

## Le secret médical aujourd'hui

*Jusqu'ici nous nous accommodions du caractère absolu du Secret médical. Mais depuis l'apparition du VIH/SIDA, la question de secret médical nous préoccupe compte tenu des risques qu'implique cette forme d'infection.*

En effet l'infection à VIH/SIDA, par sa capacité d'anéantissement des vies humaines, a fortement perturbé cette fin de millénaire avec une vague d'angoisses et de souffrances. Aucun domaine n'a été épargné et surtout pas le droit, par les multiples problèmes pratiques posés par le VIH/SIDA et auxquels il est parfois difficile d'apporter des réponses fermes. En menant une réflexion à propos des rapports éthiques et juridiques entre médecins et malades, on peut jauger l'épreuve que subit une règle fondamentale, celle du secret médical, face aux risques de propagation du VIH/SIDA.

Un médecin raconte : une jeune femme est séropositive. Elle a un amant marié non averti de son état de santé et avec qui elle entretient des relations charnelles non protégées. Chargé de l'accompagnement de la jeune femme, le médecin affirme lui demander régulièrement de prévenir son ami afin que celui-ci prenne ses précautions, mais en vain. On sait que le VIH/ SIDA est une maladie sexuellement transmissible, ce qui fait penser que l'amant risque de devenir séropositif et de contaminer son épouse ou ses épouses. Les enfants à naître du couple légitime sont tout aussi exposés que leurs parents. Lorsque l'on demande au médecin ce qu'il attend pour prévenir l'amant, il répond qu'il est tenu de respecter le secret médical. Cette situation constitue à notre avis une cause d'expansion du VIH/SIDA. Mais, les médecins semblent prendre le secret médical comme une fatalité qu'il faut accepter. Le juriste ou même le simple citoyen est évidemment interpellé.

Le cas de figure que nous venons d'envisager concerne une jeune femme séropositive faisant preuve d'une grave irresponsabilité. Malheureusement, cette hypothèse est fréquente et s'observe aussi dans les rapports entre conjoints. Il arrive souvent, en effet, que l'un des conjoints, cache sa séropositivité à l'autre. Mais il convient de préciser dès l'abord que les femmes sont très souvent victimes du silence de leur partenaire homme séropositif ou sidéen.

Il se crée un conflit véritable entre le droit qu'a la personne malade de garder l'intimité de sa vie privée et le droit des personnes en danger. Notamment l'entourage immédiat du malade et surtout son conjoint ont le droit de sauvegarder leur intégrité physique et leur vie.

Certes, il est difficile de garder un secret, même d'ordre médical, et il faut rappeler les propos de Socrate : "il y a plus de peine à garder un secret qu'à tenir un charbon ardent dans sa bouche". Néanmoins le secret médical est un vieux principe que les médecins évoluant dans les systèmes de tradition romano-germanique suivent depuis le serment hippocratique qui remonte à environ plus de vingt-cinq siècles. Le droit canonique voyait dans la violation du secret médical, un péché grave qui entraînait l'application de peines sévères.

Au Sénégal, l'article 363 alinéa premier du code pénal, s'inspirant de l'article 378 de l'ancien code pénal français, réprime la violation du secret médical. Le code de déontologie médicale également fait du respect du secret médical une obligation professionnelle. Dans l'Ancien droit, la violation de ce secret était sanctionnée au pénal et au civil.

Mais, quels sont les contours du secret médical ? Il s'agit d'une variété de secret professionnel c'est-à-dire une obligation pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels dans l'exercice de leurs fonctions, de ne pas les divulguer hors des cas prévus par la loi. Depuis longtemps, en effet, on considère que certaines activités mettant nécessairement en cause l'intimité des particuliers doivent être entourées d'une grande discrétion. Lorsque le professionnel est un médecin, on parle de secret médical.

Le secret médical, destiné à protéger la confiance d'un client, tend à assurer la confiance dans l'exercice de la profession médicale. Il est, en effet, convenu que le malade doit donner à son médecin une confiance entière et sans réserve. Il doit pouvoir sans crainte et sans hésitation lui confier ses secrets, faute de quoi, des réticences seraient à craindre qui pourraient perturber l'exercice de ces activités. Le secret médical est donc destiné à garantir, dans l'intérêt général, l'exercice satisfaisant de la profession médicale. "Il n'y a pas de médecine sans confidences ni de confidences sans secret", écrivait le Professeur L. Portes.

Le secret médical est la variété de secret professionnel qui pose le plus de difficultés aux juristes. Il se trouve au carrefour de quatre domaines : juridique, moral, déontologique et social. Il présente toujours un intérêt particulier et connaît un sursaut complémentaire avec l'apparition du VIH/SIDA. Cet intérêt pratique est encore plus important dans le contexte africain où de nombreux travailleurs immigrés ayant laissé leurs épouses au pays reviennent porteurs du virus et se gardent de le révéler. On se demande alors s'il n'est pas opportun que le médecin informe celles-là de l'état de santé de leur conjoint.

Le secret médical a suscité une doctrine et une jurisprudence assez abondantes en France. En revanche, au Sénégal les sources doctrinales et jurisprudentielles sont quasi inexistantes. Notre étude se fera donc avec une référence constante aux informations données pour le droit français qui est une source d'inspiration du droit sénégalais.

Il faut retenir d'emblée que les droits individuels du porteur du VIH/SIDA doivent, dans tous les cas, être protégés pour un certain nombre de raisons parmi lesquelles trois semblent essentielles. D'abord, la protection

des droits de la personne humaine est devenue une exigence de la communauté internationale tout entière . Ensuite, le SIDA est une maladie , une souffrance, liée à la condition humaine. Il ne doit donc pas exister une corrélation entre culpabilité et infection par le VIH/SIDA . Enfin l'accompagnement du malade est une obligation pour les communautés. La personne infectée par le VIH doit rester dans un environnement favorable fait de soutien et de respect de ses droits et intérêts, et fondé sur une solidarité humaniste. La protection des droits individuels de la personne a, du reste, des incidences positives sur l'intérêt général et plus précisément en matière de santé publique. La discrimination et le rejet amènent, en effet, les porteurs du VIH à vivre dans la clandestinité et à adopter des comportements négatifs pouvant être des facteurs de propagation de la maladie. Il existe en effet des cas de transmission volontaire et en pleine connaissance de cause de la maladie.

S'il est nécessaire de protéger le malade, il faut quand même noter que les médecins se trouvent parfois confrontés à des problèmes complexes et douloureux lorsque, malgré l'accompagnement du malade et les conseils qui lui sont prodigués, celui-ci continue d'entretenir des relations sexuelles non protégées avec son conjoint ou d'autres partenaires. Il se produit alors un conflit entre deux valeurs positives : celle du respect des droits de la personne et celle de la protection de la communauté. Entre ces deux valeurs essentielles, le médecin doit jouer un rôle charnière. Il doit veiller à protéger la société contre toute propagation de la maladie. Il doit également protéger sa relation avec le patient dont il doit respecter l'intérêt. Il faut donc déterminer cas par cas qui, de la communauté ou de l'individu, doit primer. La protection juridique des personnes comporte un enjeu éthique fondamental , d'où l'intérêt d'une réflexion autour des fondements et sources d'une part, de l'étendue du secret médical d'autre part.

Quels sont les fondements et sources du secret médical ? L'intérêt de s'interroger sur cette question réside dans ce que la loi pose le principe du secret médical, sans laisser entendre quelque réponse que ce soit à propos de cette question. Une analyse des fondements du secret médical révèle que celui-ci se justifie essentiellement par l'obligation de discrétion, la confiance, l'ordre public et le pouvoir médical. Quant à ses sources, elles sont d'abord légales, puisées notamment du code pénal, et du code de déontologie médicale. Les sources sont également extra-légales dans la mesure où le secret médical est une obligation qui naît d'un contrat entre le malade et le médecin et de l'engagement unilatéral de ce dernier.

Quid de l'étendue du secret médical ? Celui-ci est-il absolu ou relatif? A l'heure actuelle, il ne paraît pas raisonnable de défendre le caractère absolu du secret médical. Le relativisme semble l'emporter car ni l'histoire des institutions, ni le droit comparé, ni les arguments d'ordre rationnel (l'existence d'une vie privée familiale, les conflits d'intérêts, la hiérarchie des devoirs, l'état de nécessité, les textes juridiques existants, l'inexistence de droits absolus ou "discrétionnaires"), ni les valeurs négro-africaines ne permettent de faire du caractère absolu du secret médical une règle de portée générale. Dans tous les cas, la réponse aux diverses questions posées permettrait de nous édifier sur la teneur de l'obligation qui lie le médecin à son client.

Cette étude qui se veut une contribution au droit médical suppose une réflexion autour de ses fondements et de ses sources d'une part (I) et de son autorité d'autre part (II).

## **I) Fondements et sources du secret médical**

Il convient de traiter d'abord des fondements, c'est-à-dire des justifications du secret médical, avant de présenter ses sources.

### **A) Fondements du secret médical**

Les fondements du secret médical sont essentiellement l'obligation de discrétion et la confiance d'une part, l'ordre public et le pouvoir médical d'autre part.

#### **1) L'obligation de discrétion et la confiance**

Chaque individu a droit à la protection de sa personnalité. Les droits de la personnalité sont ceux qui ont pour objet les éléments constitutifs de la personnalité de l'être humain, sous ses aspects physiques et moraux. Tous les intérêts personnels des individus dignes d'être protégés sont visés. Parmi ceux-ci figure le secret de la vie privée. La protection de la vie privée implique un devoir de discrétion qui revêt une importance toute particulière pour les personnes dont les activités professionnelles impliquent la connaissance de faits de nature intime se rapportant à la personnalité d'autrui. Tel est le cas pour les médecins. Par exemple, la connaissance et la divulgation de la séropositivité sont, semble-t-il, vécues comme une intrusion dans la vie privée de l'individu. C'est le mode de transmission de la maladie ainsi que les catégories de personnes les plus touchées qui justifient un tel sentiment. La transmission se fait par voie sanguine ou sexuelle et les porteurs sont souvent des homosexuels, des prostituées, des toxicomanes, des personnes ayant plusieurs partenaires sexuels. Dans ces cas, la révélation de la séropositivité permet alors de connaître deux éléments de la vie privée : la vie sexuelle de la personne et son état de santé. Or, la vie sexuelle qui touche la sphère génito-anale a une importance essentielle dans la personification de l'individu, et fait peser sur lui à tort ou à raison une sorte de présomption d'immoralité. Le médecin ne peut donc, en application du droit au respect de la vie privée, droit portant sur l'aspect moral de la personnalité, divulguer, sans l'accord du patient, sa séropositivité. Cette obligation de discrétion qui incombe au médecin soulève un certain nombre d'interrogations. D'abord, le secret médical n'est-il qu'une obligation, ou est-il en même temps un droit pour le médecin ? Ensuite, quelle est la réelle justification de la protection de la vie privée ?

A la première question, il convient de faire remarquer que de prime abord, le serment d'Hippocrate et les textes organisant le secret médical semblent faire de celui-ci une obligation imposée au médecin. Ici, l'obligation est prise d'abord dans son sens général, de devoir à respecter. Ainsi, dès l'origine, le secret médical est apparu comme un devoir de conscience. Mais ce devoir crée par ailleurs des liens de droit entre deux personnes : le médecin est débiteur, donc tenu d'exécuter l'obligation, le patient est créancier de l'obligation de discrétion. Cette obligation est professionnelle, puis légale et d'ordre public.

Si le médecin est tenu d'une obligation de discrétion, a-t-il par ailleurs le droit de se taire ? Pour répondre à cette question, il faut préciser que le secret médical est institué dans l'intérêt premier du patient. Dans ces conditions, le malade peut délier le médecin du secret professionnel. Mais, le secret médical est également lié à l'intérêt plus général de la santé publique. D'où certains auteurs émettent des doutes par rapport à une possibilité pour le malade de délier le médecin. D'ailleurs la théorie selon laquelle le secret médical est fondé sur un contrat tacite est en recul. COMBALDIEU ajoute qu'on ne peut valablement délier que d'un secret dont on connaît exactement l'étendue. Pour alimenter la réflexion, l'auteur, cite BROUARDEL selon qui : "le secret de notre client est tellement notre, que le client ignore souvent son étendue ; il ne peut nous en libérer parce que lui même ignore ce dont il nous lie". En France, le Professeur CHAVANNE indique que le consentement donné par l'intéressé à la révélation de son secret n'oblige pas pour autant le médecin à parler, ce dernier pouvant estimer, malgré tout, qu'il existe des raisons de prudence sociale ou professionnelle en faveur du silence. Le Professeur VOUIN partage le même point de vue lorsqu'il affirme que le consentement des intéressés permet au médecin de révéler le secret professionnel, mais ne lui impose pas de procéder à cette révélation. COMBALDIEU pense enfin que par humanité ou simplement par prudence, le médecin est parfois amené à ne pas révéler à son client toute la vérité pour la nature de certaines maladies qu'il a diagnostiquées ou sur le pronostic qui en résulte.

Quant à la chambre criminelle de la Cour de Cassation, elle invoque les mêmes raisons pour se refuser à accorder une efficacité quelconque au consentement du malade.

Il convient d'ajouter à ce qui précède que le consentement du malade ne peut être pris en compte que lorsque l'ordre public n'est pas vraiment en cause. Il en est ainsi par exemple lorsqu'il s'agit d'informer un membre de la famille et surtout le conjoint. Donc le médecin peut parfois refuser de révéler le secret médical même lorsque le patient l'autorise à le faire. Le médecin use alors de son droit de se taire. Le secret médical est une obligation et un droit chaque fois que le médecin décide de se taire malgré l'existence du consentement du patient.

Sur la seconde question de savoir quelles sont les justifications de la protection de la vie privée, on peut dire que la vie de toute personne comporte une part tournée vers l'extérieur et une autre repliée sur la personne elle-même, sur sa famille, sur ses amis. Si la part extérieure, celle des rapports sociaux, des activités publiques, peut faire l'objet de divulgation aux tiers parce qu'elle est publique, il en va autrement de l'autre aspect de la vie. Ce dernier aspect, intime, ne doit pas être l'objet de divulgations au risque de blesser la pudeur, de troubler la paix et la tranquillité nécessaires à l'épanouissement physique, intellectuel et moral des personnes. C'est ce qui justifie, pour l'essentiel, le respect de la vie privée qui s'impose dans les rapports entre l'Etat lui-même et les particuliers, mais également dans les rapports entre particuliers. Toute atteinte au secret doit être exceptionnelle et doit assurer la sauvegarde de valeurs supérieures à ce secret. Il en est ainsi parce que le secret de la vie privée est reconnu comme un droit fondamental de la personne humaine. Il est ainsi considéré par l'article 12 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques par les conventions européenne et américaine des droits de l'homme etc. Si le droit civil protège la vie privée contre toute violation, la loi pénale n'est pas en reste. Celle-ci, prend en charge le sentiment d'intimité en réprimant les agissements qui y portent atteinte.

Outre l'obligation de discrétion, le secret médical est justifié par la confiance qui doit s'instaurer dans les relations entre médecin et malade. En effet, celui qui a fait à autrui la confiance de choses tenant à l'intimité de sa vie privée peut souffrir profondément de voir son confident révéler ce qui lui a été communiqué. Le médecin doit respecter la confiance entre lui et le malade parce que celle-ci a un support mystique et quasi religieux qui fait parler de "sacerdoce médical". De plus et surtout, la confiance en question est celle d'un ignorant envers un savant, celle d'un ignorant envers son conseiller intime, celle d'un profane à un initié. Il y a ici un rapport de force entre le patient dont les intérêts risqueraient d'être lésés et le plus fort, à savoir le médecin. Ce rapport doit être protégé par le droit.

Outre l'obligation de discrétion et la confiance, l'ordre public et le pouvoir médical constituent d'autres fondements du secret médical.

## 2) L'ordre public et le pouvoir médical

Le secret médical peut être considéré comme étant un principe de droit public poursuivant un but de protection de la santé générale et de la société. Il s'agit d'un principe d'ordre public, c'est à dire un mécanisme d'Etat institué pour protéger ses intérêts les plus primordiaux et précisément ses intérêts de santé publique. C'est la raison pour laquelle, le médecin doit assurer au malade la sécurité et éviter sa crise de confiance. Autrement, ce dernier risque de se confesser plus rarement et de façon moins complète au médecin, en lui cachant certains détails qui pourraient éclairer son diagnostic. Il aura également tendance à se soigner lui même, avec le concours de "charlatans" ou ne pas du tout se soigner ou se cacher. C'est la santé publique qui risque évidemment d'en souffrir surtout lorsque le malade est contagieux.

Il faut ajouter à ce qui précède qu'il est nécessaire d'assurer aux familles la sécurité et la tranquillité en gardant

secrètes leurs douleurs.

Cet ordre public est au demeurant relatif et non absolu.

En outre, le pouvoir médical explique également le secret médical. En effet, les rapports entre le médecin et le patient doivent s'encadrer dans le contexte des rapports sociaux entre médecins eux-mêmes et vis-à-vis de la société humaine. Les médecins, en tant qu'initiés, conseillers et savants forment une "aristocratie". Ils ont eux-mêmes conscience que la mission qui leur est confiée est importante. Il est alors naturel qu'à leur éminente responsabilité s'attache un certain prestige, mais aussi un certain pouvoir, une certaine autorité. Un certain orgueil est inséparable de la profession médicale qui se donne une morale sociale particulière par rapport à la morale commune, les deux ne se raccordant pas toujours. Le souci de maintenir leur prestige et la confiance qu'ils inspirent justifie en bonne partie la volonté tenace de la plupart des médecins de préserver le secret médical. Ces derniers exercent alors sur eux-mêmes une autodiscipline à la fois individuelle et corporative, qui crée quelquefois des rapports de domination entre le médecin et les autres. Il s'ensuit qu'au plan juridique, le lien contractuel dépasse le principe de l'autonomie de la volonté pour fonder l'existence d'un véritable pouvoir juridique. Il faut noter que ce pouvoir juridique est, une nouvelle catégorie substantielle du droit, à propos de laquelle il convient d'apporter quelques éclairages. En effet, ce pouvoir juridique n'est pas conçu comme une fonction, c'est-à-dire, les prérogatives reconnues au titulaire du droit subjectif qui lui permettent d'exécuter une prestation. Ici, le pouvoir doit être entendu en partant des précisions apportées par E. GAILLARD selon qui, "si l'on devait définir d'un mot la prérogative qu'emporte tout pouvoir, c'est le terme de décision qui viendrait aussitôt à l'esprit. Le titulaire du pouvoir est en effet investi du droit de faire prévaloir sa décision, de trancher par l'exercice de sa volonté, une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise : le titulaire du pouvoir est bien le décideur". Ces mêmes observations sont applicables dans le secret médical, le médecin pouvant refuser de parler même avec le consentement du malade. Il faut ajouter que, en prenant sa décision, le décideur exprime un intérêt qui est différent du sien, mais surtout, édicte une norme susceptible d'être contraignante pour ses destinataires. Nous avons vu à ce propos que le secret médical tendait surtout à protéger le patient et la société. Le pouvoir du médecin est une prérogative finalisée. Il "est tout entier orienté vers la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire". La conséquence de cette finalité est la subordination de ce pouvoir à un contrôle juridique soumis à la sanction. C'est ce qui justifie l'existence de sanctions pénales, civiles et disciplinaires organisées pour protéger le secret médical. En somme, ce pouvoir se manifeste surtout à travers l'engagement unilatéral de volonté du médecin, une des sources du secret médical.

## **B) Les sources du secret médical**

Ces sources sont légales et extra légales.

### 1) Sources légales du secret médical

Les sources légales du secret médical sont surtout la loi pénale et les règles du code de déontologie médicale.

En matière pénale, l'article 363 alinéa 1er du code pénal sénégalais dispose que : "Les médecins, chirurgiens, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par 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 d'un à six mois et d'une amende de 50.000 à 300.000 francs".

L'interprétation de l'article 363 du code pénal sénégalais, n'est pas aisée. Cependant en s'inspirant des commentaires à propos de l'article 378 de l'ancien code pénal français qui est le pendant de l'article 363 du code pénal sénégalais, on peut relever l'existence de quatre éléments constitutifs de l'infraction : l'appartenance du coupable à une certaine catégorie de professions, le fait que le professionnel ait recueilli le secret dans l'exercice de ses fonctions, la révélation du secret et enfin l'intention délictueuse.

Sur le premier élément, à savoir l'appartenance du coupable à une certaine catégorie de professions, il faut observer que les professions médicales et para-médicales sont nommément soumises à l'obligation au secret par l'article 363 du code pénal sénégalais. Sont visés de façon expresse les médecins, les chirurgiens, les pharmaciens, les sages femmes.

Le second élément constitutif de la violation du secret professionnel et spécialement du secret médical à savoir le fait pour le coupable de recueillir le secret dans l'exercice de ses fonctions, implique qu'un fait confidentiel donc non destiné à être divulgué a été porté à la connaissance d'autrui, même si la révélation ne cause aucun préjudice. Cette confiance doit avoir été connue dans l'exercice des fonctions, par exemple lors de l'examen du malade par le médecin.

La révélation de la confiance, troisième élément constitutif de la violation du secret est constituée par tout acte ayant pour conséquence directe ou indirecte de porter à la connaissance des tiers tout ou partie du fait confidentiel. Il peut s'agir d'écrit, de communication verbale. En revanche, il n'y a pas de délit de révélation lorsque le médecin fait connaître au malade son diagnostic, même si, très souvent le médecin cache au malade l'issue fatale de sa maladie, par souci d'humanisme. Il n'y a pas non plus de faute lorsque le médecin donne des renseignements à la famille proche du malade pour recommander des soins à ce dernier. Dans ce cas, il est supposé que le patient consent à une telle révélation. Il en est de même lorsque le médecin remet un certificat médical au patient qui peut alors en faire l'usage souhaité.

La question peut être posée de savoir si le médecin peut remettre aux héritiers d'un malade décédé son certificat médical à des fins notamment judiciaires. En droit français la jurisprudence n'a pas apporté de solutions concordantes sur cette question. Certaines décisions sont hostiles à la remise du certificat médical aux héritiers. D'autres admettent le contraire. Quant à la doctrine française, elle est favorable à cette dernière conception lorsque l'héritier justifie avoir un intérêt personnel à la révélation et que celle-ci ne porte pas atteinte à la mémoire du défunt. La jurisprudence française a décidé que la révélation est punissable lorsqu'elle a été faite sans le consentement de l'intéressé, à des tiers, même s'il s'agit de proches. Cette dernière solution peut être parfois abusive si l'on considère que le secret ne peut être toujours absolu.

Le quatrième élément constitutif de l'infraction de violation du secret médical est l'élément intentionnel. La violation du secret est un délit intentionnel qui n'est pas suffisamment caractérisé par une simple faute de négligence ou d'imprudence. Elle suppose chez son auteur, la claire conscience qu'étant tenu au secret, il a néanmoins révélé un fait confidentiel. Cette conscience ne doit pas être confondue avec les mobiles ou les motifs de la révélation qui, sauf cas exceptionnels, importent peu. Cette conscience ne saurait non plus être confondue avec la malveillance ou l'intention de nuire qui n'est pas requise, car le préjudice même éventuel pour la victime n'est pas un élément constitutif du délit. L'élément intentionnel fait défaut lorsque l'auteur de la révélation bénéficie de justifications.

La violation du secret médical est punie d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 50.000 à 300.000 francs.

L'article 363 alinéa 2 du code pénal sénégalais ajoute dans son alinéa 2 que le secret professionnel n'est jamais opposable au juge qui, pour les nécessités des investigations qu'il accomplit ou ordonne, peut en délier ceux qui y sont astreints. Cette limite est apportée par la loi pour les besoins d'une bonne administration de la justice. Quant au code de déontologie médicale, il met à la charge du médecin l'obligation de respecter le secret médical à travers son article 7 selon lequel "tout médecin est astreint au secret professionnel ; il peut en être délié dans les cas prévus par la loi". Cette règle déontologique médicale appelle un certain nombre de remarques. D'abord elle est une règle de droit. Ensuite, cette règle de droit ne s'applique qu'aux personnels de santé. Il s'agit en troisième lieu, d'une règle qui intéresse l'ordre public donc applicable par le juge de droit commun. C'est parce qu'elle est d'ordre public qu'elle est du reste énoncée également dans le code pénal. Enfin, il faut signaler que la règle déontologique du secret médical est une règle indépendante qui s'ajoute au droit commun. Cela signifie qu'étant en même temps une faute pénale, la violation du secret médical peut être sanctionnée à la fois aux plans disciplinaire et pénal.

Telles sont les sources légales du secret médical. Elles ne sont pas exclusives. Il existe en effet des sources extralégales du secret médical.

## 2) Sources extralégales du secret médical

Deux sources extralégales doivent être signalées : le contrat et l'engagement unilatéral de volonté.

Selon certains auteurs, le médecin est lié au malade par un contrat qui constitue également le fondement juridique du devoir de respecter la confiance. Ils avancent que le malade qui confie un secret au médecin, agit pour ses propres intérêts, en sauvegardant l'intimité de sa vie privée. Le médecin quant à lui, accepte de recevoir et de garder le secret dans l'intention de protéger les intérêts du malade et les siens propres car voulant préserver la confiance que lui voue le malade. Selon ces auteurs, cet échange de consentement entre le malade et son médecin est un contrat. Ainsi, le secret médical a été classé dans la catégorie des contrats nommés. Déjà, dans l'Ancien Droit français, les criminalistes suivis plus tard par de nombreux autres auteurs, prétendaient que le secret médical était un contrat de dépôt. Ces auteurs tiraient argument de ce que l'ancien article 378 du code pénal français relatif au secret médical, parlait de "personnes dépositaires des secrets qu'on leur confie". L'argument n'est évidemment pas dirimant, car le mot "dépositaires" est utilisé ici dans un sens non conforme à la définition du dépôt. Le contrat de dépôt obéit à des conditions ne pouvant s'appliquer au secret. Le dépôt a pour objet des choses mobilières et corporelles, et non des confidences, c'est à dire des pensées intimes. Le dépôt ne peut avoir pour objet une chose incorporelle. Le dépôt est un contrat réel. Le confident ne peut restituer en nature le secret qui lui a été confié.

D'autres auteurs ont qualifié le secret médical de contrat de mandat. Mais, le secret médical n'a certainement pas pour origine le contrat de mandat. Le mandat est un contrat par lequel une personne (le mandant) donne à une autre (le mandataire) le pouvoir d'accomplir en son nom et pour son compte un ou plusieurs actes juridiques. Le mandat porte donc sur un acte juridique et constitue un mécanisme de représentation. Or, tel n'est pas le cas pour le secret médical dans lequel l'idée de représentation n'apparaît guère.

Notons que la nature contractuelle du secret médical n'est pas partagée par tous. GARCON pensait que le secret n'avait aucune origine contractuelle. Il soutenait que le secret obéissait à une théorie autonome et indépendante des autres institutions juridiques et que les analogies et déductions devaient être évitées, s'agissant du secret professionnel en général. Évidemment, à cette argumentation, un auteur a eu raison de répondre que "l'autonomie du secret n'empêche pas la constatation de l'existence d'un contrat entre le malade et le médecin". D'ailleurs, seule l'origine contractuelle du secret médical peut justifier l'usage par le médecin des certificats médicaux délivrés sur la demande de son client. Les certificats médicaux permettent une levée du secret médical par le consentement des deux volontés qui avaient elles-mêmes donné naissance au secret. Il faut cependant préciser que le secret médical n'est pas en lui-même un contrat. Il est précisément un effet, une obligation d'un contrat général qui est le contrat médical. Celui-ci est un accord de volontés entre le

malade et le médecin. En effet le malade choisit librement son médecin et ce dernier "s'engage à donner au malade des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, conformes aux données actuelles de la science". Ainsi, l'arrêt MERCIER posait le principe de la responsabilité contractuelle du médecin. Ajoutons qu'il s'agit précisément d'un contrat d'entreprise également appelé louage de service, par lequel une personne s'engage, moyennant rémunération, à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre personne, sans la représenter. Ce contrat porte sur une chose immatérielle c'est-à-dire principalement le traitement du malade. De façon générale, le contrat médical est générateur d'obligations à l'égard des deux parties. Il s'agit d'un contrat synallagmatique. La principale obligation du malade est de payer des honoraires au médecin. Ce dernier quant à lui est tenu d'une obligation essentielle qui est de soigner au mieux, mais pas de guérir. Cette obligation étant alors de moyen et non de résultat, Il s'ensuit que lorsque le malade n'est pas guéri, le médecin qui le soigne n'est responsable que s'il a été démontré sa faute. Le médecin est également tenu de respecter le secret médical, le contrat médical étant basé sur la confiance.

En fait, par rapport à la théorie générale des obligations, le contrat n'est pas l'unique source du secret médical. Celui-ci tient aussi son origine dans l'engagement unilatéral de volonté. Le serment hippocratique semble orienter vers cette direction. Rappelons en les termes : "...Je promets et je jure d'être fidèle aux lois de l'honneur et de la probité dans l'exercice de la médecine. Admis dans l'intérieur des maisons, mes yeux ne verront pas ce qui s'y passe, ma langue taira les secrets qui me seront confiés, et mon état ne servira pas à corrompre les mœurs ni à favoriser le crime..."

Mais qu'est-ce que l'engagement unilatéral de volonté? Celui-ci peut être défini comme étant "l'acte par lequel une personne manifeste l'intention de se lier personnellement, par la seule expression de sa propre volonté en vue de créer une obligation à sa charge".

L'engagement unilatéral de volonté fait donc naître une dette à la charge du déclarant, ce qui se traduit corrélativement par une créance au profit d'un tiers.

De façon générale, pour avoir force obligatoire, l'engagement unilatéral de volonté doit réunir deux conditions fondamentales. Il doit d'abord être socialement souhaitable de considérer le déclarant comme étant devenu le débiteur dès sa manifestation de volonté et par le seul effet de cette manifestation. Le serment hippocratique remplit-il cette condition ? La réponse à cette question est positive car le secret de manière générale, joue un rôle important dans le mouvement de la société. Il a des fonctions sociales, ce que traduisait le sociologue SIMMEL par l'idée que le secret constitue un rouage essentiel de l'ordre social. Il contribue à tracer les limites d'un groupe social donné en définissant ceux qui sont dans le secret et ceux qui n'y sont pas. Le secret a en outre et surtout une fonction de relation en constituant un moyen de résistance, de protection. Cette fonction sociale de protection se retrouve dans le secret médical. Il est question de protéger l'intérêt supérieur de toute la société contre les risques d'une divulgation du secret médical. Le secret médical permet ici de préserver la liberté et la morale des malades en tant qu'individus et de limiter les risques de propagation de maladie lorsque des malades craignant une divulgation du secret, préfèrent la clandestinité. Ajoutons aussi que le secret assure le soutien de la profession médicale car l'absence de secret médical peut pousser professionnels de la médecine et patients en quête de discrétion à développer une médecine occulte, donc incontrôlable tant au plan technique qu'éthique, ce qui est dangereux.

La seconde condition d'efficacité de l'engagement unilatéral de volonté est liée aux circonstances où il a été pris et qui doivent révéler de la part de celui qui s'engage une volonté certaine et réfléchie. Cette condition existe dans le serment hippocratique qui n'est prononcé par le candidat au titre de docteur qu'après de longues études non seulement théoriques mais encore pratiques. Ce serment apparaît comme un engagement à effectuer une mission sociale devant des juges d'une école c'est-à-dire devant les maîtres. Aucun médecin ne doit exercer son métier en se soustrayant aux obligations contenues dans le serment.

Enfin une troisième condition de l'engagement unilatéral de volonté, généralement négligée par les auteurs est moins évidente s'agissant de l'engagement du médecin. Cette condition est celle de la subsidiarité par laquelle il faut comprendre que l'engagement unilatéral ne peut être retenue que lorsque l'obligation de celui qui s'engage ne peut avoir d'autres sources, notamment contractuelles ou légales. S'agissant précisément du secret médical, cette condition n'est pas réunie. En effet le secret médical a par ailleurs sa source dans le contrat médical et dans la loi pénale. Mais cela ne semble pas remettre en cause l'idée d'un engagement moral et déontologique de volonté du médecin. L'engagement unilatéral contenu dans le serment hippocratique est indépendant du rapport contractuel tissé entre le médecin et le malade et des autres sources du secret médical. Au demeurant, ce cas n'est pas isolé. Sur une question voisine, précisément en matière d'engagement du banquier dans le crédit documentaire irrévocable, la jurisprudence n'a pas vu dans le principe de subsidiarité, un obstacle à la validité de l'engagement unilatéral de volonté.

Telles sont les origines du secret médical. Ses fondements sont multiples, ses sources également. Il reste à savoir ce que ces fondements et sources peuvent avoir comme incidence sur l'autorité du secret médical.

## **II) AUTORITE DU SECRET MEDICAL**

Le devoir de silence du médecin s'impose-t-il de manière absolue ou relative? Voilà une question à laquelle la loi ne donne pas de réponse expresse et qu'il faut résoudre en tenant compte d'intérêts supérieurs. Deux conceptions s'affrontent à cet égard. Il s'agit de la thèse absolutiste et de celle relativiste.

## A) La conception absolutiste

Il convient de présenter la substance de cette thèse avant d'en apprécier la valeur.

### 1) Substance de la thèse absolutiste

La conception absolutiste du secret médical, de stricte orthodoxie, fidèle à une conception individualiste et dogmatique, affirme le primat absolu du devoir de discrétion du médecin. Cette thèse a conduit pendant longtemps à considérer que le médecin ne saurait dévoiler les confidences de ses malades. Le secret était alors considéré comme étant destiné à protéger le malade. Le médecin ne pouvait l'utiliser à des fins égoïstes et personnelles, même s'il s'exposait à une condamnation, la profession médicale comportant des risques qu'il faut assumer. En France la chambre criminelle avait considéré que le secret médical demeurerait "général et absolu". Certains auteurs avaient vivement critiqué cette jurisprudence en avançant que la haute juridiction avait fait du secret médical un carcan dont le professionnel ne pouvait se débarrasser même dans l'intérêt de son client ou de la justice. C'était, pour ces auteurs traiter le patient en "mineur psychologique" incapable de juger ce qui est ou non de son intérêt. C'était également ignorer les exigences de la justice et surtout des preuves, en privant les parties et les juges d'une vérité complète.

Suivant la conception absolue, un médecin qui, par exemple, est sollicité pour éclairer un fiancé sur la santé de son futur conjoint devra taire les tares qu'il a pu déceler sur la santé de ce dernier, même s'il est atteint d'une maladie grave et incurable incompatible avec le mariage et dangereuse pour l'autre conjoint et les enfants à naître.

Les partisans de l'intangibilité du secret fondent leur argumentation sur plusieurs propositions principales. Ils font d'abord référence au fondement de l'institution tiré de la protection de la vie privée et de l'ordre public en insistant sur les dangers d'ordre privé et d'ordre général qu'entraînerait sa disparition.

Les tenants de la thèse absolutiste se fondent ensuite sur le caractère légal du secret institué par une loi et en déduisent qu'il ne peut y être apporté d'exception que par une disposition expresse contraire. On constate pourtant que le caractère légal du secret médical n'est pas une généralité en droit comparé. En Angleterre par exemple, aucune disposition législative particulière ne traite du secret médical. Le respect de ce dernier y a sa source dans la coutume et dans les règles morales auxquelles sont assujettis les médecins. En outre, même dans les hypothèses où le secret médical est institué par une loi, le fait même de pouvoir y apporter des exceptions par une disposition expresse contraire, semble remettre en cause le caractère absolu du secret médical.

Le troisième argument invoqué par les partisans de l'absolutisme est tiré de l'idée que l'obligation au silence du médecin échappe à la volonté des parties qui ne peuvent s'accorder sur sa violation. On a cependant vu que l'autorisation expresse du malade pouvait parfois délier le médecin s'il y consent. En outre, il existe encore de multiples opérations réalisées par le médecin et qui peuvent être considérées comme étant la conséquence d'un accord de volonté entre les parties. Ainsi en est-il de l'expertise médicale privée. Lorsque le médecin est un expert au service d'une collectivité ou d'une entreprise, on considère qu'il a accepté d'avance de celle-ci la mission d'expertise pour tous les cas qui lui seraient soumis. De même, les personnes qui sont présentées à son examen ont d'avance, en adhérant au contrat qui les lie à la collectivité ou à l'entreprise, accepté d'être examinées par l'expert médecin. Cet expert doit rendre compte à son mandant qui est la collectivité ou l'entreprise. Il est en même temps délié du secret par la personne examinée. Le même raisonnement est valable lorsque le médecin délivre des ordonnances à ses malades, celles-ci pouvant être portées à la connaissance des tiers par le malade lui-même. L'autorisation du malade est sous-entendue dans ces hypothèses de violation du secret médical.

Le quatrième argument avancé par les absolutistes est que le médecin poursuivi en justice par son client ne peut se défendre en invoquant des faits, normalement couverts par le secret. Cependant, à la question de savoir si l'existence d'un secret professionnel impose au médecin l'obligation de se taire devant la justice, les juristes répondent à l'heure actuelle le plus souvent par la négative. Aujourd'hui, la jurisprudence admet très fermement la possibilité pour le médecin inculpé d'assurer sa défense au besoin en portant atteinte à certains faits secrets qu'il divulgue. Cette jurisprudence admet que le médecin est un citoyen à part entière qui doit défendre sa réputation et celle de la profession médicale.

Enfin les arguments de stabilité juridique sont également invoqués. Le conseiller COMBALDIEU écrit à ce propos qu'une solution nuancée plutôt qu'absolue "aurait l'inconvénient, ainsi qu'en témoigne d'ailleurs devant la difficulté du problème, l'éventail des décisions rendues à cet égard en matière civile, de jeter un halo d'indécision autour de la zone d'application du secret médical car, si la doctrine s'efforce d'une façon louable de délimiter l'objet du secret, il faut bien convenir que les limites de ce secret se laissent difficilement cerner. Dans ces conditions, n'apparaît-il pas préférable, en déclarant que l'obligation au secret médical est générale et absolue, d'adopter une solution que l'on peut accuser certes d'être trop rigoriste et de manquer peut-être de souplesse, mais qui a du moins le mérite, non seulement de puiser profondément ses racines dans la tradition et les précédents mais encore de fixer une règle de comportement précise et ne laissant place à aucune hésitation".

Certaines décisions jurisprudentielles appliquent la thèse absolutiste. On peut citer à cet égard la décision de la chambre criminelle du 22 décembre 1966. La Cour de Cassation affirme que: "Fait une exacte application de l'article 378 c.pen., la Cour d'Assises qui déclare que l'obligation au secret professionnel, établie et sanctionnée par l'article 378 c.pen. pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certaines

fonctions, s'impose aux médecins comme un devoir de leur état, qu'elle est générale et absolue et qu'il n'appartient à personne de les en affranchir".

## 2) Valeur de la thèse absolutiste

De manière générale, les médecins restent déontologiquement et sentimentalement hostiles à toute révélation du secret médical. La chambre criminelle avait considéré que le secret médical demeurait "général et absolu".

Le secret médical présente en effet des intérêts indéniables. D'abord, aux plans thérapeutique et de santé publique, car la confidentialité permet aux malades de se sentir à l'aise pour suivre un traitement sans courir le risque d'être frappés d'ostracisme par l'entourage et la communauté. Cela est valable notamment pour certaines maladies injustement considérées comme honteuses pour lesquelles une stigmatisation du malade peut entraîner une réaction naturelle de vivre dans la clandestinité, de refuser de se soigner et de favoriser une rapide propagation des maladies. Le secret médical présente également un intérêt pour les familles car il préserve leur repos, leur honneur et leur réputation. L'intérêt de la profession médicale et son fonctionnement sont également concernés. Également dans l'intérêt de la société tout entière et de l'ordre public en général. Le secret médical a donc une portée sociale incontestable. Une divulgation inconsidérée du secret médical créerait des désordres graves. L'ordre public est en jeu. Enfin, le secret médical est une règle d'éthique. C'est une charte fondamentale de la médecine selon laquelle la confiance entre le médecin et le patient doit être protégée. Le Professeur Noël FIESSINGER écrivait qu'on peut épiloguer sans arrêt sur le secret professionnel, il reste et restera la clef de voûte de l'exercice de notre profession. Nous devons le défendre avec âpreté parce que le malade n'a pas d'autre défenseur que nous". De même, s'appuyant sur la valeur inestimable du secret médical, le Professeur PORTES rappelait en des phrases devenues aujourd'hui classiques que "Le secret professionnel est, en France au moins, la pierre angulaire de l'édifice médical, et il doit le rester, parce qu'il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confiance et de confiance sans conscience".

C'est sans doute ce qui explique les solutions admises en France où la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) a souligné la nécessité d'identifier les personnes contaminées dans le respect du droit à la vie privée. En outre, la loi du 1er juillet 1994 relative aux fichiers sanitaires automatisés tente d'instituer un véritable équilibre entre d'une part l'intérêt général et d'autre part, l'intérêt individuel, c'est-à-dire le respect de la vie privée du malade. La loi permet seulement la déclaration anonyme où seules figurent les initiales, la date et la commune de naissance de l'intéressé. La confidentialité des données nominatives traitées est protégée pénalement par les articles 226-13 et 226-18 du nouveau code pénal français.

Néanmoins, les arguments avancés par les tenants de la thèse absolutiste ne sont pas toujours pertinents. En outre, il faut savoir mesurer et garder car le caractère absolu du secret médical poussé à ce degré est parfois incompatible avec les exigences sociales qu'il tend à protéger et peut être très dangereux. Le secret médical peut constituer une barrière artificielle limitant l'intérêt de la société spécialement en matière de santé publique. C'est au demeurant ce qui faisait dire au Docteur FERRAND, dans un rapport sur les épidémies ayant régné en France pendant l'année 1896, et à propos de la loi française du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique que "cette loi crée au médecin, dans l'exercice normal de sa profession, une série de difficultés auxquelles il n'hésite pas à se soustraire en éludant cette obligation. Je fais allusion surtout à la situation que fait au médecin une clientèle dont l'éducation sur ce chapitre est à faire et qui considère le plus souvent cette déclaration comme une délation et comme une trahison de la confiance qu'elle a mise en lui. Je n'hésite pas à taxer de fâcheuse une loi qui, tous les jours, met le médecin dans la dure alternative, ou de se soustraire aux devoirs qu'elle lui impose ou de trahir avec ses propres intérêts les plus légitimes la confiance de ses clients".

En fait, le secret médical, bien que fondé sur l'ordre public", doit pouvoir être atténué dans l'intérêt de ce même ordre public. Le secret médical ne semble pas s'adapter à l'état actuel de la science, en constante évolution, aux conséquences pratiques qui s'ensuivent au point de vue social ainsi qu'à la mission sociale de plus en plus importante dévolue au médecin, à son devoir de prévenir les maladies contagieuses et de les soigner. La nécessité de promouvoir la médecine prophylactique, de supprimer un foyer épidémique, une maladie infectieuse et contagieuse, d'éviter des extensions redoutables, justifie que des limites soient apportées au secret médical. Le secret médical envisagé dans sa conception absolutiste est suranné et doit être relativisé au nom de l'intérêt public lui-même. C'est ce qu'ont compris les tenants de la thèse relativiste du secret médical.

## **B) Le caractère relatif du secret médical**

La conception relativiste du secret médical est rejetée par la majorité des médecins qui préfèrent le secret absolu. Pourtant, cette conception nous semble plus défendable. La thèse du relativisme du secret médical est de plus en plus défendue. L'évolution du secret médical va dans le sens de son affaiblissement. Plusieurs facteurs nous confortent dans cette idée. Les uns sont d'ordre historique et comparatif, les autres sont d'ordre rationnel.

### 1) Arguments historiques et comparatifs

Historiquement, la notion de secret médical est éminemment relative. Le secret en général, et le secret médical en particulier, ont connu des mutations sociales, des déplacements et des transformations de toutes sortes. C'est qu'il s'est produit des modifications profondes du contexte, du contenu et de la signification de ces secrets.

Si l'on prend l'exemple de la France, on observe que l'évolution du secret médical y a comporté trois phases

appelées successivement par un auteur contemporain "le secret ignoré", "le secret magnifié", "le secret négocié".

"Le secret ignoré" correspond à une période où le secret médical n'était pas une exigence légale, du moins fondamentale. Ainsi, la civilisation antique, qui a été la première à définir les devoirs du médecin, ne les considérait que comme des prescriptions morales et religieuses. Le droit romain ne sanctionnait que les fautes du médecin ayant causé des dommages corporels au malade, à l'exclusion des simples indiscretions du médecin. Ce n'est que dans l'Ancien droit qu'apparaît l'idée d'une condamnation judiciaire de la violation du secret médical. Cette condamnation se limitait à l'octroi de dommages et intérêts à la victime. En outre, la violation du secret médical ne faisait l'objet de poursuites que sur plainte de la victime et à condition qu'elle ait eu lieu de façon malicieuse et en vue de porter tort au client.

Au demeurant, si les auteurs font remonter le secret médical, du moins pour les origines écrites, à HIPPOCRATE, il faut préciser que ce texte n'a pas eu, jusqu'au 19<sup>e</sup> siècle, l'importance et la valeur qu'on a voulu lui donner. Durant toute cette longue période, semble-t-il, peu de textes parlent du secret médical, et ceux qui en parlaient le faisaient de manière occasionnelle. Le secret professionnel se confond alors surtout avec le secret de confession, le secret d'Etat.

C'est au cours du 18<sup>e</sup> que se développe la théorie absolue. Le secret est magnifié, avec le grand mouvement d'idées contre le pouvoir absolu. Il correspond à la société libérale et à la médecine dite libérale. L'épanouissement de la notion de secret absolu "est un phénomène qui appartient surtout à la société européenne occidentale du XIX<sup>e</sup> siècle". La société européenne a "magnifié" le secret médical en en faisant un secret absolu. Le secret absolu est donc une institution de l'économie libérale mais aussi une compétence fondée sur l'anatomo-clinique. Rattaché à l'économie libérale, le secret médical permet de défendre les intérêts des individus. Quant à la méthode anatomo-clinique, qui étudie les maladies dans leurs rapports avec le corps, elle se référait également au secret médical en considérant que la maladie était un fait individuel, non social. Leurs résultats des examens médicaux ne pouvaient être laissés à la portée de tout le monde. Le secret médical devenait dès lors indispensable.

Dans cette société libérale, le secret médical est étendu aux familles bourgeoises, leur permettant de défendre leur honorabilité et leur image face à certaines maladies considérées comme honteuses. Mais il comportait des limites car, il n'y avait pas de secret vis-à-vis des parents. A ce niveau, on observait une certaine ouverture du secret qui permettait à la famille de régler ses problèmes. En outre, le secret du nom des malades dans les communications scientifiques n'était, semble-t-il, pas tout à fait respecté. C'était sans doute autant de brèches qui devaient conduire au "secret négocié".

En fait le secret absolu s'est montré inapplicable. Il y a eu des débats et des conflits entre médecins d'une part, Etat et particuliers d'autre part, qui ont dilué le secret médical. Beaucoup de médecins ont considéré le secret comme un privilège et s'y sont accrochés sans tenir compte d'intérêts supérieurs. Il s'est donc produit comme une phase de négociation entre les médecins et la société "obligeant ceux-ci à la fois à mieux préserver certains secrets et à les ouvrir dans certains cas précis".

L'évolution historique montre ainsi que le secret médical n'a pas toujours prévalu. Au contraire, il est apparu comme un phénomène sans grande envergure.

A l'argument historique, il convient d'ajouter d'autres justificatifs, à commencer par les enseignements du droit comparé. En effet, la tendance dans la plupart des législations contemporaines est à la relativisation du secret médical. Ainsi, dans les pays de la Common law, le secret médical occupe une place infime. En Angleterre, depuis l'affaire de la Duchesse de Kingston, le médecin ne peut pas refuser de témoigner en justice. Aux Etats-Unis d'Amérique, de nombreux Etats refusent de sanctionner pénalement la violation du secret médical. En outre, des pays comme l'Allemagne, la Suisse, l'Italie, le Portugal, la Yougoslavie, etc. subordonnent toute poursuite de la violation du secret médical à la plainte de la victime, ôtant ainsi au secret tout caractère impératif.

L'Allemagne s'est prononcée pour la conception relative du secret médical. Le droit allemand recèle donc d'hypothèses dans lesquelles la protection du secret médical cède devant l'obligation du médecin de révéler des informations nécessaires.

Un regard vers le droit africain à travers la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples permet également de faire un certain nombre d'observations. D'abord la Charte Africaine ne fait pas une allusion expresse au droit à la vie privée. Faut-il en déduire pour autant que le respect de la vie privée n'est pas un droit de l'homme en Afrique ? Il serait hasardeux de répondre par la négative, ce d'autant plus que le préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples réaffirme l'engagement des Etats africains membres de O.U.A., dans l'article 2 de la Charte de O.U.A., de favoriser la coopération internationale en tenant dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration Universelle des droits de l'homme qui consacrent le respect de la vie privée comme un droit de l'homme. Mais, toujours est-il que la non allusion expresse au respect de la vie privée semble reléguer ce droit au second plan par rapport à d'autres droits tels que celui des peuples, le droit de propriété, le droit à l'éducation, à la santé ...etc.. C'est peut être l'occasion de se demander s'il peut exister une hiérarchie entre les droits de l'homme. Certains auteurs soutenant la thèse de la hiérarchie avancent l'existence d'une catégorie particulière de libertés dites libertés fondamentales de premier rang et une autre dite de second rang. Cette thèse a été soutenue en France par le Conseil d'Etat, le Conseil Constitutionnel, la Cour de Cassation et par le Doyen Louis FAVOREU. Les libertés de premier rang

seraient généralement absolues. Il en serait ainsi de la liberté de la presse, du droit à la sûreté. Celles de second rang ne seraient ni générales, ni absolues comme le droit de propriété, la liberté d'entreprendre etc.

Quant à la seconde thèse, soutenue notamment par le Doyen VEDEL, elle réfute l'idée de hiérarchie entre les droits de l'homme car la valeur constitutionnelle n'est pas hiérarchisée. Cet argument est certes important. Nous sommes même tentée d'y ajouter qu'il n'y a pas d'étalon pour mesurer les droits de l'homme. Cependant un sentiment également très fort nous indique qu'il n'y a pas de commune mesure entre d'une part des droits tels que le droit à la vie de façon générale, les droits économiques et sociaux et, d'autre part, le droit à la vie privée, bien que celle-ci soit importante. Au fond, l'universalité des droits de l'homme n'exclut pas un certain relativisme de ceux-ci puisqu'il existe un noyau dur des droits de l'homme, commun à tous, sans distinction d'appartenance communautaire ou culturelle. Ainsi en est-il du droit à la vie, du droit à l'intégrité physique, etc. Cependant, ce principe doit être relativisé dans certaines hypothèses où les droits de l'homme sont largement dépendants des spécificités culturelles. Quelque part, la hiérarchie entre les droits de l'homme est une réalité. Elle est fonction de chaque peuple et de chaque individu.

Mais la lecture de la Charte Africaine des droits de l'homme appelle un second commentaire. En effet, cette Charte met plutôt l'accent sur les droits du groupe. Cette conception présente des originalités certaines par rapport à celle connue en Occident. Alors que la conception occidentale est fondée sur l'individualisme, celle, négro-africaine repose plutôt sur des valeurs communautaires qui privilégient le groupe. Cette dernière conception envisage les droits comme les devoirs de façon collective en fonction du groupe d'appartenance, de l'âge et du sexe. Cela ne signifie évidemment pas que les Africains ignorent les droits de l'homme. Les droits de l'homme constituaient le fondement de leur structure sociale et politique pendant la période pré-coloniale. L'objectif essentiel des africains est, dans la société traditionnelle, de préserver la dignité humaine, la protection et l'épanouissement des individus vivant dans la communauté. Seulement, ils mettent l'accent sur la dimension collective des droits et devoirs plus conforme aux mentalités, à la perception des choses et aux comportements. C'est ce qui a fait dire à un auteur que "les droits de l'homme ne sont conçus dans cette optique, qu'enracinés dans la collectivité". Mais, il n'y a pas d'opposition entre société et individu. Cette conception s'accommode mieux avec le relativisme du secret médical qui peut aussi se fonder sur l'importance que les africains accordent aux devoirs de l'homme. Le chapitre II de la Charte Africaine est consacré aux devoirs. L'article 27 édicte que : "1. chaque individu a des devoirs envers la famille et la société, envers l'État et les autres collectivités légalement reconnues et envers la communauté internationale. 2. Les droits et les libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun", tiré de la solidarité communautaire. La jouissance des droits et libertés implique donc également l'assujettissement à certains devoirs, car droits et devoirs sont deux faces d'une même réalité. Les devoirs des personnes constituent autant de droits pour la communauté. Il en résulte un double lien dialectique entre le groupe et l'individu et entre les devoirs et les droits. C'est ce qui découle du paragraphe 7 du préambule de la Charte Africaine qui déclare que "la jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun".

Il faudrait ajouter à ce qui précède que les Africains fonctionnent dans le cadre d'une famille élargie qui prend en charge les jeunes, les personnes âgées, les malades en somme tous les défavorisés. L'intérêt individuel s'efface devant le sens de la communauté, de la solidarité, de l'interdépendance, de la responsabilité collective pour la survie de la communauté. Ainsi, par rapport au secret médical, les valeurs culturelles négro-africaines privilégient le principe du "secret partagé". La divulgation d'un secret médical au sein de la famille n'y est pas considérée comme une violation du secret médical, donc répréhensible, mais plutôt comme un acte de confiance vis-à-vis du groupe.

## 2) Arguments d'ordre rationnel

Outre les arguments d'ordre historique et comparatif, des justifications d'ordre rationnel expliquent la nécessaire relativisation du secret médical.

Il peut s'agir de l'existence d'une vie privée familiale, de conflits d'intérêts, d'une hiérarchie entre les devoirs et l'état de nécessité, d'arguments textuels, de l'inexistence de droits absolus, enfin de l'idée "d'intérêt moral légitime" invoquée en droit des assurances.

Il faudrait d'abord admettre la légitimité des ingérences de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, à condition que cela constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale etc. Le droit au respect de la vie privée comporte en effet des limitations comme la plupart ou peut être tous les droits subjectifs. La vie privée est d'ailleurs traquée de toutes parts, ce qui a même fait dire à certains, poussés à l'extrême, qu'il faut oublier la vie privée, puisque nous n'en avons plus".

Mais au delà de la vie privée de l'individu, il y a une vie privée familiale. Le droit au respect de la vie privée appartient donc non seulement à l'intéressé mais aussi, et même de son vivant, à sa famille. C'est sans doute pourquoi un juge français écrit "que quelle que soit la personne, des renseignements relatifs à ses ascendants, conjoints et descendants, relèvent en tout état de cause de sa vie privée". Sous cet angle, le droit au respect de la vie privée peut être considéré comme un droit de famille, à l'instar d'autres droits de la personnalité, tels que le droit au nom patronymique, le droit à la sépulture, le droit moral de l'auteur. S'agissant spécialement des époux, il faudrait admettre que l'atteinte à la vie privée de l'un est le plus souvent et en même temps, une atteinte à celle de l'autre. Il faudrait aussi déduire de cette même idée que la vie privée d'un conjoint étant en principe la même que celle de l'autre, une atteinte à la vie privée de l'un par l'autre n'a pas de sens. Le couple

forme un tout, la vie privée des époux également. Donc si la vie privée d'une personne doit être respectée par les tiers, elle est par contre inopposable à l'autre conjoint. Cette observation permet alors à l'un des conjoints d'avoir le maximum d'informations sur la vie de l'autre. Il convient de faire remarquer que dans un pays comme la France, l'Académie de médecine à travers un rapport de la Commission SIDA a considéré que "sans aucune obligation et à titre exceptionnel, en tout dernier recours, et après avoir apprécié toutes les conséquences de son acte, un médecin devrait pouvoir, en son âme et conscience, avec toute l'humanité désirable, décider de lever le secret professionnel vis-à-vis d'un futur conjoint, d'un conjoint, ou d'un partenaire, sans tomber sous le coup d'une condamnation pénale".

Quid des rapports d'intérêts ? Il faut noter à ce propos que le droit au secret reconnu à une personne peut entrer en contradiction avec le droit à la vérité d'un autre individu. A qui donner raison ? Pourquoi choisir le malade et non autrui ? La question nous semble particulièrement intéressante dans le cadre familial et notamment dans les rapports entre conjoints. Certes, le secret médical doit exister à l'égard de la famille. Le secret est en effet, l'affaire du patient dans ses relations avec son médecin et on peut donc en déduire qu'il n'appartient pas à la famille du malade de délier le médecin de son obligation au secret. En principe, le médecin ne peut être délié de cette obligation que si le patient y consent librement. Cependant, la communauté d'intérêts, entre membres d'une même famille, doit, à notre avis, justifier que le médecin puisse, en toute conscience, et pour des raisons de nécessité pratique, porter à la connaissance de la famille certains faits concernant le patient. Cette faculté est offerte aux familles lorsque le patient donne expressément ou de façon tacite, son consentement. Mais, il semble que la révélation doive pouvoir être possible même dans certaines hypothèses où l'autorisation de révéler n'existe pas. D'ailleurs, l'expérience quotidienne révèle que dans de nombreux cas, la famille est mise dans les secrets par le médecin et est plus informée que le patient sur sa santé. Généralement, le médecin qui procède à ces révélations est guidé par le souci de protection du malade que la famille peut alors encadrer, mais aussi et par la même occasion, par un intérêt social à garantir.

La révélation du secret à la famille doit être fonction de la gravité de l'affection dont souffre la patient. Si celle-ci est bénigne et sans incidence particulière, le problème du secret ne présente d'ailleurs pas d'intérêt particulier car la famille peut, sans dommage, ne pas savoir.

Notons que la communauté d'intérêts et de sentiments qui justifie certaines révélations faites à la famille est encore plus forte entre conjoints unis pour le meilleur et pour le pire. D'où la nécessité de faire partager le secret entre conjoints lorsque la situation l'impose. A notre avis le conjoint doit jouir d'un véritable droit à l'information justifié par son statut de partenaire privilégié de l'autre conjoint.

Un autre argument d'ordre rationnel peut être tiré de la hiérarchie des devoirs. Il faut noter d'emblée que l'ordre public qui constitue l'un des fondements du secret médical, est un agencement d'intérêts sociaux qui peuvent être différents et dont aucun ne peut opprimer les autres. Si le rôle du médecin est de guérir les malades, il est également de conserver la vie. L'application du secret médical peut faire naître un conflit de devoirs et, notamment, un conflit entre le respect du secret et l'obligation d'assister une personne en danger. A cet égard, il convient de rappeler que les articles 48 et 49 du code pénal sénégalais répriment la non assistance à personne en danger. L'obligation de porter secours concerne le cas de personnes se trouvant dans un état de péril, nécessitant une intervention immédiate. Cette obligation incombe à tous. Le médecin peut-il alors se retrancher derrière le secret médical pour ne pas révéler par exemple l'infection par le VIH/SIDA de quelqu'un qui, par ses agissements, risque de contaminer d'autres personnes ? La non-assistance est punissable dès lors que la personne non secourue était en péril. Peu importe la source du péril. Ainsi, par exemple, la personne qui, ignorant l'infection de son partenaire, entretient avec lui des relations charnelles non protégées, se trouve dans une situation de péril, la maladie du SIDA, mortelle, étant particulièrement transmissible par voie sexuelle. Le virus du VIH/SIDA est une substance mortifère qui détruit les cellules humaines. Son inoculation ou sa transmission génère une maladie évolutive, fatale à plus ou moins long terme. Le patient infecté, par son comportement peut alors être considérée comme auteur d'un empoisonnement défini par l'article 286 du code pénal sénégalais comme "tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées et quelles qu'en aient été les suites".

Ajoutons que celui qui s'abstient de porter secours à autrui est punissable s'il le fait en connaissance de cause. Un médecin qui manque de révéler au partenaire sexuel de son client l'infection par VIH de celui-ci pourrait très bien être poursuivi pour non assistance à personne en danger. Cette solution se justifie d'autant plus qu'il existe ici une hiérarchie entre les devoirs du médecin : celui de se taire, et celui de sauver des vies et de participer à la sécurité des personnes. L'obligation de sauver des vies paraît ici plus impérieuse. Admettre une telle solution aurait une portée considérable en Afrique où les femmes sont particulièrement vulnérables devant certaines maladies telles que le SIDA.

Ces précisions apportées, il faudrait ajouter à la non assistance à personne en danger, la permission de la loi, fait justificatif. En effet, les textes de lois eux-mêmes permettent une interprétation relative du secret professionnel. C'est le lieu de présenter les arguments d'ordre textuel justifiant le relativisme du secret médical.

Les textes législatifs qui posent le principe de la protection pénale du secret médical y apportent des exceptions. Au Sénégal, l'article 7 du code de déontologie prévoit le cas où la loi oblige ou autorise les détenteurs du secret à se porter dénonciateur. C'est le cas par exemple lorsque le code de sécurité sociale impose au médecin de l'entreprise d'établir un certificat médical en cas d'accident de travail. Ce certificat médical est établi en plusieurs exemplaires remis entre autres à l'employeur et à l'inspecteur du travail qui sont des tiers. De même, le code de l'hygiène impose au médecin de déclarer à l'autorité sanitaire les cas de

maladies contagieuses. Le code de la famille fait de la déclaration des naissances une obligation légale. Mais, à ces dérogations expresses, il faut ajouter que les pays de tradition absolutiste en matière de secret médical élaborent actuellement de nouvelles législations qui le relativisent. En France par exemple, le nouveau code pénal qui réorganise le secret professionnel renvoie à la liberté de conscience du professionnel. Cette solution découle des travaux préparatoires de la loi portant réforme du code pénal et au cours desquels François COLOMBET a affirmé, pour les articles 434.1, 434-3 et 434-11, qu'on avait "souhaité laisser à la personne tenue au secret professionnel la faculté de déterminer en conscience, selon chaque cas d'espèce, quelle conduite doit être suivie et d'apprécier si l'obligation de dénoncer justifie ou non la révélation du secret professionnel".

Il faut faire remarquer aussi que, si les textes législatifs prévoient des sanctions pénales, concrètement, ces sanctions ne peuvent s'appliquer que si la victime de la violation du secret médical se constitue partie civile afin de déclencher l'action publique ou si elle agit directement par voie de citation devant la juridiction correctionnelle compétente pour connaître du délit de violation du secret professionnel. C'est la preuve que la sanction de la violation du secret médical est une sanction privée, exceptionnelle, laissée entre les mains des particuliers.

Un autre argument d'ordre rationnel favorable à la relativisation du secret médical, est tiré de l'idée qu'il n'existe plus de droits "absolus" ou "discrétionnaires". Le droit du médecin de se taire pourrait-il être qualifié d'absolu ou de discrétionnaire ? Nous ne le pensons pas. En effet, l'exercice sans limite du secret médical pourrait conduire à un abus de droit constitutif d'une menace pour l'idée de justice même. Cet abus de droit se justifierait tant par la faute dans l'exercice des droits, que par la méconnaissance de la fonction sociale des droits. S'agissant de la faute dans l'exercice des droits, elle pourrait être invoquée dans certaines hypothèses où le silence du médecin serait à l'origine d'un dommage causé à quelqu'un, par exemple lorsqu'un partenaire est contaminé par une personne atteinte d'une maladie contagieuse. Quant à la méconnaissance de la fonction sociale des droits, elle mettrait en pratique la théorie "finaliste" ou "téléologique" de l'abus de droit selon laquelle tous les droits ont une finalité qui est d'abord d'ordre social. Dès lors, un droit ne peut être légitimement utilisé que conformément à cette finalité. Cette finalité sociale existe dans toutes les prérogatives, même dans celles qui, en apparence, sont des plus égoïstes, car, la société fait des titulaires des droits subjectifs des agents actifs de la défense de l'intérêt général. Tous les droits étant investis d'une fonction sociale, "ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit". Cette conception communautaire, proche des valeurs traditionnelles africaines, peut être invoquée à l'appui du relativisme du secret médical.

Il faut souligner également que, dans la plupart des cas où l'obligation au secret n'est pas strictement observée par des médecins, c'est dans une intention louable. Les médecins savent résister avec beaucoup de délicatesse aux sollicitations diverses.

Enfin, l'idée d'intérêt moral légitime" apparaît comme une forte justification du caractère relatif du secret médical. Cette expression est utilisée par la jurisprudence française à propos de la légitimité du secret médical en droit des assurances. La Cour d'Appel d'Orléans illustre cette idée dans un attendu de principe de la décision du 18 février 1998 : "considérant que le secret médical ne peut être invoqué que pour défendre un intérêt moral légitime...". Cette jurisprudence s'inspire d'un arrêt de la Cour de Cassation du 3 janvier 1991 par lequel elle affirme que l'assuré "qui était contractuellement obligé d'informer l'assureur de manière complète et loyale, ne pouvait s'opposer à ce que fussent communiqués à l'expert judiciaire les pièces et documents le concernant, dès lors que son opposition à la levée du secret médical tendait, non pas à faire respecter un intérêt moral légitime, mais à faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions et à faire échec à l'exécution de bonne foi du contrat auquel il était partie en mettant l'assureur dans l'impossibilité de prouver les réticences et omissions volontaires qu'il lui imputait". La Cour de Cassation française a fortifié cette position par un très important arrêt du 9 juin 1993 qui reprit le critère de l'intérêt légitime" : "qu'ayant constaté que le certificat médical litigieux se bornait à énoncer que (l'assuré) suivait depuis 1984 un traitement médical, mais sans aucun rapport avec l'affection ayant causé le décès, la Cour d'Appel en a exactement déduit que (la veuve) ne pouvait pas légitimement s'opposer à la production d'un tel certificat, dès lors qu'il ne s'agissait pas pour elle de faire respecter un intérêt légitime, mais de faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions". Ici, la Cour de Cassation paraît avoir abandonné sa conception absolutiste illustrée par un arrêt de la première chambre civile du 18 mars 1986.

En fait, cette jurisprudence mérite d'être replacée dans un cadre plus vaste. La cour de cassation n'accepte plus aujourd'hui, que l'on invoque la protection d'un droit de la personnalité dès lors que l'usage que l'on en attend est sans lien avec la finalité de ce droit . Le même raisonnement peut-être valable lorsque le patient infecté de VIH/SIDA invoque le secret médical contre les droits fondamentaux d'autrui.

Le critère "d'intérêt moral légitime" permet alors de délimiter le champ du secret médical, permettant au médecin de l'écarter dans certaines circonstances.

## **CONCLUSION**

Tout est question de dosage. Le devoir de discrétion est toujours fondamental. Cela signifie que, même dans les situations les plus compliquées, il faut d'abord privilégier le respect du secret médical et mettre en place un système efficace d'accompagnement du malade. Les conseils qui sont prodigués au malade, afin qu'il adopte une attitude responsable vis-à-vis des autres et surtout de son partenaire sexuel, sont d'une importance essentielle. Il ne s'agit donc pas d'apporter au principe du secret médical des dérogations multiples qui

risqueraient de l'annihiler. Il faut une attention particulière afin que le respect de ce principe soit aussi fidèle que nécessaire. Mais des motifs légitimes, notamment l'inconscience du patient et la nécessité de protéger autrui, peuvent justifier que dans certaines hypothèses le secret médical ne soit pas respecté. D'ailleurs, certains médecins interrogés ne sont pas hostiles à la divulgation du secret médical dans quelques cas fort embarrassants. Leurs soucis sont alors de deux sortes : d'abord qu'ils soient protégés par une loi, ensuite que la violation du secret soit exceptionnelle. Évidemment, les plus orthodoxes des médecins répondent qu'ils n'ont pas à violer le secret médical, et qu'il appartient aux pouvoirs publics de prendre leur responsabilité en créant une infraction de mise en danger permettant de réprimer un patient inconscient. Cette dernière proposition nous semble opportune. L'infraction consisterait pour un individu qui contrevient intentionnellement à une obligation de sécurité ou de prudence à mettre consciemment autrui dans une situation périlleuse sans pour autant vouloir lui causer un dommage.

Mais la création d'une infraction de mise en danger ne doit pas exclure, à notre avis, que le législateur puisse statuer sur les cas dans lesquels le secret médical pourrait être remis en cause.

L'intervention du législateur permettrait alors d'éviter les inconvénients d'une solution qui laisserait aux médecins la possibilité de choisir eux mêmes les cas dans lesquels le secret peut être levé c'est-à-dire ceux où la non révélation constitue une menace sur la sécurité d'un proche ou de la société en général. Nous ne partageons donc pas l'avis de COMBALDIEU selon qui, "le secret professionnel est avant tout un problème de conscience et qu'il vaut mieux en chercher les règles à l'intérieur de soi-même que dans le code". Sans doute, la solution préconisée par COMBALDIEU consiste à reconnaître au médecin la confiance qu'il mérite, mais ce n'est pas le tirer d'embarras devant des cas difficiles à résoudre parce que les intérêts moraux les plus contraires s'y opposent. Il est possible d'écrire comme l'a fait Heike JUNG que "dans une démocratie, il incombe toujours au législateur, s'il s'avère nécessaire, de se prononcer sur un nouveau consensus normatif, de guider l'action médicale dans les conflits existentiels de valeurs, et de marquer les limites de l'action médicale. La tâche du législateur est délicate, parce qu'il s'agit ici de conflits existentiels où la discussion n'arrive jamais à terme. Il faut donc avant tout que l'ensemble des groupes concernés aient voix au chapitre. Par ailleurs, le législateur doit trouver le bon moment, ainsi que la bonne formule qui donne une orientation claire pour le présent, sans qu'elle cimenter le futur".

Il est certain que la réaction de l'entourage à l'adoption d'une loi pourrait également être stigmatisante pour le malade et le pousser à vivre dans la clandestinité. Mais à ce stade, le problème qui se pose devient surtout une question éthique et d'éducation de la société. Il appartient alors à l'entourage de changer de comportement et d'intégrer le malade. De fortes campagnes de sensibilisation pourraient aider à cela.

Par Mme Amsatou SOW SIDIBE  
Maître de Conférences Agrégé  
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques  
Université Cheikh Anta Diop de Dakar