

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*L'APPARITION TIMIDE DU DROIT DE LA SANTE DANS LE CHAMP DE LA QPC*

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2013) [\*L'apparition timide du droit de la santé dans le champ de la QPC.\*](#) Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 39 (2). p. 264-269.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# L'APPARITION TIMIDE DU DROIT DE LA SANTE DANS LE CHAMP DE LA QPC

L'intérêt du droit de la santé pour une analyse du mécanisme de la QPC tient sans doute au large spectre de questions qu'il embrasse. La distinction habituellement posée entre droit de la santé et droit à la santé permet de saisir que les aspects subjectifs (droit à la santé, libre disposition de soi, respect du corps) sont étroitement dépendants des arbitrages politiques concernant les aspects objectifs (solidarité financière et territoriale, solidarité des dons d'organe, développement de la recherche...). Le droit « à » la santé n'est lui-même que l'addition de prérogatives subjectives : l'accès aux soins, la qualité des soins, la prise en charge financière des soins, l'élargissement même de la notion de soins, la libre disposition de soi, etc.

Dans les faits une dizaine de décisions QPC a trait à la santé (sept d'entre elles portent sur la santé mentale). Aucune ne concerne vraiment le droit « à » la santé, tout au moins explicitement, privilégiant une lecture objective et collective de la santé. D'un côté, le Conseil tient pour acquis que l'alinéa 11 du Préambule de 1946 fonde tout à la fois une exigence envers l'État de protéger objectivement la santé de chacun, et aussi une série de droits subjectifs, comme l'accès aux soins, qui génèrent une obligation réflexe pour l'État, laquelle peut conduire à limiter la liberté d'aller et venir et la liberté individuelle. De l'autre, la tendance des requérants dans le domaine de la santé demeure bien sûr de maximiser leur espace de liberté et d'autonomie mais aussi de s'assurer de la solidarité de la collectivité dans l'accès aux soins et aux prestations sociales. On relèvera que le Conseil retient la santé surtout comme limite à la liberté personnelle, comme complément de l'ordre public<sup>1</sup>. Les récentes décisions QPC relatives aux banques de sang de cordon et au placement en cellule de dégrisement montrent que le législateur a raison de limiter l'autonomie de l'individu concernant sa santé<sup>2</sup>.

Il apparaît alors judicieux d'examiner les liens entre santé et QPC, du point de vue des acteurs, à l'aide de deux questions : que nous apprend le droit de la santé sur la QPC ? et que nous apprend la QPC sur le droit de la santé ? On vérifiera sans doute la domination de l'objectif et de l'abstrait. Car, en ce domaine particulièrement, le raisonnement du juge constitutionnel

---

<sup>1</sup> Le Conseil d'État a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question portant sur l'article L. 1111-7 du code de la santé publique (CSP), lequel reconnaît à toute personne le droit d'accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues par des professionnels (CE, 10 novembre 2010, n° 327337).

<sup>2</sup> Cons. const., déc. n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012, Société Cryo-Save France et déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, M. Mickaël D.

n'apparaît pas sensiblement différent en QPC de ce qu'il est dans le contrôle *a priori*. La protection des droits subjectifs par la QPC se révèle indirecte et voilée.

### ***I - Ce que la santé nous apprend sur la QPC***

Le droit de la santé voit le Conseil accuser sa tendance à traiter abstraitement, objectivement et timidement les revendications, qu'elles se situent sur le plan de l'autonomie de la personne ou sur celui de la politique de santé.

Le Conseil rappelle d'abord systématiquement l'existence d'une réserve de loi en matière de santé publique<sup>3</sup>. Celle-ci, issue de l'article 34 de la Constitution ainsi que du onzième alinéa de 1946, permet de censurer les dispositions contestées (par exemple si le législateur ne fournit pas de garanties suffisantes pour les conditions de l'hospitalisation sans consentement<sup>4</sup>).

Cette considération pour la loi conduit aussi à l'abrogation modulée dans l'intérêt de la santé publique<sup>5</sup>. Il en va inversement dans le cas de dispositions de la loi Esquirol<sup>6</sup>, dans la mesure où ces dispositions ont déjà été remplacées par la nouvelle loi. On mesure aussi le rôle de la QPC à son impact sur le processus législatif de réforme. La lecture que le Conseil fait de l'état du droit et de ce qu'il convient de faire détermine le cours des choses et sert de relai aux exigences européennes.

La loi est privilégiée en raison de son rôle dans les arbitrages politiques que requiert la santé. Le *self-restraint* du Conseil y est puissant. Prenons l'exemple de la décision *Cryo-Save*.

Sans même expliquer en quoi la liberté personnelle se trouve en cause (la loi a entendu faire obstacle aux prélèvements des cellules du sang de cordon ou placentaire en vue de leur conservation par la personne pour un éventuel usage ultérieur dit « autologue »), le Conseil relève qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles de telles cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées, de même, quant à la nécessité de l'interdit des greffes dans le cadre familial en l'absence d'une nécessité thérapeutique. En l'occurrence, le législateur n'est pas convaincu

---

<sup>3</sup> Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC, cons. 5 ; déc. n° 2011-202 QPC, cons. 9

<sup>4</sup> La décision n° 2011-174 QPC porte sur l'article L. 3213-2 du CSP qui ouvrait une alternative à l'autorité administrative pour ordonner le placement en hospitalisation à titre provisoire : l'aliénation pouvait être attestée soit par un avis médical, soit par la simple notoriété publique. En l'espèce, le Conseil est venu censurer une seule branche de l'alternative, laissant ainsi subsister celle apportant selon lui les garanties suffisantes.

<sup>5</sup> Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, cons. 16 et déc. n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, cons. 30 et 31.

<sup>6</sup> Cons. const., déc. n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011, cons. 15 et 16.

de l'intérêt médical des greffes autologues, alors même que bien des chercheurs sont convaincus du contraire et que d'autres législateurs les ont entendus. Lorsqu'un droit fondamental comme la santé, se trouve appréhendé dans un cadre familial et solidaire comme ici, ne peut-on pas compter sur le juge pour faire peser sur la loi un contrôle de l'erreur manifeste ? Cette révérence envers le travail du législateur trouve son cadre dans le maintien d'un strict contrôle abstrait de la loi, sans considération pour les faits qui ont donné lieu à la QPC. Or, dans le cas des banques de sang de cordon, une mise à disposition des greffons avec priorité à la famille ne méconnaîtrait pas l'objectif de solidarité tout en permettant l'existence de banques privées. Néanmoins, pour le Conseil, les finalités des dispositifs de santé l'emportent sur l'expression *in concreto* des droits individuels. Du point de vue de l'accès aux soins, le Conseil vérifie simplement que l'interdit législatif n'empêchera pas un individu de bénéficier de la greffe de cellules dans le cas d'un besoin avéré. Car à l'inverse, la loi permet, en cas de nécessité thérapeutique présente et avérée, le prélèvement à des fins autologues. Ainsi « les dispositions contestées ne soumettent pas à des règles différentes des personnes placées dans une situation identique ».

Dans le même esprit, l'analyse du régime de l'accouchement « sous X »<sup>7</sup> justifie de limiter l'accès aux origines personnelles (la liberté personnelle) par l'objectif de santé en ce que la loi entend protéger la santé des femmes enceintes.

La même décision constate que la loi ne confère aucun droit aux mères sur ces produits, quand bien même leur consentement se trouve nouvellement exigé. Le Conseil ne relève pas que cette forme de « nationalisation » des produits du corps, peut menacer l'autonomie personnelle. Pourtant, le consentement est révocable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu, preuve de la consécration législative de l'autonomie. La sécheresse de la motivation de la décision ne répond donc pas aux problèmes de droit, fondamentaux, qui se posent.

Ce que le droit de la santé nous apprend sur la QPC ne dément pas que la QPC ne change pas grand-chose de ce que nous savions sur la santé.

## ***II – Ce que la QPC nous apprend sur la santé***

La stratégie des acteurs se révèle d'abord dans le souci de faire sauter certains verrous législatifs à leurs libertés. Bien au contraire, pour le juge, la santé est plus souvent invoquée en

---

<sup>7</sup> Cons. const., déc. n° 2012-248 QPC, Mathieu E.

QPC à l'appui des restrictions législatives à d'autres droits qu'en faveur de l'autonomie individuelle. En outre, lorsqu'il s'agit de protéger la santé sous ses dehors subjectifs, cela passe par d'autres droits que le droit de la santé.

Parmi les cas qui voient privilégier les impératifs de santé publique on retiendra :

- Le droit d'obtenir un emploi : en prévoyant un agrément pour exercer la profession d'assistant maternel ou familial, le législateur a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et les exigences constitutionnelles des dixième et onzièmes alinéas du Préambule de 1946. Il n'a méconnu ni le principe d'égalité devant la loi ni le droit pour chacun d'obtenir un emploi<sup>8</sup>.

- La liberté d'entreprendre : par l'article 16 de la loi du 5 juillet 1996, le législateur a ainsi entendu garantir la compétence professionnelle des personnes exerçant des activités économiques en raison des risques pour la santé et la sécurité des personnes<sup>9</sup>.

- La liberté d'aller et de venir : le Conseil a validé la rétention administrative d'une personne en situation d'ivresse publique et manifeste sans limitation de durée autre que celle du délai dans lequel elle aura « recouvré la raison » et sans les garanties offertes par le contrôle d'un magistrat. Vis-à-vis de la sûreté, la brièveté de la rétention et ses conditions suffisent. Concernant la liberté personnelle, le Conseil ne relève pas la difficulté qu'il y a à retenir une personne ne nécessitant pourtant pas de soins (attestation hospitalière exigée par la loi) alors que l'opportunité de cette rétention est laissée à la seule appréciation des forces de l'ordre.

L'autonomie personnelle : L'action du législateur dans l'intérêt de l'individu peut aller jusqu'à priver de libre arbitre celui dont le comportement menace sa santé. Déjà, dans une décision DC<sup>10</sup>, le Conseil avait admis que la lutte contre les addictions au jeu découle du principe constitutionnel de protection de la santé posé par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Selon le considérant le mieux établi, l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter la liberté individuelle mais le législateur doit aussi assurer la protection de sa santé ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public. Les atteintes portées à l'exercice des libertés de l'individu doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis<sup>11</sup>. Côté sûreté<sup>12</sup>, la justification des soins psychiatriques non consentis demeure ambiguë : l'obligation de soins en milieu fermé

---

<sup>8</sup> Cons. const., déc. n° 2011-119 QPC du 1er avril 2011, J.O. du 2 avril 2011, p. 5895, texte n° 74, cons. 4.

<sup>9</sup> Cons. const., déc. n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, cons. 6 à 8.

<sup>10</sup> Cons. const., déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, Rec., p. 78.

<sup>11</sup> Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, cons. 7.

<sup>12</sup> Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, cons. 6 à 8.

protège à la fois la société contre des actes violents mais aussi la santé de l'intéressé auquel des soins sont imposés puisqu'il est considéré comme n'étant pas en mesure de consentir. Dès lors, une protection accrue de la liberté individuelle peut conduire à priver l'individu des soins nécessaires. Côté autonomie personnelle, l'enjeu, du point de vue des droits fondamentaux, demeure celui de la santé de l'individu que l'on préserve malgré lui, qui *de facto* et *de jure* ne peut consentir. Ici, la rédaction de la décision laisse à penser que la santé mentale présente une dimension objective : l'individu qui n'est plus en état de consentir se voit imposer un soin. Pour les soins physiques cela reste à la condition que la vie de la personne soit en danger de manière urgente. La santé mentale ferait donc exception, l'État pouvant imposer des soins dans l'intérêt de la santé qui prend alors une tournure individuelle et objective qui pose question. Car ici le Conseil opère un contrôle de proportionnalité qui tourne à l'avantage de la loi, alors même que c'est au plan de la nécessité que la question se pose.

Pour finir, l'absence de censure sur le fondement direct du « droit à la santé » ne doit pas occulter que plusieurs droits subjectifs et principes assurent, comme des sentinelles », le respect de la santé comme prérogative individuelle.

C'est d'abord le cas de la liberté individuelle car les modalités de l'hospitalisation sous contrainte doivent permettre d'apprécier le lien avec l'état de santé réel du patient. En permettant qu'une telle mesure puisse être prononcée sur le fondement de la seule notoriété publique, les dispositions de la loi n'assurent pas qu'une telle mesure est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public<sup>13</sup>.

La liberté personnelle et la libre disposition de soi peuvent être sollicités pour garantir les soins. Selon le Conseil, la Constitution implique la nécessité de toujours rechercher concrètement le consentement de l'individu aux soins, de noter les évolutions permettant de faire comprendre et d'informer pour remettre en cause, le cas échéant, le constat de l'abolition du consentement. Dès la décision relative à l'hospitalisation sous contrainte, le Conseil a renoué avec la liberté personnelle pour ce qui concerne les modalités de l'hospitalisation : ces atteintes ne sont pas jugées disproportionnées si elles restent justifiées par l'état du malade. Dans la décision n° 2012-235 QPC, le Conseil vérifie que lorsqu'une personne n'est pas prise en charge en « hospitalisation complète » cela n'autorise pas l'exécution d'une obligation de soins sous la contrainte. Le Conseil tend à fondre néanmoins cet aspect des choses dans la question de la liberté individuelle.

---

<sup>13</sup> Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, cons. 6, 7, 9 et 10.

- L'égalité est aussi le corollaire traditionnel de la santé. Dans la QPC relative à l'hospitalisation d'office des personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental, la spécificité de ces cas permet au législateur d'assortir de garanties particulières les conditions dans lesquelles la mesure d'hospitalisation d'office dont elle fait l'objet peut être levée. Cela comporte une limite : l'autonomie du juge dans cette appréciation<sup>14</sup>.

L'organisation des professions de santé se trouve liée à l'objectif d'égal accès aux soins. Dans la décision du 20 janvier 2011<sup>15</sup>, était en cause la représentation effective de l'ensemble des personnels au sein des comités d'agence des agences régionales de santé. Il était loisible au législateur de prévoir que les représentants des salariés de droit public et de droit privé des agences régionales de santé ne soient pas consultés de manière séparée lorsque les questions posées les concernent de manière exclusive. Le même souci d'égalité se trouve satisfait à propos des médecins libéraux<sup>16</sup>. Reprenant la canonique définition de l'égalité, le Conseil ouvre une différenciation entre médecins libéraux qui tient à une différence objective au regard de la loi et à son lien avec l'objet de la loi (mise en œuvre du projet régional de santé). Le Conseil estime que le conventionnement sert de garantie des missions qui relèvent implicitement de l'objectif de valeur constitutionnelle de la maîtrise des dépenses de santé<sup>17</sup>.

On le voit, les stratégies des acteurs sont aujourd'hui loin d'avoir épuisé les possibilités offertes par la Charte constitutionnelle des droits et libertés. Le Conseil peut se donner sans doute plus de champ quant au fait d'envisager les droits subjectifs liés au corps et les requérants peuvent déployer d'autres trésors d'ingéniosité pour l'y amener.

---

<sup>14</sup> Cons. const., déc. n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, cons. 6.

<sup>15</sup> Cons. const., déc. n° 2010-91 QPC du 28 janvier 2011, cons. 4 et 5.

<sup>16</sup> Cons. const., déc. n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, Syndicat des médecins d'Aix et région.

<sup>17</sup> Cons. const., déc. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991.