtinrent le droit de se reconstituer. Le principe de la reconstitution d'un nouvel ordre fut immédiatement admis et une ordonnance en définissant les structures et les attributions fut adoptée le 24 septembre 1945. Selon ce texte, l'ordre des médecins a en charge le contrôle de la moralité dans la profession médicale et la mise en œuvre de la discipline. En revanche, la reconstitution des syndicats ne lui donne pas le monopole de la défense des intérêts de la profession ou de la représentation de la profession vis-à-vis des pouvoirs publics. En fait, l'inscription au tableau, le contrôle des qualifications, l'élaboration de la déontologie et l'exercice de la fonction disciplinaire demeuraient ses compétences exclusives. Quant à la composition des organes composant l'ordre, le principe de l'élection fut retenu, élection directe pour les instances départementales et indirecte pour les autres.

Hormis l'interdiction de l'avortement, de l'euthanasie et la préservation du secret médical, l'insertion dans le droit positif du contenu des devoirs du médecin posés par Hippocrate n'a donc pu se faire qu'avec la création d'un code de déontologie médicale et son adoption par décret en Conseil d'Etat. A partir de ce moment, ces règles morales et de pure bonne conduite sont devenues obligatoires pour tous les médecins. Toutefois, pendant longtemps, la Cour de cassation précisait dans tous ses arrêts que « les règles déontologiques dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n'entraînent pas à elles seules la nullité des contrats conclus en infraction à leurs dispositions ». Le fait que le contrat litigieux contienne des clauses contraires aux règles déontologiques ne suffisait donc pas à l'invalider civilement⁵. De ce fait, le code de déontologie ne bénéficiait que d'une normativité relative limitée à la sphère professionnelle. Progressivement, les rapports du droit et de la déontologie se sont intensifiés au point que le juge civil accepte d'appliquer des règles déontologiques. Dans un arrêt du 18 mars 1997, la Cour de cassation a décidé que le code de déontologie est directement applicable par l'ensemble des tribunaux, seuls compétents pour enjoindre à l'auteur d'un manquement à ce code de réparer civilement sa faute. Le code de déontologie constitue donc en lui-même une règle de droit qui peut être invoquée à l'appui d'une action dirigée contre le médecin.

⁵ Cass, civ, 18 avril 1961.

A partir du moment où les règles contenues dans le serment d'Hippocrate ont trouvé toute leur place dans le droit positif, elles ont progressivement commencé à être mises en cause alors même que le législateur est intervenu pour en renforcer la portée normative.

B – La reconnaissance législative des droits du patient

La société, les mœurs et les techniques médicales évoluant, le législateur a été amené à intervenir pour rompre le colloque singulier et le paternalisme qui gouvernaient jusque-là la relation médecin/patient.

C'est ainsi que plusieurs lois ont été adoptées depuis le milieu du XX^{ème} siècle. Tout d'abord, en matière d'avortement, la loi du 11 mai 1955 autorise l'avortement thérapeutique quand la vie de la mère est en danger tout en maintenant l'interdit de l'IVG. Il faut toutefois attendre la très célèbre loi du 17 janvier 1975 pour que l'interruption volontaire de grossesse soit dépénalisée, sous certaines conditions⁶. La loi de 1975 était prévue au départ pour n'être appliquée que cinq ans⁷, la loi du 31 décembre 1979 est venue ensuite la pérenniser. Puis, la loi du 16 janvier 1993 comporte à la fois l'abrogation de la disposition du Code pénal sanctionnant l'auto-avortement et instaure l'article L. 2223-2 du Code de la santé publique qui établit le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse. Enfin, la loi du 4 juillet 2001 a fait passer de 10 à 12 semaines le délai légal d'interruption volontaire de grossesse et permet à la mineure de se dispenser du consentement de ses parents. On constate ainsi que, du crime au délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, en passant par le remboursement par la Sécurité sociale dès la loi du 31 décembre 1982, la question de l'avortement a énormément évolué toujours dans un sens favorable à la femme et à sa liberté de disposer de son corps.

La seconde évolution notable de la fin du XX^{ème} siècle concerne la reconnaissance des droits du patient. Il y a tout d'abord eu le vote de la loi du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs dont l'article 1^{er} indique que toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement. Ce même article ajoute que « les soins palliatifs sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son

⁶ Article L. 2212-1 Code de la santé publique : « La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption volontaire de grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine de grossesse » ; article L. 2213-1 : « L'interruption volontaire de grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins attestent, après examen et discussion, que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une maladie d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

⁷ L'article 2 de la loi de 1975 énonce : « Est suspendue pendant une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du Code pénal lorsque l'interruption volontaire de grossesse est pratiquée avant la fin de la dixième semaine par un médecin dans un établissement hospitalier privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 2322-1 du Code de la santé publique ».

entourage » et autorisent la personne malade à s'opposer à toute investigation ou thérapeutique.

Surtout, la loi du 4 mars 2002 consacre le droit au respect de la dignité du patient, la non-discrimination dans l'accès à la prévention et aux soins, le respect de sa vie privée, le droit au secret médical, le droit d'accès à des soins de qualité et le droit à l'information. En ce qui concerne le secret médical, la loi du 4 mars 2002, prévoit que « toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et au secret des informations la concernant » (article 1110-4 CSP). Désormais, le secret médical est avant tout conçu comme un droit du patient. De même, est clairement affirmé le droit au respect de la vie privée pour les malades et les usagers du système de santé. Créé dans son intérêt, le patient doit avoir la maîtrise du secret médical. L'existence d'un droit du patient au secret médical emporte plusieurs conséquences. Tout d'abord, le secret est inopposable au patient ce qui impose au médecin d'informer son patient sur son état de santé sauf pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience. Ensuite, le malade peut rendre le secret médical opposable à ses proches et ce, même après sa mort. Toutefois, le code de déontologie médicale et la loi du 13 août 2004 font obligation au médecin d'informer les proches du patient ou la personne de confiance en cas de pronostic fatal, sauf si le malade s'est au préalable opposé à cette information. De plus, le patient a le droit de renoncer au bénéfice du secret médical puisque celui-ci est institué dans son intérêt⁸. De ce fait, il peut divulguer des informations médicales le concernant. Pour autant, le médecin ne se trouve jamais réellement libéré de son obligation de secret, même après le décès de son patient. La Cour de cassation, dans un arrêt du 19 février 2009, a affirmé que « des informations couvertes par le secret médical ne peuvent être communiquées à un tiers sans que soit constaté l'accord de la victime ou son absence d'opposition à la levée du secret ».

Enfin, la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie condamne toute obstination déraisonnable dans la réalisation des actes ayant pour effet d'entraîner une prolongation artificielle de la vie. En fait, les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Ils ne peuvent pas être entrepris ou suspendus lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant pas d'autre effet que le maintien artificiel en vie. L'obligation de soin existe cependant toujours mais est limitée aux soins palliatifs.

Cette loi légalise également l'utilisation des médicaments « double effet » qui permettent au médecin de soulager la souffrance même si l'administration de ce type de médicament peut

⁸ M. Badel, « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Journal du droit des jeunes*, 2004/5, pp. 23-27.

abréger la vie. Si le législateur a tenu à inscrire cette possibilité dans la loi c'est notamment en raison du refus de l'ordre des médecins de modifier l'article 38 du Code de déontologie médicale, dont la rédaction est directement héritée du serment d'Hippocrate, et, selon lequel « le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ces derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et reconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort ». Ce refus du conseil national de l'ordre des médecins a été justifié par le fait que cette question relevait déjà de plusieurs dispositions du code telles que l'information du malade, l'effet secondaire des médicaments ou la lutte contre la souffrance. En conséquence, le législateur a préféré expliciter l'éventualité de recourir à des médicaments « double effet » plutôt que de s'en tenir aux règles déontologiques peu claires en la matière. C'est pourquoi un amendement a été introduit dans le rapport fait par les députés sur la proposition de loi relative aux droits des malades et à la fin de vie⁹ afin de sortir cette pratique médicale de la clandestinité et de lui donner la reconnaissance législative nécessaire.

En outre, la loi de 2005 prévoit que le malade conscient qui n'est pas en fin de vie peut désormais demander l'arrêt de tout traitement. La loi va même plus loin puisqu'elle permet d'étendre cette solution aux malades inconscients après consultation des directives anticipées, de la personne de confiance ou de la famille et à l'issue d'une procédure collégiale ainsi que d'une décision motivée inscrite dans le dossier médical. La question s'est alors posée, en l'absence de directives anticipées et de personne de confiance, d'un possible arrêt de tout traitement et notamment de l'alimentation et de l'hydratation artificielles. Or, la lecture des débats parlementaires permet d'affirmer que le législateur a entendu assimiler implicitement à des traitements l'hydratation et l'alimentation artificielles. En vertu de cette loi, une personne pourrait décider de se laisser mourir de faim ou de soif. Pour remédier à la souffrance qu'occasionnerait une telle situation, les médecins pourraient alors recourir à l'administration de médicaments dont l'effet secondaire serait d'abréger la vie. La reconnaissance d'une telle possibilité a provoqué de nombreux débats, notamment au Sénat, puisque certains sénateurs ont estimé que cette disposition était très hypocrite car elle revenait à légaliser l'euthanasie passive sans toutefois avoir le courage de le reconnaître. L'insuffisance rédactionnelle de la loi a aussi inévitablement engendré un contentieux douloureux.

L'ascension dans la hiérarchie des normes des principes contenus dans le serment d'Hippocrate aurait dû conduire à leur consécration constitutionnelle, le juge constitutionnel pouvant enfin se prononcer et procéder à un arbitrage entre les droits fondamentaux. Or, à partir du moment où les règles contenues dans le serment ont cessé d'être considérées comme des devoirs incombant au médecin mais sont devenues des droits reconnus au patient, elles

⁹ LEONETTI (J.), « Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi de M. Jean Leonetti et de plusieurs de ses collègues relative aux droits des malades et à la fin de vie », *Documents de l'Assemblée nationale*, n° 1929, 2004-2005.

ont en fait pu être mises en cause au nom de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux et notamment de la liberté et de la vie privée.

II – Un serment infirmé par la jurisprudence constitutionnelle

Le juge constitutionnel n'est pas venu confirmer le serment d'Hippocrate en hissant son contenu au niveau supra législatif. Au contraire, l'analyse des décisions, aussi bien dans le cadre du contrôle a priori que du contrôle a posteriori, montre que le Conseil constitutionnel est très en retrait sur ces questions et qu'au nom de la liberté et de la vie privée, les atteintes au serment d'Hippocrate sont légitimées.

A – Un juge constitutionnel en retrait

Le Conseil constitutionnel s'est finalement peu intéressé depuis sa création aux règles contenues dans le serment d'Hippocrate et plus largement aux questions touchant à la santé. Pour l'instant, l'introduction de la QPC n'a pas bouleversé cette situation. Son plus grand apport se situe peut être sur le terrain de l'avortement.

Dans la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, la Haute juridiction a, pour la première fois, utilisé la formule selon laquelle « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen ». De nombreuses fois reprise par la suite, cette formulation est placée en tête de la décision pour marquer clairement le rôle du Conseil. Le Conseil constitutionnel se démarque ainsi du travail législatif et laisse aux parlementaires la responsabilité des choix politiques. Le Conseil réduit lui-même son rôle au contrôle de constitutionnalité cadrant ses fonctions sur le texte constitutionnel. La suite de la décision lui permet d'ailleurs de préciser ce cadre d'action puisqu'il l'étend à l'examen de la conformité au Préambule de 1946, mais en exclut le contrôle de conventionnalité.

On retrouve la formule inaugurée dans la décision 74-54 DC dans la décision 94-343/344 DC avec une légère variante. En l'espèce, le Conseil constitutionnel considère « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur ». Dans cette décision, le juge ajoute la référence à l'état des connaissances scientifiques pour renforcer son impossibilité d'aller à l'encontre des choix de société. Or, tel n'était pas ce qui lui était demandé, il ne

s'agissait pas de « remettre en cause » les dispositions législatives mais simplement de vérifier leur conformité à la norme fondamentale.

Puis, dans la décision 2001-446 DC relative à l'IVG, le Conseil constitutionnel complète sa position en indiquant « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur ; qu'il est à tout moment loisible à celui-ci, dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que l'exercice de ce pouvoir ne doit cependant pas aboutir à priver de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle ». Pour la première fois, le juge semble fixer une limite au pouvoir du législateur sans qu'aucune précision supplémentaire ne soit donnée.

On aurait pu penser que la QPC allait permettre au juge constitutionnel de remplir pleinement son office et d'opérer une conciliation entre les droits et libertés in concreto y compris lorsque sont en cause des choix sociétaux dans le domaine de la santé. Or, il n'en a rien été puisque dès la décision 2010-2 QPC le Conseil constitutionnel affirme que « l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

Par la suite, le contentieux lié à la QPC n'échappe pas à l'utilisation récurrente de cette affirmation. Ainsi, dans la décision 2012-249 QPC à propos de la constitutionnalité de l'interdiction des banques de sang de cordon privées, le Conseil constitutionnel affirme « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles de telles cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté personnelle doit être écarté »¹⁰. Or, en se cachant derrière la libre appréciation du législateur, le Conseil constitutionnel évite de se positionner sur les enjeux sociétaux en matière de santé et notamment la question de l'autonomie personnelle. La QPC aurait pu permettre de remédier à ce défaut en autorisant le Conseil constitutionnel à concilier in concreto les différents droits fondamentaux en cause en les liant aux enjeux et évolutions sociétaux.

¹⁰ On retrouve cette formulation plus largement dans la plupart des décisions concernant la santé ou le droit des personnes : A. Gouttenoire, « cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, pp. 66-67 ; S. Monnier, « Les fondements constitutionnels du droit de la biomédecine », *RDSS*, 2013, p. 67.

Or, l'introduction de la QPC n'a pas permis au Conseil constitutionnel de mieux se positionner sur le terrain des droits fondamentaux en matière de santé¹¹. M. Xavier Bioy explique cela par le contrôle abstrait qu'opère le Conseil constitutionnel qui « ne s'attarde pas sur la situation réelle des usagers, patients et praticiens face au système »¹² et qui « ne contrôle que par principes généraux et abstraits »¹³.

Comme le juge constitutionnel n'intervient que peu, il laisse le champ libre aux juridictions suprêmes qui donnent corps aux droits fondamentaux¹⁴. L'inconvénient réside alors dans le risque d'une divergence de jurisprudence entre les deux ordres de juridiction et dans les différences d'appréciation et de motivation des juridictions inférieures.

Ainsi, Le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a été saisi d'un référé-liberté en janvier 2014 concernant la fin de vie de Vincent Lambert, patient tétraplégique en état de conscience minimale. Ses parents s'opposent à son euthanasie passive, décidée par le corps médical du CHU de Reims en accord avec sa femme et une partie de sa famille.

Le 16 janvier 2014, le TA a jugé que « la poursuite du traitement n'était ni inutile ni disproportionnée et n'avait pas pour objectif le seul maintien artificiel de la vie » et a donc suspendu la décision d'interrompre le traitement. De fait, le TA a considéré que la loi Léonetti ne s'appliquait pas dans cette situation.

Saisi, en appel le Conseil d'Etat s'est prononcé en février 2014. Il a ordonné qu'un collège de trois médecins spécialistes réalise une expertise sur la situation de Vincent Lambert. Le Conseil d'État a également invité l'Académie nationale de médecine, le Comité consultatif national d'éthique, le Conseil national de l'ordre des médecins ainsi que le député Jean Leonetti à présenter des observations écrites. En attendant ces observations et expertise, le Conseil d'État a cependant jugé que l'alimentation et l'hydratation artificielles constituaient un traitement au sens de la loi du 22 avril 2005 et que les dispositions de cette loi relatives à l'arrêt de traitement en cas d'obstination déraisonnable peuvent s'appliquer, que le patient soit ou non en fin de vie. Il a également jugé qu'il appartenait au juge du référé-liberté de concilier les libertés fondamentales que sont le droit à la vie et celui de ne pas subir un traitement traduisant une obstination déraisonnable. Cette conciliation implique qu'il s'assure, en étant suffisamment éclairé sur la situation médicale du patient, de ce que la décision médicale d'interrompre le traitement relevait bien des hypothèses prévues par la loi.

¹¹ C. Castaing, « Premier bilan de la QPC en matière de santé », *Gazette du Palais*, 2011, n° 309 ; X. Bioy, « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », *RDSS*, 2013 p. 45 ; S. Monnier, *op. cit.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ S. Monnier, *op. cit.*

A la suite de l'expertise demandée qui conclut à l'unanimité à la dégradation de l'état de santé de Vincent Lambert qui serait désormais dans un état végétatif, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a rendu un arrêt le 24 juin 2014 indiquant que, pour décider d'un éventuel arrêt d'alimentation et d'hydratation artificielles d'un patient en état végétatif hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin doit se fonder sur un ensemble d'éléments et tenir compte des circonstances et de la situation propres à chaque patient. Parmi ces éléments figurent les données médicales¹⁵, la volonté que le patient peut avoir exprimée notamment sous la forme de directives anticipées¹⁶, et sur les avis de la personne de confiance que le patient peut avoir désignée, des membres de sa famille ou de ses proches, en s'efforçant de dégager un consensus. Or, en l'espèce, toutes ces conditions ont été respectées. Le Conseil d'État a déduit de l'ensemble de ces éléments que la décision prise le 11 janvier 2014 d'arrêter l'alimentation et l'hydratation artificielles de M. Vincent Lambert n'était pas illégale.

Le 5 juin 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la loi Léonetti constitue un « cadre législatif suffisamment clair pour encadrer de façon précise la décision du médecin ». Pour autant, malgré ces décisions, la situation de Vincent Lambert n'est toujours pas réglée, le TA de Châlons-en-Champagne a été saisi en septembre 2015 d'un référé par le neveu de Vincent Lambert afin d'enjoindre à l'hôpital d'arrêter l'alimentation et l'hydratation artificielles et d'appliquer la décision médicale initiale d'arrêt des traitements. Dans sa décision du 9 octobre 2015, le TA a estimé qu'il appartient aux médecins, en vertu de leur indépendance professionnelle et morale, de décider de suspendre le processus d'arrêt des traitements précédemment engagé par un autre médecin. Dès lors, malgré les décisions du Conseil d'Etat et de la Cour européenne, rien ne semble permettre, en l'état, d'appliquer la loi du 22 avril 2005.

Le positionnement en retrait du Conseil constitutionnel tend ainsi à faciliter l'émergence de ce type de contentieux douloureux. L'attitude du Conseil constitutionnel n'est également pas favorable à une actualité du serment d'Hippocrate. Le contenu de la jurisprudence l'est encore moins.

B- La priorité accordée à la liberté et à la vie privée

Le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer en 1975, 1993, 2001 et 2014 sur l'interruption volontaire de grossesse : il a consacré un droit relatif de l'embryon à vivre. En 1975, l'avortement ne devait pas être un droit accordé à la femme, mais simplement la prise en compte de sa détresse et la volonté de ne pas lui imposer une grossesse qui soit une trop

¹⁵ Les données médicales doivent concerner une période suffisamment longue, être analysées collégialement et porter notamment sur l'état actuel du patient, sur l'évolution de son état depuis la survenance de l'accident ou de la maladie, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique.

¹⁶ Si la volonté du patient demeure inconnue, elle ne peut être présumée refuser la poursuite d'un traitement.

lourde épreuve. C'était reconnaître que, dans certains cas extrêmes, le droit de la femme sur son corps est supérieur à la vie de l'embryon. Auparavant, seule la mise en danger de la vie de la mère pouvait entrer en concurrence avec la vie prénatale.

Si la décision initiale du Conseil constitutionnel sur l'interruption volontaire de grossesse est orientée sur le droit européen, c'est qu'il n'existe aucune protection constitutionnelle directe du droit à la vie dans la Constitution sur lequel les parlementaires auraient pu fonder leur saisine. Le Conseil se prononce néanmoins indirectement sur le droit à la vie, mais uniquement après avoir examiné la violation de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme. Cet article n'était pas invoqué par la saisine, mais le Conseil relève que la loi ne viole ni la liberté de la femme (qui peut ou non recourir à l'avortement) ni celle des personnes participant à l'interruption volontaire de grossesse (celles-ci pouvant lever une objection de conscience afin de ne pas participer à cette intervention). La clause de conscience est ainsi constitutionnalisée par le Conseil constitutionnel car elle est une garantie de la sauvegarde de la liberté de conscience du médecin¹⁷.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel n'était pas totalement dépourvu de base textuelle pour relever l'existence du droit à la vie de tous, comme de l'enfant à naître. Il aurait pu l'extraire d'une interprétation de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, qui garantit à tous la protection de la santé. Finalement, la position du Conseil constitutionnel tient surtout au fait qu'il ne voulait pas s'opposer à l'action du législateur, ne se reconnaissant pas le même pouvoir d'appréciation et considérant que son rôle n'était pas d'intervenir dans un débat de société. Son attitude s'explique aussi par le contexte difficile qui a entouré l'adoption de la loi Veil. Partant, il n'a que partiellement tranché le conflit de droit qui lui était présenté. Jugeant que la supériorité accordée par la loi à la liberté d'usage de son corps par la femme n'était qu'occasionnelle et soumise à d'importantes restrictions, il a supposé que le principe de respect de la vie était assuré. Le Conseil constitutionnel n'ayant pas attribué de hiérarchie entre le droit à la vie et le droit à l'intégrité corporelle en 1975, le législateur a donc pu, par la suite, faire évoluer les droits de la femme sur son corps au détriment de la vie embryonnaire.

En 1993, le législateur a, une nouvelle fois, fait progresser la pratique de l'avortement. La loi du 27 janvier 1993 a modifié l'article 223-12 du Code pénal qui punissait l'interruption de grossesse pratiquée par la femme sur elle-même, de deux mois d'emprisonnement et de 25 000 francs d'amende, étant précisé que le tribunal pouvait ne pas appliquer ces peines en cas de détresse de la femme et suivant sa personnalité. Cette condamnation n'était donc plus qu'une condamnation de principe qui a été complètement levée en 1993. La femme peut donc,

¹⁷ Conseil constitutionnel, décision 2001-446 DC du 27 juin 2001, J. Roux, « La liberté de conscience emmurée dans son for intérieur », *Constitutions*, 2014, p. 196.

depuis cette date, pratiquer l'auto-avortement, c'est-à-dire contourner les cas restrictifs d'accès à l'interruption volontaire de grossesse posés par la loi de 1975.

Cette libéralisation de l'auto-avortement a soulevé d'importantes critiques et la loi a été soumise au Conseil constitutionnel qui s'est prononcé dans une décision n°92-317 DC du 21 janvier 1993. Le Conseil constitutionnel a jugé que la dépénalisation de l'auto-avortement ne privait aucun principe constitutionnel de garanties légales. Cette décision permet alors de préciser que le respect de la vie dès son commencement n'est, en France, qu'un principe législatif. Le législateur est donc autorisé à le limiter, notamment en lui préférant la liberté de la femme.

Cette affirmation est confirmée par la loi du 4 juillet 2001 qui modifie, dans son article 2, l'article L. 2212-1 du code de la santé publique qui prévoit désormais : « La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption volontaire de grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse ». L'intervention législative de 2001 favorise, ainsi, encore d'avantage l'accession à l'interruption de grossesse par l'extension du délai légal mais aussi par les conditions d'accès facilitées pour les mineures¹⁸. De plus, l'article L.2212-3 du code de la santé publique prévoit toujours que le médecin remet à la patiente, lors de la première visite, un dossier-guide exposant les conditions de réalisation de l'acte, mais il n'est plus prévu qu'y figure l'énumération des droits, aides et avantages garantis par la loi aux familles, aux mères, célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que des possibilités offertes par l'adoption de l'enfant à naître. L'article L.2214-4 du même code préserve la consultation préalable à caractère social mais limite son obligation aux mineures non émancipées. Pour les auteurs de la saisine, ces modifications ne permettaient plus à la femme concernée de donner un consentement libre et éclairé et portaient atteinte à son droit de ne pas avorter, les alternatives ne lui étant plus aussi nettement exposées. La loi aurait alors méconnu le principe à valeur constitutionnelle de la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel a eu une nouvelle occasion d'intervenir sur la conception française du droit à la vie dans la décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001 et a rejeté ces arguments : la consultation est proposée à la femme, elle peut y accéder si elle le souhaite et prendre ainsi sa décision en connaissance de cause. Son consentement à l'acte est pleinement acquis et la liberté de la femme est sauvegardée. Le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi que les droits de la femme sur son corps priment sur la vie utérine dans les douze premières semaines. Il confirme ainsi sa position antérieure selon laquelle la vie embryonnaire n'a qu'une valeur relative.

¹⁸ Les mineures ne sont plus tenues d'obtenir l'accord de leur tuteur légal (article L.2212-7).

Enfin, la loi du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les hommes et les femmes a supprimé la référence à la notion de détresse en prévoyant que « la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse ». Dans la décision 2014-700 DC, le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur cette modification du code de la santé publique, les requérants considérant que la suppression de l'exigence selon laquelle le droit de la femme de demander l'interruption de sa grossesse est conditionné à une situation de détresse n'est pas justifiée ; qu'elle romprait le compromis et l'équilibre résultant de la loi du 17 janvier 1975 et porterait dès lors atteinte « au principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Le juge constitutionnel a estimé que « la loi du 17 janvier 1975 a autorisé une femme à demander l'interruption volontaire de sa grossesse lorsque son état la place dans une situation de détresse ; que ces dispositions réservent à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation ; que la modification, par l'article 24, de la rédaction des dispositions de la première phrase de l'article L. 2212-1, qui prévoit que la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut en demander l'interruption à un médecin, ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle ; que, par suite, cet article doit être déclaré conforme à la Constitution ». Une fois encore, le Conseil constitutionnel est allé dans le sens de la préservation de la liberté de la femme au détriment du respect de la vie embryonnaire.

Les mêmes conclusions peuvent être tirées s'agissant du remboursement de l'IVG. Déjà, la loi Roudy du 31 décembre 1982 a permis le remboursement de l'intervention par la Sécurité sociale. Puis, dans son programme électoral, François Hollande avait promis le remboursement intégral de l'IVG pour toutes les femmes et pas seulement pour les mineures. La loi du 17 décembre 2012 portant loi de finances a entériné cette promesse sans que le Conseil constitutionnel trouve à y redire¹⁹.

En la matière, on est donc désormais bien loin de l'interdit posé par le serment d'Hippocrate car au nom de la liberté garantie par l'article 2 de la DDHC et du pouvoir d'appréciation laissé au législateur, le Conseil constitutionnel a systématiquement refusé de se prononcer. En regardant toute la jurisprudence relative à l'interruption volontaire de grossesse, on peut déceler une fragilisation accrue de la vie prénatale et se demander quelles seraient les limites posées par le Conseil constitutionnel au pouvoir d'appréciation du législateur en la matière. Où se trouverait la rupture dans l'équilibre établi entre les droits de la femme et le droit à la vie ? Sans être affirmative, il est vraisemblable que le point de rupture pourrait se situer au seuil de viabilité. Une loi qui autoriserait l'IVG au-delà du seuil de viabilité du fœtus serait déclarée inconstitutionnelle quand bien même le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

¹⁹ Conseil constitutionnel, Décision 2012-659 DC du 13/12/2012, *JORF*, 18 décembre 2012, p. 19861.

Si le Conseil constitutionnel est régulièrement intervenu en ce qui concerne le début de la vie, mettant en cause le serment d'Hippocrate, il est muet s'agissant de la fin de vie. Malgré les multiples lois votées ces dernières années relatives aux droits des malades, le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu à se prononcer, comme si un consensus existait entre les parlementaires. Ni la loi du 4 mars 2002 ni celle du 22 avril 2005 n'ont été déférées au contrôle a priori. En ce domaine la QPC viendra donc peut-être accroître la jurisprudence constitutionnelle, à moins que la référence à la convention européenne ne soit plus aisée et que les juridictions ordinaires, ne s'emparent de cette question comme avec l'affaire Vincent Lambert.

Pourtant, la question de la fin de vie intéresse inmanquablement les droits fondamentaux. S'il semble impossible de reconnaître un droit à la mort, à l'instar de la jurisprudence de la Cour européenne, la question se pose du respect de la liberté et de l'autonomie personnelle qui permettrait de mettre fin à sa vie y compris avec l'aide d'un tiers. Dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel recourt fréquemment à la liberté et plus particulièrement à la liberté personnelle. Pour Mme Sophie Monnier, « dans la décision IVG de 2001, le Conseil a évoqué la liberté de la femme fondée sur l'article 2 DDHC, sans qualifier expressément la liberté en cause. Mais, le recours à l'article 2 de la DDHC comme fondement à cette liberté marque la volonté du Conseil de la rattacher à la notion de liberté personnelle »²⁰ ce qui va recouper le droit au respect de la vie privée au sens d'autonomie personnelle.

Le recours à la notion de liberté personnelle au sens d'autonomie personnelle et de libre disposition de soi ou du droit au respect de la vie privée tel que dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme implique de reconnaître le droit de se donner la mort sans qu'il existe un droit subjectif au suicide dont l'individu serait titulaire²¹. La question est sensiblement différente lorsqu'est envisagée l'intervention d'un tiers car alors il ne s'agit plus d'une question liée seulement à l'autonomie personnelle. L'intervention d'un tiers peut légitimer l'intervention du droit dans le but notamment de protéger le tiers. Tel est le cas de la loi du 22 avril 2005 qui en légalisant les médicaments double effet protège les médecins. Sur cette question, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'il n'existait pas de droit à la mort qui serait conçu comme un corollaire du droit à la vie²². Toutefois, la Cour se fonde sur l'article 8 CEDH pour reconnaître un droit au refus de soins en indiquant qu'une « personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie ». Ce droit au refus a été rattaché au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la convention européenne. Dans l'arrêt *Gross c/ Suisse* du 14 mai 2013, la Cour a même indiqué que ce droit au refus

²⁰ S. Monnier, *op. cit.*

²¹ M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle », *Dalloz*, 2008, p. 31.

²² *Diane Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002.

autorise toute personne à « décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin ».

Le droit au refus de soins est lié au principe du consentement : « Au travers du principe du consentement, la personne se trouve titulaire d'un véritable droit à ne pas se voir administrer des soins susceptibles d'empêcher ou de retarder sa mort »²³. Dès lors, si la personne ne peut exiger l'intervention du médecin pour lui donner la mort, elle peut en revanche exiger sa non intervention thérapeutique ce qui, à terme, entrainera sa mort. Pour favoriser la liberté et l'autonomie personnelle, le droit doit vérifier la réalité de ce consentement afin notamment de protéger la personne contre autrui²⁴. La légalisation du refus de soins semble donc introduire un véritable droit à l'autodétermination et au respect du consentement sans que le pronostic vital puisse désormais apparaître comme une limite au respect de la volonté du patient²⁵.

Dès lors, il devient plausible d'envisager que, saisi d'une loi sur la fin de vie, le Conseil constitutionnel se retranchant à la fois derrière la liberté d'appréciation du législateur et la notion de liberté, ne procéderait finalement qu'à un contrôle minimal entraînant la validation de la loi. La seule restriction serait dans le respect de la clause de conscience des médecins comme le Conseil constitutionnel l'a déjà affirmé²⁶.

Reste la question du secret médical, pierre angulaire du serment d'Hippocrate. Si le droit au respect de la vie privée n'est pas présent dans la Constitution, le Conseil constitutionnel, après quelques hésitations, a fini par le rattacher à l'article 2 DDHC²⁷. Il comprend notamment le secret de la vie privée qui permet une protection contre toute révélation d'un élément intime et la liberté de pouvoir agir comme on l'entend dans sa vie privée. Toutefois, « le Conseil constitutionnel cultive une notion particulière de la vie privée. C'est donc davantage le secret que la liberté de la vie privée qui s'y trouve garantie »²⁸. Lors de son contrôle, le Conseil constitutionnel affirme que le droit au respect de la vie privée n'est pas absolu et qu'il doit être concilié avec d'autres exigences constitutionnelles. Pour ce faire le juge vérifie que l'atteinte à la vie privée est proportionnée au but poursuivi²⁹.

²³ B. Mathieu, « Fin de vie: liberté, droits et devoirs, l'impossible conciliation? », *Constitutions*, 2013, p. 517.

²⁴ Ce que le Conseil constitutionnel a fait dans la décision 446 DC relative à l'IVG.

²⁵ A. Cheynet de Beaupré, « Refus de soins : sens et interdits », *Droit et santé*, n° 46, p. 175.

²⁶ Dans la décision 2001-446 DC, le Conseil constitutionnel s'est aussi prononcé sur l'évolution de la clause de conscience. Les requérants considéraient que les dispositions législatives abolissant la possibilité pour le chef de service d'un établissement public de santé de s'opposer à la pratique de l'IVG dans son service violaient la liberté de conscience. Le Conseil constitutionnel rejette cette argumentation en se fondant sur l'article 10 de la DDHC, l'alinéa 5 du Préambule de 1946 et le PFRLR de la liberté de conscience.

²⁷ V. Mazeaud, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 48, pp. 10-14.

²⁸ *Ibid.*, p. 17.

²⁹ Toutes les décisions du Conseil constitutionnel sont fondées sur l'arbitrage entre la liberté et la vie privée. Ainsi dans la décision 2012-248 QPC, le requérant critiquait la loi qui permet à la femme au nom de la liberté de s'opposer à la levée du secret sur son identité à la suite d'un accouchement et contreviendrait à la vie privée de l'enfant. Le Conseil constitutionnel a estimé que cette atteinte était justifiée par la nécessité de satisfaire aux objectifs de santé publique, G. Nicolas, « Note sous 2012-248 QPC », *RFDC*, 2012 p. 869.

Puisqu'il permet une protection contre toute révélation d'un élément intime, le droit au respect de la vie privée apparaît comme le fondement naturel de la préservation du secret médical. En cette matière le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer notamment dans la décision 99-422 DC du 21 décembre 1999 dans laquelle le juge a été amené à concilier la vie privée avec les exigences de valeur constitutionnelle liées à l'équilibre financier de la sécurité sociale.

En l'espèce, la loi de financement de la sécurité sociale prévoyait que les médecins devaient mentionner les éléments d'ordre médical justifiant l'arrêt de travail ou la prescription de transport afin de versement d'indemnités journalières ou de remboursement des frais de transport. Les requérants soutenaient qu'il s'agissait là d'une méconnaissance du secret médical. Le Conseil constitutionnel a répondu que le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 DDHC « requiert que soit observée une particulière vigilance dans la transmission des informations nominatives à caractère médical entre les médecins prescripteurs et les organismes de sécurité sociale ; qu'il appartient toutefois au législateur de concilier le droit au respect de la vie privée et l'exigence de valeur constitutionnelle qui s'attache à l'équilibre financier de la sécurité sociale ». Ensuite, le Conseil constitutionnel vérifie que les informations d'ordre médical sont bien destinées au seul service du contrôle médical et que les médecins-conseils sont bien astreints déontologiquement au respect du secret médical. Il formule néanmoins une réserve d'interprétation considérant que « devront toutefois être mises en place des modalités d'acheminement de ces documents aux médecins-conseils de nature à assurer la stricte confidentialité de la transmission des informations qu'ils contiennent » pour conclure « qu'en égard à sa finalité, qui est de remédier à l'augmentation excessive des dépenses en cause et à leur caractère éventuellement injustifié, la disposition critiquée ne porte pas au respect de la vie privée, sous la réserve ci-dessus énoncée, une atteinte de nature à méconnaître l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Dans cette décision, le juge constitutionnel utilise donc le secret médical en tant que droit du malade³⁰.

Pour autant, si le juge constitutionnel reconnaît, au nom du droit au respect de la vie privée, la nécessité de préserver le secret médical, il n'en a pas une vision absolue telle que peut l'avoir la Cour de cassation depuis l'arrêt Watelet selon lequel « l'obligation au secret professionnel, établie par l'article 378 (226-13) du code pénal, pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions, s'impose aux médecins, hormis les cas où la loi en dispose autrement, comme un devoir de leur état ; sous cette seule réserve, elle est générale et absolue et il n'appartient à personne de les en affranchir ». La vision du Conseil constitutionnel

³⁰ La référence du Conseil constitutionnel au code de déontologie médicale s'explique par le fait que la décision a été rendue avant la loi du 4 mars 2002 qui a modifié l'article L. 315-1 du code de la SS en prévoyant que « les médecins-conseils du service du contrôle médical et les personnes placées sous leur autorité n'ont accès aux données de santé à caractère personnel que si elles sont strictement nécessaires à l'exercice de leur mission, dans le respect du secret médical »

semble plus en adéquation avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme³¹ et s'éloigne là encore du serment d'Hippocrate.

Même les dispositions relatives à la confraternité et à la lutte contre le charlatanisme, qui demeurent encore aujourd'hui très fortes sont battues en brèche à l'occasion de QPC. Ainsi, ont été mises en cause les dispositions législatives relatives aux peines prononcées en cas de manquements aux obligations professionnelles³² sans que le Conseil constitutionnel ait encore eu à se prononcer.

En définitive, que reste-t-il aujourd'hui du Serment d'Hippocrate ? Si les principes qu'il contient ont soutenu la construction et l'exercice de la profession médicale depuis leur formulation au Vème siècle avant JC à tel point qu'ils ont été légalisés, on constate depuis lors, un important reflux qui est dû à la fois aux évolutions sociétales, à l'absence de positionnement du juge constitutionnel et à la primauté accordée à la liberté. Cette mise en cause du serment d'Hippocrate explique ainsi sans doute les difficultés auxquelles sont confrontés les médecins qui vivaient jusque-là sous l'empire exclusif des préceptes hippocratiques.

Sophie de Cacqueray

MCF HDR, Aix Marseille Université,
Université de Toulon, CNRS, DICE, Aix-en-Provence,
France

³¹ CEDH, société des éditions Plon c. France 18 mai 2004, à propos de l'affaire du livre Le Grand secret.

³² CE, 2 mars 2011, 339595.