

# **LE SECRET PROFESSIONNEL**

## **LE CAS DU SECRET MÉDICAL**

PAR

Jean-Jacques GLEIZAL

*Professeur à l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble*

Le secret professionnel fait partie des manifestations juridiques du “for intérieur” dont ce colloque essaye d’analyser les différentes dimensions et le devenir dans nos sociétés contemporaines. A première vue, il y a quelque paradoxe à vouloir trouver du “for intérieur”, c’est-à-dire de l’intimité, dans une activité professionnelle. Mais la notion de “for intérieur” renvoie de façon plus large à ce qui est soustrait au public au terme d’un processus d’intériorisation qui, en l’occurrence, est conduit par les professions. Aussi peut-on se demander ce qui amène ces dernières à se retirer de la place publique (du forum) et ce qui peut justifier un repli allant de pair avec un droit de produire des normes.

D’origine napoléonienne, le secret professionnel fait aujourd’hui l’objet de débats qui pourraient aboutir à une transformation profonde de l’institution. En ce qui concerne le secret médical, que nous étudierons ici plus particulièrement à la fois parce qu’il sert de modèle pour les autres professions et parce qu’il est soumis à des projets de redéfinition dont les raisons mettent en jeu des problèmes fondamentaux pour l’avenir de notre société, le “*Rapport de la commission de réflexion sur le secret professionnel appliqué aux acteurs du système de soins*” de mars 1994 (présidée par le docteur René, ancien président de l’ordre des médecins), préconise certes le maintien des règles en vigueur. Mais peu de temps auparavant, prenant position à propos de l’obligation pour les médecins de déclarer une maladie contagieuse comme le sida, l’Académie nationale de médecine avait abouti à des conclusions contraires. Il s’agit en fin de compte de savoir si le secret professionnel ne doit pas

s'ouvrir alors même que surgissent de nouvelles données, notamment scientifiques et morales, qui pourraient faire prévaloir de nouveaux équilibres sociaux.

Mais, dans sa conception traditionnelle, le secret professionnel a une formulation qui, relevant du droit pénal et de la déontologie, est négative. Comme l'énonce le code pénal (article 378 de l'ancien code, articles 226-13 et 226-14 du nouveau), un certain nombre de personnes, visées par la loi et la jurisprudence, se voient *interdire* de livrer les secrets que l'exercice de leur profession leur a permis de connaître. Le secret fait simplement partie d'une organisation des professions et d'une certaine conception de défense de la vie sociale. Il lui manque un statut qui en ferait le garant des droits du particulier concerné et la pièce d'un dispositif de protection des libertés publiques.

Les ambiguïtés du secret surgissent immédiatement : l'institution édicte-t-elle une interdiction absolue de divulgation d'informations ? Le secret s'oppose-t-il à la transparence ? Est-il conçu pour protéger les individus, pour garantir le bon fonctionnement des professions visées ou pour satisfaire des obligations tenant à la sauvegarde de l'intérêt général et de l'ordre public ? Le secret professionnel ne doit-il pas tenir compte de nouvelles réalités ? Mais ne faut-il pas aussi en réaffirmer l'utilité ? Comment concilier sa nécessaire ouverture avec son renforcement pour protéger les droits du particulier, c'est-à-dire du malade dans le cas du secret médical ? La réponse à ces questions dépend de la définition des fonctions sociales du secret dont l'analyse permet, nous allons le voir, de pénétrer un phénomène particulièrement opaque.

## I - CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LE SECRET

Dans les recherches que nous avons menées il y a quelques années sur le secret, nous faisons ressortir deux fonctions sociales du secret, l'affiliation et la relation<sup>1</sup>.

### A) La fonction d'affiliation

Le secret permet d'établir une séparation entre l'intérieur et l'extérieur. En protégeant l'intérieur de l'extérieur, il est constitutif du groupe. Mais il effectue un travail considérable à l'intérieur en y créant de l'intimité et de la transparence. Ceux qui se protègent de l'extérieur par le secret créent entre eux des liens de solidarité très forts. Ainsi, peut-on déjà établir que le secret est une des faces de la transparence. De plus, en délimitant le groupe, le secret structure une relation interne de pouvoir. Le détenteur du secret acquiert en effet un pouvoir en exerçant à l'extérieur une fonction de représentation et en

---

1. Couëtoux (M.), Di Ruzza (R.), Dumoulin (J.), Gleizal (J.-J.), *Figures du secret*, Presses Universitaires de Grenoble, 1981.

régulant la transparence au sein du groupe. Comme nous le verrons, cette fonction de régulation interne est essentielle. C'est elle qui structure l'ensemble du mécanisme social du secret.

### B) La fonction de relation

S'il est vrai que le secret sépare, il faut aussi reconnaître qu'il a une fonction relationnelle. Le processus concerne en effet au moins trois agents : un émetteur, un récepteur et un destinataire. Ce dernier est celui à qui le secret est dissimulé, mais cette dissimulation est un moyen d'établir un rapport. Il existe une "chaîne du secret" dans laquelle celui qui est en principe exclu tient une place essentielle. La raison en est que dissimulation et aveu ne s'opposent pas, que le secret se négocie et qu'en toute hypothèse, il s'affiche. Nous retrouvons ici une relation de pouvoir. La conquête du pouvoir que permet le secret à l'intérieur du groupe ne trouve son véritable sens que par une conquête du pouvoir à l'extérieur

Dans ses différentes fonctions, le secret permet d'échapper à *la norme*. On a pu lui reconnaître un caractère subversif. Aussi ne s'étonnera-t-on pas que, d'un certain point de vue, il ait mauvaise presse. N'est-il pas lié à l'intrigue, à la conspiration, au complot ? Mais là encore, il y a ambivalence, car son action subversive peut se retrouver dans la réalisation d'une action régulatrice. Nombreux sont les exemples qui révèlent le double jeu du secret. Ainsi, en est-il de l'action policière ou des activités de défense du territoire qui sont organisées dans le secret aux fins de défendre l'ordre public ou de protéger la nation. Parmi ces jeux troubles se trouve au premier rang celui des indicateurs de police qui agissent secrètement dans un rapport particulièrement ambigu à la loi puisque ces personnages de roman sont à la fois reconnus et difficilement avoués<sup>2</sup>.

De cette brève analyse des fonctions sociales du secret, nous tirerons comme conséquence que le processus s'inscrit dans une *stratégie d'acteurs* dont la *puissance publique* ne peut pas se désintéresser puisqu'il se situe dans un rapport à *la norme*. On comprend qu'il existe un *droit du secret* qui règle le jeu des acteurs et tente malgré tout de définir le rapport à la norme. Dans ces différentes perspectives, nous en arrivons dans notre précédente étude à proposer d'analyser les *positions stratégiques* des différents acteurs qui pouvaient aboutir à la formation de *quasi-magistratures* se situant elles-mêmes dans le contexte de la constitution de *corporatismes*.

Placé ainsi au cœur de ces différents enjeux sociaux, il se trouve que le secret connaît actuellement des *mutations*. Pour mesurer ces dernières, il faut placer le secret dans son champ qui est celui de la communication. Comme nous l'avons en effet déjà vu, le secret joue avec l'information qu'il retient ou

2. Voir sur ces questions l'excellent livre d'Alain Dewerpe, *Espion*, Gallimard, 1994.

libère. Or, notre système d'information et de communication est lui-même structuré par la distinction du public et du privé. La sphère publique est soumise à la publicité avec néanmoins cette nuance selon laquelle l'administration qui s'organise en bureaucratie est structurée par le secret. Par contre, la sphère privée est bien protégée par le secret. Mais c'est justement là où Habermas, dont les analyses sur l'espace public servent ici nécessairement de référence, perçoit une évolution : *“Dans la mesure où l'on assiste à une inter-pénétration de l'Etat et de la société, l'institution qu'est la famille restreinte se détache des processus de reproduction sociale : la sphère d'intimité qui, autrefois, se situait au centre de la sphère privée prise dans son ensemble, recule en quelque sorte jusqu'à sa périphérie, à mesure que celle-ci perd son caractère strictement privé. La vie privée des bourgeois de l'ère libérale se déroulait pour l'essentiel au sein de la famille et dans le cadre de leur profession ; le domaine de l'échange et du travail social était tout autant partie intégrante de la sphère privée que la “maison” qui ne jouait absolument aucun rôle économique. Ces deux sphères, autrefois structurées selon le même principe, subissent désormais une évolution qui les oppose. Et l'on peut en effet affirmer que le caractère privé de la famille ne cesse de se renforcer tandis que s'accuse toujours davantage le caractère public du monde du travail et de l'organisation sociale”*<sup>3</sup>. Ce dernier phénomène concernerait au premier chef le secret professionnel qui serait soumis à un phénomène de socialisation et de publicisation.

A l'origine, ce secret protège le client (l'article 11 du code de déontologie médicale dispose que le secret médical est *“institué dans l'intérêt du malade”*) tout en étant le garant d'une relation qui repose sur la notion de *“confidentialité nécessaire”*. Or, une double mutation se ferait jour. Alors que de nouvelles personnes sont concernées par le secret professionnel, celui-ci est en train de changer de nature. C'est ce que constate le Conseil d'Etat dans un rapport de 1977 : *“Dans les domaines qui touchent à la santé, à l'éducation, au social en général, l'exigence du secret se rattache à la notion de confiance. Les professionnels intéressés estiment que la qualité et même la possibilité de rapport avec autrui est conditionnée par un climat de confiance qui n'existe que s'il est convenu de donner à l'échange un caractère intime. Ce sentiment est partagé non seulement par les médecins mais encore par les assistantes sociales, les inspecteurs du travail et certains éducateurs. Qu'ils soient fonctionnaires ou ressortissants au secteur privé, ces professionnels estiment qu'ils ont un rôle de prévention qui l'emporte sur celui de répression. La prévention qui se traduit par des communications interpersonnelles est conciliatrice, amicale, affective même, et incompatible avec tout comportement répressif et même directif. Cette notion de rapport de confiance est bien plus large que celle de confident nécessaire”*<sup>4</sup>. Pour la Haute Assemblée, le secret serait donc moins lié que par le passé à la défense de la profession. Mais il serait surtout saisi par de nouvelles pratiques sociales qui privilégieraient la prévention. Une

3. Habermas (J.), *L'espace public*, Payot, 1978, p. 159.

4. Conseil d'Etat, Commission du rapport et des études, *Etudes sur le secret professionnel*, janvier 1977, p. 9-10.

précision s'impose : le colloque singulier du médecin et du malade, qui nous ramène au "for intérieur", ne disparaîtrait pas : par contre, il prendrait une nouvelle dimension. Dans une certaine mesure, la relation du médecin et du malade irait même jusqu'à s'intensifier, mais en acquérant une autre finalité. Il s'agirait désormais de fonder sur la relation un rapport social fort. C'est pourquoi la portée de ces évolutions sociologiques doit être justement appréciée. Les mutations actuelles conduisent sans doute moins à l'abandon du secret professionnel qu'à son repositionnement. Ce constat est particulièrement valable pour le secret médical dont les remises en cause ne se traduisent finalement que par des déplacements.

## *II - LES MUTATIONS NÉCESSAIRES DU SECRET MÉDICAL*

Comme nous l'avons déjà constaté, le secret professionnel est régi par un certain type de droit dont il faudra analyser la nature, tant il est vrai que les mutations actuelles de l'institution passent par un changement qui appartient au champ juridique. Le secret fait en effet partie de ces lieux où le droit se recompose et où cette recomposition est la manifestation d'une transformation des mécanismes de régulation de la société. Nous sommes aujourd'hui assez loin du thème de la "crise du droit". Le droit est en mesure d'occuper une place centrale dans les régulations sociales, à condition cependant qu'il se transforme. Le secret est un merveilleux terrain d'observation de ces changements, d'abord parce que le droit le structurait, ensuite parce qu'il est demandé à celui-ci d'en élargir le propos.

### *A) Le droit du secret professionnel*

Le droit protège avec force le secret professionnel tout en tenant compte des enjeux contradictoires qui se concentrent dans l'espace social qu'il organise. En ce qui concerne plus particulièrement le secret médical, la doctrine juridique a pu défendre le bien fondé d'un "secret relatif", c'est-à-dire d'un secret qui pourrait être levé dans un certain nombre de cas, après autorisation par exemple du titulaire du secret. Néanmoins, la jurisprudence est maintenant claire sur ce point : le secret a un caractère général et absolu. Le titulaire du secret ne peut même pas apporter des précisions qu'il était seul à connaître (Crim. 7 mars 1989). Ce principe est conforme aux dispositions de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'empêche pas cependant qu'il existe un certain nombre d'atténuations légales permettant des divulgations d'informations, que ce soit pour des raisons qui tiennent à la santé publique ou à l'ordre public (la dénonciation de sévices ou de violences sexuelles infligés à des mineurs ou à des personnes qui ne sont pas en mesure de se protéger ne peut pas se voir opposer le secret professionnel, comme le prévoit le nouvel article 226-14 du code pénal).

Le secret médical est sans doute un des secrets professionnels les mieux protégés avec ceux de l'avocat et du prêtre. Il existe, par contre, des secrets plus faibles comme le secret bancaire. Derrière cette hiérarchie se profile une véritable conception de la société. Si l'on pense que le secret professionnel peut être opposé, y compris à la justice, seuls des fondements profondément légitimes peuvent le rendre intangible. Les valeurs et les intérêts sociaux portés par les secrets professionnels doivent cependant s'incarner, c'est-à-dire être défendus par des acteurs sociaux reconnus. Ce rôle revient aux professionnels. C'est pourquoi le droit pénal du secret professionnel est relayé et complété par la déontologie. C'est sans doute là un trait de la construction sociale du "for intérieur". Tout se passe comme si le droit ne pouvait pas régler à lui seul les subtilités de ce qui se produit dans l'opacité du jeu du secret. Mais justement comment fonctionne en profondeur le secret professionnel ? Peut-on se contenter d'y voir un mécanisme corporatiste ?

Il est vrai que le secret professionnel remplit les deux fonctions sociales dont nous avons déjà parlé, celles d'affiliation et de relation. En ce qui concerne la *fonction d'affiliation*, elle est probante. Au delà de l'idéologie des droits du malade, le secret professionnel médical valorise le corps des médecins qui exerce à cette occasion une quasi-magistrature. Quant à la *fonction relationnelle*, elle se situe dans le prolongement de la première. Le secret médical fixe la place de la médecine et du médecin dans la société. Le même raisonnement pourrait être fait à propos des autres grands secrets professionnels. On sait aujourd'hui qu'il existe de la part de nombreuses professions une revendication du secret professionnel qui est devenu une affaire de statut et de "distinction".

Tout se passe cependant comme si nous n'étions pas encore au cœur du mécanisme. Pour y voir plus clair, il faut revenir à la fonction d'affiliation qui, nous l'avons dit, est indissociable d'une *fonction de régulation interne* du corps protégé par le secret. En ce qui concerne toujours le secret médical, il apparaît que tout se joue finalement dans la relation de confiance entre le médecin et le malade. Ne faut-il pas entendre par là que la médecine ne peut fonctionner que si le malade fait confiance au médecin ? Or, de cette relation, qui met en jeu le "for intérieur", le médecin tire un pouvoir qui a pour contrepartie la reconnaissance des droits du malade. Ces droits sont cependant extrêmement faibles. Un médecin ne peut-il pas cacher à un malade la gravité de son état (en application de l'article 42 du code de déontologie dont les effets pourraient cependant être limités par la loi du 18 Janvier 1994 sur le "dossier de suivi médical") ? Entre le médecin et la malade s'établit une relation inégale qui place le second dans une situation de dépendance. On comprend alors, comme nous l'avons déjà noté, que le secret professionnel n'ait pas de statut propre. Le fait qu'il ne soit régi que par le droit pénal et la déontologie a un sens profond. Le droit positif ne fait qu'interdire des manquements à la règle. Il ne pénètre pas à l'intérieur du mécanisme qui est réglé par la seule déontologie. Le "for intérieur" prend ici une forme précise. Il renvoie à quelque chose qui se cache et qui ne peut être soumis à la publicité du droit. Or, c'est peut-être cette situation qui ne résiste pas aux évolutions actuelles de la société et, en ce qui concerne le secret médical, aux mutations de la médecine.

### B) Vers une redéfinition du droit du secret médical

Les transformations nécessaires du secret médical tiennent aux changements qui sont en train de se produire là où tout se noue, c'est-à-dire dans la relation entre le médecin et le malade. Ce phénomène est lui-même la conséquence d'une mutation de grande ampleur située à la rencontre de découvertes scientifiques et de l'apparition de nouvelles mœurs sociales. De façon générale, la grande mutation qui se produit est liée à la socialisation de la médecine qu'engendre notamment la médecine hospitalière et aux impératifs créés par l'information médicale. Mais deux secteurs nous semblent plus particulièrement porter cette révolution, celui du rapport à la mort et celui de l'information génétique.

#### 1) La mort, la médecine et le secret

L'évolution de la société, en réplique aux progrès de la médecine, fait que se développe un refus de l'acharnement thérapeutique. De plus en plus nombreux sont ceux qui veulent s'approprier leur mort. Cette demande a des conséquences majeures sur les pratiques médicales et surtout sur les relations qu'entretiennent les médecins avec leur environnement. On a pu parler à ce sujet d'une "*conflictualisation de la mort*" qui va de pair avec une multiplication des acteurs concernés et une complexification de leurs relations<sup>5</sup>. Au centre de cette évolution, se situe le rapport entre le médecin et son malade. En voulant maîtriser sa mort, le malade crée une situation nouvelle. Le patient devient actif et remet en cause le pouvoir d'un médecin généralement accompagné d'une attitude moralisatrice. En outre, le médecin se trouve souvent confronté à une famille qui peut aussi bien d'ailleurs représenter le malade que se trouver en conflit avec lui.

Ce nouveau rapport à la mort a pour effet de socialiser la relation du médecin et du malade. Le malade n'est plus seul, non seulement parce que sa famille intervient de façon plus active qu'autrefois, mais encore parce qu'il se forge des outils, notamment de nature éthique, pour résister éventuellement à un médecin qui avait des pratiques paternalistes. Du même coup, les bases relationnelles qui étaient celles du secret médical sont remises en cause. *Le mourant travaille pour le malade* qui devient actif et revendique de nouveaux droits. On peut même penser que le droit à la mort est constitutif d'un nouveau droit médical qui devrait être producteur de nouveaux mécanismes de régulation dans la relation entre le malade et son médecin. Dans ce processus, l'éthique joue sans doute un rôle important. Le médecin lui est désormais soumis, et l'on peut penser qu'il devra désormais rendre compte de son action à des institutions qui relativiseront son pouvoir.

---

5. Baudouin (J.-L.), Blandeau (D.), *Ethique de la mort et droit de la mort*, PUF, 1993.

## 2) L'information génétique et le secret

La génétique est sans doute aussi en train de transformer en profondeur les pratiques et le droit de la médecine<sup>6</sup>. Ce qu'on nomme en effet l'information génétique a des conséquences sur les droits des malades qui voient la science se donner les moyens de contrôler le devenir de leur corps. Le secret médical visait déjà bien le corps du malade, mais la science transforme la vision de ce corps en le ramenant à quelques principes pouvant faire l'objet de terrifiantes manipulations. Aussi l'information génétique relance-t-elle le débat sur la nature des droits que possède chaque homme sur son corps. Sans pouvoir résumer ici toutes les avancées doctrinales sur les problèmes juridiques liés aux nouvelles sciences de la vie, on peut en retenir qu'est en train de naître un véritable droit au secret de l'information génétique considéré comme relevant de la protection de la vie privée. La thèse d'un droit de propriété sur le corps est généralement rejetée. Par contre, l'individu aurait à faire respecter, vis-à-vis de son nouveau corps dévoilé, des libertés fondamentales.

Or, là encore, les équilibres traditionnels du secret professionnel sont bouleversés. Comme nous sommes loin de la pauvre relation libérale entre le médecin et son malade ! Pour contrebalancer les dangers de l'information génétique, il faut faire renaître, autour du malade et de son corps, rien de moins que *l'espace public*. Dès lors, la conception même du "for intérieur" se transforme. Nous retrouvons d'un certain point de vue les mêmes phénomènes que ceux perçus à propos du nouveau droit de la mort. Le médecin n'est plus seul. La question du partage du secret médical se pose avec une grande acuité. Par ailleurs, le droit se transforme. Il doit faire place à l'éthique, et il s'agit de passer d'une approche pénale du secret professionnel à la définition d'un statut qui rééquilibre les relations entre les protagonistes. Peut-on aller jusqu'à affirmer que nous sommes en présence d'un droit politique qui se formerait au sein même de la sphère privée ? Il s'agit effectivement de cela. L'abandon de l'approche pénale du secret nous conduit vers un nouveau droit public qui envahirait la traditionnelle sphère privée-privative pour pratiquer une ouverture.

Le secret acquiert alors un *statut* dont les termes commencent à être définis par la loi du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Dans la perspective de cette loi, il s'agit en effet de concilier deux principes, celui de transparence qui permet aux personnes fichées d'avoir accès aux informations les concernant et celui de sécurité que garantit la confidentialité du secret médical. La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) précise que le traitement des données médicales est placé sous la responsabilité des médecins. Elle consacre ainsi une conception relativement classique du secret médical tout en reconnaissant le principe de transparence. Mais il lui faut affronter une autre difficulté. La protection des personnes fichées suppose aussi l'interdiction de communication de données

6. Knoppers (B.-M.) et alii (dir.), *La génétique humaine : de l'information à l'information*, Litec, 1992.

nominatives à des personnes non habilitées alors même que des informations confidentielles peuvent être divulguées, notamment à des non médecins, dans le cadre de la recherche médicale. La solution vers laquelle s'oriente la CNIL, en accord avec de nombreuses instances compétentes en la matière, est celle du "secret partagé". Les équilibres trouvés nous semblent exemplaires. La CNIL, en application de la législation, concilie la réaffirmation du secret avec son ouverture. A propos de cette dernière, la solution du "secret partagé" est loin d'être nouvelle. Il existait déjà des secrets de ce type dans le droit du secret. Mais il y a là une solution d'avenir. Le "secret partagé", que le législateur du nouveau code pénal n'a cependant pas voulu consacrer, constitue une traduction juridique de l'incontournable socialisation du secret professionnel.

Dans ce nouveau contexte, il ne s'agit donc pas de supprimer le secret médical. Par contre, il faut le réformer pour lui permettre de concilier une confidentialité nécessaire avec la complexification des données (notamment celle qui est due à l'usage des fichiers) et des jeux d'acteurs. A ce sujet, le rapport de la "Commission de réflexion sur le secret professionnel appliqué aux acteurs du système de soins" est intéressant. On peut en effet estimer qu'il n'y a pas lieu de prévoir des dérogations spécifiques au secret médical, comme cela a pu être demandé pour le sida dans l'hypothèse de révélation nominative faite par le médecin à un proche. Le secret doit, d'un certain point de vue, être renforcé alors même que des dangers de plus en plus importants pèsent sur les patients. Mais ce maintien du secret suppose que le corps médical tire les conséquences de la naissance d'une nouvelle médecine nécessairement prédictive. Il doit participer à l'élaboration d'une nouvelle déontologie et surtout admettre qu'il a aujourd'hui de nouveaux interlocuteurs, dont les malades qui deviennent des sujets de droit à part entière.

Comme nous devons le constater pour conclure, le secret interroge bien le droit qu'il pousse dans le contexte de l'émergence d'une société d'information et de communication. En ce qui concerne le "for intérieur", le voici redéfini. L'intériorité qu'il implique doit intégrer une part importante des mécanismes et des règles qui étaient auparavant rejetés à l'extérieur. L'information génétique oblige à développer une communication interne. Mais la transparence absolue pourrait être dangereuse, notamment pour les malades dont les maux pourraient être livrés à la connaissance de tous. Il faut donc bien, qu'après s'être déplacé, le secret se reforme. Dans le domaine médical comme ailleurs, il est ce nouveau secret auquel le droit, un nouveau droit, confère de la visibilité.