

**LE LIBRE CHOIX
EN MATIERE D'ACTES MEDICAUX
ET SES EXCEPTIONS**

- Quand le droit fédéral impose des actes de nature médicale –

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du titre de docteur en droit
par

Jean-François Dumoulin

Jury :

Prof. Olivier Guillod, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Directeur de thèse

Prof. Dominique Sprumont, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Rapporteur interne

Prof. Yvan Jeanneret, Faculté de droit de l'Université de Genève
Rapporteur externe

Soutenue le 3 octobre 2022

IMPRIMATUR POUR LA THESE

LE LIBRE CHOIX EN MATIÈRE D'ACTES MÉDICAUX ET SES EXCEPTIONS

Jean-François DUMOULIN

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

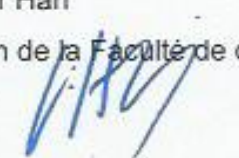
- M. André Kuhn (président)
- M. Olivier Guillod (directeur de thèse)
- M. Dominique Sprumont (rapporteur interne)
- M. Yvan Jeanneret (Professeur à l'Université de Genève,
rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 3 octobre 2022

Olivier Hari

Doyen de la Faculté de droit



Résumé

Cette thèse se propose d'explorer les situations dans lesquelles, par exception, le droit fédéral suisse impose un traitement ou des actes de nature médicale, en autorisant parfois le recours à la contrainte physique lorsque le patient ou la personne concernée refuse de collaborer. Cette thématique est par nature transversale et touche tous les domaines du droit, civil, pénal, administratif, aussi bien dans les règles de procédure que dans le droit matériel.

Dans une « partie générale », ce texte présente d'abord les diverses composantes du libre choix en matière de soins et du consentement libre et éclairé, tant dans le droit international que dans le droit interne. Il analyse ensuite les possibilités théoriques prévues pour limiter ou exclure le libre choix du patient.

Puis il recense, dans une « partie spéciale », les situations concrètes dans lesquelles un acte médical peut être imposé par la loi, telles qu'elles sont prévues aujourd'hui par le droit fédéral. Cet examen est limité au droit fédéral ordinaire ; il n'aborde pas le droit fédéral spécial, notamment le droit militaire, le droit pénal administratif ou le droit pénal des mineurs. Le droit cantonal n'est présenté en détail que lorsque ses dispositions d'exécution comportent des modalités particulières pouvant influencer la mise en œuvre du droit fédéral.

Chacun des chapitres contient une analyse des solutions juridiques retenues par le législateur ou par la pratique dans les divers domaines où la notion d'acte médical imposé est présente. A cette analyse est associée une réflexion plus théorique, à propos de la légalité ou de l'opportunité de l'obligation de collaborer, comme à propos des modalités d'exécution en cas de refus de collaborer.

Mots-clefs

Acte médical – consentement libre et éclairé – refus de collaborer – conséquence du refus de collaborer

Summary

This thesis proposes to explore situations in which, by way of exception, Swiss federal law imposes a treatment or a medical procedure, sometimes authorizing the use of physical constraint when the patient or person concerned refuses to cooperate. This theme is by nature cross-sectional and affects all areas of law, civil, criminal, administrative, both in procedural rules and in substantive law.

In a general section, this text first presents the various components of free choice of medical procedures and of free and informed consent, both in international law and in domestic law. It then analyses the theoretical possibilities for limiting or excluding the patient's free choice.

Then it lists, in a special section, the concrete situations in which a medical act can be imposed by law, as they are currently provided for by federal law. This review is limited to ordinary federal law; it does not address special federal law, including military law, administrative criminal law or juvenile criminal law. Cantonal law is presented in detail only if its implementing provisions contain specific arrangements that may influence the implementation of federal law.

Each chapter contains an analysis of the legal solutions adopted by the legislator or by practice in the various fields where the concept of imposed medical procedure is present. This analysis is associated with a more theoretical reflection, concerning the legality or the appropriate character of the obligation to collaborate, as well as about the modalities of execution in the event of a refusal to collaborate.

Keywords

Medical procedures – free and informed consent – refusal to collaborate – consequence of refusal to collaborate

Table des matières

Prologue	1
<i><u>Partie générale</u></i>	
I. Le libre choix en matière d'actes médicaux dans le droit international	
1. Introduction	5
2. Dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	6
2.1 La Convention en général	6
2.2 Les soins et actes de nature médicale dans la Convention	7
2.3 Eléments de jurisprudence relative au libre choix en matière de soins et d'actes de nature médicale	9
2.3.1 Protection de la vie	9
2.3.2 Consentement en général	12
2.3.3 Libre choix et consentement lors de mesures médicales spéciales	13
2.3.4 Privation de liberté à des fins d'assistance	14
2.3.5 Prélèvement et analyse de matériel génétique dans le cadre d'une procédure civile	15
2.3.6 Prélèvement et analyse de matériel génétique dans le cadre d'une procédure pénale	16
2.3.7 Autres actes de nature médicale dans le cadre d'une procédure pénale	17
2.3.8 Soins aux détenus et protection des détenus	18
2.3.9 Alimentation d'un détenu menant un jeûne de protestation	19
2.3.10 Soins après le renvoi de personnes gravement malades	20
2.3.11 Vaccinations de santé publique	21
2.3.12 Mesures sanitaires de lutte contre les épidémies	23
3. Dans la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine	23
3.1 La Convention en général	23
3.2 Les soins et actes de nature médicale dans la Convention	24

3.3	Mise en œuvre en matière de libre choix	25
3.3.1	Consentement en général	25
3.3.2	Souhaits précédemment exprimés	26
3.3.3	Protection en cas d'incapacité à consentir	26
3.3.4	Modalités particulières de consentement pour certaines mesures médicales	27
4.	Dans d'autres conventions internationales	28
4.1	Textes de <i>hard law</i>	28
4.1.1	Notion	28
4.1.2	Conventions conclues sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies	28
4.1.3	Textes conclus sous l'égide de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)	32
4.1.4	Textes conclus sous l'égide de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)	34
4.1.5	Convention européenne pour la prévention de la torture	36
4.2	Textes de <i>soft law</i>	37
4.2.1	Notion	37
4.2.2	Recommandations du Conseil de l'Europe	37
5.	Dans des textes édictés par des organismes internationaux privés	40
5.1	L'Association Médicale Mondiale (AMM) et la <i>World Psychiatric Association</i> (WPA)	40
5.2	La Fédération Dentaire Internationale (FDI)	42
5.3	Le Conseil International des Infirmières (CII)	43
6.	Transposition dans le droit suisse	44
6.1	Portée des conventions internationales	44
6.2	Portée des textes édictés par des organismes internationaux privés	45
 II. Le libre choix en matière d'actes médicaux dans le droit interne		
1.	Introduction	49
2.	Dans la Constitution fédérale	49
2.1	La liberté personnelle	49

2.2	Les autres droits fondamentaux pouvant affecter le libre choix en matière d'actes médicaux	50
2.3	Destinataires	52
2.4	Effets	52
3.	Dans le Code civil	53
3.1	Les droits de la personnalité	53
3.2	Destinataires	54
3.3	Effets	55
4.	Dans les législations sanitaires fédérales et cantonales	55
4.1	Bases légales dans le droit suisse	55
4.2	Champ d'application du droit cantonal	57
4.2.1	Dans le secteur public et dans le secteur privé	57
4.2.2	Contenu identique en droit public et en droit privé	58
4.3	Contenu matériel	58
4.3.1	Le droit aux soins	59
4.3.2	Le droit à recevoir des soins appropriés	63
4.3.3	Le droit de choisir son soignant	64
4.3.4	Le droit de choisir ou de quitter un établissement hospitalier	66
4.3.5	Le droit à l'information	67
4.3.6	Le droit au consentement libre et éclairé	69
5.	Dans les Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)	69
6.	Dans le Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH)	71

III. Le consentement libre et éclairé aux actes ou traitements médicaux

1.	Introduction	73
2.	Consentement libre	74
2.1	Absence de pression psychologique ou de contrainte physique	74
2.2	Absence de pression de temps	76
2.3	Absence de pression institutionnelle	77

3.	Consentement éclairé	78
3.1	Formulation de l'information	78
3.1.1	« Simple, intelligible et loyale »	78
3.1.2	Eléments objectifs et subjectifs	79
3.1.3	Difficultés de communication liées à la langue ou à la culture	79
3.1.4	Information « par oral » ou « par écrit »	80
3.2	Destinataire de l'information	81
3.3	Contenu de l'information	83
3.3.1	Information sur l'état de santé	84
3.3.2	Information sur le traitement	84
3.3.3	Information sur les risques	85
3.3.4	Information sur les aspects économiques	88
3.3.5	Information sur le personnel chargé des soins	89
3.4	Preuve de l'information	89
3.5	Limitations ou exceptions au devoir d'information	89
3.5.1	Refus du patient	89
3.5.2	Connaissances préalables du patient	91
3.5.3	Privilège thérapeutique	91
3.5.4	Sexe de l'embryon et compatibilité tissulaire pour un transfert dans le cadre d'une analyse génétique prénatale	93
3.5.5	« Information partielle » dans le cadre d'un projet de recherche	94
3.5.6	Situation d'urgence	95
3.5.7	Situation d'extrême urgence	96
4.	Conditions de validité du consentement libre et éclairé	97
4.1	Capacité de discernement du patient	97
4.1.1	Notion	97
4.1.2	Mise en œuvre	100
4.1.3	Emergence d'une « capacité de discernement restreinte » ?	101
4.2	Conformité au droit et absence de caractère excessif	103
4.2.1	Conformité au droit	103
4.2.2	Absence de caractère excessif	104
4.3	Exigences de forme	105
4.3.1	Principe	105
4.3.2	Exceptions de droit fédéral	106
4.3.3	Exceptions de droit cantonal	109

5.	En cas d'absence durable de la capacité de discernement	110
5.1	Directives anticipées	110
5.1.1	Notion et caractère contraignant	110
5.1.2	Exceptions au caractère contraignant	112
5.2	Représentation dans le domaine médical	117
5.2.1	Personnes habilitées	117
5.2.2	Exclusion de la représentation	120
5.2.3	Volonté présumée et intérêts du patient	121
5.2.4	Conflit entre volonté présumée et intérêts du patient	121
6.	Portée du consentement libre et éclairé	122
6.1	Accepter ou refuser le traitement proposé	122
6.2	Choisir le traitement ?	123
6.3	Consentir aux étapes importantes du traitement	124
6.4	Interrompre le traitement	124
 IV. Les exceptions au principe du libre choix en matière d'actes médicaux		
1.	Introduction	125
2.	Conditions d'une restriction selon la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	126
2.1	Restrictions au droit à la vie privée et familiale	126
2.1.1	Ingérence prévue par la loi	127
2.1.2	Présence d'un intérêt public	127
2.1.3	Nécessité	127
2.2	Restrictions au droit à la liberté et à la sûreté	129
2.2.1	« Cas » autorisant une privation de liberté	129
2.2.2	Respect des voies légales	131
3.	Conditions d'une restriction selon la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine	131
3.1	Trouble mental grave	131
3.2	Situations d'urgence	132

3.3	Conditions à d'autres restrictions à l'exercice des droits énoncés dans la Convention	133
3.3.1	En général	133
3.3.2	Droits absolus	134
3.3.3	Protection nationale plus étendue	135
4.	Conditions d'une restriction selon la Constitution fédérale	136
4.1	Existence d'une base légale	136
4.2	Présence d'un intérêt public ou protection d'un droit fondamental d'autrui	137
4.2.1	Intérêt public	137
4.2.2	Protection d'un droit fondamental d'autrui	139
4.3	Respect du principe de proportionnalité	140
4.4	Respect de l'essence des droits fondamentaux	141
4.5	Cas de dangers sérieux, direct et imminent	142
5.	Conditions d'une restriction selon le Code civil	144
5.1	Consentement de la « victime »	145
5.2	Présence d'un intérêt prépondérant privé	146
5.3	Présence d'un intérêt prépondérant public	147
5.4	Justification par la loi	148
6.	Portée de l'absence de consentement	149
6.1	Maintien du devoir d'information	149
6.2	Respect des règles de l'art	150
6.3	Mise en œuvre de la mesure par la contrainte ?	151
7.	Situations prévues par le droit fédéral	152

Partie spéciale

V. Les soins prodigués à un patient incapable de discernement en situation d'urgence

1.	Le contexte	155
2.	Bref historique	156

3.	Normes applicables	157
3.1	Droit fédéral	157
3.2	Droit cantonal	159
4.	Mise en œuvre	160
4.1	Patient incapable de discernement	160
4.2	Situation d'urgence	160
4.2.1	Elément de gravité matérielle	161
4.2.2	Elément de pression temporelle	162
4.3	Soins requis par l'état du patient	163
4.3.1	La volonté présumée du patient	163
4.3.2	Les intérêts du patient	164
4.3.3	Conflit entre volonté présumée et intérêts du patient	165
4.4	Respect des souhaits précédemment exprimés	166
5.	Obligation d'apporter des soins en cas d'urgence	167
5.1	Aspects de droit pénal	167
5.1.1	Les éléments constitutifs de l'art. 127 CPS	169
5.1.2	Jurisprudence en matière de soins	171
5.2	Aspects de droit administratif et de droit civil	172
6.	Voies de droit	173
6.1	Lorsque des soins d'urgence n'ont pas été administrés	173
6.2	Lorsque des soins d'urgence ont été administrés	173
6.2.1	Non-respect de la volonté présumée du patient	173
6.2.2	Non-respect des intérêts du patient	175
7.	Synthèse	176
 VI. Les mesures d'instruction lors d'une procédure civile		
1.	Le contexte	177
2.	Bref historique	178
3.	Normes applicables	180
3.1	Code de procédure civile	180

3.2	Droit cantonal	182
4.	Mesures d’instruction civile en général	184
4.1	Les moyens de preuve admissibles	184
4.2	L’expertise	186
4.3	Obligation de collaborer et « droit de refus » des parties et des tiers	187
4.3.1	Selon le Code de procédure civile	187
4.3.2	Selon le principe de proportionnalité	189
4.4	Conséquence du refus de collaborer	190
5.	Expertises médicales concernant une partie	192
5.1	Expertise portant sur la capacité d’être partie ?	192
5.1.1	Conditions de réalisation	192
5.1.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	194
5.2	Expertise portant sur la capacité d’ester en justice	194
5.2.1	Conditions de réalisation	195
5.2.2	Obligation de collaborer	196
5.2.3	Conséquence du refus de collaborer	198
5.3	Expertise portant sur la capacité de procéder ?	199
5.3.1	Conditions de réalisation	199
5.3.2	Obligation de collaborer	201
5.3.3	Conséquence du refus de collaborer	202
5.4	Autres expertises, notamment expertises portant sur un examen de la personne	202
5.4.1	Conditions de réalisation	202
5.4.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	203
6.	Expertises médicales concernant un témoin ou un tiers	204
6.1	Expertise portant sur la capacité de discernement	205
6.2	Expertise portant sur la crédibilité	206
6.3	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	207
7.	Voies de droit	208
8.	Synthèse	210

VII. Les mesures dans les affaires de famille

1.	Le contexte	213
2.	Bref historique	214
2.1	Etablissement de la filiation	214
2.2	Protection de l'enfant	215
3.	Normes applicables	217
3.1	Droit fédéral	217
3.1.1	Etablissement de la filiation dans le Code civil	217
3.1.2	Mesures protectrices de l'enfant et aménagement des relations personnelles entre parents et enfants dans le Code civil	218
3.1.3	Etablissement de la filiation dans le Code de procédure civile	220
3.1.4	Loi sur la procréation médicalement assistée	220
3.1.5	Loi sur l'analyse génétique humaine	221
3.2	Droit cantonal	222
3.2.1	Procédure civile et organisation judiciaire	222
3.2.2	Protection de l'enfant	223
4.	Expertise nécessaire à établir la filiation	224
4.1	Conditions de réalisation	224
4.2	Prélèvement de matériel génétique	224
4.3	Obligation de collaborer	226
4.4	Conséquence du refus de collaborer pour une partie	227
4.5	Conséquence du refus de collaborer pour un tiers	228
4.6	Mise en œuvre de la force publique	229
4.6.1	En principe	229
4.6.2	Même en cas de présomption de paternité ?	231
4.7	Modalités de prélèvement sous la contrainte	232
4.7.1	Prélèvement par un médecin ou une personne habilitée mandatée par le laboratoire	232
4.7.2	Prélèvement de matériel génétique sur la muqueuse jugale ou prélèvement de sang ?	233
5.	Expertises médicales à propos des relations personnelles entre parents et enfants	234
5.1	Conditions de réalisation	234

5.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	236
5.2.1	En principe	236
5.2.2	Pour des analyses de sang ?	237
6.	Traitements médicaux dans le cadre de l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants	239
6.1	Conditions de réalisation	239
6.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	239
6.2.1	En principe	239
6.2.2	Pour des traitements portant atteinte à l'intégrité corporelle ?	240
7.	Voies de droit	241
7.1	Dans les affaires de filiation	241
7.2	Dans les affaires relatives à l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants	241
8.	Synthèse	242

VIII. Les mesures dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance ou de traitement

1.	Le contexte	245
2.	Bref historique	247
2.1	Placement ou maintien dans une institution de soins	247
2.2	Soins sans consentement dans l'institution	250
2.3	Placement en vue d'une expertise psychiatrique	252
2.4	Soins à la sortie de l'institution	252
3.	Normes applicables	253
3.1	Droit fédéral	253
3.2	Droit cantonal	254
3.2.1	Règles de procédure, droit complémentaire et organisation judiciaire	254
3.2.2	Règles concernant les soins pré- et post-institutionnels	255

3.3	Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)	256
4.	Placement ou maintien dans une institution de soins	257
4.1	Droit et devoir d'aviser (« signalement »)	257
4.2	Notion de placement sans consentement dans une institution	258
4.3	Types de placement à des fins d'assistance	259
4.3.1	Placement prononcé par l'autorité de protection de l'adulte	260
4.3.2	Placement prononcé par un médecin	260
4.4	Conditions pour un placement à des fins d'assistance	262
4.4.1	Troubles psychiques, déficience mentale ou grave état d'abandon	263
4.4.2	Besoin d'assistance	266
4.4.3	Besoin d'assistance dans une institution	267
4.4.4	Existence d'une institution appropriée	268
4.4.5	Prise en compte de l'entourage	270
4.4.6	Placement à des fins sécuritaires ?	271
4.5	Conditions d'un maintien sans consentement dans une institution	274
4.5.1	Mise en danger de la vie ou de l'intégrité corporelle de soi-même ou d'autrui	274
4.5.2	Durée d'un maintien	275
4.5.3	Compétence pour prononcer un maintien	275
4.6	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	276
4.6.1	Pour la personne concernée	276
4.6.2	Pour l'institution	277
5.	Soins sans consentement et autres mesures de contrainte dans l'institution	278
5.1	Plan de traitement	278
5.2	Obligation de collaborer	280
5.3	Conséquence du refus de collaborer	281
5.3.1	Soins sans consentement administrés à un patient incapable de discernement	282
5.3.2	Soins sans consentement administrés à un patient capable de discernement ?	283
5.4	Soins sans consentement en situation d'urgence	284
5.5	Restrictions à la liberté de mouvement à l'intérieur de l'institution	286

6.	Expertise psychiatrique et placement à des fins d'expertise psychiatrique	287
6.1	Conditions de réalisation	287
6.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	289
7.	Soins à la sortie de l'institution	290
7.1	Entretien de sortie	290
7.2	Conditions de réalisation du droit cantonal	291
7.2.1	Fribourg	292
7.2.2	Genève	293
7.2.3	Jura	294
7.2.4	Neuchâtel	294
7.2.5	Valais	295
7.2.6	Vaud	295
7.3	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	296
8.	Règles procédurales particulières et voies de droit	297
8.1	Compétence à raison du lieu	298
8.2	Droit d'« audition » et établissement des faits	298
8.2.1	Par l'autorité de protection de l'adulte	298
8.2.2	Par le médecin	300
8.3	Concours d'un expert en cas de maladie psychique	301
8.4	Personne de confiance	302
8.5	Représentation ou assistance judiciaire	303
8.6	Durée de la mesure et réexamen périodique	304
8.7	Sortie temporaire (« congé ») et libération	305
8.8	Voies de droit dans le cadre de mesures de placement	306
8.8.1	Appel au juge	306
8.8.2	Recours à l'instance cantonale de recours et au Tribunal fédéral	308
8.9	Voies de droit dans le cadre de soins pré- ou post-institutionnels	310
9.	Synthèse	311
 IX. Les mesures d'instruction lors d'une procédure pénale		
1.	Le contexte	313

2.	Bref historique	314
2.1	Procédure pénale	314
2.2	Prélèvement et analyse d'ADN	317
3.	Normes applicables	320
3.1	Droit fédéral	320
3.1.1	Code de procédure pénale suisse	320
3.1.2	Code pénal suisse	321
3.1.3	Loi sur les profils d'ADN	322
3.1.4	Loi sur l'usage de la contrainte ?	323
3.1.5	Loi sur la circulation routière (renvoi)	325
3.2	Droit cantonal	326
3.3	Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)	326
4.	« Mesures de contrainte »	327
4.1	Fouille corporelle	327
4.1.1	Principe	327
4.1.2	Exécution	330
4.2	Examen physique ou psychique de la personne	331
4.2.1	Principe	331
4.2.2	Exécution	331
4.2.3	Examen physique du prévenu	333
4.2.4	Examen psychique du prévenu	335
4.2.5	Examen de l'aptitude du prévenu à supporter la détention (renvoi)	337
4.2.6	Examen physique ou psychique d'une personne qui n'a pas le statut de prévenu	337
4.3	Examen d'un cadavre et autopsie	338
4.4	Prélèvement et analyse d'un échantillon d'ADN	340
4.4.1	Compétences pour ordonner un prélèvement et l'établissement d'un profil d'ADN	340
4.4.2	Conditions de prélèvement	341
4.4.3	Modalités de prélèvement	343
4.4.4	Prélèvement sur le prévenu	343
4.4.5	Prélèvement sur une personne qui n'a pas le statut de prévenu	344
4.4.6	Prélèvement lors d'enquêtes de grande envergure	345
4.4.7	Prélèvement sur une personne condamnée	346
4.4.8	Analyse en général	347
4.4.9	Recherche en parentèle	348

4.4.10	Phénotypage	349
4.5	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	351
5.	Expertises médicales concernant le prévenu	352
5.1	Expertise physique	354
5.2	Expertise psychique en général	354
5.3	Expertise psychique en vue d'établir une éventuelle irresponsabilité ou responsabilité restreinte	355
5.3.1	Irresponsabilité	355
5.3.2	Responsabilité restreinte	357
5.3.3	Mise en œuvre de l'expertise	358
5.4	Expertise avant le prononcé d'une mesure thérapeutique (renvoi)	360
5.5	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	360
6.	Expertises médicales concernant une personne qui n'a pas le statut de prévenu	362
6.1	Expertise de crédibilité de la victime ou d'un témoin	362
6.2	Expertise psychique sur un témoin	363
6.3	Expertise physique sur un témoin ?	364
6.4	Concours d'un expert pour l'audition d'une personne atteinte de troubles mentaux	365
6.5	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	366
7.	Hospitalisation à des fins d'expertise	369
7.1	Conditions de réalisation	369
7.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	370
8.	Voies de droit	371
8.1	Mesures de contrainte	371
8.2	Expertises et hospitalisation en vue d'expertise	372
8.3	Qualité pour recourir	373
8.4	Recours au Tribunal fédéral	373
9.	Synthèse	374

X.	Les mesures thérapeutiques de droit pénal	
1.	Contexte	377
2.	Bref historique	378
3.	Normes applicables	382
3.1	Droit fédéral	382
3.1.1	Code pénal suisse	382
3.1.2	Ordonnances d'exécution	383
3.2	Droit intercantonal et cantonal	384
3.3	Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)	387
3.4	Déontologie médicale ?	388
4.	Conditions générales d'une mesure thérapeutique	390
4.1	Principes	390
4.1.1	Conditions personnelles	390
4.1.2	Conditions matérielles	391
4.1.3	Prononcé et exécution	391
4.2	Conditions personnelles selon l'art. 56 CPS	392
4.2.1	Pathologie en lien avec les activités délictueuses	392
4.2.2	Risque de récidive	393
4.2.3	Besoin d'un traitement ou menace pour la sécurité publique	394
4.3	Autres conditions personnelles	395
4.3.1	Commission d'un crime ou d'un délit ... ou d'une contravention	395
4.3.2	Pronostic favorable en cas de traitement	396
4.4	Expertise psychiatrique	397
4.4.1	Obligation d'ordonner une expertise	397
4.4.2	Qualifications professionnelles de l'expert	398
4.4.3	Contenu de l'expertise	399
4.4.4	Caractère actuel de l'expertise	400
4.4.5	Portée de l'expertise	401
4.5	Etablissement de soins approprié et modalités d'exécution	401
4.5.1	Etablissement psychiatrique ou établissement d'exécution des mesures	401
4.5.2	Etablissement ouvert	403
4.5.3	Etablissement fermé ou section fermée au sein d'un établissement ouvert	404
4.5.4	Autres modalités d'exécution	406

4.5.5	Plan de traitement au début de l'exécution de la mesure thérapeutique	406
4.6	Respect du principe de proportionnalité	407
5.	Expertises médicales, rapports médicaux et rapports administratifs	409
5.1	Avant une mesure thérapeutique	409
5.1.1	Avant toute mesure thérapeutique	409
5.1.2	Avant un internement	409
5.1.3	Avant un internement à vie	410
5.2	Avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'un internement	412
5.2.1	Avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'un internement, pour ordonner une mesure thérapeutique institutionnelle	412
5.2.2	Avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté, pour ordonner un internement	412
5.3	Avant la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique	414
5.3.1	Avant la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle	414
5.3.2	Avant la libération conditionnelle d'un internement	415
5.3.3	Avant la libération conditionnelle d'un internement à vie	416
5.4	Avant une réintégration, en cas d'échec d'une mise à l'épreuve	417
5.4.1	Après la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle	417
5.4.2	Après la libération conditionnelle d'un internement ou d'un internement à vie	418
5.5	Avant la levée d'une mesure thérapeutique	420
5.5.1	Avant la levée d'une mesure thérapeutique institutionnelle	420
5.5.2	Avant la levée d'un internement	422
5.5.3	Avant la levée d'un internement à vie	422
5.5.4	Avant la levée d'un traitement ambulatoire	423
5.6	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	424

6.	Traitements institutionnels visant les délinquants souffrant de troubles mentaux	426
6.1	Conditions particulières	426
6.1.1	La mesure ordinaire	426
6.1.2	La mesure ordonnée ultérieurement	427
6.2	Durée et fin de la mesure	427
6.3	Lieu d'exécution et nature du traitement médical	428
6.4	Libération conditionnelle et libération définitive de la mesure	429
6.4.1	Libération conditionnelle et mise à l'épreuve	429
6.4.2	Echec de la mise à l'épreuve	432
6.4.3	Libération définitive	434
6.5	Levée de la mesure	434
6.6	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	436
7.	Traitements institutionnels visant les délinquants souffrant d'addictions	437
7.1	Conditions particulières	437
7.1.1	La mesure ordinaire	437
7.1.2	La mesure ordonnée ultérieurement	438
7.2	Durée et fin de la mesure	439
7.3	Lieu d'exécution et nature du traitement médical	439
7.4	Libération conditionnelle, libération définitive et levée de la mesure (renvoi)	440
7.5	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	440
8.	Traitements institutionnels visant les jeunes délinquants souffrant de graves troubles du comportement	441
8.1	Conditions particulières	441
8.1.1	La mesure ordinaire	441
8.1.2	La mesure ordonnée ultérieurement	443
8.2	Durée et fin de la mesure	443
8.3	Lieu d'exécution et nature du traitement médical	443
8.4	Libération conditionnelle, libération définitive et levée de la mesure (renvoi)	444
8.5	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	444

9.	Traitements ambulatoires	445
9.1	Conditions particulières	446
9.1.1	Les traitements ambulatoires ordonnés à titre de sanction	446
9.1.2	Les traitements ambulatoires ordonnés à titre de règle de conduite	447
9.1.3	Les traitements ambulatoires ordonnés en cas d'échec de la mise à l'épreuve	448
9.2	Durée et fin de la mesure	449
9.3	Lieu d'exécution et nature du traitement médical	450
9.4	Libération conditionnelle et libération définitive de la mesure ?	451
9.5	Levée de la mesure	451
9.6	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	452
10.	Internement	453
10.1	Conditions particulières	453
10.1.1	L'internement ordinaire	454
10.1.2	L'internement ordonné ultérieurement	456
10.2	Durée et fin de la mesure	457
10.3	Lieu d'exécution et nature du traitement psychiatrique	458
10.4	Libération conditionnelle et libération définitive de la mesure	459
10.4.1	Libération conditionnelle et mise à l'épreuve	459
10.4.2	Echec de la mise à l'épreuve	459
10.4.3	Libération définitive	460
10.5	Levée de la mesure	460
10.6	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	461
11.	Internement à vie	462
11.1	Conditions particulières	462
11.2	Compatibilité avec la Convention européenne des Droits de l'Homme	464
11.3	Durée et fin de la mesure	465
11.4	Lieu d'exécution et nature du traitement psychiatrique	465
11.4.1	Traitement psychiatrique ordinaire	466
11.4.2	Traitement psychiatrique en vue de diminuer notablement la dangerosité	466

11.5	Libération conditionnelle et levée de la mesure	467
11.5.1	Libération conditionnelle de l'internement à vie	467
11.5.2	Rapport de la Commission fédérale compétente avant la levée de l'internement à vie	467
11.5.3	Levée de l'internement à vie	468
11.6	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	468
11.6.1	Traitement psychiatrique ordinaire	468
11.6.2	Traitement psychiatrique en vue de diminuer notablement la dangerosité	470
12.	Concours entre les mesures thérapeutiques et rapports entre les mesures thérapeutiques et les peines	471
12.1	Concours entre plusieurs mesures thérapeutiques	471
12.2	Rapport entre les mesures thérapeutiques et les peines	472
13.	Autorités compétentes et règles particulières de procédure	473
13.1	« Juge », « autorité d'exécution » ou « autorité compétente »	473
13.2	Pour ordonner une expertise avant une éventuelle mesure thérapeutique, un internement ou un internement à vie	474
13.3	Pour ordonner une mesure thérapeutique, un internement ou un internement à vie	475
13.3.1	Lors du jugement	475
13.3.2	Lors d'un jugement ultérieur	476
13.4	Pour ordonner les modalités d'exécution d'une mesure thérapeutique	476
13.5	Pour recommander une mesure thérapeutique institutionnelle en milieu fermé	477
13.6	Pour ordonner une médication forcée dans le cadre d'une mesure thérapeutique	478
13.7	Pour libérer conditionnellement d'une mesure thérapeutique	478
13.7.1	Traitement ambulatoire ?	478
13.7.2	Mesure thérapeutique institutionnelle et internement	478
13.7.3	Internement à vie	479
13.8	Pour prolonger un délai de mise à l'épreuve ou statuer sur le sort d'un délinquant après l'échec d'une mise à l'épreuve	480
13.9	Pour libérer définitivement d'une mesure thérapeutique	480
13.9.1	Traitement ambulatoire ?	480
13.9.2	Mesure thérapeutique institutionnelle, internement et internement à vie	481

13.10	Pour lever une mesure thérapeutique	482
13.10.1	Traitement ambulatoire	482
13.10.2	Mesure thérapeutique institutionnelle	482
13.10.3	Internement	483
13.10.4	Internement à vie	484
14.	Responsabilité de l'Etat en cas de récidive après une levée de l'internement à vie	484
15.	Voies de droit	486
15.1	Les expertises avant une mesure thérapeutique, un internement ou un internement à vie	486
15.2	Les mesures thérapeutiques, l'internement ou l'internement à vie dans leur principe	487
15.2.1	Lors du jugement	487
15.2.2	Lors d'un jugement ultérieur	488
15.3	Les mesures thérapeutiques, l'internement ou l'internement à vie dans leur mise en œuvre	489
15.4	La libération conditionnelle d'une exécution institutionnelle, d'un internement ou d'un internement à vie	489
15.5	La poursuite du traitement ambulatoire après la libération conditionnelle d'une exécution institutionnelle	490
15.6	La réintégration après l'échec d'une mise à l'épreuve	491
15.7	La libération définitive d'une mesure thérapeutique	491
15.8	La levée d'une mesure thérapeutique	492
15.9	La levée d'un internement à vie	493
15.10	Action en responsabilité contre l'Etat en cas de récidive après une levée de l'internement à vie	493
16.	Synthèse	494

XI. Les autres mesures médicales lors de la détention pénale

1.	Contexte	497
2.	Bref historique	497
3.	Normes applicables	500
3.1	Droit fédéral	500
3.1.1	Evaluation de l'aptitude à subir la détention	500

3.1.2	Fouilles corporelles et autres contrôles dans l'établissement de détention	501
3.1.3	Alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation	501
3.2	Droit cantonal	503
3.2.1	Fouilles corporelles et autres contrôles dans l'établissement de détention	503
3.2.2	Alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation	504
3.3	Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)	506
3.4	Règles de l'art pour l'alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation ?	507
4.	Evaluation médicale de l'aptitude à supporter la détention	509
4.1	Conditions de réalisation	509
4.2	Certificat médical ou expertise	512
4.3	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	512
5.	Fouille corporelle et autres contrôles dans l'établissement de détention	513
5.1	Conditions de réalisation	513
5.1.1	Fouille corporelle du détenu	513
5.1.2	Analyses biologiques	515
5.1.3	Fouille corporelle des visiteurs	516
5.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	517
6.	Alimentation forcée lors du jeûne de protestation d'un détenu	518
6.1	Conditions de réalisation	518
6.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	520
6.2.1	Pour le détenu ?	520
6.2.2	Pour les médecins ?	521
7.	Voies de droit	523
7.1	Evaluation de l'aptitude à subir la détention	523
7.1.1	Pendant la détention préventive	523
7.1.2	Pendant l'exécution de peine	524

7.2	Fouille corporelle et autres contrôles dans l'établissement de détention	524
7.2.1	Pour le détenu	524
7.2.2	Pour les visiteurs	525
7.3	Alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation	525
7.3.1	Pour le détenu	525
7.3.2	Pour les soignants	526
8.	Synthèse	526

XII. Les mesures dans le cadre de la lutte contre les maladies transmissibles

1.	Le contexte	529
2.	Bref historique	531
2.1	En général	531
2.2	Covid-19	535
3.	Normes applicables	538
3.1	Droit fédéral	538
3.2	Droit cantonal	540
4.	Mesures sanitaires imposées	541
4.1	En général	541
4.2	Les mesures sanitaires visant les patients affectés ou présumés affectés	542
4.2.1	Surveillance médicale	543
4.2.2	Quarantaine	543
4.2.3	Isolement	545
4.2.4	Examen médical et tests médicaux	545
4.2.5	Traitement médical	546
4.3	Les mesures sanitaires visant les voyageurs internationaux	547
4.4	Les mesures visant les institutions sanitaires, leur personnel et leurs visiteurs	549
4.5	Les mesures visant les usagers d'un service public ou privé	552
4.6	La répartition des compétences entre autorités cantonales et Conseil fédéral	554
4.6.1	Situation normale	554
4.6.2	Situation particulière	554

4.6.3	Situation extraordinaire	555
4.7	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	556
4.7.1	Usage de la contrainte	556
4.7.2	Sanctions pénales	557
5.	Vaccinations recommandées ou obligatoires	558
5.1	Les vaccinations recommandées	558
5.2	Les vaccinations obligatoires « cantonales »	559
5.3	Les vaccinations obligatoires « fédérales »	560
5.4	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	561
5.5	Obligation de déclarer son statut vaccinal	562
5.5.1	En droit public	562
5.5.2	En droit privé	563
6.	Indemnisation	564
6.1	Indemnisation en cas de dommages consécutifs à une mesure sanitaire	564
6.2	Indemnisation en cas de préjudice consécutif à une vaccination	566
7.	Voies de droit	568
7.1	Contestation d'une mesure sanitaire	568
7.2	Contestation d'une vaccination obligatoire	570
7.3	Contestation d'une sanction pénale en cas de refus de collaborer	571
7.4	Indemnisation	571
7.4.1	En cas de dommage à la suite d'une mesure sanitaire	571
7.4.2	En cas de préjudice à la suite d'une vaccination	572
8.	Synthèse	573
 XIII. Les mesures dans le cadre du droit des douanes, du droit des étrangers et du droit d'asile		
1.	Le contexte	575
2.	Bref historique	576

3.	Normes applicables	578
3.1	Loi sur les douanes	578
3.2	Loi sur les étrangers et l'intégration et Annexe I à l'Accord sur la libre circulation des personnes	579
3.3	Loi sur l'asile	580
3.4	Loi sur l'usage de la contrainte	581
3.5	Droit cantonal	582
3.6	Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)	5883
4.	Contrôle sanitaire aux frontières en cas d'épidémie (renvoi)	583
5.	Fouille corporelle et examen corporel	584
5.1	Dans la procédure douanière	584
5.2	Dans le droit des étrangers	585
5.3	Dans le droit d'asile	586
5.4	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	587
6.	Examen médical en vue d'obtenir un titre de séjour	588
6.1	Conditions de réalisation	588
6.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	590
7.	Examen médical et actes médicaux dans la procédure d'asile	590
7.1	« Atteinte déterminante à la santé »	590
7.2	Analyse génétique systématique à des fins d'identification ?	592
7.3	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	592
8.	Détermination médicale de l'âge d'un mineur	593
8.1	Conditions de réalisation	593
8.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	595
9.	Analyses génétiques pour un regroupement familial	597
9.1	Conditions de réalisation	597

9.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	598
10.	Examen médical ou surveillance médicale en cas de rétention	599
10.1	Conditions de réalisation	599
10.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	601
11.	Mesures sanitaires lors de l'exécution d'une mesure d'éloignement	601
11.1	Examen médical préalable	602
11.2	Surveillance médicale préalable	604
11.3	Administration de médicaments	605
11.4	Accompagnement médical pendant le vol	606
11.5	Soins après l'usage de la contrainte	607
11.6	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	608
11.6.1	Pour la personne renvoyée ?	608
11.6.2	Pour le médecin accompagnant ?	609
12.	Voies de droit	610
12.1	Décisions en matière de droit des douanes	610
12.2	Décisions en matière de droit des étrangers	611
12.3	Décisions en matière de droit d'asile	611
13.	Synthèse	612

XIV. Les mesures de lutte contre le dopage et autres mesures médicales dans le cadre du sport organisé

1.	Le contexte	615
2.	Bref historique	617
3.	Normes applicables	621
3.1	Loi sur l'encouragement au sport et Loi sur les systèmes d'information de la Confédération dans le domaine du sport	621
3.2	Normes de droit privé adoptées par les instances sportives en matière de lutte anti-dopage	623
3.2.1	Code mondial anti-dopage	623

3.2.2	Statut concernant le dopage de Swiss Olympic	625
3.2.3	Prescriptions d'exécution de Swiss Sport Integrity	626
3.3	Normes de droit privé adoptées par les instances sportives concernant les tests de féminité et les athlètes hyperandrogènes	629
4.	Prélèvements à des fins d'analyse dans le cadre de la lutte contre le dopage	630
4.1	Conditions de réalisation	630
4.2	Modalités de prélèvement	632
4.3	Analyses	635
4.3.1	Modalités des analyses	635
4.3.2	Présence d'une substance interdite	635
4.3.3	Présence d'une substance autorisée à des fins thérapeutiques	636
4.3.4	Résultats d'analyse atypiques	637
4.4	Sanctions en cas de dopage	638
4.5	Obligation de collaborer	639
4.6	Conséquence du refus de collaborer	640
4.6.1	Sanctions en cas de manquement aux devoirs de localisation	640
4.6.2	Sanctions en cas de refus de prélèvement	641
5.	Evaluation médicale et traitement destiné à abaisser le taux de testostérone des athlètes hyperandrogènes	641
5.1	Conditions de réalisation	641
5.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	643
6.	Voies de droit	645
6.1	Révision administrative en cas de manquement aux devoirs de localisation	645
6.2	Recours au Tribunal arbitral du sport	646
6.3	Recours au Tribunal fédéral	647
7.	Synthèse	648
 XV. Les mesures dans le cadre des transports publics et privés		
1.	Le contexte	651

2.	Bref historique	653
3.	Normes applicables	655
3.1	Loi sur la circulation routière et ses ordonnances	655
3.2	Réglementation en cas d'accident ou d'incident dans les transports	658
3.3	Droit cantonal	659
4.	Notions d'aptitude et d'inaptitude, de capacité et d'incapacité	660
4.1	Aptitude et inaptitude	660
4.2	Capacité et incapacité	661
4.2.1	Notions	661
4.2.2	Présomption de l'incapacité	663
5.	Actes de nature médicale ou psychologique pour établir l'aptitude	664
5.1	Avant le début de la phase d'apprentissage	664
5.1.1	Examen de la vue et questionnaire médical pour les élèves conducteurs d'un véhicule automobile	664
5.1.2	Examen médical pour les élèves conducteurs des catégories professionnelles	665
5.1.3	Examen médical pour les élèves conducteurs d'un véhicule automobile souffrant d'une affection de nature à compromettre leur aptitude	666
5.1.4	Attestation médicale pour les élèves conducteurs âgés de plus de 65 ans	667
5.1.5	Certificat médical pour les candidats à la charge d'expert de la circulation	667
5.2	Après la délivrance du permis	667
5.2.1	Examen médical périodique pour les titulaires de certaines catégories de permis	667
5.2.2	Examen médical périodique à partir d'un certain âge	668
5.3	Qualifications requises pour réaliser le contrôle de la vue et les examens médicaux d'aptitude	669
5.4	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	669
5.5	Conséquences de l'aptitude	670
5.5.1	Délivrance du permis d'élève conducteur	670
5.5.2	« Confirmation » du permis de conduire	671

6.	Actes de nature médicale ou psychologique pour établir l'inaptitude	672
6.1	Après trois échecs à l'examen pratique	672
6.2	En raison d'une suspicion de dépendance	672
6.3	A la suite d'une maladie ou d'un accident	674
6.3.1	Affection de nature à compromettre l'aptitude à la conduite	674
6.3.2	Perte de l'usage d'un œil affectant un conducteur	674
6.4	En raison d'un signalement officiel ou d'une communication du médecin traitant ou d'un tiers	675
6.4.1	Communication d'un office AI à l'autorité de la circulation routière ou à l'autorité de la navigation intérieure	675
6.4.2	Communication entre autorité de la circulation routière et autorité de la navigation intérieure	676
6.4.3	Communication de la police	677
6.4.4	Communication du médecin traitant à l'autorité de la circulation routière ou de la navigation intérieure	677
6.4.5	Communication du médecin traitant aux autres autorités compétentes en matière de transport ?	678
6.4.6	Communication d'un particulier à l'autorité de la circulation routière	679
6.5	En raison d'une communication spontanée du titulaire ?	680
6.6	Examens médicaux et psychologiques	680
6.6.1	Examen médical	681
6.6.2	Examen psychologique	682
6.7	Analyses médicales	683
6.7.1	Prélèvement et analyse de sang	684
6.7.2	Prélèvement et analyse de cheveux	685
6.7.3	Prélèvement et analyse d'ongles ?	686
6.8	Qualifications requises pour réaliser les examens médicaux et psychologiques	686
6.9	Qualifications requises pour réaliser les analyses médicales	687
6.10	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	687
6.11	Conséquences de l'inaptitude	688
6.11.1	Retrait préventif du permis de conduire ?	688
6.11.2	Retrait de sécurité de durée indéterminée	689
6.11.3	Retrait de sécurité à titre définitif	689

7.	Actes de nature médicale pour établir l'incapacité	690
7.1	Lors d'un contrôle officiel de la circulation routière	690
7.1.1	Contrôle inopiné de l'alcoolémie	690
7.1.2	Contrôle de la consommation de stupéfiants ou de médicaments	692
7.2	A l'occasion d'un incident ou d'un accident	693
7.2.1	Incident ou accident dans le domaine des transports	693
7.2.2	Accident de la circulation routière	693
7.3	Tests préliminaires	694
7.3.1	Analyse de l'air expiré (haleine)	694
7.3.2	Prélèvement et analyse de salive ou d'urine	695
7.3.3	Prélèvement et analyse de sueur ?	696
7.4	Portée des tests préliminaires	697
7.4.1	Consommation excessive d'alcool	697
7.4.2	Présence de stupéfiants et de médicaments	697
7.5	Analyses complémentaires	698
7.5.1	Prélèvement et analyse de sang, avec examen médical lors du prélèvement	698
7.5.2	Prélèvement et analyse de sang différés	699
7.5.3	Utilisation ultérieure des prélèvements biologiques afin de déterminer une dépendance	700
7.6	Portée des analyses complémentaires	700
7.6.1	Consommation excessive d'alcool	700
7.6.2	Consommation de stupéfiants	701
7.6.3	Consommation de médicaments	701
7.7	Tests pour établir la fatigue excessive ?	703
7.7.1	Pour les conducteurs non professionnels	703
7.7.2	Pour les conducteurs professionnels	704
7.8	Qualifications requises pour réaliser les tests d'alcoolémie, les prélèvements biologiques et les analyses médicales	705
7.9	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	706
7.9.1	En général	706
7.9.2	En cas d'accident	707
7.10	Conséquences de l'incapacité	708
7.10.1	Interdiction de reprendre la route	708
7.10.2	Saisie du permis de conduire	708
7.10.3	Retrait préventif du permis de conduire ?	709
7.10.4	Retrait d'admonestation de durée déterminée	709
7.10.5	Retrait d'admonestation de durée indéterminée	711
7.10.6	Retrait d'admonestation à titre définitif	711
7.10.7	Sanctions pénales	711

8.	Actes de nature médicale ou psychologique en vue de la restitution d'un permis retiré ou annulé	712
8.1	Après un retrait de durée déterminée	712
8.2	Après un retrait de durée indéterminée	713
8.3	Après l'annulation d'un permis de conduire à l'essai	713
8.4	Après un retrait définitif	714
8.5	Modalités des actes de nature médicale ou psychologique	714
8.6	Qualifications requises pour réaliser les traitements	715
8.7	Analyses médicales et qualifications requises pour les réaliser	715
8.8	Expertises psychologiques et qualifications requises pour les réaliser	715
8.9	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	716
9.	Autorités compétentes et voies de droit	717
9.1	Sanctions administratives	717
9.2	Sanctions pénales	718
10.	Synthèse	719

XVI. Les mesures destinées à évaluer l'aptitude physique ou psychique à exercer une activité professionnelle

1.	Le contexte	721
2.	Bref historique	722
3.	Normes applicables	726
3.1	Dispositions relatives à la protection de la santé et de l'intégrité corporelle	726
3.1.1	Loi sur le travail et Ordonnances relatives à la loi sur le travail	726
3.1.2	Code des obligations et Contrat-type de travail pour le personnel soignant	728
3.1.3	Loi sur le personnel de la Confédération	729

3.2	Dispositions relatives à la prévention des accidents et des maladies professionnels	730
3.2.1	Loi sur l'assurance-accidents et Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles	730
3.2.2	Loi sur les produits chimiques	734
3.2.3	Loi sur la radioprotection et Contrat-type de travail pour le personnel professionnellement exposé aux radiations	734
3.2.4	Législation sur les transports (renvoi)	735
3.2.5	Législation sur la lutte contre les épidémies (renvoi)	736
3.3	Dispositions relatives à la mise en œuvre de la prévention des accidents et maladies professionnels	736
3.3.1	Législation relative aux médecins du travail	736
3.3.2	Loi sur l'analyse génétique humaine	738
3.3.3	Directives de la Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail	738
3.4	Dispositions relatives à l'aptitude à l'exercice indépendant d'une profession de la santé	740
3.5	Droit cantonal	741
4.	Examens médicaux et analyses médicales pour évaluer l'aptitude d'un ou d'une employé(e)	742
4.1	En général	742
4.2	Les examens médicaux et analyses médicales à l'embauche	744
4.3	Les examens médicaux et analyses médicales en cours d'emploi	745
4.3.1	Les examens médicaux en cas de travail de nuit	745
4.3.2	Les examens médicaux pour les femmes enceintes, les femmes qui viennent d'accoucher et les mères qui allaitent	747
4.3.3	Les examens médicaux pour les jeunes travailleurs occupés à un travail de nuit	749
4.3.4	Les autres examens médicaux pour les jeunes travailleurs	750
4.3.5	Les examens médicaux pour les employés exposés aux radiations	751
4.4	Les examens médicaux et analyses médicales après la fin de l'emploi	752
4.5	Les analyses génétiques	753
4.5.1	Conditions de réalisation	753

4.5.2	Exécution de l'analyse et communication du résultat	754
4.6	Reconnaissance de l'aptitude ou décision d'inaptitude (« exclusion »)	755
4.7	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	756
5.	Examens médicaux et expertises médicales pour évaluer l'aptitude d'un professionnel de la santé exerçant sous sa propre responsabilité	757
5.1	Les professions concernées	757
5.2	Les certificats médicaux et expertises médicales avant la délivrance de l'autorisation d'exercice	758
5.3	Les certificats médicaux et expertises médicales après la délivrance de l'autorisation d'exercice	759
5.4	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	760
6.	Autorités compétentes et voies de droit	761
6.1	Autorités compétentes	761
6.2	Prévention des accidents et maladies professionnelles dans le cadre des tâches de la CNA	762
6.3	Prévention des accidents et des maladies associées au travail dans le cadre des tâches des organes cantonaux d'exécution	763
6.4	Prévention des accidents professionnels dans le cadre des tâches des organes fédéraux d'exécution	764
6.5	Contestations de nature civile relatives aux obligations de droit public en matière de sécurité au travail	765
6.6	Exercice d'une profession médicale ou de la santé	765
7.	Synthèse	766
 XVII. Les mesures visant à obtenir un salaire ou des allocations sociales		
1.	Le contexte	767
2.	Bref historique	768

3.	Normes applicables	769
3.1	Droit au salaire en cas de maladie, d'accident ou de grossesse	769
3.1.1	Code des obligations	769
3.1.2	Loi sur le personnel de la Confédération et dispositions d'exécution	772
3.2	Droit à un congé et aux allocations de maternité et de paternité	773
3.3	Droit à un congé et aux allocations pour la prise en charge d'un enfant ou d'un proche atteint dans sa santé	774
3.4	Droit aux allocations de chômage	775
3.5	Devoir de collaborer et de réduire le dommage dans les rapports de travail ?	776
3.5.1	Code des obligations	776
3.5.2	Loi sur le personnel de la Confédération	777
3.6	Droit cantonal	777
4.	Examens médicaux	778
4.1	En cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie, d'accident ou de grossesse	778
4.2	Lors d'un congé pour cause de maternité ou de paternité	780
4.3	Lors d'un congé pour la prise en charge d'un enfant ou d'un proche atteint dans sa santé	781
4.4	En cas d'inaptitude au travail ou au placement dans le cadre de l'assurance-chômage	781
4.5	Nature juridique et portée d'un certificat médical	782
4.6	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer	783
5.	Traitements médicaux	784
5.1	Mesures destinées à réduire le préjudice subi par l'employeur dans le cadre des rapports de travail ?	784
5.2	Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer ?	785
6.	Voies de droit	786
6.1	Rapports de travail	786
6.1.1	Rapports de travail de droit privé	786
6.1.2	Rapports de travail de droit public fédéral	786
6.2	Assurances sociales	787

7.	Synthèse	788

XVIII. Les mesures visant à obtenir des prestations dans le cadre des assurances sociales, des assurances privées ou de la responsabilité civile

1.	Le contexte	789
2.	Bref historique	790
3.	Normes applicables	792
3.1	Devoir de collaborer et de réduire le dommage dans les assurances sociales	792
3.1.1	Loi sur la partie générale des assurances sociales	792
3.1.2	Loi sur l'assurance-invalidité	794
3.1.3	Loi sur l'assurance-accident	794
3.1.4	Loi sur l'assurance-maladie ?	795
3.2	Devoir de collaborer et de réduire le dommage dans les assurances privées	797
3.3	Devoir de collaborer et de réduire le dommage dans la responsabilité civile	798
3.4	Analyse génétique humaine	799
3.5	Droit cantonal	800
4.	Examens médicaux ou expertises médicales	801
4.1	Dans le cadre des assurances sociales	801
4.1.1	Obligation de collaborer	801
4.1.2	Conséquence du refus de collaborer	802
4.2	Dans le cadre des assurances privées	802
4.2.1	Obligation de collaborer	802
4.2.2	Conséquence du refus de collaborer	804
4.3	Dans le cadre de la responsabilité civile	804
4.3.1	Obligation de collaborer	804
4.3.2	Conséquence du refus de collaborer	805
5.	Traitements médicaux	805
5.1	Mesures destinées à améliorer l'état de santé ou la capacité de gain dans le cadre des assurances sociales	805
5.1.1	Dans l'assurance-invalidité	805
5.1.2	Dans l'assurance-accident	806

5.1.3	Obligation de collaborer	807
5.1.4	Conséquence du refus de collaborer	808
5.2	Mesures destinées à réduire le préjudice subi par le lésé dans le cadre des assurances privées	809
5.2.1	Obligation de collaborer	809
5.2.2	Conséquence du refus de collaborer	810
5.3	Mesures destinées à réduire le préjudice subi par le lésé dans le cadre de la responsabilité civile	811
5.3.1	Obligation de collaborer	811
5.3.2	Conséquence du refus de collaborer	812
6.	Voies de droit	813
6.1	Assurances sociales	813
6.2	Assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale	813
6.3	Assurances privées et responsabilité civile de droit privé	815
6.4	Responsabilité civile de droit public fédéral	815
7.	Synthèse	816
	En guise de conclusion	817
	Bibliographie	829

* * * * *

Avant-propos

Cette thèse est l'aboutissement d'un projet né il y a de nombreuses années, qui s'est ensuite esquissé pendant d'autres nombreuses années, et dont la rédaction a nécessité enfin tant d'années que je n'ose plus les compter.

Merci à celles et ceux qui ont bien voulu le soutenir dès le début :

- Prof. Tim Harding et Prof. Patrice Mangin, anciens Directeurs du Centre universitaire romand de médecine légale (CURML) ;
- Dr Eric Bonvin, aujourd'hui Directeur de l'Hôpital du Valais, alors Directeur de l'Hôpital de Malévoz ;
- M. Jean-Bernard Moix, Directeur de Promotion Santé Valais ;
- Mme Esther Waeber-Kalbermatten, Dr Georges Dupuis, M. Victor Fournier, M. Jean-Charles Délèze et toutes les collaboratrices et tous les collaborateurs, trop nombreux pour être cités, du Département en charge de la santé et du Service de la santé publique du canton du Valais.

Merci également à celles et ceux qui ont consacré un peu – et parfois un peu plus - de leur temps à répondre à mes questions :

- Dr Sandra Burkhard et Dr Marinette Ummel, CURML de Genève ;
- Dr Vincent Castella et Dr Carmelo Simili, Unité de génétique forensique, CURML de Lausanne ;
- Me Philippe Conus, Directeur de l'agence SUVA de Lausanne ;
- Me André Demierre, Office cantonal de la circulation et de la navigation (OCN), à Fribourg ;
- Dr Nicolas Donzé, Institut Central des Hôpitaux (ICH), à Sion ;
- M. René Duc et Mme Sylvia Fux, Service d'application des peines et mesures du canton du Valais, à Sion ;
- Prof. Silke Grabherr, Directrice du CURML ;
- Mme Sylvie Joris Lambert, Unité de médecine et psychologie du trafic, CURML de Genève ;
- Me Caroline Monnet, Service de la population du canton du Valais, à Sion ;
- Dr Gérard Niveau, Unité de psychiatrie légale, CURML de Genève.

Merci encore à Me Ariane Ayer, qui a accepté courageusement de relire le texte d'un œil critique, et à Mme Claude Lièvre Wyer, pour son assistance précieuse à la bibliothèque du Tribunal cantonal à Sion.

Merci, enfin, au Professeur Yvan Jeanneret et au Professeur Dominique Sprumont, qui ont bien voulu faire partie du jury de thèse et, bien sûr, merci tout particulièrement au Professeur Olivier Guillod, qui a lui aussi soutenu ce projet dès le début, a prodigué ses conseils avisés tout au long de la rédaction du texte et a fait preuve d'une patience jamais prise en défaut, malgré les années qui défilaient.

* * * * *

PROLOGUE :

Chacun peut déterminer librement s'il va accepter ou, au contraire, décliner des actes de nature médicale liés à son état.

En principe.

Cette thèse se propose d'explorer les situations dans lesquelles, par exception, le droit fédéral impose un traitement ou des actes de nature médicale, en autorisant parfois le recours à la contrainte physique lorsque le patient ou la personne concernée refuse de collaborer.

Une telle thématique est par nature « transversale » : elle touche tous les domaines du droit, civil, pénal, administratif, et se retrouve aussi bien dans les règles de procédure que dans le droit matériel.

I. Le libre choix en matière d'actes médicaux

Le libre choix en matière d'actes médicaux est une maxime essentielle parmi celles qui régissent les relations entre soignants et patients ; il a rang de liberté fondamentale, garantie par la Constitution fédérale¹. Le principe qui le formalise, celui du consentement libre et éclairé aux actes médicaux, est énoncé dans le droit suisse depuis le début des années quatre-vingts ; il résulte d'un arrêt du Tribunal fédéral² qui a peut-être sonné le glas du

¹ Le Tribunal fédéral en a fait une des composantes de la liberté personnelle garantie par l'art. 10 al. 2 Cst ; ATF 133 III 121, 128.

² ATF 105 II 284.

paternalisme médical qui prévalait alors dans notre pays³. Il est désormais ancré tant dans le droit international public, en particulier dans la Convention dite d'Oviedo⁴, que dans le droit sanitaire de la Confédération et dans les lois de santé publique des cantons.

II. Les exceptions au libre choix en matière d'actes médicaux

Lorsque le patient est à la fois incapable de discernement et en situation d'urgence, le droit fédéral prévoit une première exception au principe : dans un tel cas, les soins appropriés peuvent lui être apportés immédiatement, malgré l'absence du consentement, qui ne peut évidemment être recherché ni auprès du patient ni, faute de temps, auprès d'un tiers. Les soignants sont même tenus d'apporter les soins requis par l'état du patient. A défaut, ils s'exposent à des poursuites, de nature pénale et disciplinaire, voire civile en cas de préjudice, pour mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui.

Le droit fédéral contient en outre des dispositions visant un certain nombre d'autres situations particulières, dans lesquelles le principe du consentement libre et éclairé n'est pas mis en œuvre, parce que le législateur impose un traitement ou un acte médical.

III. Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Pour s'assurer que le traitement ou l'acte médical imposé est entrepris, le législateur fait parfois entièrement abstraction du consentement ou du refus de la personne concernée par la mesure : l'acte médical est concrètement mis en œuvre, s'il le faut en recourant à la force pour permettre son exécution.

³ A propos de paternalisme médical, voir Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. I, p. 387 ss ; Bernice ELGER, Caroline ANDERES, *Le paternalisme médical : mythe ou réalité ?*, Genève 2010.

⁴ Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, conclue à Oviedo le 14 avril 1997 (RS 0.810.2).

Plus fréquemment, la loi « impose » certes un traitement ou un acte médical, mais elle ne prévoit pas que le patient puisse être soumis à la contrainte physique s'il refuse de collaborer. L'obligation n'est alors que théorique. Le patient qui s'y opposerait s'expose peut-être à une sanction de nature pénale, en principe sous la forme d'une amende, conçue avant tout comme un instrument de persuasion. Mais la sanction est plus souvent indirecte : le patient doit assumer les conséquences négatives qu'entraîne pour lui son refus de participer à la mise en œuvre de la mesure prescrite. L'obligation correspond dans ces circonstances à une incombance.

IV. Plan

Dans une « partie générale », ce texte présente d'abord les diverses composantes du libre choix en matière de soins et du consentement libre et éclairé, tant dans le droit international que dans le droit interne. Il analyse ensuite les possibilités théoriques prévues pour limiter ou exclure le libre choix du patient.

Puis il recense, dans une « partie spéciale », les situations concrètes dans lesquelles un acte médical peut être imposé par la loi, telles qu'elles sont prévues aujourd'hui par le droit fédéral. Cet examen est limité au droit fédéral ordinaire ; il n'aborde pas le droit fédéral spécial, notamment le droit militaire, le droit pénal administratif ou le droit pénal des mineurs. Le droit cantonal n'est présenté en détail que lorsque ses dispositions d'exécution comportent des modalités particulières pouvant influencer la mise en œuvre du droit fédéral.

La notion d'acte médical est comprise dans un sens large : il peut s'agir d'un traitement à visée thérapeutique, diagnostique ou préventive, mais aussi d'un acte réalisé par un médecin ou un autre professionnel de la santé, quel que puisse en être le but, et même d'un acte généralement réalisé par un soignant mais qui peut être effectué exceptionnellement par une personne qui ne l'est pas⁵. Les situations dans lesquelles le droit fédéral

⁵ On pense ici en particulier à la fouille corporelle, un acte généralement considéré dans les lois qui la prévoient comme une mesure médicale, dès lors effectuée par un médecin ou un autre soignant, mais qui peut être, à titre exceptionnel, effectuée par un agent de police, un agent de l'administration des douanes ou un agent de l'administration pénitentiaire.

impose non pas un acte médical mais une hospitalisation, certes en vue d'un traitement ou d'une expertise médicale, sont également examinées.

En revanche, le texte n'aborde pas la problématique de la réutilisation sans consentement de données médicales, que prévoit, à des conditions particulières⁶, la législation relative à la recherche sur l'être humain ; une utilisation de cette nature ne correspond pas à un acte médical tel qu'il est envisagé ici.

Les chapitres de la « partie spéciale » sont agencés selon la structure classique du droit fédéral – droit civil, droit pénal, droit administratif -, en suivant l'ordre du Recueil systématique. Le chapitre relatif aux mesures de lutte contre les maladies transmissibles fait exception à ce schéma : en raison de l'actualité⁷ mais aussi en raison de son importance dans le dispositif de santé publique, il figure en première place dans la section dévolue au droit administratif.

Chacun des chapitres contient une analyse des solutions juridiques retenues par le législateur ou par la pratique dans les divers domaines où la notion d'acte médical imposé est présente. A cette analyse est associée une réflexion plus théorique, à propos de la légalité ou de l'opportunité de l'obligation de collaborer, comme à propos des modalités d'exécution en cas de refus de collaborer.

* * * * *

⁶ Ces conditions sont énoncées à l'art. 34 de la Loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH, RS 810.30), avec quelques précisions supplémentaires aux art. 37 ss de l'ordonnance d'exécution (ORH, RS 810.301).

⁷ La rédaction de cette thèse s'est achevée pendant la pandémie de Covid-19.

CHAPITRE I :

Le libre choix en matière d'actes médicaux dans le droit international

1. Introduction

Avant d'être une notion de droit interne, le principe du libre choix en matière d'actes médicaux est également un concept de droit international public, qui se retrouve dans de nombreuses conventions auxquelles la Suisse a souscrit. Parce que la Suisse est un Etat de tradition « moniste » dans sa conception du droit international public, les normes de droit international public qu'elle a ratifiées et mises en vigueur priment sur le droit interne⁸.

Il faut en particulier citer dans ce contexte la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, souvent désignée par l'appellation de Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH), et la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine. La CEDH institue une Cour européenne des Droits de l'Homme (art. 19 ss CEDH), chargée d'assurer le respect des engagements résultant de la convention par les Etats signataires ; la jurisprudence développée par la Cour permet ainsi de préciser peu à peu la portée du principe de libre choix en matière d'actes médicaux, qui découle de l'art. 8 al. 1er CEDH protégeant la vie privée, mais qui peut faire l'objet de restrictions, aux conditions énoncées à l'art. 8 al. 2 CEDH.

⁸ Voir plus loin, p. 44.

Les deux textes précités ne sont évidemment pas les seuls qui abordent ce sujet. D'autres conventions, conclues notamment sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies (ONU), de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) et de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), ainsi que les Recommandations du Conseil de l'Europe ou encore divers textes émanant d'organismes internationaux privés, généralement des organisations de professionnels de la santé, traitent également de cette thématique.

2. Dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

2.1 La Convention en général

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), conclue à Rome le 4 novembre 1950⁹, est un instrument de droit international public élaboré sous l'égide du Conseil de l'Europe¹⁰. Elle est conçue comme le prolongement européen de la Déclaration universelle des Droits de l'homme proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, un de ses buts consistant à « prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration Universelle » (selon le préambule). La Suisse y a adhéré en 1974¹¹.

Afin d'atteindre ces objectifs, la Convention énumère un certain nombre de « droits et libertés » (art. 2 à 18 CEDH), dont peuvent se prévaloir les « personnes relevant de la juridiction » des Etats signataires

⁹ Approuvée par l'Assemblée fédérale le 3 octobre 1974 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101).

¹⁰ Voir notamment Mark VILLIGER, p. 3 ss ; Samantha BESSON, p. 558 ss ; Maya HERTIG RANDALL, La Convention européenne des droits de l'homme, *in*: Oliver Diggelmann et al., vol. II, p. 1267 ss ; Jens MEYER-LADEWIG, Martin NETTESHEIM, Einleitung zur EMRK, *in*: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 23 ss ; Ana Giselle TOLEDO VERA et al., Médecin et droits de l'homme, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 29 ss ; Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, Introduction aux droits de l'homme, p. 397 ss ; Christoph GRABENWARTER, Katharina PABEL, p. 4 ss.

¹¹ Voir le Message du 4 mars 1974 concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, FF 1974 I 1020 et le Rapport du 19 novembre 2014 du Conseil fédéral « 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH : Bilan et perspectives », FF 2015 353 ; Michel HOTTELIER et al., La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2e éd., Genève 2011.

(art. 1^{er} CEDH). Quelques-uns de ces droits exercent une influence sur la dispensation de soins ou la réalisation d'actes de nature médicale.

Les droits ainsi garantis ont généralement un contenu « négatif ». En adhérant à la Convention, les Etats signataires s'engagent à s'abstenir d'y porter atteinte ; ils ne peuvent pas les restreindre ou, alternativement, ne peuvent les restreindre qu'aux conditions énoncées par la Convention¹². Certains d'entre eux ont cependant, aussi, un contenu « positif » : ils contraignent alors les Etats à prendre des mesures concrètes en faveur de leurs citoyens¹³.

2.2 Les soins et actes de nature médicale dans la Convention

Ce sont en particulier les art. 2, 3 et 8 CEDH qui sont applicables dans le domaine des soins et, plus généralement, des actes de nature médicale. Ainsi, l'art. 2 CEDH garantit le droit à la vie¹⁴. L'art. 3 CEDH, dans la mesure où il interdit les traitements inhumains ou dégradants, impose aux Etats signataires, négativement, « de s'abstenir d'infliger des lésions corporelles graves aux personnes relevant de leur juridiction »¹⁵, notamment aux patients admis dans un établissement sanitaire¹⁶, qu'il soit public ou privé¹⁷.

¹² Voir Mark VILLIGER, p. 147 ss ; Walter KÄLIN, Jörg KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Bâle 2005, p. 100 ss.

¹³ Voir Christoph GRABENWARTER, Katharina PABEL, p. 157 ss ss ; Nathanaël PETERMANN, p. 27 ss ; Cordula DRÖGE, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Heidelberg 2003.

¹⁴ Voir Mark VILLIGER, p. 157 ss ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 21 ss ; Jens MEYER-LADEWIG, Bertold HUBER, *Kommentar ad Art. 2 EMRK*, in: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 63 ss ; Jochen FROWEIN, Wolfgang PEUKERT, p. 140 ss ; Douwe KORFF, *Le droit à la vie, un guide sur la mise en œuvre de l'art. 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg 2007.

¹⁵ Arrêt rendu le 13 novembre 2012 dans l'affaire Hristozov et autres c. Bulgarie, requêtes nos 47039/11 et 358/12. Voir Mark VILLIGER, p. 176 ss ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 109 ss, notamment p. 156 ss ; Jens MEYER-LADEWIG, Matthias LENHERT, *Kommentar ad Art. 3 EMRK*, in: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 91 ss ; Jochen FROWEIN, Wolfgang PEUKERT, p. 42 ss ; Christoph GRABENWARTER, Katharina PABEL, p. 163 ss.

¹⁶ Arrêt rendu le 17 janvier 2002 dans l'affaire Calvelli et Ciglio c. Italie, requête no 32967/96, § 90.

¹⁷ Arrêt rendu le 2 juin 2009 dans l'affaire Codarcea c. Roumanie, requête no 31675/04, § 102.

Dans la Convention, la vie privée garantie par l'art. 8 englobe l'intégrité physique et morale, de sorte que le droit au respect de l'intégrité physique ou psychique découle plus généralement, dans les arrêts de la Cour, de cette disposition. Ce droit peut cependant faire l'objet de restrictions, aux conditions formulées par l'art. 8 al. 2 de la Convention¹⁸, c'est-à-dire pour autant que la restriction repose sur une base légale, qu'elle soit prévue afin de protéger l'un des intérêts publics énoncés par la Convention – notamment la protection de la santé, mais aussi « la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales » -, et enfin qu'elle soit justifiée par une « nécessité »¹⁹.

L'art. 5 al. 1^{er} CEDH, enfin, garantit le droit à la liberté et dispose plus spécifiquement que « nul ne peut être privé de sa liberté ». A nouveau, cette disposition prévoit cependant un certain nombre d'exceptions, en particulier la détention ou l'hospitalisation forcée « d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond » (art. 5 al. 1^{er} lettre e CEDH)²⁰. Les restrictions à la liberté s'appuyant sur des circonstances de cette nature doivent être conformes au droit, c'est-à-dire être ordonnées en suivant les « voies légales » et permettre en particulier de saisir un tribunal d'un « recours », afin que la juridiction examine la légalité de la privation de liberté et, le cas échéant, « ordonne [l]a libération si la détention est illégale » (art. 5 al. 4 CEDH).

¹⁸ A propos des restrictions admissibles selon l'art. 8 al. 2 et également selon l'art. 5, voir plus loin, p. 126 ss.

¹⁹ Arrêt rendu le 15 novembre 2007 dans l'affaire *Benderskiy c. Ukraine*, requête no 22750/02, § 59 ss ; arrêt rendu le 4 janvier 2005 dans l'affaire *Pentiacova c. Moldavie*, requête no 14462/03 ; arrêt rendu le 9 mars 2004 dans l'affaire *Glass c. Royaume-Uni*, requête no 61827/00, § 74-83. Voir Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 292 ; Mark VILLIGER, p. 367 ss ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 469 ss, notamment p. 482 s. ; Jens MEYER-LADEWIG, Martin NETTESHEIM, *Kommentar ad Art. 8 EMRK*, in: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 317 ss ; Christoph GRABENWARTER, Katharina PABEL, p. 236 ss.

²⁰ Voir Mark VILLIGER, p. 219 ss ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 209 ss, notamment p. 246 ss ; Jens MEYER-LADEWIG et al., *Kommentar ad Art. 5 EMRK*, in: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 133 ss ; Jochen FROWEIN et Wolfgang PEUKERT, p. 70 ss ; Maria-Antonella BINO, *Hospitalisation forcée et droits du malade mental*, Genève 2006.

2.3 Eléments de jurisprudence relative au libre choix en matière de soins et d'actes de nature médicale

Les citoyens des Etats signataires qui considéreraient que leurs droits fondamentaux tels qu'ils sont reconnus dans la Convention ont été violés peuvent saisir la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par l'art. 19 CEDH, selon des procédures fixées aux art. 34 ss CEDH²¹. Ces procédures prévoient notamment l'épuisement des voies de recours internes et le respect d'un délai de quatre mois²² à partir de la date de la décision interne définitive pour déposer une requête (art. 35 § 1^{er} CEDH)²³.

Les décisions rendues par la Cour en matière de consentement à des soins ou à des actes médicaux ou, au contraire, à propos d'une éventuelle obligation de se soumettre à de tels actes sont assez nombreuses²⁴. La synthèse qui suit se concentre avant tout sur le thème du consentement aux actes médicaux et sur celui des soins imposés²⁵.

2.3.1 *Protection de la vie*

La Cour considère qu'elle n'est pas en mesure de statuer à propos du point de départ du droit à la vie²⁶, partant à propos de la protection d'un fœtus, ou d'embryons fécondés en vue d'une implantation²⁷. Elle concède

²¹ Voir notamment Julien MARQUIS, *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Genève, Zurich, Bâle 2017 ; Mark VILLIGER, p. 21 ss ; Xavier-Baptiste RUEDIN, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bâle 2009.

²² Ce délai était préalablement de six mois, jusqu'au 1^{er} février 2022 ; RO 2021 461.

²³ Voir Mark VILLIGER, p. 31 ss ; Pascal MAHON vol. II, p. 453 ss ; Andreas AUER et al., vol. I, p. 793 ss ; Jens MEYER-LADEWIG, Birgit PETERS, *Kommentar ad Art. 35 EMRK*, in: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 572 ss ; Jochen FROWEIN et Wolfgang PEUKERT, p. 495 ss.

²⁴ Certains de ces arrêts font l'objet de la fiche thématique « Santé » élaborée par l'Unité de presse de la Cour (état : juin 2020) ; d'autres fiches relatives à des thèmes connexes sont proposées dans son préambule (et sont citées plus loin),

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_FRA.pdf

²⁵ La jurisprudence de la Cour relative à l'internement à vie est présentée dans le chapitre relatif aux mesures thérapeutiques de droit pénal, p. 461 s.

²⁶ « Aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie », arrêt du 8 juillet 2004 dans l'affaire *Vo c. France*, requête 53924/00, § 82, cité par Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 37.

²⁷ Arrêt rendu le 10 avril 2007 dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*, requête no 6339/05, § 56.

en conséquence aux Etats signataires une marge d'appréciation sur ce point. Elle retient cependant l'existence d'une obligation positive de protéger le choix d'une femme de devenir mère, de sorte que des procédures doivent permettre d'obtenir une réparation lorsqu'une interruption de grossesse résulte d'une négligence professionnelle²⁸.

En revanche, la Cour s'est prononcée sur le droit de « choisir le moment et la forme de la fin de sa vie »²⁹, dont découle le droit de refuser un traitement de nature à prolonger sa vie³⁰, ainsi que le droit de rédiger des directives anticipées³¹ et, finalement, le droit à obtenir une assistance au suicide³².

Pour le surplus, la Cour a conclu à plusieurs reprises à une violation du droit à la vie découlant de l'art. 2 CEDH lorsqu'un patient décède en milieu hospitalier, s'il est « victime d'un manque de coordination entre les professionnels de la santé, combiné avec des dysfonctionnements structurels des services hospitaliers [...] en ce que, au mépris de son droit à la protection de sa vie, [il] a été privé [...] d'accès à des soins d'urgence adéquats »³³.

Ainsi, parce qu'une intervention médicale peut avoir des conséquences graves, les Etats signataires sont tenus de mettre en place des mesures propres à assurer la protection de la vie des patients ; de telles mesures font partie des obligations positives qui découlent de l'art. 2 CEDH³⁴. Ils doivent en outre mettre en place un régime de responsabilité permettant aux patients qui seraient victimes d'erreurs médicales d'obtenir

²⁸ Arrêt rendu le 8 juillet 2004 dans l'affaire *Vo c. France*, requête 53924/00, § 82 ; voir Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 37 ss.

²⁹ Arrêt rendu le 29 avril 2002 dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, requête no 2346/02, § 39.

³⁰ Arrêt *Pretty* précité, § 69.

³¹ Arrêt rendu le 5 juin 2015 dans l'affaire *Lambert et autres c. France*, requête no 46043/14, § 179 ; arrêt rendu le 11 juillet 2006 dans l'affaire *Burke c. Royaume*, requête no 19807/06. Voir aussi plus loin, p. 109 ss.

³² Arrêt rendu le 14 mai 2013 dans l'affaire *Gross c. Suisse*, requête no 67810/10, ensuite porté devant la Grande Chambre, qui l'annula par arrêt du 30 septembre 2014, la requête étant devenue irrecevable à la suite du décès de la requérante ; arrêt rendu le 20 janvier 2011 dans l'affaire *Haas c. Suisse*, requête no 31322/07, § 51 ss. Voir Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 547 ss ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 39 ss.

³³ Arrêt rendu le 30 août 2016 dans l'affaire *Aydogdu c. Turquie*, requête no 40448/06, § 103.

³⁴ Arrêt *Codarcea* précité, § 104.

réparation du préjudice qu'ils auraient subi à l'occasion de leur hospitalisation.

Tout patient a en effet le droit d'obtenir dans de telles circonstances qu'une autorité ou une juridiction examine ses griefs, en cas de plainte ; il s'agit, à nouveau, d'une des obligations positives découlant de cet instrument de droit international public³⁵. La Convention « implique [...] l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant » pour évaluer le caractère éventuellement inapproprié des soins dispensés à tout « individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées »³⁶. Il importe en outre que ces mécanismes « fonctionnent effectivement en pratique » et non qu'ils « n'existent qu'en théorie »³⁷. Le droit à la vie de l'art. 2 de la Convention est alors associé à l'art. 13, qui garantit le « droit à un recours effectif » en cas de violation de la Convention³⁸.

Un tel système « peut comporter, et dans certains circonstances, doit comporter un mécanisme de répression pénale »³⁹. Cependant, notamment « si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité corporelle n'est pas volontaire », l'obligation découlant de la Convention peut être remplie en offrant au patient une voie de droit civile lui permettant d'obtenir réparation de son préjudice ; selon les circonstances, la voie disciplinaire peut également être envisagée⁴⁰.

³⁵ Voir Nathanaël PETERMANN, p. 230 ss et p. 327.

³⁶ Arrêt Calvelli et Ciglio précité, § 49.

³⁷ Arrêt rendu le 28 juin 2007 dans l'affaire Silih c. Slovénie, requête no 71463/01, § 195, confirmé par la Grande Chambre le 9 avril 2009.

³⁸ Voir Mark VILLIGER, p. 486 ss ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 683 ss ; Jochen FROWEIN, Wolfgang PEUKERT, p. 391 ss ; Jens MEYER-LADEWIG, Denise RENGGER, *Kommentar ad Art. 13 EMRK*, in: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 453 ss.

³⁹ Arrêt Calvelli et Ciglio précité, § 51.

⁴⁰ Arrêt rendu le 30 juin 2015 dans l'affaire Altug et autres c. Turquie, requête no 32086/07, § 68 ; arrêt du 22 mai 2014 dans l'affaire Gray c. Allemagne, requête no 49278/09, § 80 ss ; arrêt du 8 juillet 2004 dans l'affaire Vo c. France, requête no 53924/00, § 90.

2.3.2 *Consentement en général*

Dans ses arrêts relatifs au consentement⁴¹, la Cour a affirmé à plusieurs reprises le principe essentiel selon lequel, « dans la sphère de l'assistance médicale, l'imposition d'un traitement sans le consentement libre, explicite et éclairé d'une personne adulte en pleine possession de ses capacités mentales ne serait pas conforme avec le droit à l'intégrité physique »⁴². La présence de l'adjectif « explicite » dans cet énoncé est un peu malheureuse ; l'expérience montre qu'un consentement libre et éclairé peut être manifesté de manière implicite. La Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine n'exige d'ailleurs pas que le consentement soit explicite⁴³.

Les Etats signataires doivent, en particulier, instaurer un cadre législatif imposant aux médecins des hôpitaux l'obligation de s'interroger sur les conséquences prévisibles d'une intervention et d'en informer préalablement leurs patients, afin qu'ils soient en mesure d'en évaluer les risques⁴⁴ et, le cas échéant, de consentir valablement⁴⁵.

La Cour reconnaît aussi au patient le droit de refuser des soins indispensables, même lorsque le refus du traitement est déraisonnable et « risque d'entraîner une issue fatale »⁴⁶, par exemple le refus d'une transfusion de sang⁴⁷.

⁴¹ Voir Mark VILLIGER, p. 369 ss ; Nathanaël PETERMANN, p. 325 s. et 471 ss ; Estelle BROSSET, *Le consentement en matière de santé et le droit européen* (2013), <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00872135/document>.

⁴² Arrêt rendu le 16 février 2016 dans l'affaire Soares de Melo c. Portugal, requête no 72850/14, § 109 ; arrêt rendu le 10 juin 2010 dans l'affaire Témoins de Jehovah de Moscou et autres c. Russie, requête no 302/02, § 135 ; arrêt rendu le 9 mars 2004 dans l'affaire Glass c. Royaume-Uni, requête no 61827/00, § 82-83 ; arrêt rendu le 29 avril 2002 dans l'affaire Pretty c. Royaume-Uni, requête no 2346/02, § 63.

⁴³ Voir plus loin, p. 25 s.

⁴⁴ Arrêt rendu le 19 octobre 2005 dans l'affaire Roche c. Royaume-Uni, requête no 32555/96, § 155 ss.

⁴⁵ Arrêt Altug précité, § 65.

⁴⁶ Arrêt rendu le 8 novembre 2011 dans l'affaire V.C. c. Slovaquie, requête no 18968/07, § 105.

⁴⁷ Arrêt rendu le 10 juin 2010 dans l'affaire Témoins de Jéhovah de Moscou et autres c. Russie, requête no 302/02, § 134 ss. Pour une décision rendue par le Tribunal fédéral, voir l'arrêt du 7 mars 2017 dans la cause 2C_613/2015.

2.3.3 *Libre choix et consentement lors de mesures médicales spéciales*

Pour ce qui a trait aux choix de santé reproductive, la Cour a notamment retenu que l'accès à une interruption de grossesse souhaitée par une patiente capable de discernement doit être efficacement protégé, même si la patiente est une jeune femme mineure âgée de quinze ans⁴⁸ ; la protection de la vie privée inclut en effet le droit à l'autonomie personnelle, plus spécifiquement « le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent »⁴⁹.

La Cour a aussi reconnu le droit de recourir, lors d'une procréation médicalement assistée, au diagnostic préimplantatoire en vue de sélectionner un embryon qui ne serait pas affecté par une pathologie grave dont les parents seraient porteurs⁵⁰.

Quant aux procédures médicales destinées à la stérilisation, dans la mesure où elles constituent « une atteinte majeure à la capacité d'une personne de procréer », elles ne sont admissibles qu'à la condition qu'elle résulte d'une demande de la personne concernée. Une procédure de stérilisation qui serait imposée à un patient adulte et sain d'esprit, sans son consentement, serait incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme garanti par la Convention⁵¹.

⁴⁸ Arrêt rendu le 30 octobre 2012 dans l'affaire P. et S. c. Pologne, requête no 57375/08, § 109 ; voir notamment Nathanaël PETERMANN, p. 331 ss. Voir aussi la fiche thématique « Droits en matière de procréation » :

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_FRA.pdf.

⁴⁹ Arrêt rendu le 10 avril 2007 dans l'affaire Evans c. Royaume-Uni, requête no 6339/05, § 71.

⁵⁰ Pour autant que la législation nationale admette le diagnostic prénatal, ce qui était le cas du droit italien, arrêt rendu le 28 août 2012 dans l'affaire Costa et Pavan c. Italie, requête no 54270/10. Voir notamment Valérie JUNOD, Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire, in: Jusletter du 29 octobre 2012 et, plus généralement, Andrea Büchler et Bernhard Rütsche (éd.), Fortplantungsmedizingesetz, Berne 2020.

⁵¹ Arrêt rendu le 12 juin 2012 dans l'affaire N. B. c. Slovaquie, requête no 29518/10, § 76 à 78 ; arrêt rendu le 8 novembre 2011 dans l'affaire V. C. c. Slovaquie, requête no 18968/07, § 106 s.

Le prélèvement d'organes ou de tissus, enfin, doit résulter d'une législation suffisamment claire pour que les proches d'un défunt soient informés à temps de leur droit de consentir ou de s'opposer à un prélèvement⁵².

2.3.4 *Privation de liberté à des fins d'assistance*

La Cour a également retenu que la détention d'une personne alcoolique ou en état d'ébriété, au sens de l'art. 5 al. 1^{er} lettre e CEDH, n'était compatible avec les exigences de la Convention que si les mesures prises étaient conformes au principe de proportionnalité, en d'autres termes que si « d'autres mesures, moins sévères, [avaient] déjà été envisagées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt public »⁵³.

Plus généralement, la privation de liberté d'un « aliéné » - selon la terminologie de la Convention - « peut s'imposer [...] lorsqu'[il] a besoin, pour guérir ou pour voir son état s'améliorer, d'une thérapie, de médicaments ou de tout autre traitement clinique »⁵⁴.

Une privation de liberté est également admissible « lorsqu'il s'avère nécessaire de surveiller [un patient psychiatrique] pour l'empêcher, par exemple, de se faire du mal ou de faire du mal à autrui [...]. En d'autres termes, pourvu que les conditions soient clairement définies en droit interne [...], la Convention n'interdit pas le placement involontaire pour des préoccupations sécuritaires, à savoir pour le seul motif que l'état de la personne, qui souffre d'un trouble mental, présente un risque réel de

⁵² Arrêt rendu le 24 juin 2014 dans l'affaire Petrova c. Lettonie, requête no 4605/05 (prélèvement d'organes) et arrêt rendu le 13 janvier 2015 dans l'affaire Elberte c. Lettonie, requête no 61243/08 (prélèvement de tissus).

⁵³ Arrêt rendu le 4 avril 2000 dans l'affaire Witold Litwa c. Pologne, requête no 26629/95, § 72 ss. Cette procédure visait un homme accusé d'ébriété et de comportement grossier dans un office de poste. Emmené par la police dans une cellule de dégrisement, il y fut maintenu pendant six heures et demie. La Cour a constaté une violation de la Convention, d'autres mesures moins restrictives n'ayant pas été envisagées.

⁵⁴ Arrêt rendu le 30 avril 2019 dans l'affaire T.B. c. Suisse, requête no 1760/15, § 54.

dommage grave pour la société [...] ». Le droit national doit cependant comporter une base légale claire à ce propos⁵⁵.

Avant qu'une décision ne soit prise, une personne dont le placement est envisagé doit être associée à la procédure et sa comparution personnelle en vue d'une audition doit être garantie⁵⁶.

Une fois le patient psychiatrique placé dans l'institution, un traitement ou des soins administrés contre sa volonté dans le but de préserver sa santé physique ou mentale ne constituent pas un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'art. 3 CEDH si ces mesures sont dictées par une nécessité thérapeutique⁵⁷.

2.3.5 *Prélèvement et analyse de matériel génétique dans le cadre d'une procédure civile*

Imposer un prélèvement et une analyse de matériel génétique dans le cadre d'une procédure destinée à établir une paternité ne constitue pas une violation du droit à la vie privée telle qu'elle est prévue par l'art. 8 de la Convention. Les analyses génétiques ne sont pas contraires à l'état de droit et permettent aux Etats signataires de faire respecter le droit de leurs citoyens à connaître leur ascendance⁵⁸. Dans une affaire maltaise, le père présumé tentait notamment de faire valoir, sans succès, qu'il était contraint de livrer une preuve contre lui-même, ce qu'il tenait pour une « auto-incrimination ».

⁵⁵ Dans l'affaire précitée (T.B. c. Suisse), la Suisse a été condamnée : selon la Cour, « le requérant était détenu sans base légale et à titre purement préventif », c'est-à-dire dans le seul but de protéger la société (§ 64), ce que le droit fédéral ne prévoit pas. Voir aussi plus loin les développements consacrés au placement à des fins d'assistance, p. 272 ss.

⁵⁶ Arrêt rendu le 24 octobre 1979 dans la cause Winterwerp c. Pays-Bas, requête no 6301/73, § 61.

⁵⁷ Arrêt rendu le 24 septembre 1992 dans la cause Herczegfalvy c. Autriche, requête no 10533/83, § 83. La Cour vérifie cependant que cette nécessité thérapeutique a été démontrée de manière convaincante, *ibidem*.

⁵⁸ Arrêt rendu le 29 janvier 2019 dans l'affaire Mifsud c. Malte, requête no 62257/15. Voir notamment Philippe MEIER, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *in*: FamPra.ch 2012, p. 255 ss.

Dans l'affaire Jäggi contre Suisse⁵⁹, la Cour a considéré que ce droit à connaître son ascendance « ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire »⁶⁰ et qu'il permet en particulier d'obtenir l'exhumation du cadavre d'une personne, afin que soit réalisés un prélèvement et une analyse génétique en vue d'établir une paternité, ce que contestait la famille du défunt⁶¹.

2.3.6 *Prélèvement et analyse de matériel génétique dans le cadre d'une procédure pénale*

Dans un contexte d'administration de la justice pénale, l'obligation de se soumettre à un prélèvement de matériel génétique en vue d'un enregistrement dans une base de données – à titre d'exemple, le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) géré par le gouvernement français – est admissible, pour autant, cependant, que la durée d'un tel enregistrement et qu'une procédure d'effacement soient prévues par la loi.

En outre, l'enregistrement ne peut se justifier que pour des infractions pénales présentant un certain caractère de gravité⁶². Enfin, la conservation par la police de telles données ne peut concerner que des personnes ayant été condamnées ; au contraire, la conservation illimitée de données relatives à des personnes non condamnées n'est pas conforme aux exigences de la Convention⁶³.

⁵⁹ Arrêt rendu le 13 juillet 2006 dans l'affaire Jäggi c. Suisse, requête no 58757/00.

⁶⁰ Arrêt Jäggi précité, § 40 ; le requérant avait soixante-sept ans au moment du dépôt de la requête.

⁶¹ Le gouvernement suisse s'y opposait aussi, au nom de la « sécurité juridique », une première action en paternité ayant été rejetée peu avant la naissance du requérant, en 1948. Le requérant faisait valoir, quant à lui, que de nouvelles méthodes scientifiques, bien plus fiables que celles qui avaient été mises en œuvre à l'époque, étaient désormais disponibles, ce qui justifiait une nouvelle analyse.

⁶² Arrêt rendu le 22 juin 2017 dans l'affaire Aycaguer c. France, requête no 8806/12. Le requérant avait été condamné à deux mois de prison avec sursis pour avoir frappé des gendarmes à coups de parapluie, lors d'une manifestation d'agriculteurs. Convoqué pour un prélèvement d'ADN, il avait refusé de s'y soumettre, ce qui lui avait valu une amende de 500 euros. Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS), lui, est compatible avec les exigences de la Convention, selon l'arrêt du 17 décembre 2009 dans l'affaire B.B. c. France, requête no 22115/06.

⁶³ Arrêt rendu le 4 décembre 2008 dans les affaires S. et Marper c. Royaume-Uni, requêtes no 30562/04 et 30566/04.

2.3.7 *Autres actes de nature médicale dans le cadre d'une procédure pénale*

La Cour a également fixé des principes à propos de divers actes de nature médicale réalisés dans le cadre d'une instruction pénale.

« Même lorsqu'une mesure n'est pas motivée par une nécessité thérapeutique, les articles 3 et 8 n'interdisent pas en tant que tel le recours à une intervention médicale contre la volonté d'un suspect en vue de l'obtention de la preuve de sa participation à une infraction. Ainsi, les institutions de la Convention ont conclu à plusieurs reprises que le prélèvement de sang ou de salive contre la volonté d'un suspect dans le cadre d'une enquête sur une infraction n'avait pas enfreint ces articles dans les circonstances des affaires examinées »⁶⁴.

« Toutefois, la nécessité de toute intervention médicale de force en vue de l'obtention de la preuve d'une infraction doit se trouver justifiée de manière convaincante au vu des circonstances de l'affaire. Cela vaut en particulier lorsque l'intervention vise à recueillir à l'intérieur du corps de la personne la preuve matérielle de l'infraction même dont elle est soupçonnée. La nature particulièrement intrusive d'un tel acte exige un examen rigoureux de l'ensemble des circonstances. A cet égard, il faut tenir dûment compte de la gravité de l'infraction en question. Les autorités doivent également démontrer qu'elles ont envisagé d'autres méthodes pour obtenir des preuves. En outre, l'intervention ne doit pas faire courir au suspect le risque d'un préjudice durable pour sa santé. »⁶⁵

Dans ce contexte, la Cour a considéré que l'administration forcée d'une substance émétique⁶⁶ à une personne soupçonnée d'avoir avalé un sachet contenant de la drogue n'était pas admissible, en présence d'un simple « trafiquant de rue » qui ne vendait pas de drogue en grandes quantités, et pour récupérer un sachet dont les autorités auraient pu attendre l'élimination par les voies naturelles⁶⁷. Dans une situation assez semblable,

⁶⁴ Notamment dans les arrêts rendus le 5 janvier 2006 dans l'affaire Schmidt c. Allemagne, requête no 32352/02, et le 4 décembre 1978 dans l'affaire X. c. Pays-Bas, requête no 8239/78, cités dans l'arrêt rendu le 11 juillet 2006 dans l'affaire Jalloh c. Allemagne, requête no 54810/00, § 70.

⁶⁵ Arrêt Jalloh précité, § 71.

⁶⁶ Se dit d'une substance qui provoque un vomissement.

⁶⁷ Arrêt Jalloh précité, § 77.

elle a au contraire considéré qu'une intervention chirurgicale destinée à extraire un sachet de cocaïne ingéré par un trafiquant ne constituait pas, en elle-même, un traitement inhumain ou dégradant, car l'intervention visait avant tout à sauver la vie du trafiquant⁶⁸.

La Cour a aussi conclu à une violation de la Convention lorsque la police a contraint un automobiliste à un prélèvement forcé d'un échantillon d'urine, réalisé au moyen d'un cathéter⁶⁹. Selon la décision de la Cour, pour recueillir la preuve d'une conduite en état d'ivresse ou sous l'effet de stupéfiants, un test sanguin aurait pu suffire.

2.3.8 Soins aux détenus et protection des détenus

L'art. 3 de la Convention impose aux Etats signataires, positivement, de prodiguer des soins appropriés aux personnes placées sous leur responsabilité et qui en ont besoin, notamment les détenus⁷⁰.

Ce devoir englobe celui de protéger les détenus non seulement contre autrui, mais aussi contre eux-mêmes et, partant, de mettre en place les mesures de surveillance appropriées pour ceux qui expriment l'intention de se suicider ; c'est alors le droit à la vie de l'art. 2 de la Convention qui est en jeu. L'obligation existe « lorsque les autorités savaient ou auraient dû savoir qu'il existait un risque réel et immédiat qu'un individu donné pût

⁶⁸ Arrêt rendu le 7 octobre 2008 dans l'affaire Bogumil c. Portugal, requête no 35228/03. En raison des versions contradictoires livrées par les protagonistes, la Cour n'a pas pu établir si l'intervention avait été effectuée avec ou sans le consentement de l'intéressé, ni même s'il avait été contraint de s'y soumettre. D'autres sachets de drogue ayant été trouvés dans les chaussures du trafiquant, l'intervention ne visait cependant pas à recueillir des éléments de preuve, déjà disponibles, mais bien à protéger sa vie.

⁶⁹ Arrêt rendu le 2 juillet 2019 dans l'affaire R.S. c. Hongrie, requête no 65290/14, § 70. Dans cette affaire, la Cour n'a pas pu, non plus, établir si le requérant avait initialement consenti ou non à l'acte médical. Cependant, la validité de son consentement, donné sous l'emprise de l'alcool, était douteuse ; avant tout, dans la mesure où il avait résisté et avait dû être immobilisé lors du prélèvement, il fallait en conclure qu'il avait retiré son éventuel consentement.

⁷⁰ Arrêt rendu le 27 juin 2000 dans l'affaire Ilhan c. Turquie, requête no 22277/93, § 87 ; arrêt rendu le 20 mars 2007 dans l'affaire Tysiac c. Pologne, requête no 5410/03, § 66. Voir aussi les fiches thématiques « Droits des détenus en matière de santé » et « Détention et santé mentale » :

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_health_FRA.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Detention_mental_health_FRA.pdf

attenter à sa vie »⁷¹. Un tel risque existe en présence d'« expressions claires et explicites d'intention de suicide » et d'une « situation de vulnérabilité particulière » du détenu⁷².

2.3.9 *Alimentation d'un détenu menant un jeûne de protestation*

Quant à l'alimentation forcée d'un détenu engagé dans un jeûne de protestation elle ne constitue pas, par principe, une violation de la Convention⁷³ ; la Cour a cependant, dans certaines affaires, conclu à l'existence d'une violation de la Convention, en raison des moyens mis en œuvre pour alimenter le détenu contre sa volonté⁷⁴.

La jurisprudence de la Cour n'est toutefois pas très abondante⁷⁵ ; en outre, elle ne semble pas encore totalement arrêtée⁷⁶ et se caractérise par une certaine ambiguïté, dans la mesure où, quant au principe, elle « admet tant de laisser un détenu mourir de faim que de procéder à son alimentation forcée »⁷⁷.

⁷¹ Arrêt rendu le 30 juin 2020 dans l'affaire Frick c. Suisse, requête no 23405/16, § 73.

⁷² Arrêt Frick précité, § 98. L'art. 2 de la Convention exige aussi que soit menée une enquête afin d'élucider la « responsabilité des agents de l'Etat quant à leur rôle dans les événements en cause », § 139.

⁷³ Dans l'affaire Ilijkov c. Bulgarie, requête no 33977/96, décision de la Commission du 20 octobre 1997, non publiée (mentionnée dans l'arrêt Nevmerjitski cité plus loin), elle a considéré que les modalités de mise en œuvre de l'alimentation forcée ne contrevenaient pas aux exigences de la convention.

⁷⁴ Arrêt rendu le 5 avril 2005 dans l'affaire Nevmerjitski c. Ukraine, requête no 54825/00, § 94 ; dans cet arrêt, la Cour a considéré que l'alimentation forcée du détenu telle qu'elle avait été pratiquée violait l'art. 3 CEDH.

⁷⁵ Arrêt rendu le 26 mars 2013 dans l'affaire Rappaz c. Suisse, requête no 73175/10 ; arrêt rendu le 31 mars 2009 dans l'affaire Horoz c. Turquie, requête no 1639/03 ; arrêt rendu le 5 avril 2005 dans l'affaire Nevmerjitski c. Ukraine, requête no 54825/00 ; voir la fiche thématique « Grève de la faim en détention » :

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hunger_strikes_detention_FRA.pdf.

⁷⁶ Nathanaël PETERMANN, p. 209.

⁷⁷ Nathanaël PETERMANN, p. 210.

2.3.10 Soins après le renvoi de personnes gravement malades

La Convention ne protège pas les citoyens non nationaux contre l'expulsion à l'issue de leur peine de prison⁷⁸ ou lorsque leur requête d'asile a été rejetée ; en particulier, « [ils] ne peuvent revendiquer le droit de rester sur le territoire d'un Etat contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance médicale, sociale ou autre, assurée durant leur séjour en prison par l'Etat qui expulse »⁷⁹. Cependant, lorsque la personne sur le point d'être expulsée est affectée d'une maladie grave et que les « conditions défavorables » du système de santé du pays de destination « réduisent encore son espérance de vie déjà courte et lui causent des souffrances physiques et morales extrêmes », un renvoi correspondrait à un traitement inhumain contraire à l'art. 3 de la Convention⁸⁰.

La Cour a plus tard notablement nuancé cet arrêt dans sa jurisprudence, indiquant qu'il avait été dicté par des « circonstances très exceptionnelles [qui] tenaient au fait que le requérant était très gravement malade et paraissait proche de la mort [...] » et qu'il n'était pas certain qu'il trouve, dans le pays de destination, « ne fût-ce qu'un toit ou un minimum de nourriture ou de soutien social »⁸¹. En effet, l'art. 3 de la Convention ne doit pas être interprété comme une disposition contraignant les Etats signataires à pallier les disparités parfois considérables entre les soins disponibles dans leur système de santé et ceux qui existent dans le pays de destination⁸². Lorsque des soins sont « généralement disponibles » et que l'intéressé peut y avoir accès parce que leur coût, l'existence d'un réseau social et familial et la proximité géographique de soignants ou d'institutions

⁷⁸ Voir Frédéric SUDRE et al., p. 180 ss. Voir aussi Samantha BESSON, Eleonor KLEBER, Commentaire *ad* art. 3 CEDH, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. I : Droits humains, Berne 2014, p. 2 ss.

⁷⁹ Arrêt du 2 mai 1997 dans l'affaire D. c. Royaume-Uni, requête no 30240/96, § 54.

⁸⁰ Arrêt D. c. Royaume-Uni précité, § 52 et 53. Le requérant était atteint d'une maladie incurable (SIDA) et se trouvait en phase terminale.

⁸¹ Arrêt du 27 mai 2008 dans l'affaire N. c. Royaume-Uni, requête no 26565/05, § 42.

⁸² Arrêt N. c. Royaume-Uni précité, § 44. La requérante – une requérante d'asile déboutée – était séropositive, mais la Cour a retenu que les traitements appropriés étaient, au moins partiellement, disponibles dans le pays de destination, que son état de santé s'était stabilisé et qu'elle pourrait trouver un soutien auprès de proches parents, § 48 ss. Dans le même sens, arrêt du 20 décembre 2011 dans l'affaire Yoh-Ekale c. Belgique, requête no 10486/10.

sanitaires aptes à les fournir le lui permettent, l'éloignement n'est pas contraire à la Convention⁸³.

Ce qui précède est également applicable aux personnes qui menacent d'attenter à leur vie si le renvoi est exécuté : « Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme [...], les menaces de suicide n'astreignent pas [l'Etat signataire] à s'abstenir d'exécuter le renvoi, mais à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation »⁸⁴, par exemple en remettant à la personne concernée les médicaments dont elle a besoin.

En cas de doute sur la disponibilité ou l'accessibilité des soins, « il appartient à l'Etat de renvoi d'obtenir de l'Etat de destination, comme condition préalable à l'éloignement, des assurances individuelles et suffisantes que des traitements adéquats seront disponibles et accessibles aux intéressés [...] »⁸⁵.

2.3.11 *Vaccinations de santé publique*

La conformité des vaccinations obligatoires prévues par certaines législations des Etats signataires de la Convention a été examinée pour la première fois en 1998, à l'occasion d'une procédure engagée par un citoyen de Saint-Marin qui contestait l'obligation imposée aux parents résidant dans cet Etat de faire vacciner leurs enfants mineurs⁸⁶.

Une telle obligation ne constitue ni une atteinte au droit à la vie – aucun élément ne démontrant qu'« une vaccination créerait médicalement un danger concret pour [l]a vie » -, ni une atteinte à la liberté de pensée et

⁸³ Arrêt du 13 décembre 2016 dans l'affaire Paposhvili c. Belgique, requête no 41738/10, § 190. Dans cette affaire, la Cour a retenu que le renvoi aurait constitué une violation de la Convention s'il avait été exécuté, le gouvernement belge ayant omis d'évaluer le risque encouru par le requérant en fonction de son état de santé et des traitements disponibles dans l'Etat de destination, § 205.

⁸⁴ Arrêt du 30 juin 2015 dans l'affaire A.S. c. Suisse, requête no 39350/13, §34, cité notamment dans l'arrêt du 1^{er} octobre 2019 du Tribunal administratif fédéral dans la cause A. contre Secrétariat d'Etat aux migrations.

⁸⁵ Arrêt Paposhvili précité, § 191.

⁸⁶ Décision rendue le 15 janvier 1998 par la Commission européenne des Droits de l'Homme dans la cause Carlo Boffa et 13 autres c. Saint-Marin, requête 26536/95 (recevabilité).

de croyance – dans la mesure où l’obligation s’applique « à toute personne quelle que soit sa religion ou conviction personnelle » -. Elle ne représente pas, non plus, selon la Cour, une atteinte à la liberté ou à la vie privée, l’obligation de vaccination prévue par une loi n’étant pas « de nature à entraîner des inconvénients graves » et poursuivant un intérêt général de santé publique. Dans un arrêt récent, la Cour n’a pas davantage retenu le grief de violation du droit à l’instruction, quand des enfants non vaccinés sont exclus de l’école maternelle⁸⁷.

Lorsqu’à la suite d’une vaccination survient un effet indésirable, les Etats signataires sont tenus à réparation, pour autant que la vaccination ait été obligatoire. En revanche, si elle n’est que recommandée, la Convention n’impose pas d’indemnisation : « [S]i, dans le cadre d’une campagne de vaccination dont l’unique objectif est de protéger la santé de la communauté par l’éradication de maladies infectieuses, il se produit un faible nombre d’accidents graves, on ne peut reprocher à l’Etat d’avoir omis de prendre les mesures voulues pour protéger l’intégrité physique des individus. En l’espèce, il ne ressort pas des éléments du dossier que le vaccin ait été administré d’une manière inappropriée ou que les mesures adéquates n’aient pas été prises pour éviter la réalisation des risques liés à cette vaccination »⁸⁸.

La Cour déplore, certes, l’effet indésirable qui a affecté le jeune fils des requérants dans cette affaire : « L’intéressé a été victime d’un effet indésirable d’un vaccin recommandé et la Cour mesure la difficulté d’une telle situation. Cependant, dans un système où la vaccination n’est pas obligatoire, en l’absence d’une erreur médicale, l’instauration d’un régime d’indemnisation des personnes victimes de dommages dus à une vaccination est fondamentalement une mesure de sécurité sociale qui échappe au domaine de la Convention »⁸⁹.

⁸⁷ La législation nationale – en l’espèce, tchèque - prévoit en outre des exceptions pour les jeunes enfants qui ne peuvent être vaccinés pour des raisons médicales ; arrêt rendu le 8 avril 2021 dans l’affaire Vavricka c. République tchèque, requête no 47621/13 et cinq requêtes similaires.

⁸⁸ Arrêt rendu le 12 mars 2013 dans l’affaire Seyit Baytüre et autres c. Turquie, requête no 3270/09, § 30. L’effet indésirable correspond à une déformation du pied se caractérisant par une déviation de trois centimètres vers l’axe du corps, lié à un vaccin antipolyomyélitique (§ 4 et 17).

⁸⁹ *Ibidem*.

2.3.12 Mesures sanitaires de lutte contre les épidémies

En 1984 déjà, la Commission européenne des Droits de l'Homme avait, certes, considéré que « l'obligation de se soumettre à une épreuve de sensibilité cutanée à la tuberculine et à un examen radiologique du thorax constituait une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée » ; mais elle avait surtout retenu que, prévue par la loi [ici, la loi belge], « cette ingérence pouvait être considérée comme nécessaire dans une société démocratique à la protection de la santé, quand bien même elle n'était pas jugée telle dans d'autres Etats d'Europe »⁹⁰.

Enfin, dans le cadre de la lutte contre les maladies transmissibles, la Cour a aussi jugé que l'hospitalisation forcée d'une personne porteuse d'une maladie transmissible pouvait en soi être compatible avec la Convention, pour autant qu'elle réponde à une nécessité et que d'autres mesures moins contraignantes ne puissent être mises en place⁹¹.

3. Dans la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine

3.1 La Convention en général

La Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine⁹², parfois désignée sous le nom de Convention d'Oviedo, en Espagne, en référence à la ville où elle a été conclue le 4 avril 1997, est un instrument de droit international public spécifiquement dédié à la protection de « la dignité humaine et [d]es droits et libertés fondamentales de la personne » « dans le

⁹⁰ Estelle BROSSET, p. 17 s., faisant référence à la décision rendue le 10 décembre 1984 dans l'affaire *Acman et al. c. Belgique*, requête 10435/83. Les requérants contestaient les mesures de détection et de prévention de la tuberculose mises en place dans leur pays.

⁹¹ Arrêt rendu le 25 janvier 2005 dans l'affaire *Enhorn c. Suède*, requête no 56529/00, § 41 ss, notamment § 44. Cette procédure concernait un patient séropositif placé en isolement puis hospitalisé contre sa volonté ; la Cour a constaté une violation de la Convention, d'autres mesures moins restrictives n'ayant pas été envisagées par les autorités sanitaires suédoises.

⁹² Selon son intitulé intégral officiel, « Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ». Elle a été conclue à Oviedo le 4 avril 1997 et approuvée par l'Assemblée fédérale le 20 mars 2008 ; elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 2008 (RS 0.810.2).

domaine des applications de la biologie et de la médecine » (Préambule)⁹³. Elle est complétée par deux protocoles additionnels, le premier datant du 12 janvier 1998 portant interdiction du clonage d'êtres humains⁹⁴, le second datant du 24 janvier 2002 relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine⁹⁵. Elaborée comme la CEDH sous l'égide du Conseil de l'Europe, elle est toutefois ouverte à la signature d'autres Etats non membres de cette organisation internationale (art. 34). La Suisse y a adhéré en 2008.

Selon son article premier, les Etats qui la signent et la ratifient s'engagent à prendre dans leur droit interne toutes les mesures propres à « protége[r] l'être humain dans sa dignité et son identité et garanti[r] à toute personne, sans discrimination, le respect de l'intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard de l'application de la biologie et de la médecine »⁹⁶.

En exécution de l'art. 2 de la Convention, les Etats signataires s'engagent ainsi à faire prévaloir l'intérêt et le bien de l'être humain sur le seul intérêt de la société ou de la science. Ils doivent aussi prendre les mesures appropriées en vue d'assurer, compte tenu des besoins de santé et des ressources disponibles, un accès équitable à des soins de santé de qualité appropriée (art. 3)⁹⁷.

3.2 Les soins et actes de nature médicale dans la Convention

La convention contient des normes spécifiques relatives à de nombreuses questions ou thématiques du droit de la santé, en particulier le consentement (art. 5 à 9), le respect de la vie privée et le droit à

⁹³ Voir Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 30 ss ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 5 s. ; Dominique MANAI, *Droits de l'homme et biomédecine*, in: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), *Introduction aux droits de l'homme*, p. 664 ss ; Hector Gros Espiell et al. (éd.), *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, Paris 2010 ; Jochen Taupitz (éd.), *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – Taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung ?*, Berlin 2002.

⁹⁴ Il a été approuvé par l'Assemblée fédérale en même temps que la Convention et est entré en vigueur le 1^{er} mars 2010 (RS 0.810.21).

⁹⁵ Il a été approuvé par l'Assemblée fédérale le 12 juin 2009 et est entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} mars 2010 (RS 0.810.22).

⁹⁶ Message Oviedo 2001, notamment 286 s.

⁹⁷ Message Oviedo 2001, 287.

l'information – soit le droit de savoir mais aussi le droit de ne pas savoir - (art. 10), la protection du génome humain (art. 11 à 14), la protection des sujets participant à la recherche scientifique (art. 15 à 18), le prélèvement d'organes et de tissus sur des donneurs vivants (art. 19 et 20) ou encore l'interdiction du profit et l'utilisation d'une partie du corps humain (art. 21 et 22).

Enfin, un chapitre est consacré à la protection des droits reconnus dans la Convention et aux conséquences qui résulteraient d'éventuelles violations (art. 23 à 25)⁹⁸. Les patients qui estimerait que leurs droits ont été lésés doivent pouvoir saisir une juridiction (art. 23) et obtenir une réparation équitable s'ils ont subi un dommage injustifié (art. 24) ; les Etats membres s'engagent en outre à prévoir des sanctions appropriées (art. 25) en cas de manquements aux dispositions de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'Homme fait parfois expressément référence aux dispositions de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine dans la motivation de ses arrêts⁹⁹.

3.3 Mise en œuvre en matière de libre choix

3.3.1 *Consentement en général*

Le chapitre 2 est spécifiquement consacré au « consentement ». Selon l'art. 5 al. 1^{er} de la Convention, « une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé »¹⁰⁰. La Convention livre quelques éléments supplémentaires à propos du caractère « éclairé » du consentement : il doit en effet être précédé d'« une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses

⁹⁸ Message Oviedo 2001, 321 ss ; Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 256 ss ; Jean-François DUMOULIN, Droits des patients : généralités, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 253 ; pour des modes alternatifs de résolution des litiges, Rachel CHRISTINAT, p. 425 ss.

⁹⁹ Par exemple, dans l'arrêt *Vo c. France* ou dans l'arrêt *Costa et Pavan c. Italie*, l'un et l'autre cités précédemment. Pour d'autres arrêts dans lesquels la Convention d'Oviedo est citée, voir le Rapport de recherche bioéthique CEDH, p. 6.

¹⁰⁰ Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 292 ; Dominique MANAI, Droits de l'homme et biomédecine, p. 667.

conséquences et ses risques » (selon l'art. 5 al. 2). La Convention ne dit rien, en revanche, sur les conditions d'un consentement « libre » ; elle précise toutefois que le consentement peut être retiré « à tout moment, librement » (conformément à l'art. 5 al. 3)¹⁰¹.

Les situations d'urgence sont expressément réservées par la Convention : lorsque le consentement approprié ne peut être obtenu, « toute intervention médicalement indispensable pour le bénéfice de la santé de la personne concernée » peut être réalisée, selon les modalités énoncées à l'art. 8¹⁰².

3.3.2 *Souhaits précédemment exprimés*

La Convention impose aux Etats signataires qu'ils « prennent en compte » les souhaits précédemment exprimés par un patient au sujet d'une intervention médicale si, au moment de l'intervention, il n'est pas en état d'exprimer sa volonté (art. 9).

Cette disposition « ne recouvre pas uniquement les situations d'urgence [...] mais, de manière générale, toute les circonstances dans lesquelles la personne concernée ne peut plus donner valablement son consentement »¹⁰³. Elle trouve son prolongement dans le droit fédéral dans les dispositions du Code civil relatives aux directives anticipées (art. 370 ss CC).

3.3.3 *Protection en cas d'incapacité à consentir*

L'art. 6 vise la protection des personnes n'ayant pas la capacité de consentir, en raison de leur jeune âge (art. 6 al. 2) ou d'une affection psychique (art. 6 al. 3) ; l'alinéa premier pose comme principe qu'« une intervention ne peut être effectuée sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir que pour son bénéfice direct ».

¹⁰¹ Message Oviedo 2001, 290 ss.

¹⁰² Message Oviedo 2001, 300 s.

¹⁰³ Message Oviedo 2001, p. 301 ; Rapport explicatif Oviedo, p. 11.

En présence d'une personne incapable de consentir, l'autorisation doit être recherchée auprès de son « représentant » ou « d'une autorité ou d'une personne ou d'une instance désignée par la loi » à cet effet. L'avis du mineur doit cependant être « pris en considération, comme facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité »¹⁰⁴ ; quant à la personne souffrant d'une affection psychique affectant durablement sa capacité de discernement, elle « doit dans la mesure du possible être associée à la procédure d'autorisation »¹⁰⁵.

L'information due au patient doit être, dans les mêmes conditions, transmise au représentant, à l'autorité, à la personne ou à l'instance qui va consentir à la place du patient (art. 6 al. 4). Comme pour un consentement exprimé par un patient capable de discernement, l'autorisation peut être retirée « à tout moment », dans « l'intérêt de la personne concernée » (art. 6 al. 5). Si le patient incapable de consentir au moment de l'intervention a exprimé précédemment ses souhaits dans des directives anticipées, ils devront être « pris en compte » (art. 9)¹⁰⁶.

3.3.4 *Modalités particulières de consentement pour certaines mesures médicales*

La Convention prévoit encore que le consentement du patient doit être « donné expressément [et] spécifiquement » et recueilli par écrit pour la participation à un projet de recherche (art. 16 chiffre v). Les mêmes modalités, par écrit ou devant une instance officielle, doivent être respectées pour le prélèvement d'organes ou de tissus sur un donneur vivant (art. 19 al. 2)¹⁰⁷.

Des mesures de protection particulières sont accordées aux personnes qui n'ont pas la capacité de consentir à une recherche (art. 17)¹⁰⁸ et aux personnes qui n'ont pas la capacité de consentir à un prélèvement d'organe (art. 20) ; ces mesures spécifiques exigent notamment un consentement écrit

¹⁰⁴ La Suisse est plus « généreuse », puisque la capacité de discernement et non la majorité est déterminante pour consentir à des actes médicaux. Voir plus loin, p. 96 ss.

¹⁰⁵ Message Oviedo 2001, 292 ss ; 293 s. à propos des mineurs, 294 ss à propos des adultes.

¹⁰⁶ Message Oviedo 2001, 301 s.

¹⁰⁷ Message Oviedo 2001, 317 s.

¹⁰⁸ Message Oviedo 2001, 318 s.

du représentant ou de l'autorité désignée par la loi (art. 17 al. 1^{er} chiffre iv et art. 20 al. 2 chiffre iv)¹⁰⁹.

4. Dans d'autres conventions internationales

4.1 Textes de *hard law*

4.1.1 *Notion*

On entend par *hard law* (« droit dur ») les dispositions contenues dans des textes de droit international public constituant par nature des normes contraignantes pour les Etats signataires¹¹⁰ ; *a contrario*, les normes non contraignantes – telles que celles qui sont contenues dans des recommandations, par exemple – sont désignées par l'expression *soft law* (« droit mou »)¹¹¹.

4.1.2 *Conventions conclues sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies*

Certains des textes conclus sous l'égide des Nations Unies peuvent avoir un contenu directement ou indirectement lié à l'exercice du libre choix en matière de soins.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté par les Nations Unies en 1966 (« Pacte I »)¹¹² constitue, avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« Pacte

¹⁰⁹ Message Oviedo 2001, 313 ss. Voir aussi l'art. 14 du Protocole additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine (RS 0.810.22).

¹¹⁰ Samantha BESSON, p. 310 ss ; Andreas ZIEGLER, p. 79 ss.

¹¹¹ ATF 141 I 141, 146 ; 141 I 9, 19 ; 140 I 125, 133 ; 136 IV 97, 112 ; voir plus loin dans ce chapitre, p. 37 ss.

¹¹² Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels, conclu à New York le 16 décembre 1966, approuvé par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991 et entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.1. Voir notamment Samantha BESSON, p. 244 ss ; Barbara WILSON, Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, in: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 241 ss ; Gregor CHATTON, Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève 2013.

II »)¹¹³, le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹¹⁴, dont la valeur est essentiellement déclarative et qui n'a dès lors qu'une portée juridique limitée : « [...] [L]es Pactes traduisent les principes abstraits [de la Déclaration universelle] en obligations concrètes des Etats qui y sont parties et prévoient un mécanisme international non judiciaire destiné à contrôler le respect par les Etats des engagements qu'ils ont souscrits »¹¹⁵.

L'art. 12 du Pacte I est consacré à la santé : il reconnaît à toute personne le droit de « jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre » (al. 1^{er}) et impose aux Etats parties diverses mesures en vue d'assurer le plein exercice de ce droit, en particulier la prévention et le traitement des « maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres » (al. 2 lettre c) et la mise à disposition de services médicaux et d'aide médicale en cas de maladie (al. 2 lettre d). La question du libre choix en matière de soins n'y est toutefois pas abordée ; en revanche, le Pacte II prévoit l'interdiction de « soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique » (art. 7).

¹¹³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conclu à New York le 16 décembre 1966, approuvé par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991 et entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.2. Voir notamment Emmanuel DECAUX, Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, Introduction aux droits de l'homme, p. 257 ss.

¹¹⁴ Conclue à Paris le 10 décembre 1948 (Résolution 217 a(III)). Voir notamment Marc VERDUSSEN, La Déclaration universelle des droits de l'homme, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, Introduction aux droits de l'homme, p. 228 ss. Pour le texte de la Déclaration :

<https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/index.html>.

¹¹⁵ Message du 30 janvier 1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Feuille fédérale 1991 I 1129, 1132. Voir notamment Giorgio MALINVERNI, Les Pactes dans l'ordre juridique interne, *in*: Walter Kälin et al. (éd.), La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 2e éd., Bâle Francfort-sur-le-Main, Bruxelles 1997.

L'art. 12 al. 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant¹¹⁶ garantit « à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité »¹¹⁷. Quoique l'alinéa 2 de cette disposition ne fasse référence qu'à des situations liées à des procédures judiciaires ou administratives, l'art. 12 concerne bien « tous les domaines de la vie de l'enfant »¹¹⁸ et, par conséquent, semble en fait englober les situations de choix en matière de soins. Le droit suisse apparaît plus favorable - plus « propice » - aux mineurs capables de discernement, ce que la Convention autorise expressément à son art. 41 : il leur confère le droit de prendre des décisions – et non simplement d'« exprimer leur opinion » –, prérogative solidement ancrée dans le droit fédéral et dans les droits sanitaires cantonaux¹¹⁹.

L'art. 10 lettre h de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹²⁰, lui, impose aux Etats parties une obligation de prendre les mesures appropriées, en particulier par le biais du système éducatif, afin d'assurer aux femmes l'accès à des « renseignements spécifiques d'ordre éducatif tendant à assurer la santé et

¹¹⁶ Un enfant est « tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable », selon l'art. 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant, conclue à New York le 20 novembre 1989, approuvée par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1996 et entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (RS 0.107).

¹¹⁷ Voir notamment Jean ZERMATTEN, La Convention relative aux droits de l'enfant, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 315 ss ; Margot Regula MICHEL, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Bâle 2009.

¹¹⁸ Message du 29 juin 1994 sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, Feuille fédérale 1994 V 1, 40.

¹¹⁹ Voir plus loin, p. 96 ss.

¹²⁰ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, conclue à New York le 18 décembre 1979, approuvée par l'Assemblée fédérale le 4 octobre 1996 et entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (RS 0.108) ; voir notamment Patricia SCHULTZ, La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 282 ss.

le bien-être des familles, y compris l'information et des conseils relatifs à la planification de la famille »¹²¹.

L'art. 25 lettre d de la Convention relative aux droits des personnes handicapées¹²² est encore plus explicite : parmi les droits spécifiques reconnus aux destinataires de la convention¹²³, les Etats parties s'engagent à exiger « des professionnels de la santé qu'ils dispensent aux personnes handicapées des soins de la même qualité que ceux dispensés aux autres, notamment qu'ils obtiennent le consentement libre et éclairé des personnes handicapées concernées ; [...] »¹²⁴.

Quant à l'art. 12 de la Convention précitée, il est consacré à la « reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité » ; il porte en particulier sur la reconnaissance de leur capacité juridique (al. 2), soit « l'aptitude des personnes handicapées à exercer et à jouir des droits civils dans tous les domaines »¹²⁵. Ce principe a notamment été intégré dans le nouveau droit relatif à la protection de l'adulte, en particulier dans les normes touchant à la détermination de la capacité de discernement¹²⁶. Les dispositions pertinentes du Code civil, conformément à la Convention qui vise « à ne restreindre qu'au strict minimum dans l'exercice de leurs droits les personnes handicapées qui sont tributaires

¹²¹ Sur la portée de l'art. 10, voir Message du 23 août 1995 relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Feuille fédérale 1995 IV 869, 917. Voir aussi Barbara WILSON, Louise PATRY, Commentaire *ad* art. 10 CEDEF, in: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire, Genève, Berne 2019, p. 251 ss.

¹²² Les personnes handicapées sont « des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres », selon l'art. 1 al. 2 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, conclue à New York le 13 décembre 2006, approuvée par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 2013 et entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014 (RS 0.109).

¹²³ Voir notamment Adriano PREVITALI, La Convention relative aux droits des personnes handicapées, in: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme (éd.), p. 361 ss.

¹²⁴ A propos de l'art. 25, voir le Message du 19 décembre 2012 portant approbation de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, Feuille fédérale 2012 602, 642 s.

¹²⁵ Message précité, 629.

¹²⁶ Sur la portée de l'art. 12 et son impact sur la détermination de la capacité de discernement, voir Sarah GROS, p. 59 ss.

d'autrui », ont désormais plutôt comme objectif de les « aider à prendre une décision plutôt que prendre une décision à leur place »¹²⁷.

4.1.3 *Textes conclus sous l'égide de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)*

Selon la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) du 22 juillet 1946¹²⁸, cette organisation internationale a pour but « d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible » (art. 1^{er}). Parmi les multiples tâches qui en découlent, elle s'efforce notamment de promouvoir le droit à la santé de tous les citoyens de ses Etats membres¹²⁹; elle s'efforce aussi de « stimuler et faire progresser l'action tendant à la suppression des maladies épidémiques, endémiques et autres » (art. 2 lettre f). Son siège est à Genève ; la Suisse en est membre depuis 1948.

L'OMS a émis quelques textes de nature juridique¹³⁰ concernant les relations entre patients et soignants, en particulier un texte contenant des recommandations à propos de la législation touchant aux soins de santé mentale¹³¹, qui prévoit le droit au consentement libre et éclairé des patients souffrant d'affections psychiatriques.

¹²⁷ Message précité, 629.

¹²⁸ L'existence de l'OMS découle de la « Constitution de l'organisation mondiale de la santé », signée à New York le 22 juillet 1946, approuvée par l'Assemblée fédérale le 19 décembre 1946 et entrée en vigueur pour la Suisse le 7 avril 1948 (RS 0.810.1). L'OMS – WHO selon l'acronyme en anglais – est « rattachée aux Nations Unies comme une des institutions spécialisées prévues par l'art. 57 de la Charte des Nations Unies » (art. 69 de la Constitution) ; <https://www.who.int/fr/>.

¹²⁹ Voir notamment Emmanuel KABENGELE MPINGA, Le droit à la santé, in: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 783 ss ; Stéphanie DAGRON, L'avenir du droit international de la santé, in : Revue de droit suisse vol. 135 (2016) II, p. 5 ss.

¹³⁰ Sur la base de l'art. 3 lettre k de la Constitution. Voir notamment Florian KASTLER, Le rôle normatif de l'Organisation mondiale de la santé, Paris 2019 ; Julia RICHTER, Soft law in international health law : the case of the WHO's Global Code of Practice on the International Recruitment of Health Personnel, Zurich 2018.

¹³¹ OMS, Législation des soins de santé mentale : Dix principes fondamentaux, Genève 1996, http://www.who.int/mental_health/media/en/75.pdf (en anglais); ce texte est également publié (en français) dans le Cahier de l'Institut de droit de la santé no 5 intitulé « Les droits des patients en psychiatrie », Neuchâtel 1997, p. 43 ss. Voir aussi OMS, Législation touchant la santé mentale et les droits de l'homme, Genève 2005, http://www.who.int/mental_health/policy/legislation_sante_mentale_module.pdf.

Parmi d'autres textes édictés par l'Organisation, le Règlement sanitaire international (RSI 2005) joue un rôle important dans le dispositif mondial de lutte contre les maladies transmissibles¹³². Selon l'art. 2 de ce Règlement, il vise à « prévenir la propagation internationale de maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux ».

Si l'OMS détermine, selon la procédure de l'art. 49 du Règlement, qu'existe une situation d'« urgence de santé publique de portée internationale » au sens de l'art. 12 du Règlement, elle veille à rendre disponible l'information et à coordonner de façon efficace les opérations de riposte, en s'appuyant sur son Réseau mondial d'alerte et d'action en cas d'épidémie¹³³. Une urgence de santé publique de portée internationale s'entend d'un événement extraordinaire dont il est déterminé qu'il constitue un risque pour la santé publique dans d'autres Etats en raison du risque de propagation internationale de maladies et qu'il peut requérir une action internationale coordonnée (art. 1 du Règlement, « Définitions »).

Lorsqu'une telle situation survient, l'OMS émet des Recommandations au sens des art. 15 ss du Règlement, qui portent en particulier sur les mesures sanitaires à mettre en œuvre par les Etats membres concernés par l'urgence de santé publique. Ces mesures touchent notamment les voyageurs et peuvent impliquer des restrictions à la liberté personnelle, telles que la mise en observation (art. 30), un examen médical, une vaccination préalable ou une autre mesure de prophylaxie (art. 31 al.

¹³² Règlement sanitaire international (RSI 2005), en vigueur depuis le 15 juin 2007. La troisième édition du Règlement, qui contient quelques modifications à ses annexes, date de 2016. Voir en particulier Fernando GONZALEZ-MARTIN, La contribution du règlement sanitaire international à la sécurité sanitaire mondiale, *in*: Dominique Sprumont (éd.), Lutte contre les épidémies et promotion de la santé, Berne 2017, p. 103 ss.

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246187/9789242580495-fre.pdf;jsessionid=2024D2B588F938E18C563834C4F9C2DF?sequence=1>.

Pour une présentation historique de la coordination internationale de la lutte contre les maladies transmissibles, voir notamment Paul MARTIN, De la première conférence sanitaire internationale à la Création de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), *in*: Bulletin épidémiologique santé animale – Alimentation du 13 avril 2016,

https://be.anses.fr/sites/default/files/BEP-mg-BE66-art4_0.pdf.

¹³³ GOARN, selon son acronyme en anglais, https://www.who.int/ihr/alert_and_response/fr/.

1^{er}). En principe, ces mesures requièrent « le consentement exprès et éclairé » du voyageur (art. 23 al. 3), qui doit recevoir une information détaillée, en particulier sur les risques (art. 23 al. 4) ; un voyageur qui refuserait de collaborer pourrait cependant se voir refuser l'entrée dans le pays (art. 31 al. 2).

A titre exceptionnel, en cas de « risque imminent pour la santé publique », si la législation nationale le permet et « dans la mesure nécessaire pour lutter contre ce risque », le voyageur peut être contraint de se plier aux mesures précitées, soit à « se soumettre à l'examen médical le moins invasif et le moins intrusif possible pour atteindre l'objectif de santé publique visé » (art. 31 al. 2 lettre a), à « se faire vacciner ou se soumettre à une autre mesure de prophylaxie » (art. 31 al. 2 lettre b) ou à « se soumettre à des mesures sanitaires établies supplémentaires qui permettent de prévenir ou d'endiguer la propagation de la maladie, y compris l'isolement, la quarantaine ou le placement en observation à des fins de santé publique » (art. 31 al. 2 lettre c)¹³⁴.

Le Règlement autorise encore les Etats signataires à prendre d'autres mesures sanitaires « dans le but de faire face à des risques particuliers pour la santé publique à des urgences de santé publique » (mesures sanitaires supplémentaires, aux conditions de l'art. 43). Toutes ces mesures, initiales ou supplémentaires, doivent être appliquées dans le respect de la dignité et des droits humains fondamentaux (art. 32).

4.1.4 Textes conclus sous l'égide de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)

Selon la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (OIT) du 28 juin 1919¹³⁵, cette organisation internationale a pour principaux objectifs « de promouvoir les droits au travail, d'encourager la création d'emplois décents, de développer la protection sociale et de renforcer le

¹³⁴ Sur la transposition de ces principes en droit suisse, voir plus loin, p. 44 s.

¹³⁵ L'existence de l'OIT découle de la « Constitution de l'Organisation Internationale du Travail du 28 juin 1919 », dans sa version signée à Montréal le 9 octobre 1946, approuvée par l'Assemblée fédérale le 26 mars 1947 et entrée en vigueur pour la Suisse le 20 avril 1948 (RS 0.820.1)

dialogue social dans le domaine du travail »¹³⁶. Elle s'efforce ainsi d'améliorer les conditions de travail, notamment dans le domaine de « la protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail, la protection des enfants, des adolescents et des femmes » (Préambule de la Constitution et Annexe, section III lettres g et h). Le siège du secrétariat de l'organisation, le Bureau international du travail (BIT) est à Genève ; la Suisse en est membre depuis 1920.

Afin d'atteindre les objectifs qu'elle s'est donnée, l'OIT a adopté plusieurs conventions destinées en particulier à protéger l'intégrité¹³⁷ ou la santé des travailleurs¹³⁸ ou à encadrer le travail des enfants ou adolescents¹³⁹ ou des femmes, en particulier des femmes enceintes¹⁴⁰. Toutes ces conventions peuvent avoir des prolongements de nature médicale et imposer des examens ou des contrôles préventifs aux travailleurs concernés.

¹³⁶ Voir le site de l'organisation, <https://www.ilo.org/global/lang--fr/index.htm>.

¹³⁷ Convention no 62 du 23 juin 1937 concernant les prescriptions de sécurité dans l'industrie du bâtiment, adoptée à Genève le 23 juin 1937, approuvée par l'Assemblée fédérale le 20 juin 1939, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juillet 1942 (RS 0.832.311.10).

¹³⁸ Convention no 139 concernant la prévention et le contrôle des risques professionnels causés par les substances et agents cancérigènes, adoptée à Genève le 24 juin 1974, approuvée par l'Assemblée fédérale le 18 mars 1976, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 octobre 1977 (RS 0.832.329 ; Convention no 115 du 22 juin 1960 concernant la protection des travailleurs contre les radiations ionisantes, adoptée à Genève le 22 juin 1960, approuvée par l'Assemblée fédérale le 4 décembre 1961, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 mai 1964 (RS 0.814.502.1).

¹³⁹ Convention no 182 concernant l'interdiction des pires formes des travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, conclue à Genève le 17 juin 1999, approuvée par l'Assemblée fédérale le 9 mars 2000, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 juin 2001 (RS 0.822.728.2) ; Convention concernant le travail de nuit des enfants dans l'industrie, adoptée à Washington le 28 novembre 1919, approuvée par l'Assemblée fédérale le 3 février 1922, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} octobre 1923 (RS 0.822.711.6).

¹⁴⁰ Convention no 183 sur la protection de la maternité, 2000, conclue à Genève le 15 juin 2000, approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 2012, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015 (RS 0.822.728.3).

4.1.5 *Convention européenne pour la prévention de la torture*

Le Conseil de l'Europe est à l'origine de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants¹⁴¹. Selon le préambule de la Convention, elle est destinée à mettre en place, parallèlement à la CEDH qui prévoit un mécanisme judiciaire pour protéger les citoyens des Etats signataires contre les actes visés par la convention, « un mécanisme non judiciaire, à caractère préventif ».

Ce « mécanisme » repose sur des « visites », effectuées régulièrement ou de façon inopinée (art. 7), dans les lieux dans lesquels des personnes sont privées de liberté par une autorité publique¹⁴², qu'il s'agisse d'une privation de liberté liée à une procédure pénale ou à une procédure administrative (art. 2), ainsi un placement à des fins d'assistance. Les visites, que les Etats signataires doivent « autoriser » (art. 2) et auxquelles ils doivent « coopérer » (art. 3)¹⁴³, sont effectuées par une délégation (art. 7 al. 2) du « Comité » institué par les art. 4 et 5.

A l'issue de la visite, le Comité établit un rapport (art. 10) contenant des recommandations, qui peuvent porter sur la disponibilité et la qualité des soins fournis aux personnes privées de liberté¹⁴⁴.

Quelques années avant de ratifier la Convention européenne précitée, la Suisse avait également adhéré à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, conclue sous l'égide

¹⁴¹ Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, conclue à Strasbourg le 26 novembre 1987, approuvée par l'Assemblée fédérale le 5 octobre 1988, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1988 (RS 0.106) ; voir le Message du 11 mai 1988 relatif à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Feuille fédérale 1988 II 881.

¹⁴² Voir notamment Jean-Pierre RESTELLINI, La Convention européenne pour la prévention de la torture, in: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 462 ss.

¹⁴³ Sauf en cas de « circonstances exceptionnelles », selon l'art. 9.

¹⁴⁴ Pour le dernier rapport établi pour la Suisse, en 2016, voir

<https://www.coe.int/fr/web/cpt/-/council-of-europe-anti-torture-committee-publishes-report-on-switzerland>.

des Nations Unies¹⁴⁵. Les Etats contractants s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives, judiciaires « et autres » pour lutter contre la torture. Cependant, cette convention ne prévoit pas des « visites » régulières – uniquement des visites à titre tout à fait exceptionnel, soumises en outre à l'accord de l'Etat concerné (art. 20) -, mais plutôt des rapports périodiques rédigés par les Etats contractants (art. 19) à l'intention du comité prévu à l'art. 17.

4.2 Textes de *soft law*

4.2.1 *Notion*

Le *soft law* (« droit mou ») correspond, on l'a dit, à des dispositions contenues dans des textes de droit international public qui sont, par nature, dépourvues d'effet contraignant pour les Etats signataires ou destinataires¹⁴⁶. Il s'agit de normes qui « ne sont pas (encore) des normes de droit international public [...] mais qui ont déjà des effets normatifs (non juridiques) importants »¹⁴⁷.

4.2.2 *Recommandations du Conseil de l'Europe*

Il faut citer plus particulièrement les nombreuses recommandations adoptées par le Conseil de l'Europe à Strasbourg – déjà à l'origine de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Convention sur les Droits de l'Homme et la

¹⁴⁵ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, conclue à New York le 10 décembre 1984 sous l'égide des Nations Unies, approuvée par l'Assemblée fédérale le 6 octobre 1986 et entrée en vigueur le 26 juin 1987 (RS 0.105). Voir notamment Sandra IMHOF, La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, Introduction aux droits de l'homme, p. 298 ss.

¹⁴⁶ Samantha BESSON, p. 297 ss ; Walter KÄLIN et al., p. 86 et p. 256 ss ; Andreas ZIEGLER, p. 68 ss.

¹⁴⁷ Samantha BESSON, p. 297.

biomédecine -, Conseil qui réunit aujourd'hui quarante-sept Etats membres et membres associés¹⁴⁸, et dont la Suisse est membre depuis 1963¹⁴⁹.

Le Conseil de l'Europe a pour but de « réaliser une union plus étroite entre ses Membres »¹⁵⁰, notamment « par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁵¹. Il adopte ainsi régulièrement des textes relatifs à la santé publique ou touchant à la bioéthique¹⁵², en recommandant à ses Etats membres de mettre en œuvre les principes qui y sont détaillés dans leur législation nationale, éventuellement en les invitant « à lui faire connaître la suite donnée [...] aux dites recommandations » (art. 15 du Statut).

Ainsi, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a par exemple adopté en 2000 une recommandation sur le développement des structures permettant la participation des citoyens et des patients au processus décisionnel concernant les soins de santé¹⁵³ ; ce texte ne vise toutefois pas spécifiquement les relations patients-soignants, mais cherche davantage à impliquer les patients dans l'élaboration et la mise en œuvre des diverses politiques de santé des Etats membres.

¹⁴⁸ Voir le site de l'organisation, www.coe.int/.

¹⁴⁹ Le Statut du Conseil de l'Europe a été adopté à Londres le 5 mai 1949. Il a été approuvé par l'Assemblée fédérale le 19 mars 1963 et est entré en vigueur pour la Suisse le 6 mai 1963 ; RS 0.192.030. Voir notamment Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, Introduction aux droits de l'homme, 385 ss.

¹⁵⁰ Art. 1^{er} lettre a du Statut.

¹⁵¹ Art. 1^{er} lettre b in fine du Statut.

¹⁵² Voir notamment Florence BENOIT-ROHMER, Le droit du Conseil de l'Europe : vers une espace juridique européen, Strasbourg, 2005. Le site du Conseil de l'Europe, propose une liste de toutes les recommandations ayant trait à la politique de santé, http://www.coe.int/t/dg3/health/recommendations_FR.asp.

¹⁵³ Recommandation Rec(2000)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats Membres sur le développement de structures permettant la participation des citoyens et des patients au processus décisionnel concernant les soins de santé, adoptée par le Comité des Ministres le 24 février 2000.

En revanche, en 2004, il s'est véritablement attaché à protéger la dignité et les droits des personnes atteintes de troubles mentaux¹⁵⁴, dans une recommandation qui réaffirme la nécessité de recueillir, si ce n'est dans les cas d'urgence, le consentement du patient capable de consentir ; c'est le consentement d'un représentant, d'une autorité ou d'une instance désignée par la loi qui doit être recherché lorsque le patient n'est pas capable de consentir (art. 12). La Recommandation formule en outre le cadre juridique du « placement involontaire pour trouble mental dans des établissements psychiatriques, [ainsi que du] traitement involontaire pour trouble mental » (art. 16 ss).

Dans le domaine de l'exécution des peines, il faut mentionner en particulier les Règles pénitentiaires européennes, qui rassemblent la Recommandation de 2006 proprement dite¹⁵⁵, ainsi qu'une annexe détaillée de cette recommandation¹⁵⁶. Ces Règles contiennent une section assez longue relative à la « Santé » et aux « soins de santé en prison » (règles 39 ss), qui interdisent notamment les « expériences » qui seraient menées sans le consentement des détenus (règle 48.1) ou celles qui pourraient « provoquer des blessures physiques, une souffrance morale ou d'autres atteintes à leur santé » (règle 48.2).

¹⁵⁴ Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, adoptée par le Comité des Ministres le 22 septembre 2004, suivie en 2009 de la Recommandation Rec(2009)3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur le suivi de la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, adoptée par le Comité des Ministres le 20 mai 2009.

¹⁵⁵ Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes, adoptée par le Comité des Ministres le 11 janvier 2006.

¹⁵⁶ <https://rm.coe.int/16806ab9b6>.

5. Dans des textes édictés par des organismes internationaux privés

5.1 L'Association Médicale Mondiale (AMM) et la *World Psychiatric Association* (WPA)

La Déclaration de Lisbonne élaborée en 1981 par l'Association Médicale Mondiale (AMM)¹⁵⁷ sur « les Droits du Patient »¹⁵⁸ énonce notamment que « le patient a le droit de prendre librement des décisions le concernant [et que l]e médecin l'informerait des conséquences de ses décisions »¹⁵⁹.

La Déclaration reprend et précise certains principes déjà énoncés dans le Code International d'Éthique Médicale de l'AMM de 1949¹⁶⁰, en particulier le « droit d'un patient jouissant de ses capacités d'accepter ou de refuser un traitement »¹⁶¹ ; elle ajoute que « [t]out adulte compétent¹⁶² a le droit de donner ou de refuser son consentement à une méthode diagnostique ou thérapeutique. Il a le droit à l'information nécessaire pour prendre ses décisions. Il doit pouvoir clairement comprendre l'objet d'un examen ou d'un traitement, les effets de leurs résultats et les conséquences d'un refus de consentement »¹⁶³.

¹⁵⁷ Association Médicale Mondiale (AMM) / World Medical Association (WMA), <http://www.wma.net/fr/10home/index.html>. Le siège de l'association est à Ferney-Voltaire, dans l'Ain, près de Genève. Outre les deux Déclarations présentées dans cette section parce qu'elles contiennent des principes en lien avec le libre choix en matière d'actes médicaux, l'AMM a adopté de nombreuses autres déclarations ou prises de position, notamment la Déclaration de Genève (« le Serment d'Hippocrate moderne »), adoptée par l'Assemblée générale en septembre 1948 ; voir <https://www.wma.net/fr/ce-que-nous-faisons/ethique/>.

¹⁵⁸ Déclaration de Lisbonne de l'AMM sur les Droits du Patient, adoptée par l'Assemblée générale à Lisbonne en septembre/octobre 1981, <http://www.wma.net/fr/30publications/10policies/14/index.html>.

¹⁵⁹ « Le droit de décision », principe 3 lettre a.

¹⁶⁰ Code International d'Éthique Médicale de l'AMM, adopté par l'Assemblée générale à Londres en octobre 1949, <http://www.wma.net/fr/30publications/10policies/c8/index.html>.

¹⁶¹ Deuxième des « Devoirs généraux des médecins » tels qu'ils sont exposés par le Code éthique.

¹⁶² Il s'agit de la traduction littérale de l'adjectif anglais « *competent* », dont une meilleure traduction française serait ici l'expression « capable de discernement ».

¹⁶³ « Le droit de décision », principe 3, lettre b.

L'art. 4 vise le « patient inconscient » et prévoit en substance que le consentement doit être recherché auprès d'un représentant légal, sauf dans les cas d'urgence, où le consentement du patient est alors présumé ; l'AMM a également adopté une « Prise de position » relative aux directives anticipées¹⁶⁴ qui recommande de respecter une telle directive, « à moins que n'existent des raisons bien fondées de supposer qu'elle n'est pas valide parce qu'elle ne représente plus les souhaits du patient ou que sa capacité de compréhension était imparfaite [...] » lors de la rédaction¹⁶⁵.

L'art. 5 concerne le statut du « patient légalement incapable » « dans certaines juridictions », c'est-à-dire la situation du patient mineur ou du patient légalement privé du droit de décider, alors qu'il est capable de discernement et apte à se déterminer. Il doit être « dans toute la mesure du possible » associé à la prise de décision et, s'il est à même de prendre « des décisions rationnelles, celles-ci doivent être respectées » (selon l'art. 5 lettre a et b).

Enfin l'art. 6 est consacré à « [l]'emploi de méthodes contraires à la volonté du patient » ; de telles mesures ne sont admissibles et ne peuvent être mises en œuvre, selon la Déclaration, « qu'à titre exceptionnel, si elles sont expressément autorisées par la loi et si elles sont conformes aux principes d'éthique médicale ».

Avant la Déclaration de Lisbonne de 1981, l'AMM avait adopté, en 1964, la Déclaration d'Helsinki, peut-être « le document politique le plus connu de l'AMM », révisée à plusieurs reprises, pour la dernière fois en 2013¹⁶⁶. Ce document, inspiré notamment par le Code de Nüremberg¹⁶⁷,

¹⁶⁴ Prise de position de l'AMM sur les Directives Anticipées (« Living Wills »), adoptée par l'Assemblée générale à Helsinki en septembre 2003,

<http://www.wma.net/fr/30publications/10policies/w14/index.html>.

¹⁶⁵ Prise de position d'Helsinki de septembre 2003, « Recommandations », point 1.

¹⁶⁶ <https://www.wma.net/fr/ce-que-nous-faisons/ethique/declaration-dhelsinki/>.

¹⁶⁷ En fait, dix principes jurisprudentiels pour encadrer la recherche sur l'être humain, élaborés dans la décision *United States of America v. Karl Brandt et al.* (1947)

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-I.pdf,

par le Tribunal de Nüremberg chargé de juger les criminels de guerre nazis, notamment les médecins s'étant livrés à des expériences médicales sur les prisonniers des camps de concentration. Le premier point du Code retient que « *the voluntary consent of the human subject is absolutely essential* ». Voir en particulier Dominique MANAI, *Droits de l'homme et biomédecine*, in: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, *Introduction aux droits de l'homme*, p. 659.

formule les principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains, tels qu'ils sont retenus par l'association. Les art. 25 ss sont consacrés au consentement éclairé des personnes participant à une recherche médicale, qu'ils soient capables de discernement (art. 25 à 27) ou incapables (art. 28 à 30)¹⁶⁸.

La *World Psychiatric Association* (WPA), quant à elle, est une organisation fondée en 1950 qui déploie des activités dans le domaine de la psychiatrie¹⁶⁹. Elle s'efforce de promouvoir la santé mentale et d'encourager les plus hauts standards possibles dans la pratique clinique et dans les comportements éthiques (« *highest possible standards of clinical practice and ethical behavior in psychiatry* »)¹⁷⁰. Dans ce cadre, elle a émis plusieurs déclarations et recommandations (« *position statements and guidelines* ») en matière de soins psychiatriques, notamment la Déclaration de Madrid de 1966, révisée pour la dernière fois en 2011¹⁷¹.

5.2 La Fédération Dentaire Internationale (FDI)

Les principes élaborés par l'AMM se retrouvent aussi dans le « *Dental Ethics Manual* »¹⁷² édité en 2007 par Fédération Dentaire Internationale (FDI)¹⁷³.

¹⁶⁸ Voir notamment Philippe DUCOR, La protection de la personnalité des sujets de recherche, in: Margareta Baddeley et al. (éd.), *Facettes du droit de la personnalité*, Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manai, Genève, Zurich, Bâle 2014, p. 167 ss et, pour un éclairage historique, Andrea Frewer, Ulf Schmidt (éd.), *History and theory of human experimentation: the Declaration of Helsinki and modern medical ethics*, Stuttgart 2007.

¹⁶⁹ World Psychiatric Association (WPA) ; son siège est à Thônex, près de Genève.

<https://www.wpanet.org/>.

¹⁷⁰ Site de la WPA, rubrique « About Us » - « What we do ».

¹⁷¹ <https://www.wpanet.org/current-madrid-declaration>, citée par Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 40 s.

¹⁷² John WILLIAMS, notamment p. 42 ss;

[http://www.fdiworldental.org/media/70462/1-](http://www.fdiworldental.org/media/70462/1-fdi_dental_ethics_manual_1st_edition_2007.pdf)

[fdi_dental_ethics_manual_1st_edition_2007.pdf](http://www.fdiworldental.org/media/70462/1-fdi_dental_ethics_manual_1st_edition_2007.pdf), (seulement disponible en anglais).

¹⁷³ Fédération Dentaire internationale / World Dental Federation ; comme l'AMM, l'association a son siège à Ferney-Voltaire, dans l'Ain, près de Genève. La SSO en est membre.

Selon ce texte, « *[i]nformed consent is one of the central concepts of present-day dental ethics* ». Il suppose une information appropriée : « *[Dentists] must provide all the information patients need to make their decisions* »¹⁷⁴. Un patient qui refuserait le traitement recommandé par le dentiste ne devrait pas être considéré incapable de discernement du seul fait qu'il s'oppose à un traitement approprié¹⁷⁵.

Lorsqu'un patient est réellement incapable de discernement en raison de son jeune âge ou d'une affection psychique, c'est le *substitute decision-maker* désigné par la loi ou le patient lui-même lorsqu'il était encore capable qui est appelé à prendre la décision en matière de soins. Le texte ajoute encore que « *[...] dentists make decisions for patients only when the designated substitute cannot be found* »¹⁷⁶.

5.3 Le Conseil International des Infirmières (CII)

Quant au Conseil International des Infirmières (CII)¹⁷⁷, il a adopté, en 1953 déjà, un « Code déontologique » régissant les activités de la profession d'infirmière.

Conformément à ce Code, « [l]'infirmière s'assure que l'individu reçoit suffisamment d'informations pour donner ou non son consentement, en pleine connaissance de cause, en ce qui concerne les soins et le traitement qu'il devrait recevoir. »¹⁷⁸. Ce principe s'insère dans la section du Code relatif aux relations entre « l'infirmière et l'individu ».

6. Transposition dans le droit suisse

¹⁷⁴ John WILLIAMS, p. 49.

¹⁷⁵ John WILLIAMS, p. 55.

¹⁷⁶ John WILLIAMS, p. 53. Dans les situations d'urgence, ce point de vue est admissible ; il l'est moins dans les autres cas et, en tout cas, ne correspond pas à la teneur du droit suisse ; voir plus loin, p. 155 ss.

¹⁷⁷ *International Council of Nurses* (ICN) pour sa dénomination en langue anglaise. Son siège est à Genève. ; <https://www.icn.ch/fr>.

¹⁷⁸ Code déontologique du CII pour la profession d'infirmière, adopté en 1953, dans sa version actuelle de 2012, chiffre 1, § 3.

6.1 Portée des conventions internationales

Les instruments de droit international public – au moins les textes correspondant à du *hard law*, tels que les pactes, traités, conventions, accords, ..., contenant des normes contraignantes - lient les Etats qui les signent et les ratifient ; ces Etats s'engagent dès lors à les « exécuter de bonne foi », conformément à la règle énoncée par l'adage latin *pacta sunt servanda* et formulée à l'art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁷⁹.

La Suisse est à cet égard un Etat qui applique la doctrine moniste, selon laquelle « un traité ratifié [...] fait partie intégrante de son ordre juridique interne dès son entrée en vigueur sur le plan international »¹⁸⁰. Dans l'hypothèse où une contradiction existerait entre des normes internationales et des normes internes, le droit international primerait alors le droit national, de sorte que la conception moniste permet avant tout de définir une règle de conflit¹⁸¹.

Un texte de droit international public ne déploie cependant pas toujours d'effets immédiats pour les citoyens d'un Etat signataire, une fois que le traité est entré en vigueur dans leur pays. Lorsqu'une norme de droit international public nécessite une « concrétisation »¹⁸² en droit interne, les citoyens ne peuvent invoquer devant un juge ou une autorité administrative les droits que ce traité leur confère avant que ce processus n'ait été accompli.

¹⁷⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue à Vienne le 23 mai 1969, approuvée par l'Assemblée fédérale le 15 décembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990 (RS 0.111). Voir Samantha BESSON, p. 350 ss; Andreas ZIEGLER, p. 98 ss.

¹⁸⁰ Samantha BESSON, p. 403 ; plus nuancé, Bardo FASSBENDER, *Völkerrecht und Landesrecht: Zur Genese und heutigen Bedeutung der Konfrontation zweier Rechtsordnungen*, AJP/PJA 2014, p. 437 ss. Les Etats qui appliquent l'autre doctrine, dite dualiste, soumettent quant à eux la validité d'un texte de droit international en droit interne à une incorporation ou une transformation du texte dans ce droit interne ; voir en particulier Samantha BESSON, p. 404 ss.

¹⁸¹ Samantha BESSON, p. 407.

¹⁸² Voir Samantha BESSON, p. 409 ss; Andreas ZIEGLER, p. 115 ss ; Jörg Paul MÜLLER, Luzius WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, Berne 2001, p. 153 ss.

Certains traités ou conventions - ou au moins certaines de leurs dispositions - présentent toutefois un caractère « immédiatement applicable » (*self executing*)¹⁸³. En d'autres termes, ils peuvent d'emblée constituer le fondement juridique d'un droit invoqué par un citoyen, soit parce que le traité le prévoit expressément, soit parce que le droit invoqué est, par essence, immédiatement applicable et ne nécessite aucune adaptation de la législation nationale¹⁸⁴. C'est par exemple le cas des droits reconnus par la Convention européenne des Droits de l'Homme¹⁸⁵ ; c'est aussi le cas pour le « noyau dur » des droits reconnus aux patients par le Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine¹⁸⁶.

Quant aux recommandations ou autres résolutions relevant du « soft law », elles ne sont pas contraignantes pour les Etats qui y ont adhéré ou qui sont membres de l'organisation sous l'égide de laquelle elles sont édictées. Cependant, les Etats concernés sont invités à donner une suite favorable à ces textes ou, au moins, à en tenir compte lors de l'élaboration de leur propre législation¹⁸⁷.

6.2 Portée des textes édictés par des organismes internationaux privés

La Fédération des médecins suisses (FMH), association professionnelle regroupant la quasi-totalité des médecins suisses, est membre de l'Association Médicale Mondiale. Dans son « Code de déontologie » du 12 décembre 1996¹⁸⁸, elle n'intègre cependant pas la Déclaration de l'AMM sur les Droits du patient¹⁸⁹. Cette référence paraît en effet superflue, dans la mesure les droits des patients sont d'ores et déjà garantis en Suisse à la fois par la législation fédérale et par le droit sanitaire

¹⁸³ Voir plus particulièrement Daniel WÜGER, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Berne 2005.

¹⁸⁴ ATF 124 III 90.

¹⁸⁵ Samantha BESSON, no 1385, p. 410.

¹⁸⁶ Message Oviedo 2001, 285.

¹⁸⁷ Voir Walter KÄLIN et al., p. 264 ss.

¹⁸⁸ http://www.fmh.ch/files/pdf18/Standesordnung_August_2016_F.pdf. Sur la nature et la portée de ce Code, voir aussi précédemment p. 40 s.

¹⁸⁹ A la rubrique « Code de déontologie », le site de la FMH propose cependant la Déclaration d'Helsinki, à laquelle le Code fait expressément référence (art. 18) ; voir précédemment p. 41 s.

cantonal. Or, selon le Préambule du Code de déontologie, « [l]a législation fédérale ou cantonale, en particulier le droit sanitaire cantonal, prime dans tous les cas le code de déontologie. »

La Société suisse des médecins-dentistes (SSO), l'association professionnelle des dentistes suisses¹⁹⁰, est, elle aussi, un membre régulier de son association faîtière internationale, la FDI. Elle a, comme la FMH, édité son propre « Code de déontologie », qui ne contient pas de référence directe aux principes éthiques formulés par la FDI. Le Code de la SSO prévoit notamment, parmi les « Devoirs envers les patients » l'obligation d'adapter « [...] [l]es diagnostics et les méthodes thérapeutiques [...] aux besoins individuels, aux désirs et aux possibilités de chaque patient. [...] »¹⁹¹. Le Code exige aussi des praticiens qu'ils informent « clairement [leur] patient au sujet des constatations, du diagnostic, des mesures thérapeutiques envisagées et de leur coût. Il[s] mentionne[nt] en particulier les risques connus et discute[nt] les alternatives opportunes de traitement avec le patient »¹⁹².

Contrairement à la FMH et à la SSO, l'Association suisse des infirmiers et infirmières (ASI)¹⁹³ propose bien, elle, le Code déontologique de la CII sur son site, à la rubrique « Ethique et soins infirmiers »¹⁹⁴, en soulignant particulièrement que « [l]'éthique est au cœur de chaque action infirmière ».

Globalement, les textes qui émanent d'associations ou organisations professionnelles relevant du droit privé, qu'elles soient internationales ou nationales, lient avant tout les membres de ces associations. Par leur adhésion, ils acceptent de s'y conformer et de les mettre en œuvre dans leur pratique quotidienne, reconnaissant aux associations la compétence de prononcer des sanctions « internes » en cas de violation. En revanche, ils ne constituent pas une source de droit formelle.

Toutefois, dans la mesure où ces documents énoncent les principes déontologiques ou éthiques dont chacune de ces professions entend se doter

¹⁹⁰ <https://www.sso.ch/fr/accueil.html>, dans sa version de 2016.

¹⁹¹ Code de déontologie SSO, art. 5.

¹⁹² Code de déontologie SSO, art. 7.

¹⁹³ <https://www.sbk.ch/fr/association/lasi.html>.

¹⁹⁴ <https://www.sbk.ch/fr/sujets-infirmiers/ethique.html>, « publications sur les questions éthiques ».

et qu'elle entend appliquer et respecter, ils peuvent servir de source d'inspiration pour les autorités chargées d'élaborer de véritables règles de droit, ou pour les juridictions chargées d'interpréter ces règles¹⁹⁵. La déontologie peut ainsi influencer indirectement la nature des relations qui se créent entre patients et soignants.

* * * * *

¹⁹⁵ En l'espèce, l'art. 40 LPMed relatif aux devoirs professionnels, dans l'arrêt rendu le 21 février 2013 dans la cause 2C_1083/2012, cons. 5.1. Voir aussi ATF 142 II 80, 94 s. ; pour un arrêt relatif à la déontologie de la profession d'avocat, ATF 130 II 270, 276.

CHAPITRE II :

Le libre choix en matière d'actes médicaux dans le droit interne

1. Introduction

Le principe du libre choix en matière d'actes médicaux est bien sûr aussi une notion de droit interne. Bien qu'il n'y soit pas formulé expressément, il est d'abord présent dans le droit constitutionnel, rattaché notamment à la liberté personnelle telle qu'elle est protégée par l'art. 10 al. 2 Cst. On le trouve aussi dans le Code civil, en tant que droit de la personnalité garanti par les art. 27 et 28 CC.

Il est ensuite plus directement énoncé dans la législation sanitaire fédérale et dans les législations cantonales consacrées à la santé publique, en particulier lorsqu'elles abordent la question du consentement libre et éclairé du patient. Le principe du libre choix en matière d'actes médicaux est en outre l'objet de plusieurs Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) et de certaines dispositions du Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH).

2. Dans la Constitution fédérale

2.1 La liberté personnelle

La liberté personnelle fait partie des droits fondamentaux reconnus par la Constitution fédérale. Selon l'art. 10 al. 2 Cst, tout être humain a droit à la liberté personnelle, à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de

mouvement¹⁹⁶. Quoique les droits fondamentaux s'accommodent mal d'un ordre de priorité, il s'agit sans doute d'une liberté individuelle essentielle dans un état de droit démocratique (art. 5 al. 1^{er} Cst)¹⁹⁷.

Auparavant, la liberté personnelle, absente du catalogue des droits fondamentaux contenu dans la Constitution fédérale de 1874, avait dû être érigée en droit constitutionnel non écrit par le Tribunal fédéral¹⁹⁸, au même titre que la liberté d'expression ou la liberté d'association, par exemple¹⁹⁹. Dans l'actuelle Constitution fédérale adoptée par le peuple et les cantons le 18 avril 1999, ce droit à l'autodétermination est désormais expressément formulé à l'art. 10 al. 2 Cst.

2.2 Les autres droits fondamentaux pouvant affecter le libre choix en matière d'actes médicaux

La liberté personnelle n'est cependant pas la seule liberté fondamentale qui puisse être invoquée dans le cadre des relations entre patients et soignants en général, et à propos du libre choix en matière d'actes médicaux en particulier.

¹⁹⁶ Voir notamment Maya HERTIG RANDALL, Julien MARQUIS, Commentaire *ad* art. 10 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 408 ss ; Jacques DUBEY vol. II, p. 28 ss ; Daniel MOECKLI, p. 1394 ss ; René RHINOW et al., p. 241 ss ; Axel TSCHENTSCHER, p. 249 ss ; Alain GRIFFEL, p. 473 ss ; Ulrich HÄFELIN et al., p. 107 s. ; Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 10 BV, *in* : St. Galler Kommentar BV, p. 278 ss ; Pascal MAHON vol. II, p. 95 ss ; Thomas GÄCHTER, Bernhard RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 3e éd., Bâle 2013, p. 34 s. ; Andreas AUER et al., vol. II, p. 143 ss.

¹⁹⁷ Jacques DUBEY, Samantha BESSON, Commentaire *ad* art. 5 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 171 ss ; Astrid EPINEY *ad* Art. 5 BV, p. 85 ss ; Jacques DUBEY vol. II, p. 789 ; Pierre TSCHANNEN, p. 87 ss ; Andreas AUER et al., vol. II, p. 467 ss.

¹⁹⁸ L'arrêt le plus important en la matière a été rendu en 1964 (ATF 90 I 29, JT 1964 I 604), même si plusieurs décisions sur le même thème l'avaient précédé. Voir par exemple à ce propos, pour une perspective historique en lien avec le droit de la santé, Roland BERSIER, La liberté personnelle, L'internement des aliénés et des asociaux, La stérilisation des aliénés, Lausanne 1968.

¹⁹⁹ Voir notamment Jörg Paul MÜLLER, Introduction aux droits fondamentaux, *in* : Jean-François Aubert et al., vol. I 1996, p. 5 ss ; Walter HALLER, Liberté personnelle, *in* : Jean-François Aubert et al., vol. III 1996, p. 3 ss ; Michel ROSSINELLI, Les libertés non écrites, Lausanne 1987.

D'autres droits garantis par la Constitution fédérale peuvent également, selon les circonstances, être mis en œuvre, ainsi le droit à la vie de l'art. 10 al. 1^{er} Cst²⁰⁰ ou le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse, prévu à l'art. 12 Cst²⁰¹. Le droit au respect de la dignité humaine (art. 7 Cst)²⁰² est présent en filigrane dans toute la législation sanitaire fédérale relative aux nouvelles biotechnologies²⁰³. Celui qui interdit toute forme de traitement cruel, inhumain ou dégradant (art. 10. al. 3 Cst)²⁰⁴ pourrait sans doute être invoqué dans le contexte de la recherche ou des traitements psychiatriques. L'interdiction de la privation de la liberté « si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit », telle qu'elle est énoncée à l'art. 31 Cst²⁰⁵, empêche les admissions arbitraires dans des établissements sanitaires, en particulier des institutions vouées aux soins psychiatriques.

²⁰⁰ Voir Maya HERTIG RANDALL, Julien MARQUIS, Commentaire *ad* art. 10 Cst, in : Commentaire romand Cst, p. 400 ss ; Ulrich HÄFELIN et al., p. 106 s ; Daniel MOECKLI, p. 1391 ss ; René RHINOW et al., p. 243 ss ; Axel TSCHENTSCHER, p. 232 ss ; Pascal MAHON, p. 98 ss ; Andreas AUER et al., vol II, p. 129 ss.

²⁰¹ Le Tribunal fédéral retient que ce droit est « étroitement lié au droit à la vie et au droit à la liberté personnelle », arrêt du 29 août 2018 dans la cause 1C_443/2017, cons. 41. Voir Jacques DUBEY, Commentaire *ad* art. 12 Cst, in : Commentaire romand Cst, p. 464 ss ; Jacques DUBEY vol. II, p. 964 ss ; Thomas GÄCHTER, Gregori WERDER, Kommentar *ad* Art. 12, in: Bernhard Waldmann et al., BV Basler Kommentar, p. 270 ss ; Lucien MÜLLER, Kommentar *ad* Art. 12 BV, in: St. Galler Kommentar BV, p. 326 ss ; Pascal MAHON, p. 328 ss ; Thomas GÄCHTER, Bernhard RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 3e éd., Bâle 2013, p. 35 s.

²⁰² Voir Jacques DUBEY, Commentaire *ad* art. 7 Cst, in : Commentaire romand Cst, p. 279 ss ; Judith WYTTEBACH, Menschenwürde, in: Oliver Diggelmann et al., p. 1355 ss ; René RHINOW et al., p. 27 ss ; Ulrich HÄFELIN et al., p. 101 ss ; Giovanni BIAGGINI, p. 140ss ; Eva Maria BELSER, Eva MOLINARI, p. 151 ss ; Philippe MASTRONARDI, Kommentar *ad* Art. 7 BV, in: St. Galler Kommentar BV, p. 187 ss ; Pascal MAHON vol. II, p. 72 ss ; Thomas GÄCHTER, Bernhard RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 3e éd., Bâle 2013, p. 33 s. L'art. 4 du Code de déontologie de la FMH fait aussi référence à la dignité humaine.

²⁰³ Conformément au titre de la section du Recueil systématique dans laquelle elle a été placée (« Médecine et dignité humaine »). Voir notamment Bianka Dörr, Margot Michel (éd.), Biomedizinrecht, Zurich, St-Gall 2007.

²⁰⁴ Voir; René RHINOW et al., p. 237 ss ; Axel TSCHENTSCHER, p. 251 ; Pascal MAHON, p. 88 ss ; Giovanni BIAGGINI, p. 176 ss.

²⁰⁵ Voir Michel HOTTELIER, Commentaire *ad* art. 31 Cst, in : Commentaire romand Cst, p. 931 ss ; Jacques DUBEY vol. II, p. 884 ss ; Giovanni BIAGGINI, p. 378 ss ; Franck SCHÜRMANN, Kommentar *ad* Art. 31 BV, in: Bernhard Waldmann et al., BV Basler Kommentar, p. 666 ss ; Hans VEST, Kommentar *ad* Art. 31 BV, in: St. Galler Kommentar BV, p. 725 ss.

2.3 Destinataires

Selon la théorie générale des droits fondamentaux, même si « les autorités [doivent] veille[r] à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s’y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux » (art. 35 al. 3 Cst)²⁰⁶, de tels droits s’exercent en principe contre la puissance publique, c’est-à-dire contre l’Etat²⁰⁷, qu’il s’agisse de l’Etat fédéral, d’un canton ou d’une commune, ou contre une institution publique décentralisée.

Dans le contexte d’un traitement médical, la liberté personnelle ou les autres droits fondamentaux de nature à affecter le libre choix en matière de soins pourraient en conséquence être invoqués par les patients admis dans des institutions ou des établissements sanitaires directement intégrés à l’administration centralisée d’un canton²⁰⁸ ou, alternativement, organisés sous forme d’établissements autonomes mais relevant du droit public cantonal²⁰⁹.

2.4 Effets

La liberté personnelle garantie par le droit constitutionnel fédéral implique, on l’a dit, la liberté de mouvement, ainsi que le droit à l’intégrité physique et psychique.

²⁰⁶ Voir Vincent MARTENET, Commentaire *ad* art. 35 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 1021 ss; Giovanni BIAGGINI, p. 427 ss ; Bernhard WALDMANN, Kommentar *ad* Art. 35 BV, *in*: Bernhard Waldmann et al., BV Basler Kommentar, p. 722 ss ; Andreas AUER et al., vol. II, p. 58 ss.

²⁰⁷ Ulrich HÄFELIN et al., p. 79 s. ; René RHINOW et al., p. 187 s. ; Pascal MAHON vol. II, p. 44 ss ; Andreas AUER et al., vol. II, p. 55 ss.

²⁰⁸ Par exemple, le Centre Hospitalier Universitaire Vaudois (CHUV) à Lausanne, qui est une des subdivisions de l’administration centralisée du canton de Vaud, selon l’art. 2 de la Loi vaudoise du 16 novembre 1993 sur les Hospices cantonaux (LHC), et qui n’est dès lors pas doté de la personnalité juridique.

²⁰⁹ Par exemple, les Hôpitaux Universitaires Genevois (HUG), à Genève, établissement autonome de droit public cantonal doté de la personnalité juridique, selon l’art. 5 de la Loi genevoise du 19 septembre 1980 sur les établissements publics médicaux (LEPM).

En matière de soins, la liberté personnelle confère par conséquent aux patients pris en charge par le secteur sanitaire public cantonal²¹⁰ le droit de quitter à leur guise un établissement hospitalier dans lequel ils ont été précédemment admis de leur plein gré.

Elle implique, surtout, le droit de consentir à des soins ou de les refuser²¹¹. Tout acte ou traitement médical constitue en effet, par essence, une atteinte à l'intégrité corporelle, physique s'il s'agit d'un traitement de nature somatique, psychique en cas de traitement psychiatrique. Une telle atteinte n'est en soi pas admissible, à moins qu'elle soit pratiquée par un professionnel de la santé qualifié, selon les règles de l'art, et avec le consentement du patient²¹². *A contrario*, un patient détient également le droit de refuser un traitement médical, même si ce traitement apparaît comme indispensable et son refus comme déraisonnable²¹³.

3. Dans le Code civil

3.1 Les droits de la personnalité

Dans le Code civil suisse, les art. 27 et 28 CC sont le siège des droits de la personnalité ; ils englobent notamment le droit à l'intégrité corporelle et à l'intégrité psychique²¹⁴.

L'art. 27 CC protège contre d'éventuels « engagements excessifs » ; il met ainsi en place une protection interne, en interdisant toute renonciation, même partielle, à la jouissance et à l'exercice des droits civils, à laquelle

²¹⁰ Il existe deux hôpitaux qui relèvent du droit public fédéral, la « Rehaklinik » de Bellikon (AG) et la Clinique romande de réadaptation de Sion, qui traitent, en application de la législation sur l'assurance-accident, les patients atteints de traumatismes après un accident.

²¹¹ Voir les développements consacrés plus loin au consentement libre et éclairé, p. 73 ss.

²¹² Voir Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 340 ss; Rochus JOSSEN, *Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff*, Berne 2009, p. 5 ss.

²¹³ Voir plus loin, p. 121 s.

²¹⁴ Heinz HAUSHERR, Regina AEBI- MÜLLER, p. 183 ss; Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 109 ss, notamment p. 115 ss ; Andreas MEILI, *Basler Kommentar ZGB*, p. 290 s. ; Sandra HOTZ, *Kommentar ad Art. 27 ZGB*, in: Andrea Büchler, Dominique Jakob (éd.), p. 84 ss ; Peter TUOR, Bernhard SCHNYDER et al., p. 88 ss ; Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 265 ss ; Sylvain MARCHAND, *Commentaire romand CC I*, p. 229 ss ; Andreas BUCHER, p. 440 ss.

une personne physique²¹⁵ pourrait elle-même souscrire²¹⁶. Quant à l'alinéa 2, il prohibe les engagements qui, quoique admissibles par nature, auraient un caractère excessif en raison de leurs modalités particulières ; le texte légal se réfère dans ce contexte non seulement « aux lois », mais également « aux mœurs »²¹⁷.

L'art. 28 CC, lui, protège les droits de la personnalité contre toute atteinte illicite externe (« extrinsèque »)²¹⁸, c'est-à-dire contre toute atteinte émanant d'un ou de tiers, qui ne serait pas justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 28 al. 2 CC)²¹⁹. Celui qui subirait une telle atteinte illicite pourrait s'adresser aux juridictions compétentes pour obtenir les mesures de protection appropriées (art. 28 al. 1^{er} CC), que la loi détaille dans les dispositions qui suivent immédiatement l'art. 28 CC.

3.2 Destinataires

Si la liberté personnelle ou les autres libertés fondamentales peuvent être invoquées contre toute ingérence de la puissance publique, c'est-à-dire contre l'Etat ou contre une institution publique décentralisée, les droits de la personnalité s'exercent, eux, dans le cadre des relations juridiques relevant du droit privé.

²¹⁵ Ou éventuellement une personne morale, si le droit invoqué n'est pas inséparable de la nature humaine ; voir notamment Andreas MEILI, Basler Kommentar ZGB, p. 296 ; Sylvain MARCHAND, Commentaire romand CC I, no 9, p. 231.

²¹⁶ Par exemple la renonciation à conclure des contrats, la renonciation à des droits découlant de la jouissance des droits civils, comme la faculté de se marier ou d'adopter, la renonciation au droit à la vie sont contraires à l'art. 27 al. 1^{er} CC, selon Claire HUGUENIN, Christophe REITZE, Basler Kommentar ZGB, p. 274 s. et Sylvain MARCHAND, Commentaire romand CC I, p. 231. Voir en particulier à ce propos Alain THEVENAZ, La protection contre soi-même, Berne 1997.

²¹⁷ Voir notamment Dominique MANAI, p. 68. Voir aussi plus loin, p. 104.

²¹⁸ Voir Olivier GUILLOD, Droit des personnes, p. 129 ss ; Bianka S. DÖRR, Kommentar ad Art. 28 ZGB, in: Andrea Büchler, Dominique Jakob (éd.), p. 91 ss ; Andreas MEILI, Basler Kommentar ZGB, p. 297 s. ; Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I, p. 245.

²¹⁹ Raphaël HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zurich, Bâle, Genève 2007.

Dans le contexte d'un traitement médical, un tel droit pourrait par conséquent être invoqué contre une institution ou un établissement sanitaire organisés selon les normes du droit privé, par exemple, une clinique privée, ou dans un cabinet de soins exploité par un professionnel de la santé exerçant son activité à titre privé²²⁰.

3.3 Effets

Les droits de la personnalité englobent notamment, on l'a dit, le droit à l'intégrité corporelle physique et à l'intégrité corporelle psychique. Pendant des droits fondamentaux du droit public, les droits de la personnalité du droit privé confèrent par conséquent à leurs titulaires le droit de consentir à des soins ou, au contraire, de refuser ces soins²²¹. Les réflexions juridiques menées dans le contexte du droit public peuvent être reprises ici dans le contexte du droit privé.

4. Dans les législations sanitaires fédérales et cantonales

4.1 Bases légales dans le droit suisse

Afin de formaliser de manière plus précise le droit au libre choix en matière de soins – et d'autres droits encore -, le législateur fédéral mais principalement les législateurs cantonaux ont inséré dans le droit sanitaire suisse un certain nombre de dispositions légales aménageant plus en détail les relations entre patients et soignants.

Le droit de la santé en général relève en effet des compétences législatives cantonales. Certes, la Confédération détient la compétence de légiférer dans certaines matières spécifiquement désignées dans la Constitution et touchant à la santé, en particulier les nouvelles technologies liées à la biomédecine, sur la base des art. 118b à 119a Cst. La Confédération peut aussi réglementer, par le biais des dispositions générales

²²⁰ Heinz HAUSHERR, Regina AEBI-MÜLLER, p. 254 ss ; Olivier GUILLOD, Droit des personnes, p. 132 ss ; Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 352 ss et p. 370 ; Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I, p. 264 s.

²²¹ Andreas MEILI, Basler Kommentar ZGB, p. 290 s.; Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I, p. 237 ss.

relatives à la prise en charge des soins par les assurances sociales (telles qu'elles sont énoncées dans la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales²²², ou de celles qui sont consacrées à la protection de l'adulte (selon les art. 360 ss CC), certaines modalités entourant le consentement²²³, ou encore l'admission non volontaire dans un établissement hospitalier²²⁴.

Reste que la compétence de légiférer sur les relations entre patients et soignants est encore perçue comme une prérogative cantonale, en application des compétences générales des cantons en matière de santé publique²²⁵. Ils ont donc tous adopté des normes relatives aux droits des patients, qui énoncent en détail les modalités de mise en œuvre du droit de consentir à des soins ou, corollaire, de les refuser.

Ces normes étant propres à chaque canton, leur contenu n'est pas uniforme²²⁶ et des différences de détail ou de mise en œuvre, peuvent subsister; elles se recoupent pourtant très largement, dans la mesure où ces droits sont directement inspirés de la jurisprudence concernant la liberté personnelle et les droits de la personnalité, qui relèvent du droit fédéral, et des droits énoncés par le droit international public et de la jurisprudence qui s'y rattache.

²²² Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1).

²²³ Notamment le droit à l'information préalable, en particulier à propos de la prise en charge par les assurances sociales, selon l'art. 27 LPGA ; voir Ueli KIESER, *Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungs ATSG*, 4e éd., Zurich 2020 ; Guy LONGCHAMP, *Commentaire ad art. 27 LPGA*, in: Anne-Sylvie Dupont, Margit Moser-Szeless (éd.), *Loi sur la partie générale des assurances sociales*, Bâle 2018, p. 419 ss ; Ueli KIESER, *Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)*, in: Ulrich Meier, *Soziale Sicherheit – Sécurité sociale*, p. 243 ss, notamment 287 ss.

²²⁴ En application des dispositions relatives au placement à des fins d'assistance ; voir plus loin, p. 245 ss.

²²⁵ Malgré les dispositions de la Convention d'Oviedo qui sont « directement applicables » ; voir précédemment, p. 44 s. Voir aussi Thomas GÄCHTER, Bernhard RÜTSCHKE, *Gesundheitsrecht*, 3e éd., Bâle 2013, p. 22 ss.

²²⁶ En Suisse romande, toutefois, les normes sanitaires relatives aux « mesures de contrainte » sont des normes de droit uniforme, c'est-à-dire des dispositions de même contenu, par exemple aux art. 53 et 54 de la Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé et aux art. 50 et 51 de la Loi genevoise du 6 avril 2006 sur la santé.

4.2 Champ d'application du droit cantonal

4.2.1 *Dans le secteur public et dans le secteur privé*

Les dispositions relatives aux relations entre patients et soignants en général et aux droits des patients en particulier²²⁷, adoptées par les législateurs cantonaux et insérées dans droit sanitaire cantonal, relèvent du droit sanitaire public cantonal.

Elles sont néanmoins également applicables aux relations de droit privé, qui relèvent en principe des compétences du législateur fédéral et sont par conséquent énoncées dans le droit fédéral. En exécution de l'art. 6 CC²²⁸, les cantons détiennent en effet des compétences de droit public qui les autorisent à légiférer dans les domaines en principe dévolus au droit privé fédéral, si le droit fédéral n'est pas exhaustif et si « les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux prévus par le droit fédéral »²²⁹. Le droit cantonal genevois le précise même expressément²³⁰.

Une telle mise en œuvre du droit cantonal public dans le contexte du droit privé est admissible, à condition cependant que « le législateur fédéral n'ait pas entendu régler la matière de façon exhaustive, que les règles cantonales soient motivées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'éludent pas le droit civil, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit »²³¹.

²²⁷ Voir Olivier GUILLIOD, *Droit médical*, p. 55 ss ; *Guide pratique FMH-ASSM*, p. 38 ss ; Régula AEBI-MÜLLER et al., p. 17 ss ; Jean-François DUMOULIN, *Relations entre patients et soignants - généralités*, in: Romano LaHarpe et al., p. 241 ss ; Thomas GÄCHTER, Bernhard RÜTSCHKE, *Gesundheitsrecht*, 3e éd., Bâle 2013, p. 65 ss ; Tomas POLEDNA, Brigitte BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Berne 2002, p. 53 ss.

²²⁸ Flavio LARDELLI, Meinrad VETTER, *Kommentar ad Art. 6 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 113 ss ; Thomas KOLLER, *Kommentar ad Art. 6 ZGB*, in: Pio Caroni et al., (éd.), *Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1-9 ZGB*, Berne 2012, p. 847 ss ; Christian BOVET, Stéphane GRODECKI, *Commentaire ad. art. 6 CC*, in: *Commentaire romand CC I*, p. 94 ss.

²²⁹ ATF 112 II 422, 424.

²³⁰ Conformément à l'art. 34 de la Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé.

²³¹ ATF 114 Ia 350, 356, en relation avec certaines dispositions de la Loi genevoise sur la santé.

4.2.2 *Contenu identique en droit public en droit privé*

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les droits reconnus aux patients, en particulier ceux qui découlent de la liberté personnelle et du droit à l'intégrité corporelle, ne peuvent pas être, dans le secteur public, moins étendus que ceux qui sont reconnus aux patients pris en charge par le secteur sanitaire privé²³².

L'Etat ou l'établissement public autonome peuvent certes édicter des règles particulières, nécessaires au bon fonctionnement d'une institution ou d'un hôpital public, par exemple pour ce qui a trait aux tarifs pratiqués ou au libre choix du médecin.

En revanche, « à l'égard des actes médicaux proprement dits, il n'existe aucune raison pour que la liberté personnelle d'un patient admis dans un établissement hospitalier public soit restreinte dans une mesure plus étendue que ne l'est celle du patient soigné dans un établissement hospitalier privé. En leur qualité d'organes d'un établissement public, les médecins ne disposent pas, sur ce point précis, de pouvoirs de décision plus étendus que ceux dont jouissent leurs collègues exerçant leur activité sur la base d'un contrat de droit privé »²³³.

4.3 *Contenu matériel*

La description détaillée du contenu matériel de l'ensemble des « droits des patients » dépasse le cadre de ce texte²³⁴. Seuls sont exposés ici ceux dont l'exercice présente un lien direct ou indirect avec le libre choix en matière de soins, ainsi : le droit de recevoir des soins ; le droit de recevoir des soins appropriés ; le droit de choisir son soignant ou un établissement

²³² ATF 111 Ia 231 ; 108 II 62.

²³³ ATF 111 Ia 231, 237 ; 108 II 62, 63.

²³⁴ Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 243 ss ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 17 ss ; Jean-François DUMOULIN, *Les droits des patients – généralités*, in : Romano LaHarpe et al., p. 253 ss ; Tomas POLEDNA, Brigitte BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Berne 2002, p. 56 ss.

hospitalier ; le droit à l'information et, enfin, le droit au consentement libre et éclairé.

4.3.1 *Le droit aux soins*

Le droit aux soins s'entend comme le droit conféré au patient de recevoir les prestations de santé que son état requiert²³⁵.

Pendant de nombreuses années, le droit aux soins ne figurait pas expressément dans la Constitution fédérale. Le préambule de l'acte de Constitution de l'OMS²³⁶, qui fait partie intégrante du droit suisse, prévoit certes que « [l]a possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale ». On retrouve un tel « droit », dans une formulation quasi identique, dans le Pacte I des Nations (art. 12 al. 1er), dans la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 24 al. 1er) et dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées (art. 25 al. 1er). Il est cependant plutôt question ici de « droit à la santé »²³⁷ et non de droit aux soins²³⁸.

L'art. 12 du Pacte I des Nations Unies, également présent dans le droit suisse, impose en outre aux Etats signataires la mise à disposition de « services médicaux et [d']une aide médicale »²³⁹ (art. 12 al. 2 lettre d),

²³⁵ Voir généralement Olivier Guillod et al. (éd.), *Droit aux soins : 13^e Journée de droit de la santé*, Berne 2007 ; Gabrielle STEFFEN, *Le droit aux soins : pourquoi un droit aux soins ? quel droit ? quels soins ? pour qui ?*, in: Olivier Guillod et al. (éd.), *Droit aux soins*, op. cit., p. 41 ss ; Gabrielle STEFFEN, *Droit aux soins et rationnement : approche d'une définition des soins nécessaires*, Berne 2002.

²³⁶ Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, signée à New York le 22 juillet 1946, approuvée par l'Assemblée fédérale le 19 décembre 1946, RS 0.810.1. Voir précédemment, p. 32 ss.

²³⁷ Voir notamment Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 263 ss ; Olivier GUILLOD, Dominique SPRUMONT, *Le droit à la santé : un droit en émergence*, in: *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Zurich et Genève 1996, p. 337 ss.

²³⁸ Voir notamment Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 264.

²³⁹ Voir précédemment, p. 28 s.

notamment pour la prévention et le traitement « des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres » (art. 12 al. 2 lettre c).

Cependant, « [l]e Préambule de la Constitution de l'OMS n'est pas une source de droits individuels, mais présente une portée déclaratoire »²⁴⁰. Quant aux droits contenus dans le Pacte I, ils sont formulés dans un « énoncé très général, qui s'apparente dans la plupart des cas à de simples déclarations de principe »²⁴¹ ; partant, ils ne « constituent pas des droits subjectifs et justiciables »²⁴².

Dès 1995, on a cependant pu rattacher le droit aux soins au droit à des conditions minimales d'existence, après que le Tribunal fédéral eut reconnu cette année-là l'existence d'un tel droit et l'eut érigé en droit constitutionnel non écrit²⁴³, quand bien même la décision ne mentionnait pas spécifiquement le droit aux soins²⁴⁴. Ce rattachement n'était toutefois pas très heureux, car il limitait le droit aux seuls soins de base. Or, le droit aux soins tel qu'il est défini dans la littérature juridique est plus étendu ; il couvre en réalité tous les actes et traitements médicaux nécessaires pour la conservation de la santé du patient, au-delà des situations nécessitant des soins de base visées par l'arrêt précité du Tribunal fédéral²⁴⁵.

²⁴⁰ Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 264.

²⁴¹ Message du 30 janvier 1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Feuille fédérale 1991 I 1129, 1135.

²⁴² *Ibidem*, 1141.

²⁴³ ATF 121 I 367. Ce droit est désormais explicitement énoncé dans la Constitution de 1999, à son art. 12 : « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. » Voir notamment Giovanni BIAGGINI, p. 193 ss; Thomas GÄCHTER, Gregori WERDER, *Kommentar ad Art. 12 BV*, in: Bernhard Waldmann et al., *BV Basler Kommentar*, p. 270 ss; Lucien MÜLLER, *Kommentar ad Art. 12 BV*, in: *St. Galler Kommentar BV*, p. 326 ss.

²⁴⁴ Il ne mentionnait que les besoins tels que « *Nahrung, Kleidung und Obdach* », c'est-à-dire « la nourriture, le vêtement et le logement », JT 1997 I 278, 281 ; ATF 121 I 367, 371. Le Tribunal fédéral a ensuite ajouté à cette liste la notion de « *medizinische Grundversorgung* » c'est-à-dire les « soins médicaux de base », par exemple dans l'ATF 130 I 71, 75 ; JT 2005 I 377, 380, en se référant à la norme constitutionnelle adoptée en 1999.

²⁴⁵ Voir notamment Gabriel STEFFEN, p. 57 ss et p. 121 ss.

L'art. 117a Cst²⁴⁶, adopté en mai 2014, comble partiellement cette lacune, même si, dans une réflexion de droit constitutionnel, il faut considérer que cet article ne crée pas réellement un droit fondamental au sens strict. En effet, son texte invite plutôt les cantons à « veiller » à ce que les soins nécessaires soient accessibles à chacun ; on peut mentionner . Dans cette mesure, l'art. 117a Cst ne constitue pas le fondement d'un droit « justiciable »²⁴⁷.

La controverse n'est cependant pas si lourde de conséquence, car le droit aux soins découle sans ambiguïté d'autres dispositions de droit fédéral. On peut en effet considérer que le droit à la santé découle plutôt de la législation relative à l'assurance-maladie, dans la mesure où cette législation prévoit, par le biais de la couverture obligatoire, un accès à un catalogue de soins remboursés étendu²⁴⁸, énoncé dans certains détails dans l'Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins²⁴⁹. De la même manière, l'assurance-accident²⁵⁰ et l'assurance-invalidité²⁵¹ garantissent aux patients dont l'état le requiert l'accès aux soins appropriés dans les situations relevant de ces deux assurances sociales fédérales. La Confédération et les cantons doivent d'ailleurs veiller à ce que « toute personne soit assurée contre les conséquences économiques [...] de l'invalidité, de la maladie, de l'accident [...] et] de la maternité²⁵² [...] », ce

²⁴⁶ Voir Bettina KAHIL-WOLFF HUMMER, Commentaire *ad* art. 117a Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 2334 ss ; Giovanni BIAGGINI, p. 948 ss ; Thomas GÄCHTER, Stephanie RENOLD-BURCH, Kommentar *ad* Art. 117a BV, *in* : Bernhard Waldmann et al., BV Basler Kommentar, p. 1838 ss.

²⁴⁷ Dans ce sens, Bettina KAHIL-WOLFF HUMMER, Commentaire *ad* art. 117a Cst, *in* : Commentaire romand Cst, no 5, p. 2337.

²⁴⁸ Voir en particulier sur ce point Sandra SCHNEIDER, Evolution du catalogue des prestations dans la LAMal, *in* : Olivier Guillod et al. (éd.), Droit aux soins, op. cit., p. 71 ss ; Guy LONGCHAMP, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, Berne 2004.

²⁴⁹ Ordonnance du 29 septembre 1995 du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins [OPAS] ; RS 832.112.31).

²⁵⁰ Telle qu'elle découle de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA, RS 832.20). Voir notamment Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES. L'assurance-maladie obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), *in* : Ulrich Meier, Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 885 ss.

²⁵¹ Selon les dispositions de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20). Voir notamment Michel VALTERIO, Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI), Genève, Zurich, Bâle 2018 ; Erwin MURER, Invalidenversicherungsgesetz (Art. 1-27bis IVG), Berne 2014.

²⁵² Voir notamment Stéphanie PERRENOUD, La protection de la maternité, Berne 2015.

qui constitue un des « buts sociaux » de la Constitution telle qu'elle a été adoptée en 1999²⁵³.

Les cantons ont parfois inséré dans leur Constitution²⁵⁴ ou dans leur législation sanitaire²⁵⁵ des dispositions concernant le droit aux soins, en particulier des normes imposant aux établissements hospitaliers publics un devoir d'accueillir tout patient dont l'état de santé requiert des soins. Ces dispositions semblent avoir une valeur essentiellement déclarative, mais peuvent avoir une portée propre lorsque les patients qui doivent recevoir des soins ne bénéficient pas d'une couverture d'assurance sociale, notamment certaines personnes étrangères en voyage d'affaires ou en séjour touristique, ou encore en situation irrégulière. Dans son arrêt de 1995, le Tribunal fédéral avait déjà souligné que le droit aux conditions minimales d'existence peut être invoqué par les citoyens suisses mais aussi par des personnes étrangères, quel que soit leur statut du point de vue de la police des étrangers²⁵⁶.

Il faut enfin rappeler que le droit aux soins dans des situations d'urgence est également garanti par la norme pénale réprimant l'exposition à un danger de mort ou à un danger grave pour la santé (art. 127 CPS). Cette infraction constitue un délit de mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui, parfois plus communément désigné par l'expression de « non-assistance à personne en danger » ; elle vise en particulier celles et ceux qui ont « la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle » et semble dès lors viser spécifiquement tous les professionnels de la santé qui se trouveraient dans une situation de cette nature.

²⁵³ Selon l'art. 41 al. 2 Cst. Voir Gregor CHATTON, Commentaire *ad* art. 41 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 1147 ss ; Giovanni BIAGGINI, p. 473 ss ; Thomas GÄCHTER, Gregori WERDER, Kommentar *ad* Art. 41 BV, *in* : Bernhard Waldmann et al., BV Basler Kommentar, p. 807 ss ; Margrith BIGLER-EGGENBERGER, Rainer J. SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 41 BV, *in* : St. Galler Kommentar BV, p. 893 ss.

²⁵⁴ Ainsi, les art. 34 et 65 al.2 lettre b de la Constitution du canton de Vaud, du 14 avril 2003, ou les art. 29 et 30 al. 1^{er} lettre g de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993.

²⁵⁵ Ainsi, l'art. 18 al. 1^{er} de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé : « Chacun a droit aux soins que son état de santé requiert, dans le respect de sa dignité et indépendamment de sa situation économique et sociale. »

²⁵⁶ ATF 121 I 367, 374.

4.3.2 *Le droit à recevoir des soins appropriés*

Ce droit s'entend comme le droit de recevoir des prestations de santé conformes aux règles de l'art²⁵⁷.

La Convention d'Oviedo, à son art. 4, exige que « toute intervention dans le domaine de la santé, y compris la recherche, [soit] effectuée dans le respect des normes et obligations professionnelles, ainsi que des règles de conduite applicables en l'espèce ». Le Code déontologie de la FMH prohibe, lui, les « pratiques médicales discutables » (art. 8)²⁵⁸. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, constituent les règles de l'art « les principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, et qui sont communément suivis et appliqués par les praticiens »²⁵⁹.

Le droit aux soins appropriés est parfois mentionné en tant que tel dans le catalogue des droits des patients reconnus par les législations sanitaires cantonales²⁶⁰. Mais il découle surtout, indirectement, de la mise en œuvre des dispositions relatives à la responsabilité médicale, qu'un patient peut invoquer lorsqu'il considère qu'il a reçu des soins ou un traitement inadéquat et qu'il a subi un préjudice matériel ou un tort moral. En substance, la responsabilité d'un soignant est engagée lorsqu'il a violé son devoir de diligence, que le patient a subi un préjudice et que ce préjudice est en lien de causalité adéquate avec la violation des règles de l'art reprochée au soignant²⁶¹.

²⁵⁷ Voir notamment Jean-François DUMOULIN, Relations entre patients et soignants – généralités, in Romano LaHarpe et al., p. 248 s.

²⁵⁸ Sur la nature et la portée de ce Code, voir plus loin, p. 71 s.

²⁵⁹ Arrêt du 9 février 2007 dans la cause 4C.366/2006 ; ATF 108 II 59 ; 64 II 200.

²⁶⁰ Par exemple, à l'art. 20 al. 1er de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé (« Traitement approprié »).

²⁶¹ A propos de responsabilité médicale en général, voir notamment Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 441 ss ; Hardy Landolt, Bernhard Stehle (éd.), *Arzthaftpflicht 2019 : Beiträge zur Tagung vom 22. Oktober 2019 in Luzern*, Zurich 2019 ; Madeleine HIRSIG-VOUILLOZ, *La responsabilité du médecin - Aspects de droit civil, pénal et administratif*, Berne et Genève 2017, p. 87 ss ; Regula AEBI-MÜLLER, p. 267 ss.

Le droit interne de la responsabilité civile, qu'il s'agisse du droit fédéral²⁶², applicable aux soins dispensés dans des cabinets médicaux ou au sein d'institutions sanitaires relevant du droit privé, ou du droit cantonal²⁶³ pour les établissements du secteur public, ainsi que les normes de droit pénal relatives à l'homicide par négligence²⁶⁴ ou aux lésions corporelles par négligence²⁶⁵, ou encore les dispositions de droit administratif relatives au droit disciplinaire²⁶⁶ offrent aux patients qui s'estimeraient lésés par des soins inappropriés la possibilité d'engager une ou des procédures judiciaires ou administratives.

4.3.3 *Le droit de choisir son soignant*

Un patient peut librement choisir le professionnel de la santé auquel il va s'adresser lorsqu'il entend recevoir des soins²⁶⁷. Une telle prérogative est largement reconnue par le droit sanitaire cantonal²⁶⁸ ; le droit genevois l'a

²⁶² Voir Rachel CHRISTINAT, p. 135 ss ; Alexia SIDOROPOULOS, Die Haftung des Spitals unter besonderer Berücksichtigung des anwendbaren Rechts und der Organisationshaftung, Berne 2019; Hardy LANDOLT, Iris HERZOG-ZWITTER, Arzthaftungsrecht, Zurich, St-Gall, 2015, p. 57 ss.

²⁶³ Voir notamment Cédric BAUME, Gestion des risques cliniques et responsabilité médico-hospitalière, Neuchâtel 2015 ; Olivier GUILLOD, La responsabilité dans les hôpitaux publics, in: Anne-Christine Favre, Etienne Poltier (éd.), La responsabilité de l'Etat, Genève, Bâle, Zurich 2012.

²⁶⁴ Christian SCHWARZENEGGER, Aurelia GURT, Kommentar *ad* Art. 117 StGB, in: Basler Kommentar StGB, p. 2553 ss; José HURTADO POZO, Federico ILLANEZ, Commentaire *ad* art. 117 CPS, in: Commentaire romand CP II, p. 39 ss ; Michel Dupuis et al. (éd), CP Code Pénal – Petit Commentaire, 2e éd., Bâle 2017, p. 769 ss ; Coralie DEVAUD, Odile PELET, Consentement éclairé et droit pénal – L'acte médical : une infraction comme une autre ?, in: Anne-Sylvie Dupont, Olivier Guillod (éd.), Réflexions romandes en droit de la santé, Zurich, St-Gall 2016, p. 35 ss.

²⁶⁵ Andreas ROTH, Tornike KESHELAVA, Kommentar *ad* Art. 125 StGB, in: Basler Kommentar StGB, p. 2676 ss ; Marc REMY, Commentaire *ad* art. 125 CPS, in: Commentaire romand CP II, p. 18 ss ; Michel Dupuis et al. (éd), CP Code Pénal – Petit Commentaire, 2e éd., Bâle 2017, p. 813 ss.

²⁶⁶ Madeleine HIRSIG-VOUILLOZ, La responsabilité du médecin - Aspects de droit civil, pénal et administratif, Berne et Genève 2017, p. 220 ss ; Myriam GERBER, La responsabilité disciplinaire des soignants, in: Romano LaHarpe et al., p. 497 ss.

²⁶⁷ Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 266 ss ; Jean-François DUMOULIN, Les droits des patients – généralités, in: Romano LaHarpe et al., p. 245 s. ; Tomas POLEDNA, Brigitte BERGER, Öffentliches Gesundheitsrecht, Berne 2002, p. 56 ss.

²⁶⁸ Par exemple selon l'art. 45 al. 1^{er} de la Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé ou encore selon l'art. 43 al. 1^{er} de la Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé.

même érigé en principe constitutionnel²⁶⁹. Le Code de déontologie de la FMH le rappelle également (art. 5).

Dans un système de santé reposant sur les principes de la « médecine libérale », aucune restriction n'existe en effet si le patient entend payer lui-même les prestations de santé qu'il reçoit. S'il souhaite obtenir de son assurance-maladie un remboursement des frais occasionnés, une première restriction, au demeurant assez modeste, est prévue par la législation fédérale : le libre choix du soignant permet de consulter tous les professionnels de la santé qui sont admis à pratiquer aux frais de l'assurance-maladie de base et aptes à traiter sa maladie (art. 41 al. 1^{er} LAMal). En revanche, il n'existe aucune obligation de consulter d'abord un généraliste ou un médecin de famille avant de pouvoir s'adresser à un médecin spécialiste, selon des modalités que connaissent plusieurs systèmes d'assurance-maladie étrangers²⁷⁰.

Le droit au libre choix du soignant peut être restreint de manière plus significative lors d'une hospitalisation en division commune, si le patient ne dispose « que » du régime de base de l'assurance-maladie et n'a pas conclu d'assurance complémentaire pour une prise en charge privée ou semi-privée²⁷¹. Dans un tel cas, il sera soigné par les praticiens travaillant au sein de l'établissement, souvent des médecins-chefs de clinique et des médecins assistants, sans que le patient puisse véritablement opérer un choix parmi eux.

Une autre restriction peut encore découler de la législation sur l'assurance-maladie lorsque le patient choisit de restreindre son libre choix sur une base contractuelle, en souscrivant à une « forme particulière » d'assurance-maladie²⁷². Le patient accepte alors de ne consulter que les soignants figurant parmi une liste restreinte de fournisseurs de prestations,

²⁶⁹ En exécution de l'art. 175 de la récente Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012.

²⁷⁰ Voir par exemple, PETERSEN KM, ANDERSEN JS, SONDERGAARD J., General practice and primary health care in Denmark, J Am Board Fam Med. 2012 Mar; 25 Suppl 1: S34-8.

²⁷¹ Arrêt du 31 août 2004 dans la cause 5P.74/2004, par exemple.

²⁷² Selon l'art. 62 LAMal, voir notamment ATF 125 V 437 ; voir aussi Virginie MANTILLA, Les formes particulières d'assurance dans l'assurance-maladie obligatoire (thèse), Fribourg 2023 (destinée à publication).

établie par l'assureur, en contrepartie d'une réduction de sa prime d'assurance.

4.3.4 Le droit de choisir ou de quitter un établissement hospitalier

La liberté personnelle ou les droits de la personnalité implique en outre pour le patient le droit de pouvoir choisir l'établissement hospitalier ou sanitaire dans lequel il va être admis²⁷³.

Les restrictions antérieures qui découlaient de la législation sur l'assurance-maladie, qui n'autorisaient une hospitalisation hors du canton de domicile de l'assuré qu'à des conditions assez strictes²⁷⁴, ont été quasi totalement abrogées : désormais, le patient peut se faire admettre à sa guise dans tous les hôpitaux figurant sur un document dénommée « liste hospitalière » de son canton de domicile, ou sur la liste du canton dans lequel il souhaite être hospitalisé²⁷⁵.

Demeurent toutefois, dans tous les cas, certaines limites objectives, que rappellent les législations sanitaires cantonales : l'admission dans un établissement hospitalier peut évidemment être restreinte en fonction des disponibilités de l'institution, ou en fonction de la mission de l'établissement²⁷⁶.

²⁷³ Selon l'art. 45 al. 2 de la Loi fribourgeoise sur la santé du 16 novembre 1999, par exemple.

²⁷⁴ En substance, une situation d'urgence médicale ou la non-disponibilité des soins nécessaires dans le canton de domicile.

²⁷⁵ Art. 41 al. 1bis LAMal. La Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) tient un inventaire des listes hospitalières cantonales et des tarifs hospitaliers, https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/themen/spitalfinanzierung/GDK-UEbersicht_Spitallisten_Spitaltarife.pdf.

²⁷⁶ Art. 79 al. 1^{er} de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé.

La liberté personnelle implique aussi pour le patient le droit de quitter un établissement hospitalier à sa guise, même contre un avis médical, quitte à devoir signer une « décharge », parfois expressément prévue par le droit cantonal.²⁷⁷

4.3.5 *Le droit à l'information*

La doctrine retient l'existence d'un droit à l'information en matière de soins²⁷⁸. Ce droit comporte en fait plusieurs composantes, selon que l'information vise l'ensemble de la population, une catégorie particulière de cette population, par exemple les patients hospitalisés, ou enfin, si l'information est destinée à un patient spécifique, dans le cadre d'une relation thérapeutique.

Ainsi, diverses lois fédérales prévoient une obligation d'information à propos des risques et des moyens de prévention des accidents, professionnels²⁷⁹ ou non professionnels²⁸⁰, des maladies professionnelles²⁸¹ ou encore des maladies transmissibles²⁸², en faveur de la population en général ou de certaines catégories de la population.

Dans le domaine des denrées alimentaires, les autorités doivent renseigner le public sur les risques pour la santé que pourraient présenter certaines denrées alimentaires, ou lorsque sont disponibles de nouvelles « connaissances scientifiques d'intérêt général en matière de nutrition », qui pourraient notamment être « utiles à la prévention des maladies, à la

²⁷⁷ « Confirmation écrite de sa décision », selon l'art. 36 al. 1^{er} de la Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé.

²⁷⁸ Voir Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1725 ss ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 247 ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 107 ss ; Jean-François DUMOULIN, *Les droits des patients – généralités*, in: Romano LaHarpe et al., p. 246 s. ; Dominique MANAI, p. 79 ss ; Coralie DEVAUD, p. 103 ss ; Tomas POLEDNA, Brigitte BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Berne 2002, p. 62 ss.

²⁷⁹ En particulier en exécution de l'art. 6 de l'Ordonnance du 19 décembre 1983 sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (Ordonnance sur la prévention des accidents, OPA) RS 832.30 et des ordonnances spécifiques listées dans la section 832.31 du RS.

²⁸⁰ Selon l'art. 88 LAA.

²⁸¹ Selon les ordonnances spécifiques listées dans la section 832.32 du RS.

²⁸² Selon l'art. 9 de la Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp, RS 818.101).

protection de la santé et à l'alimentation durable »²⁸³. Elles doivent en outre veiller à un étiquetage approprié des médicaments²⁸⁴, des produits chimiques²⁸⁵ et des denrées alimentaires²⁸⁶, en particulier lorsque ces produits alimentaires sont commercialisés en vantant d'éventuelles vertus bénéfiques pour la santé (« allégations nutritionnelles et de santé »)²⁸⁷.

Les autorités sanitaires cantonales peuvent s'associer à certaines de ces campagnes d'information, notamment en matière de maladies transmissibles²⁸⁸, mais leur devoir d'information, en exécution de leur propre législation et de leur politique de promotion de la santé et de prévention, est souvent bien plus vaste et couvre en réalité tous les domaines de la santé²⁸⁹.

L'information peut aussi être plus ciblée, notamment lorsqu'elle est destinée à une catégorie particulière de personnes ou de patients, ainsi les patients hospitalisés qui doivent recevoir lors de leur admission, en exécution de plusieurs législations sanitaires cantonales, « une information écrite, aisément lisible, sur [leurs] droits et [leurs] devoirs, ainsi que sur les conditions de [leur] séjour »²⁹⁰.

Cependant, la composante la plus importante du droit à l'information est peut-être celle qui a trait aux éléments dont le patient doit disposer avant de se déterminer par rapport aux soins qui lui sont proposés et qu'il va accepter ou refuser. Le choix des soins doit en effet être éclairé, en ce sens

²⁸³ Art. 24 de la Loi fédérale du 20 juin 2014 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (Loi sur les denrées alimentaires, LDAI, RS 817.0).

²⁸⁴ Art. 26 ss de l'Ordonnance sur les médicaments (OMéd, RS 812.212.21) et art. 12 ss de l'Ordonnance sur les exigences relatives aux médicaments (OEMéd, RS 812.212.22) ; à propos de la publicité pour les médicaments ; voir ATF 123 I 201.

²⁸⁵ Evidemment à propos des dangers pour la santé que ces produits représentent et des mesures de précaution et de protection à prendre, selon les art. 7 et 28 de la Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (Loi sur les produits chimiques, LChim, RS 813.1).

²⁸⁶ Art. 13 al. 3 LDAI relatif aux prescriptions supplémentaires concernant la désignation des denrées alimentaires « pour protéger la santé des personnes particulièrement exposées. »

²⁸⁷ Art. 13 al. 4 LDAI et art. 34 s. de l'Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 concernant l'information sur les denrées alimentaires (OIDAI, RS 817.022.16).

²⁸⁸ Conformément, par exemple, à l'art. 48 al. 2 de la Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1999.

²⁸⁹ Ainsi à l'art. 16 al. 1^{er} lettre a de la Loi genevoise sur la santé du 7 avril 2006 ou à l'art. 44 de la Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995.

²⁹⁰ Par exemple selon l'art. 24 de la Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995.

qu'il doit être précédé d'une information transmise au patient par le soignant. L'information doit porter en particulier sur le diagnostic, sur le pronostic, sur le traitement préconisé et son déroulement, sur d'éventuelles alternatives thérapeutiques, sur les possibles risques liés au traitement, sur la délégation du traitement ou de certains actes du traitement à d'autres soignants si tel est le cas et, enfin, sur les aspects financiers de la prise en charge et son remboursement par une assurance sociale²⁹¹.

4.3.6 *Le droit au consentement libre et éclairé*

Lorsque le patient a été dûment informé, il peut alors choisir, en dehors de toute forme de contrainte et sans devoir se justifier, s'il accepte les soins qui lui sont proposés, ou s'il les décline.

Ce droit d'accepter ou de refuser des soins est plus spécifiquement formalisé dans le droit au consentement libre et éclairé aux actes ou traitements médicaux, qui fait l'objet d'un chapitre particulier²⁹².

5. Dans les Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)

Fondée en 1943, l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) « s'engage aujourd'hui comme médiateur entre la science et la société »²⁹³. Elle constitue une autorité reconnue et soutenue par la Confédération en matière d'éthique médicale en Suisse²⁹⁴. Parmi les buts qu'elle s'est fixés figure « la clarification de questions éthiques en relation avec le progrès médical ».

²⁹¹ Voir en particulier Coralie DEVAUD, p. 145 ss. Le Code de déontologie de la FMH l'exige sans ambiguïté, à son art. 10.

²⁹² Voir plus loin, p. 73 ss.

²⁹³ <https://www.samw.ch/fr/Portrait.html>.

²⁹⁴ Voir Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 67 ss ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 15 s. ; Jean-François DUMOULIN, Droit de la santé, éthique médicale ou déontologie ? in: Romano LaHarpe et al., p. 105 ss.

A ce titre, elle a émis plusieurs directives qui abordent la question du libre choix en matière de soins. Celles qui concernent la « [c]apacité de discernement dans la pratique médicale »²⁹⁵ proposent aux professionnels de la santé une « orientation » afin d'évaluer la capacité de discernement en situation clinique²⁹⁶, un élément clef pour obtenir d'un patient un consentement valable. Les directives qui ont trait aux « Directives anticipées »²⁹⁷, un outil efficace d'autodétermination, sont aussi conçues comme une « orientation » à propos du contenu d'un tel document et des points qui « méritent une attention particulière lors de la rédaction »²⁹⁸.

On doit en outre citer les Directives médico-éthiques en matière de « [m]esures de contrainte en médecine »²⁹⁹. Elles sont applicables aux soins dispensés sans consentement dans le cadre du droit civil, notamment à un placement à des fins d'assistance³⁰⁰, aux mesures sanitaires imposées par la législation sur les épidémies³⁰¹ et à la mise en œuvre de traitements ordonnés par une autorité pénale en tant que « mesures pénales »³⁰².

Quant aux directives qui visent l'« exercice de la médecine auprès de personnes détenues »³⁰³, elles comportent une section qui vise spécifiquement les devoirs du médecin lors de la phase d'évaluation médicale qui précède un renvoi³⁰⁴, notamment pendant la détention en vue d'un refoulement³⁰⁵. Une seconde section aborde son rôle en tant que

²⁹⁵ Approuvées par le Sénat de l'ASSM le 29 novembre 2018, <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

²⁹⁶ Directives sur la capacité de discernement, p. 6.

²⁹⁷ Approuvées par le Sénat de l'ASSM le 19 mai 2009, adaptées au 1^{er} janvier 2013, <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

²⁹⁸ Directives sur les directives anticipées, p. 5-6 ; voir aussi plus loin, p. 109 ss.

²⁹⁹ Approuvées par le Sénat de l'ASSM le 19 novembre 2015, <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

³⁰⁰ Voir plus loin, p. 245 ss.

³⁰¹ Voir plus loin, p. 527 ss.

³⁰² Page 8 1^{er} § des Directives sur les mesures de contrainte en médecine. A propos des traitements en tant que « mesures pénales », voir plus loin, p. 373 ss.

³⁰³ Approuvées par le Sénat de l'ASSM le 28 novembre 2002, adaptées en 2012 pour une entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

³⁰⁴ Directives sur l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues, p. 7-8.

³⁰⁵ Directives sur l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues, p. 21 s.

médecin accompagnant lors d'une procédure d'expulsion du territoire suisse³⁰⁶.

Le Tribunal fédéral a reconnu la légitimité de l'Académie et la pertinence de ses directives³⁰⁷. Il souligne cependant qu'elles sont « établies par une fondation qui n'exerce pas de puissance publique » et que, dès lors, « [elles] n'ont pas force de loi »³⁰⁸. La FMH, quant à elle, les intègre en général dans son Code de déontologie³⁰⁹.

6. Dans le Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH)

Le Code de déontologie, adopté par la FMH le 12 décembre 1996³¹⁰, a pour but de « règle[r] le comportement du médecin envers ses patients, ses confrères, les autres partenaires de la santé publique et la société ». Il vise notamment à « promouvoir une relation de confiance entre médecin et patient » (art. 1^{er}).

Matériellement, ce Code correspond à des normes privées, adoptées par une association de droit privé, dont les premiers destinataires sont les membres de l'association qui les a édictées. Elles ne constituent par conséquent pas une source de droit au sens strict³¹¹, et le préambule du Code de déontologie le rappelle clairement : « La législation fédérale ou cantonale, en particulier le droit sanitaire cantonal, prime dans tous les cas le code de déontologie ».

³⁰⁶ Directives, p. 21 ss.

³⁰⁷ ATF 142 I 195, 199.

³⁰⁸ ATF 136 IV 97, 112.

³⁰⁹ A son art. 18. La FMH a cependant renoncé dans un premier temps à intégrer les directives approuvées par le Sénat le 17 mai 2018 relatives à l'« attitude face à la fin de vie et à la mort » et a continué à se référer aux directives relatives à la « prise en charge des patientes et patients en fin de vie » de 2005 ; elle s'y est finalement ralliée en mai 2022 (en vigueur depuis octobre 2022).

³¹⁰ Plus précisément encore, adopté par la Chambre médicale suisse, « organe suprême de la FMH » (art. 18 de ses statuts) ; en vigueur dès le 1^{er} juillet 1997, http://www.fmh.ch/files/pdf18/Standesordnung_August_2016_F.pdf.

³¹¹ Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 59 ss ; Regula AEBI-MÜLLER, p. 16 s.

Le Code peut cependant servir de source d'inspiration pour les autorités chargées d'élaborer des règles de droit, ou pour les juridictions chargées d'interpréter ces règles. Le Tribunal fédéral considère en effet que « la FMH [est] une association suffisamment représentative pour que ses usages puissent être considérés comme objectifs et pertinents par rapport à la disposition légale [à interpréter] »³¹².

Quoique le Code ne comporte aucune disposition spécifiquement consacrée à la notion de libre choix en matière de soins, il contient un article qui traite du respect de la dignité du patient et rappelle la nécessité de « tenir compte » de sa personnalité, de sa volonté et de ses droits (art. 4). Il rappelle aussi le principe du libre choix du médecin (art. 5) et celui du devoir d'information (art. 10).

* * * * *

³¹² Arrêt rendu le 21 février 2013 dans la cause 2C_1083/2012, cons. 5.1 ; voir aussi Coralie DEVAUD, p. 102.

CHAPITRE III :

Le consentement libre et éclairé aux actes ou traitements médicaux

1. Introduction

Parmi tous les droits reconnus aux patients, celui qui formalise de façon emblématique le principe du libre choix en matière de soins et sur lequel repose la relation entre patients et soignants est sans doute le droit au consentement libre et éclairé. Ce droit implique, pour les professionnels de la santé, l'obligation de recueillir auprès de leurs patients capables de discernement leur consentement libre et éclairé avant d'entreprendre tout acte ou traitement médical, qu'il soit de nature thérapeutique, diagnostique ou préventive ; il déploie ses effets aussi bien pour des soins somatiques que pour des soins psychiatriques³¹³.

Il s'agit d'un principe essentiel du droit de la santé, formellement consacré par le Tribunal fédéral en 1979³¹⁴, même s'il l'avait déjà évoqué, de manière tout à fait allusive, dans une jurisprudence plus

³¹³ Voir notamment Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 2016 ss ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 287 ss ; *Guide pratique FMH-ASSM*, p. 42 ss ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 158 ss ; Jean-François DUMOULIN, *Consentement libre et éclairé et refus de soins*, in: Romano LaHarpe et al., p. 269 ss ; Dominique MANAI, p. 33 ss ; Tomas POLEDNA, Brigitte BERGER, p. 67 ; Olivier GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient – Paternalisme ou autodétermination ?*, Neuchâtel 1986, p. 23 ss. Voir aussi le document rédigé par la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, avec l'Académie suisse des sciences médicales, *L'autonomie en médecine : 7 thèses*, Swiss academies communications, vol. 15, no 11, 2020.

³¹⁴ L'arrêt 105 II 284 figure dans le volume 105 des ATF consacré aux décisions rendues en 1979 ; il est daté, probablement par erreur, du 13 novembre 1980.

ancienne³¹⁵. Il se retrouve évidemment dans toutes les législations sanitaires cantonales, en tant que principe général, et dans les domaines spécifiques de droit de la santé qui relèvent de la compétence du législateur fédéral.

Le consentement du patient constitue au surplus le fait justificatif qui retire à l'intervention du soignant son caractère illicite ; il permet en effet aux soignants de procéder à des actes qui, en soi, représentent des atteintes à l'intégrité corporelle ou psychique. Si le consentement fait défaut ou s'il a été obtenu de manière irrégulière, il devient alors un élément important dans une réflexion de responsabilité médicale, civile, pénale ou disciplinaire³¹⁶.

2. Consentement libre

2.1 Absence de pression psychologique ou de contrainte physique

Le consentement du patient est libre s'il est exempt de tromperie ou de contrainte psychologique, sous quelque forme que ce soit, ou de contrainte physique ou de menace de contrainte psychologique ou physique³¹⁷.

Selon le Tribunal fédéral, « [i]l ne doit être entaché ni de tromperies (mensonges du médecin), ni de pressions, et encore moins de menaces. Les pressions d'ordre psychologique ne sont pas évidentes à définir ; il peut en effet être difficile de distinguer le conseil et la persuasion dont fait preuve un médecin consciencieux de la pression morale exercée par le praticien dont l'intensité invalide le consentement du malade »³¹⁸.

³¹⁵ ATF 66 II 34, 36.

³¹⁶ Arrêt du 11 novembre 2009 dans la cause 4A_485/2009, cons. 1.3; ATF 133 III 121, 128 ; 117 Ib 197, 200. Voir Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 495 ss ; Rachel CHRISTINAT, p. 143 ss ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 317 ss.

³¹⁷ Voir Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 299 s. ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 158 ; Dominique MANAI, p. 67 ss.

³¹⁸ Arrêt du 28 avril 2003 dans la cause 4P.265/2002, cons. 5.2, également publié dans la SJ 2994 I 117 et dans la RDAF 2003 I 635, commenté par Dominique

Un professionnel de la santé peut dès lors s'efforcer de convaincre son patient de changer d'avis, s'il refuse des soins qui paraissent indiqués en fonction de son état de santé. A lire la jurisprudence précitée, le Tribunal fédéral semble même attendre du soignant qu'il s'y emploie, comme devrait le faire un praticien « consciencieux »³¹⁹. Il convient toutefois de faire preuve de prudence et de retenue avec les patients fragiles psychologiquement, dont la capacité de résister est peut-être amoindrie et qui pourraient céder aisément, ainsi les adolescents, certaines personnes âgées³²⁰ ou les personnes souffrant de troubles psychiques.

Dans un contexte particulier, le droit fédéral règle spécifiquement la situation du potentiel donneur d'organe vivant : la proximité génétique entre membres d'une même famille favorise la compatibilité tissulaire, de sorte qu'un organe prélevé sur un membre de cette famille peut souvent en sauver un autre. On imagine sans difficulté le genre de pression qui peut être exercé, même tacitement, sur le donneur potentiel afin qu'il consente au prélèvement³²¹. Selon l'Ordonnance fédérale sur la transplantation, un « spécialiste indépendant, disposant de l'expérience nécessaire à ce type de vérification », doit s'assurer que le donneur a véritablement consenti librement³²² au prélèvement³²³.

La législation prévoit toutefois des situations dans lesquelles le consentement n'est pas libre parce qu'il est associé à une pression psychologique : bien que le patient reste « libre » de refuser l'acte médical, la perspective d'un désavantage auquel il s'expose s'il ne

MANAÏ, De l'autonomie du patient : à quelles conditions sa décision est-elle libre ?
in: Revue suisse de droit de la santé 2004, p. 5 ss.

³¹⁹ Arrêt déjà cité du 28 avril 2003 dans la cause 4P.265/2002, cons. 5.2.

³²⁰ Voir sur ce point les Directives de l'ASSM relatives à la « [p]rise en charge et [au] traitement des personnes atteintes de démence », approuvées par le Sénat le 16 novembre 2017, p. 10.

³²¹ Voir les Directives de l'ASSM relatives « [d]on d'organes solides par des personnes vivantes », approuvées par le Sénat le 20 mai 2008, p.10.

³²² Art. 10 al. 1^{er} de l'Ordonnance fédérale du 16 mars 2007 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine (Ordonnance sur la transplantation, RS 810.211).

³²³ La Loi relative à la recherche sur les cellules souches (LRCS, RS 810.31) exige aussi expressément qu'un couple consente « librement » à l'utilisation d'un embryon surnuméraire en vue de la production de cellules souches embryonnaires. Une telle utilisation ne constitue cependant pas un acte médical de nature à porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique du couple concerné.

collabore pas – selon le mécanisme juridique de l'incombance - est de nature à le faire plier. Dans d'autres situations, certes plus rares, la liberté de refuser l'acte médical ou les soins n'existe plus : en cas de refus de collaborer, l'acte est concrètement mis en œuvre, au besoin par la contrainte physique. La loi encadre strictement les mesures de cette nature ; le chapitre suivant examine à quelles conditions générales elles sont admissibles³²⁴ et elles sont ensuite analysées plus en détail dans les divers chapitres de la partie spéciale.

2.2 Absence de pression de temps

Le consentement du patient doit aussi être donné en dehors de toute pression de temps : en d'autres termes, le patient doit disposer du temps nécessaire pour pouvoir réfléchir et décider « sereinement ». Lors « d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution et à ses conséquences, le patient a droit à une information claire et complète à ce sujet, dispensée suffisamment à l'avance pour qu'il puisse prendre en toute sérénité sa décision sur l'opération »³²⁵.

Un temps de réflexion d'un jour au moins et trois jours pour une intervention importante est de mise. « Hormis les cas d'urgence, relevant de l'état de nécessité, le patient doit pouvoir fournir son consentement au plus tard un jour avant une opération sans gravité particulière ; en revanche, si l'intervention est lourde ou présente des risques importants, le temps nécessaire pour forger la détermination du malade doit être de trois jours au moins. Une information délivrée la veille de l'opération est de toute façon inadmissible, lorsque celle-ci était prévisible à terme »³²⁶. Un consentement obtenu peu avant l'intervention, lorsque le patient est déjà sous l'effet d'un sédatif, est clairement contraire à son droit à l'autodétermination.

³²⁴ Voir plus loin, p. 125 ss.

³²⁵ Arrêt déjà cité du 28 avril 2003 dans la cause 4P.265/2002, cons. 5.2.

³²⁶ *Ibidem*.

Bien qu'elles ne fixent pas de délais de réflexion précis, la Loi fédérale sur la recherche³²⁷, à son art. 16 al. 3, et l'Ordonnance sur la transplantation, à son art. 9 al. 3, par exemple, rappellent ces principes et prévoient que le patient doit disposer d'un délai « raisonnable » pour consentir ou refuser l'acte médical proposé.

La Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée³²⁸, elle, exige à son art. 6 al. 3, un « temps de réflexion » de quatre semaines entre l'entretien mené par le médecin avec le couple qui recourt à cette méthode et le début du traitement. Si trois cycles de traitement sont inefficaces, le consentement doit être renouvelé, après « un temps de réflexion suffisant », selon l'art. 5b al. 1^{er} LPMA.

2.3 Absence de pression institutionnelle

On peut également déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'il entend mettre le patient à l'abri de toute pression institutionnelle lorsqu'il exige, le cas échéant, que le temps nécessaire au patient pour forger son opinion puisse lui être accordé en dehors du cadre hospitalier ou médical, dont l'influence « même positive [...] est improprie à favoriser la formation de la volonté objective du patient »³²⁹.

Le patient devrait ainsi pouvoir, si son état l'autorise, différer son admission dans l'établissement hospitalier, voire le quitter s'il s'y trouve déjà et retourner chez lui, afin, par exemple, de consulter ses proches ou de prendre un deuxième avis auprès de son médecin traitant ou d'un autre médecin.

³²⁷ Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (Loi relative à la recherche sur l'être humain [LRH], RS 810.30).

³²⁸ Loi fédérale du 18 décembre 1988 sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 810.11). Voir notamment Andrea Büchler et Bernhard Rütsche (éd.), *Fortplanzungs-medizingesetz*, Berne 2020; Tifaine STEGMÜLLER, *Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant*, Genève, Zurich, Bâle 2020.

³²⁹ Arrêt déjà cité du 28 avril 2003 dans la cause 4P.265/2002, cons. 5.2. Le Tribunal fédéral cite en particulier Pascal PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung*, Zurich 1999, p. 116 s.

3. Consentement éclairé

3.1 Formulation de l'information

3.1.1 « Simple, intelligible et loyale »

Pour qu'il soit éclairé, le consentement du patient doit être précédé d'une information appropriée, qui va lui permettre de faire son choix en disposant des éléments nécessaires à sa réflexion.

Cette information doit être formulée de manière « simple, intelligible et loyale », selon la jurisprudence du Tribunal fédéral³³⁰. Le patient y a droit, ce qui fonde simultanément pour le soignant un devoir d'information³³¹. Plus l'intervention est délicate, plus « le patient a droit à une information claire et complète à ce sujet »³³².

Lorsqu'il communique l'information, le soignant devrait veiller à éviter les termes trop scientifiques, les abréviations du milieu médical ou le langage technique ou technologique, qui pourraient aisément échapper à son patient³³³. Il appartient sans doute au praticien diligent de s'assurer que son patient a réellement bien compris toutes ses explications. On peut imaginer que nombre de patients hésitent à demander des compléments d'information lorsqu'un mot ou une expression ne sont pas suffisamment clairs pour eux.

³³⁰ Arrêt du 10 septembre 2018 dans la cause 2C_233/2018 ; ATF 133 III 121, 129 ; 105 II 284, 287.

³³¹ ATF 119 II 456 ; 117 Ib 197 ; 116 II 519.

³³² ATF 133 III 121, 129 ; arrêt du 31 mai 1995 dans la cause 4C.348/1994, cons. 5a, SJ 1995 708 (partiellement); ATF 117 Ib 197. Voir par exemple Mauro POGGIA, Responsabilité médicale: questions choisies, in: Franz Werro, Pascal Pichonnaz, Le préjudice corporel : bilan et perspectives, Berne 2009, p. 203 ss

³³³ Voir notamment Robert Alexander MÜLLER, Ausgewählte Gebiete der betrieblichen Kommunikation eines Spitals und die Rechte der Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung der Patientenrechte, Zurich 2003, p. 105.

3.1.2 *Eléments objectifs et subjectifs*

L'information doit au surplus correspondre à la communication d'informations à la fois objectives et subjectives. Les premières font référence à des informations qui intéresseraient tous les patients avec un même état de santé ; les secondes ont trait aux informations spécifiquement destinées au patient concerné en fonction de sa situation personnelle, telles qu'elles peuvent être raisonnablement déterminées par un praticien diligent³³⁴.

Les informations objectives ou certaines d'entre elles peuvent peut-être être remises au patient sous forme écrite ou enregistrée, si le praticien se tient à disposition pour répondre à d'éventuelles questions complémentaires ; les informations subjectives ne peuvent réellement pas être livrées autrement qu'à l'occasion d'un dialogue³³⁵.

3.1.3 *Difficultés de communication liées à la langue ou à la culture*

Si les difficultés de communication proviennent non pas du vocabulaire, mais plus généralement de la langue utilisée, le praticien devrait dans la mesure du possible avoir recours à une traduction³³⁶, avec l'accord du patient et en veillant à régler préalablement la question

³³⁴ Dominique MANAI, Le devoir d'information du soignant, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 255 ss ; Coralie DEVAUD, p. 142 ss ; Claudia FINK, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Berne 2008, p. 138 ss ; Antoine ROGGO, Aufklärung des Patienten – Eine ärztliche Informationspflicht, Berne 2002, p. 75 ss.

³³⁵ Arrêt du 27 novembre 2001 dans la cause 4C.229/2000 ; lors de la remise d'un médicament, il importe de renseigner le patient à propos de risques d'interactions médicamenteuses et le praticien ne peut « se libérer en exigeant de son patient qu'il se documente lui-même ou qu'il lise les prescriptions médicales figurant sur la notice » insérée dans l'emballage du médicament.

³³⁶ Voir sur ce point la motion 08.3642 du 3 octobre 2008 déposée par le Conseiller aux Etats Luc Recordon, rejetée le 18 décembre 2008. La LPMed exige depuis le 1er janvier 2018 qu'un soignant exerçant une profession médicale à titre indépendant « dispose des connaissances nécessaires dans une langue officielle du canton pour lequel l'autorisation est demandée » (art. 36 al. 1^{er} lettre c LPMed), une condition qui se retrouve dans la LPSan (art. 12 al. 1^{er} lettre c LPSan). Voir aussi Yves DONZALLAZ, Traité de droit médical vol. II, p. 1827 ss.

de la confidentialité imposée au traducteur³³⁷. L'information est en effet un élément essentiel du consentement et ne peut pas être écartée au seul motif que le soignant et le patient ne parlent pas la même langue.

Des difficultés peuvent également surgir en raison de l'origine culturelle du patient, peut-être réticent à se confier à propos de son affection ou de ses effets³³⁸. Les soignants devraient être dans la mesure du possible attentifs à ce genre de problématique ; on attend d'ailleurs d'eux qu'ils développent des « compétences sociales » lors de leur formation (art. 7 LPMed et art. 4 LPSan), de manière à pouvoir « comprendre les patients en tant qu'individus et dans leur environnement social » (art. 8 lettre g LPMed). Le Conseil fédéral évoque dans ce contexte les « compétences transculturelles » dont devraient disposer les soignants à l'issue de leur cursus de formation³³⁹. La résolution de ces difficultés peut passer, à nouveau, par le recours à un « interprète culturel », en veillant une fois encore à la question du consentement et de la confidentialité, même si ce genre de modalités particulières peut « dans certains cas relever de l'exercice d'équilibrisme ... »³⁴⁰.

3.1.4 Information « par oral » ou « par écrit »

En principe, l'information communiquée au patient par le soignant peut l'être oralement.

Par exception, le droit fédéral exige dans certains cas une communication de l'information par écrit. Ainsi, dans le contexte de la recherche biomédicale, le droit fédéral prévoit que les informations

³³⁷ Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 145. Voir par exemple, dans ce contexte, la recommandation consultative du Conseil d'éthique clinique des Hôpitaux universitaires de Genève, émise le 15 mars 2002, « Droit pour les patients de langue étrangère à bénéficier d'un interprète dans les HUG », <https://www.hug.ch/sites/interhug/files/documents/soigner/ethique/etranger-interprete.pdf>.

³³⁸ En réalité, la difficulté pourrait aussi surgir en raison de l'origine culturelle du soignant ; voir notamment Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1814 ss et p. 1818 ss.

³³⁹ Message LPSan 2015 7950, cité par Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol.II, p. 1820.

³⁴⁰ Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1816.

livrées à un patient qui pourrait participer à un projet de recherche doivent lui être communiquées à la fois « par oral et par écrit, sous une forme compréhensible »³⁴¹. La Loi sur l'analyse génétique humaine³⁴² exige aussi une information écrite pour toute analyse génétique en dehors du domaine médical (art. 32 al. 2 LAGH) et pour toute analyse génétique visant à déterminer la filiation hors procédure (art. 51 al. 3 LAGH).

Certaines législations cantonales, par exemple la législation genevoise et la législation valaisanne, ajoutent que le patient peut demander à se faire remettre un document écrit résumant les informations qui lui ont été fournies oralement³⁴³.

Enfin, le Code civil, à ses art. 433 CC et 436 CC, ne prévoit pas de communication écrite, mais exige que le plan de traitement d'une personne placée dans une institution en raison de troubles psychiques soit un plan écrit et que l'éventuel entretien de sortie à l'issue du placement soit « consigné par écrit », une exigence répétée à l'art. 21 al. 2 LAGH avant toute analyse génétique³⁴⁴ et à l'art. 52 al. 2 lorsque l'analyse génétique est réalisée en vue de déterminer la filiation.

3.2 Destinataire de l'information

En principe, la personne qui reçoit l'information est évidemment le patient lui-même. A moins qu'il ne l'accepte, la communication d'éléments d'information à une ou d'autres personnes constituerait une violation du secret professionnel imposé aux soignants, découlant en

³⁴¹ Selon l'art. 16 al. 2 de la Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (Loi relative à la recherche sur l'être humain, LRH, RS 810.30). L'art. 5 al. 1^{er} de la Loi relative à la recherche sur les cellules souches (LRCS, RS 810.31) le prévoit également, pour les couples, à propos de l'utilisation d'un embryon surnuméraire en vue de la production de cellules souches embryonnaires.

³⁴² Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 810.11).

³⁴³ Art. 45 al. 2 de la Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé ; art. 29 al. 2 de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé.

³⁴⁴ Selon le Message LAGH 2017, 5375, cette exigence ne concernerait que les analyses génétiques prénatales ; elle est cependant formulée à l'art. 21, relatif « au conseil génétique en général ».

particulier de l'art. 321 CPS³⁴⁵, et prévu par de nombreuses autres législations de droit sanitaire³⁴⁶.

En matière d'analyse génétique, le droit fédéral le rappelle expressément, même dans des circonstances où, pourtant, le résultat des tests pourrait constituer une information essentielle pour les membres de la famille du patient, pour son conjoint ou pour son partenaire : à moins que le patient n'y consente, le médecin ne peut livrer les résultats d'une analyse qu'à la personne concernée³⁴⁷. Lorsque le praticien considère que la communication du résultat s'impose en dépit du refus de son patient, il doit s'adresser à l'autorité compétente pour se faire délier de son obligation de confidentialité³⁴⁸.

Il existe cependant certains cas particuliers dans lesquels l'information est aussi livrée à un tiers. Ainsi, lorsqu'un couple envisage de recourir à la procréation médicalement assistée, l'entretien au cours duquel l'information est communiquée réunit le couple concerné ; il est vrai que le recours à de telles méthodes est réservé aux couples mariés (art. 3 LPMA). En revanche, lorsqu'une stérilisation ou une interruption de grossesse est envisagée, le droit fédéral ne prévoit pas que l'information soit également livrée au conjoint, lorsque le patient ou la patiente est engagé dans une relation de couple³⁴⁹.

Si le patient est durablement inconscient ou incapable de discernement, l'information qui lui est due doit être livrée à son représentant, dans la mesure utile pour que celui-ci puisse prendre une

³⁴⁵ Frédéric ERARD, *Le secret médical*, Zurich 2021 ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 353 ss ; Niklaus OBERHOLZER, *Kommentar ad Art. 321 StGB*, in: *Basler Kommentar StGB*, p. 5457 ss ; Benoît CHAPPUIS, *Commentaire ad art. 321 CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 2156 ss ; Bernard CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3e éd., Berne 2010, p. 750 ss.

³⁴⁶ Par exemple, selon l'art. 80 de la Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 ou l'art. 62 de la Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995.

³⁴⁷ Selon l'art. 19 al. 1er de la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine (LAGH, RS 810.12).

³⁴⁸ Selon l'art. 26 al. LAGH. L'autorité compétente est l'autorité instituée par le canton en exécution de l'art. 321 ch. 2 CPS.

³⁴⁹ La législation cantonale argovienne, qui était applicable aux procédures de stérilisation avant que le droit fédéral ne soit édicté, prévoyait de telles modalités d'information ; voir en particulier Olivier GUILLOD, *La stérilisation de personnes mentalement déficientes*, in: Pierre-Henri Bolle, Henri-Robert Schüpbach (éd.), *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Bâle, Genève 2000, p. 109 ss.

décision, lorsqu'une telle décision doit être prise. Ce représentant peut être un représentant thérapeutique, désigné par le patient lui-même dans des dans un mandat pour cause d'incapacité au sens des art. 360 ss CC ou dans des directives anticipées au sens des art. 370 ss CC, un représentant légal s'il en a été pourvu ou, enfin, le représentant désigné par la loi pour prendre à sa place des décisions médicales lorsqu'il en est empêché, selon l'art. 378 CC³⁵⁰.

3.3 Contenu de l'information

La législation fédérale qui encadre les méthodes relevant de la biotechnologie contient des dispositions particulières qui détaillent le contenu de l'information ou du conseil à livrer aux personnes qui envisagent d'y avoir recours ou d'y participer, ainsi la Loi sur la procréation médicalement assistée³⁵¹, à ses art. 6, 6a et 18 ; la Loi sur l'analyse génétique humaine, à ses art. 6, 21, 22 et 23 ; et la Loi relative à la recherche sur l'être humain, à son art. 16³⁵². Dans la Loi sur la transplantation³⁵³, à son art. 15, et dans la Loi sur la radioprotection³⁵⁴, à son art. 15 al. 3, le législateur a préféré déléguer au Conseil fédéral le soin de définir les exigences auxquelles doit satisfaire l'information³⁵⁵.

³⁵⁰ Voir plus loin, p. 117 ss. Voir aussi Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. III, p. 3692 ss et p. 3718 ss ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 303 s. ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 140 ss ; Coralie DEVAUD, p. 128 ss.

³⁵¹ Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 810.11).

³⁵² Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (Loi relative à la recherche sur l'être humain [LRH] ; RS 810.30). L'art. 16 al. 3 LRH autorise toutefois le Conseil fédéral à déterminer d'autres éléments à fournir dans le cadre de l'information, ce qu'il a fait à l'art. 8 de l'Ordonnance du 20 septembre 2013 relative à la recherche sur l'être humain (ORH, RS 810.301).

³⁵³ Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation, RS 810.21).

³⁵⁴ Loi fédérale du 22 mars 1991 sur la radioprotection (LRaP, RS 814.50).

³⁵⁵ Ce qu'il a fait aux art. 9, 35 et 36 de l'Ordonnance sur la transplantation et à l'art. 38 de l'Ordonnance sur la radioprotection (seulement à propos des risques et des bénéfices de l'exposition médicale aux rayonnements, pour l'Ordonnance sur la radioprotection).

Si l'on excepte ces cas particuliers, l'information livrée par le soignant à son patient avant d'entreprendre un acte ou un traitement médical doit, selon la doctrine et la jurisprudence souvent codifiées dans les législations sanitaires cantonales, porter en particulier sur les points suivants :

3.3.1 *Information sur l'état de santé*

Lors d'une consultation, l'information communiquée au patient après l'anamnèse, l'examen clinique et d'éventuels tests ou analyses doit porter sur l'état de santé. S'il souffre d'une pathologie, l'information doit d'abord porter sur le diagnostic et, si des examens ou des analyses ont été exécutés, sur leur résultat et leur signification³⁵⁶. La question de l'information sur des soupçons de pathologie est controversée ; comme le soutiennent certains auteurs, lorsque ces soupçons ont une influence sur le traitement proposé, ils devraient également être communiqués au patient³⁵⁷.

Le praticien doit ensuite livrer à son patient des informations sur le pronostic, c'est-à-dire sur l'évolution de la maladie et son issue prévisible si le traitement est entrepris, ou s'il ne l'est pas³⁵⁸. « [Le pronostic englobe] aussi bien les effets prévisibles, provisoires et durables du traitement envisagé que l'évolution de la maladie en l'absence de toute mesure thérapeutique »³⁵⁹.

3.3.2 *Information sur le traitement*

L'information relative au traitement doit comporter des éléments touchant à son déroulement, tels que sa durée, son éventuel caractère urgent, son impact sur la vie quotidienne et sur la capacité de travailler

³⁵⁶ Coralie DEVAUD, p. 147.

³⁵⁷ Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 116 s.

³⁵⁸ Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 304 s. ; Dominique MANAI, p. 86 ss ; Coralie DEVAUD, p. 146 s. ; Claudia FINK, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Berne 2008, p. 178 ; Antoine ROGGO, p. 89 ss et 110 ss.

³⁵⁹ Coralie DEVAUD, p. 148.

voire sur la capacité de se mettre au volant³⁶⁰, notamment³⁶¹. La jurisprudence du Tribunal fédéral comporte dans ce contexte un arrêt³⁶² dans lequel il mentionne en particulier la « conduite thérapeutique adéquate », c'est-à-dire le « comportement que [le patient] devra désormais adopter dans sa vie pour le succès de la thérapie, ainsi que les contraintes (alimentaires, prises de médicaments) auxquelles il sera astreint »³⁶³. Lorsque l'acte médical proposé n'est pas un acte thérapeutique mais diagnostique, le patient doit être orienté sur le but poursuivi.

L'information sur le traitement doit aussi proposer des éléments touchant aux alternatives thérapeutiques, en précisant leurs avantages et leurs inconvénients, si plusieurs alternatives sont envisageables. Il y a toujours au moins une alternative au traitement, celle qui consiste à ne pas l'entreprendre³⁶⁴.

3.3.3 *Information sur les risques*

Le praticien doit en outre livrer à son patient des informations touchant aux risques auxquels il s'expose en se soumettant au traitement ou à l'intervention proposée³⁶⁵.

La Loi sur la procréation médicalement assistée exige qu'un couple recourant à une méthode présentant un risque élevé de grossesse multiple soit spécifiquement informé à ce propos et qu'il accepte la naissance de tous les enfants³⁶⁶. L'Ordonnance sur la radioprotection

³⁶⁰ Voir plus loin, p. 676.

³⁶¹ Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 304 s. ; Coralie DEVAUD, p. 148 ; Antoine ROGGO, p. 92 ss et 110 ss ; Dominique MANAI, p. 86 ; Dominique MANAI, *Le devoir d'information du soignant*, in: Romano LaHarpe et al., p. 255 ss.

³⁶² ATF 116 II 519, JT 1991 I 634, cité par Dominique MANAI, *Le devoir d'information du soignant*, in: Romano LaHarpe et al., p. 259.

³⁶³ Dominique MANAI, *Le devoir d'information du soignant*, in: Romano LaHarpe et al., p. 259.

³⁶⁴ Antoine ROGGO, p. 113.

³⁶⁵ Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 3338 ss ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 306 ss ; Coralie DEVAUD, p. 149 ss ; Antoine ROGGO, p. 100 ss ; Dominique MANAI, p. 86.

³⁶⁶ Art. 5b al. 3 de la Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 810.11).

exige quant à elle que les patients soient informés des risques – mais aussi des bénéfices - de leur exposition médicale aux rayonnements ionisants³⁶⁷.

Hormis ces deux cas tout à fait spécifiques, le droit fédéral ne livre en général pas de détails supplémentaires concernant l'information sur les risques ; or, les contours de cette information sont probablement ceux qui sont les plus délicats à tracer. Il est en effet difficile de distinguer ce qui constitue véritablement un risque de ce qui représente un aléa thérapeutique³⁶⁸. Le Tribunal fédéral a occasionnellement recours à la fréquence statistique³⁶⁹ telle qu'elle est parfois présente dans la littérature médicale ou scientifique – « une fois sur cent » ou « une fois sur mille », par exemple -, mais il n'a jamais fixé de seuil au-delà duquel on ne serait plus en présence d'un risque, une incertitude qualifiée d'« inévitable » par certains auteurs³⁷⁰. Au demeurant, ce critère, exprimé de manière scientifique ou mathématique et, partant, solide en apparence, ne l'est pas totalement : la réalisation du risque reste tributaire, malgré la valeur chiffrée qui lui est attribuée, de l'expérience ou de l'habileté du soignant, comme du l'état de santé ou de certaines prédispositions du patient.

La fréquence statistique ne suffit cependant pas à elle seule à définir le risque ; elle doit encore être combinée avec le facteur de gravité du risque, s'il devait se concrétiser³⁷¹. Malheureusement, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas, non plus, livré d'éléments très précis pour apprécier ce que peut représenter un risque grave³⁷².

³⁶⁷ Art. 38 de l'Ordonnance du 26 avril 2017 sur la radioprotection (ORaP, RS 814.501).

³⁶⁸ Qui serait « rarissime » ou « imprévisible », comme l'a retenu le Tribunal fédéral pour un événement dommageable à l'origine de l'arrêt du 26 octobre 2010 dans la cause 6B_733/2010. On voit d'ailleurs mal comment un soignant pourrait prévoir un risque imprévisible.

³⁶⁹ Par exemple, dans l'arrêt du 6 février 2017 dans la cause 4A_483/2016. Le risque était évalué par les experts entre 0,2 et 1,2 sur 10'000 ; il s'agissait en l'occurrence d'une ponction lombaire à l'origine d'une grave infection. Le Tribunal fédéral a considéré que, malgré la gravité du risque en cause, le risque était « très faible », de sorte que « le médecin ne semble pas tenu d'informer le patient du risque » (cons. 4.2).

³⁷⁰ Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 307.

³⁷¹ Dominique MANAI, p. 90.

³⁷² ATF 117 Ib 197, 204.

Dans sa jurisprudence la plus récente, il évoque notamment « les conséquences particulièrement délicates » d'une intervention³⁷³, une notion qui ne permet pas de cerner davantage ce concept.

Cette omission est d'autant plus regrettable que certains risques graves sont inhérents à tout traitement ou intervention et constituent par conséquent des risques généraux, qui se distinguent des risques spécifiques découlant de l'état de santé du patient et de son affection. Or, selon le Tribunal fédéral, ces risques généraux – il cite à titre d'exemples les embolies, les infections, les hémorragies ou les thromboses - n'ont pas à être expliqués par le soignant, dans la mesure où ils seraient connus de tous³⁷⁴. Ces considérations ne sont pas convaincantes³⁷⁵ : si on peut – éventuellement - suivre le Tribunal fédéral lorsqu'il affirme que les patients comprennent sans explication en quoi consiste un risque d'hémorragie ou d'infection, il n'est vraiment pas certain que tous sachent ce qu'est une thrombose ou une embolie.

Il faut en définitive considérer que l'information relative aux risques devrait porter à la fois sur les risques généraux et sur les risques spécifiques de l'acte médical envisagé, en tout cas s'il « comporte des dangers particuliers » ou pourrait entraîner une « atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle »³⁷⁶. Ainsi formulé, ce principe laisse encore le soignant face à la difficulté de déterminer si son patient se trouve réellement exposé à un « risque », lorsqu'il est rarissime. Pour résoudre cette difficulté, il devrait prendre en compte la situation personnelle du patient, telle qu'elle est reconnaissable pour un médecin diligent³⁷⁷.

³⁷³ Arrêt déjà cité du 6 février 2017 dans la cause 4A_483/2016, cons. 4.1.

³⁷⁴ ZBl 97 (1996) 278, 281.

³⁷⁵ Dans le même sens, Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 307.

³⁷⁶ Arrêt déjà cité du 6 février 2017 dans la cause 4A_483/2016, cons. 4.1.

³⁷⁷ Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 307 ; Dominique MANAI, p. 92.

3.3.4 Information sur les aspects économiques

L'information doit également porter sur les aspects économiques du traitement, c'est-à-dire, essentiellement, sur la question de la prise en charge du traitement par une assurance sociale, en particulier par l'assurance-maladie, et sur les coûts³⁷⁸.

Cette obligation découle d'une décision du Tribunal fédéral de 1993³⁷⁹ : « Dans un pays comme la Suisse [...], l'intérêt du patient est certes d'être bien soigné mais aux frais de l'assurance. Par ailleurs, on peut attendre d'un médecin – qui est lié d'une manière ou d'une autre au système de l'assurance-maladie – qu'il reconnaisse au moins les cas douteux qui sont susceptibles de ne pas être pris en charge par les caisses-maladie. Il s'ensuit que le médecin assume un devoir d'information minimum en matière économique. Il lui appartient d'attirer l'attention du patient lorsqu'il sait qu'un traitement, une intervention ou ses honoraires ne sont pas couverts par l'assurance-maladie ou lorsqu'il éprouve ou doit éprouver des doutes à ce sujet. » Le Tribunal fédéral ajoute encore, à juste titre, que ce devoir d'information doit s'apprécier d'autant plus strictement que les montants en jeu sont importants³⁸⁰.

L'obligation a ensuite été reprise par les législateurs cantonaux et figure aujourd'hui parmi les obligations énoncées dans les législations sanitaires cantonales³⁸¹. Elle est parfois formulée de manière à n'être applicable qu'en cas de doute : « [L]e professionnel de la santé avertit le patient lorsque la prise en charge financière des prestations par l'assurance-maladie n'est pas garantie », ainsi dans la législation valaisanne³⁸². L'obligation de renseigner sur ces aspects est également ancrée dans la législation fédérale relative à la partie générale des assurances sociales (art. 27 LPGa).

³⁷⁸ Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1792 ss ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 305 ; Dominique MANAI, p. 87 ; Jean-Michel DUC, *Responsabilité du médecin – Le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient*, in: PJA 2011, 253 ss ; Coralie DEVAUD, p. 168 s.

³⁷⁹ ATF 119 II 456 ; voir aussi plus tard ATF 133 III 121.

³⁸⁰ ATF 119 II 456, 461.

³⁸¹ Par exemple, à l'art. 26 al. 1^{er} lettre d de la Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990.

³⁸² Art. 29 al. 4 de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé.

3.3.5 *Information sur la personne chargée des soins*

Enfin, selon une jurisprudence assez récente, l'information transmise au patient doit également porter sur l'identité du soignant qui va effectuer l'acte ou l'intervention, lorsque la mise en œuvre du traitement ou l'acte médical est délégué à un autre professionnel de la santé³⁸³.

3.4 Preuve de l'information

En cas de litige, « [c]'est au médecin qu'il appartient d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement éclairé de ce dernier préalablement à l'intervention »³⁸⁴. Dans un tel contexte, un dossier médical « bien tenu » prend toute son importance et sert fréquemment de moyen de preuve, même si son contenu dépend essentiellement du soignant³⁸⁵.

Ce qui précède n'est toutefois pas applicable aux procédures de nature pénale, où la règle usuelle relative au fardeau de la preuve, à charge de l'accusation, demeure³⁸⁶.

3.5 Limitations ou exceptions au devoir d'information

3.5.1 *Refus du patient*

Le droit fédéral, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent l'existence de limitations ou d'exceptions au devoir d'informer le patient sur son état de santé. La Convention d'Oviedo, à son art. 10 al. 2, autorise quant à elle la loi nationale à prévoir des restrictions au droit

³⁸³ Arrêt du 13 mai 2016 dans la cause 6B_788/2015, cons. 4.2.

³⁸⁴ Arrêt 4P.265/2002 déjà cité ; ATF 117 Ib 197 ; 113 Ib 420 ; 108 II 59.

³⁸⁵ Arrêt du 2 mai 2012 dans la cause 4A_737/2011 pour une jurisprudence dans laquelle la crédibilité des éléments du dossier est controversée.

³⁸⁶ Arrêt du 13 mai 2016 dans la cause 6B_788/2015, cons. 3 ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 309 s.

de savoir ou de ne pas savoir reconnu aux patients, pour autant que de telles restrictions soient édictées dans leur intérêt³⁸⁷.

La première d'entre elles vise la situation où le patient refuse de recevoir, totalement ou partiellement, l'information qui lui est en principe due. Le renoncement doit être exprès ou, au moins, résulter d'une attitude sans équivoque³⁸⁸. Cette exception est par exemple formalisée, dans le droit fédéral, dans la législation relative à l'analyse génétique humaine³⁸⁹; dans ce cas particulier, l'information générale touchant à l'analyse génétique est certes transmise au patient, mais l'information spécifique relative à son propre patrimoine génétique ou à une analyse qui le concerne lui est tue, si tel est son choix.

Quoique le droit à l'autodétermination englobe en effet « le droit de ne pas savoir »³⁹⁰, comme le prévoient expressément l'art. 10 al. 2 de la Convention d'Oviedo et certaines législations cantonales³⁹¹, ce refus de recevoir l'information constitue une situation délicate à gérer pour les professionnels de la santé. Un consentement qui serait donné par un patient sans qu'il ait reçu les informations utiles à former son opinion puis à arrêter son choix - parce qu'il n'en veut pas - apparaît clairement « bancal »; les soignants insistent souvent pour livrer au moins quelques informations, les plus essentielles, de façon que le consentement soit, au moins, « partiellement éclairé ». Un tel procédé n'est cependant pas entièrement satisfaisant et les praticiens confrontés à une situation de cette nature devraient en tout cas consigner dans le dossier médical le refus exprimé par le patient.

Le droit fédéral contenait précédemment une exception à l'exception, à nouveau prévue par la législation sur l'analyse génétique, c'est-à-dire une disposition prévoyant que le médecin devait transmettre

³⁸⁷ Rapport explicatif Oviedo, p. 12. Voir précédemment, p. 25.

³⁸⁸ ATF 105 II 284, 288. Voir Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1950 ss; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 314 s.; Regina AEBI-MÜLLER, p. 156 ss; Antoine ROGGO, p. 218 ss.

³⁸⁹ Selon l'art. 8 LAGH, « Droit de ne pas être informé ». Ce droit est toutefois limité à l'art. 16 et à l'art. 26 al. 2 LAGH, applicable à un patient incapable de discernement, dans ce sens que la personne habilitée à le représenter ne peut pas refuser de prendre connaissance des résultats d'une analyse génétique.

³⁹⁰ Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 315.

³⁹¹ Par exemple, à l'art. 26 al. 2 *in fine* de la Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990.

immédiatement au patient le résultat d'une analyse, même en dépit d'un refus éventuel, « s'il [avait] constaté un danger physique imminent [pour ce patient], pour l'embryon ou pour le fœtus, qui pourrait être écarté »³⁹². Ces modalités particulières ont été retirées de la LAGH dans sa version de 2018 : « l'obligation de communiquer le résultat d'une analyse même à l'encontre de la volonté de la personne concernée capable de discernement ne correspond plus aux principes qui régissent le droit des patients aujourd'hui. La suppression de cette disposition renforce le droit de la personne concernée de ne pas être informée »³⁹³.

3.5.2 *Connaissances préalables du patient*

La seconde des exceptions a trait à la situation du patient qui est déjà informé : « [l]e devoir d'informer tombe au surplus s'il ressort des circonstances de l'espèce que le patient est déjà renseigné ou est censé l'être (par exemple s'il est lui-même médecin) [...] »³⁹⁴.

Selon le Tribunal fédéral, il est superflu de livrer des informations à un patient qui détient déjà les connaissances nécessaires pour former son opinion et consentir au traitement ou le refuser, ainsi un patient qui aurait déjà été soumis dans le passé à une même prise en charge médicale ou, comme l'évoque la jurisprudence, un patient qui serait lui-même un professionnel de la santé. Dans de telles circonstances, un praticien diligent devrait néanmoins s'assurer que ces connaissances préalables sont bien présentes³⁹⁵.

3.5.3 *Privilège thérapeutique*

La jurisprudence du Tribunal fédéral contient une troisième exception au devoir d'information des soignants, le « privilège

³⁹² Selon l'art. 18 al. 2 aLAGH.

³⁹³ Message LAGH 2017, 5321.

³⁹⁴ ATF 105 II 284, 288, JT 1980 I 169. Voir notamment Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 318 ss ; Coralie DEVAUD, p. 194 ss.

³⁹⁵ Olivier GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient – Paternalisme ou autodétermination ?*, Neuchâtel 1986, p. 174.

thérapeutique »³⁹⁶. Le Tribunal fédéral le définit comme la faculté accordée aux soignants de ne pas révéler un diagnostic ou un pronostic grave ou fatal à un patient, afin de ne pas l'alarmer ou l'inquiéter inutilement, en suscitant chez lui un état d'anxiété préjudiciable à sa santé³⁹⁷ ; certaines législations cantonales le prévoient expressément³⁹⁸ et le Code de déontologie de la FMH y fait allusion³⁹⁹. Le Tribunal fédéral ajoute que l'information doit alors en principe être communiquée à ses proches.

Une telle exception est controversée dans la littérature juridique, certains auteurs considérant qu'il s'agit d'une ultime manifestation de paternalisme médical⁴⁰⁰, qui ne devrait plus avoir cours aujourd'hui, à l'ère de l'auto-détermination du patient. Que l'information soit tue au patient mais qu'elle soit révélée à ses proches, en particulier - dans ce qui constitue matériellement une violation du secret médical -, apparaît en tout cas particulièrement critiquable.

Dans son Message à l'appui d'une adhésion à la Convention d'Oviedo, le Conseil fédéral affirme que le privilège thérapeutique est toutefois compatible avec la convention, en particulier à la lumière de son art. 10 al. 3, qui autorise, à titre exceptionnel et dans l'intérêt des patients, des restrictions au droit à l'information, « tout particulièrement [pour] les personnes condamnées par la maladie »⁴⁰¹.

Tant qu'elle n'aura pas été formellement abandonnée par le Tribunal fédéral, on ne peut exclure que cette exception soit encore applicable aux relations entre patients et soignants. Cependant, sa nature très particulière et controversée commande en tout cas qu'elle soit appliquée de manière tout à fait exceptionnelle et dans des situations où, en effet, le respect du devoir d'information peut paraître

³⁹⁶ Arrêt du 26 août 2003 dans la cause 4P.110/2003, pour le plus récent.

³⁹⁷ ATF 105 II 284, 287.

³⁹⁸ Par exemple, à nouveau, à l'art. 26 al. 2 *in fine* de la Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990.

³⁹⁹ A son art. 10 al. 2.

⁴⁰⁰ Déjà en 1986, Olivier GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient – Paternalisme ou autodétermination ?*, Neuchâtel 1986, p. 186 ss ; il n'a pas changé de point de vue, Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 316. Voir aussi Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 155 s ; Dominique MANAI, p. 96 ss ; Coralie DEVAUD, p. 190 ss.

⁴⁰¹ Message Oviedo, p. 292, Rapport explicatif Oviedo, p. 12.

futile, ainsi pour un patient qui souffrirait déjà d'une pathologie fatale en phase avancée et chez qui on diagnostiquerait une autre maladie grave. Toutefois, le privilège thérapeutique ne devrait certainement pas être utilisé de manière à contourner le devoir d'information, en d'autres termes de façon « à vider de sa substance l'obligation de renseigner »⁴⁰².

3.5.4 *Sexe de l'embryon et compatibilité tissulaire pour un transfert dans le cadre d'une analyse génétique prénatale*

Conformément à l'art. 17 al. 2 LAGH, ne peuvent être communiquées à la femme enceinte avant un délai de douze semaines à compter des dernières règles : le sexe de l'embryon ou du fœtus, à moins que l'atteinte à la santé soit liée au sexe (lettre a), ou le résultat d'une analyse visant à déterminer si le sang du cordon ombilical de l'embryon du fœtus est, compte tenu de ses caractéristiques tissulaires, apte à être transféré à un parent, un frère ou une sœur (lettre b), dans l'optique d'une transplantation de cellules souches. Malgré la lettre de la disposition, « [c]ette règle implique évidemment aussi l'interdiction de communiquer l'information à des proches ou à d'autres tiers »⁴⁰³.

L'interdiction de communiquer le sexe de l'embryon ou du fœtus est répétée à l'art. 52 al. 3 et 4 LAGH, dans le contexte d'une analyse prénatale visant à établir la filiation. Ces deux interdictions subsistent même après le délai de douze semaines si le médecin estime qu'il existe un risque que la grossesse soit interrompue du fait du sexe ou de l'aptitude du sang du cordon ombilical à être transféré (art. 17 al. 3 LAGH). La loi prévoit encore des sanctions de nature pénale pour les contrevenants (art. 57 lettre b LAGH).

⁴⁰² Arrêt déjà cité du 26 août 2003 dans la cause 4P.110/2003 ; le Tribunal fédéral renvoie spécifiquement à Olivier GUILLOD, La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule *in*: La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Lugano 1989, p. 73 ss, 77.

⁴⁰³ Message LAGH 2017, 5354.

Selon le Conseil fédéral, ces restrictions se justifient par la volonté d'éviter un risque d'interruption de grossesse parce que le sexe de l'embryon ne conviendrait pas aux parents, ou « du seul fait de l'absence de compatibilité tissulaire »⁴⁰⁴. De telles préoccupations ne semblent pas vraiment réalistes en Suisse, ce que le Conseil fédéral avait lui-même admis dans un Message de 2013 relatif au diagnostic préimplantatoire⁴⁰⁵. Dans ces circonstances, l'interdiction qui figure à l'art. 17 LAGH et à l'art. 52 LAGH paraît critiquable⁴⁰⁶.

3.5.5 « Information partielle » dans le cadre d'un projet de recherche

Selon l'art. 18 al. 1^{er} LRH, à titre exceptionnel, une personne participant à un projet de recherche peut être informée de manière partielle sur certains éléments de ce projet de recherche avant qu'il ne débute, pour autant que les conditions suivantes sont réunies : « a) des raisons méthodologiques l'imposent ; b) les risques et les contraintes inhérents au projet de recherche sont minimaux. »⁴⁰⁷.

La lettre a) vise par exemple les projets de recherche menés en psychologie clinique ou en neurosciences, « où les projets de recherche sont tels qu'une information complète et correcte aboutirait à des résultats de recherche erronés ou faussés, au motif qu'une certaine ingénuité de la personne participant au projet constitue une condition sur le plan méthodologique »⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Message LAGH 2017, 5334 s.

⁴⁰⁵ Message du 7 juin 2013 concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), Feuille fédérale 2013 5253, 5273.

⁴⁰⁶ Jean-François DUMOULIN, Marinette UMMEL, La femme enceinte, son droit à l'autodétermination, les analyses prénatales et l'interruption de grossesse, in: Anne-Sylvie Dupont, Olivier Guilloid (éd.), *Réflexions romandes en droit de la santé*, Zurich, St-Gall 2016, p. 165 ss.

⁴⁰⁷ Voir notamment Olivier GUILLIOD, *Droit médical*, p. 314 ; Bernhard RÜTSCHKE, Nadja D'AMICO, *Humanforschungsgesetz (HFG): Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen*, Berne 2015 ; Académie suisse des sciences médicales, *Recherche avec l'être humain*, Guide pratique, 2^e éd., Bâle 2015, en particulier, p. 64 ss.

⁴⁰⁸ Message du 21 octobre 2009 sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, Feuille fédérale 2009 7259, 7323.

Evidemment, « [l]a personne qui reçoit une information incomplète ne peut pas se faire une idée complète du projet de recherche. Elle donne son consentement sans avoir pris connaissance de tous les aspects importants qui pourraient influencer sur sa décision »⁴⁰⁹. Par conséquent, de telles modalités ne sont acceptables que si les risques et les contraintes inhérents au projet de recherche sont minimaux (lettre b).

La personne concernée doit ensuite être informée de manière suffisante, dans les meilleurs délais (al. 2). Elle peut alors confirmer sa participation et consentir à l'utilisation de son matériel biologique ou ses données, ou au contraire retirer son consentement. Dans cette seconde hypothèse, « le matériel biologique et les données personnelles devront être traités comme si la personne n'avait jamais consenti à leur utilisation, et ils ne pourront plus être exploités dans le cadre du projet de recherche ou de son évaluation »⁴¹⁰.

3.5.6 *Situation d'urgence*

Une situation d'urgence, prévue notamment aux art. 379 CC et 435 CC, ne justifie pas une exception au devoir d'information, tant selon la jurisprudence⁴¹¹ que selon la doctrine⁴¹².

Une urgence existe lorsque l'état du patient nécessite des soins immédiatement ou dans les minutes qui suivent, mais aussi dans les heures à venir. Certains auteurs en donnent une définition plus restrictive : l'urgence correspondrait à « une situation dans laquelle une action immédiate du professionnel de la santé est le seul moyen d'éviter une atteinte grave et imminente à la vie ou à la santé du patient »⁴¹³.

⁴⁰⁹ Message du 21 octobre 2009 sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, Feuille fédérale 2009 7259, 7323.

⁴¹⁰ Message du 21 octobre 2009 sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, Feuille fédérale 2009 7259, *ibidem*.

⁴¹¹ ATF 133 III 121, 129.

⁴¹² Voir Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1935 ss ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 312 ss ; Coralie DEVAUD, p. 183 ss ; Antoine ROGGO, p. 205 s.

⁴¹³ Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 312 ; OLIVIER GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, *Commentaire ad art. 379 CC, in: CommFam Protection de l'adulte*,

Ainsi, les situations d'urgence imposent certes un traitement ou une prise en charge sans délai ou à bref délai, mais offrent généralement aux soignants l'occasion de dialoguer avec le patient, pour autant qu'il soit encore capable de discernement. Ils disposent dès lors assez souvent du temps nécessaire pour rechercher son consentement, après l'avoir informé d'une manière appropriée.

Lorsque le temps à disposition ne permet pas de renseigner le patient selon les modalités habituelles et de manière aussi étendue que ne l'exigent les principes juridiques, il est alors possible de moduler l'information livrée au patient, c'est-à-dire de la résumer ou de la limiter aux seuls éléments essentiels, en fonction du temps disponible.

On se trouve ici en quelque sorte dans une situation où le principe du consentement est nuancé : certes, le consentement libre et éclairé doit être recherché, mais l'« éclairage » peut être partiel ou limité. On peut notamment concevoir que les informations relatives à tous les détails du déroulement du traitement qui s'en suivra, par exemple, puissent être omises.

3.5.7 *Situation d'extrême urgence*

Selon le Tribunal fédéral, l'« urgence confinant à l'état de nécessité » constitue une situation correspondant à une exception au devoir d'information. Dans sa jurisprudence, il associe à l'extrême urgence les cas où la nécessité d'étendre une intervention à une pathologie qui ne serait détectée qu'au cours d'une opération mais qui « se révèle[rait] de manière évidente »⁴¹⁴.

Dans de telles circonstances, en réalité, l'exception s'étend vraisemblablement non seulement au devoir d'information, mais également au devoir de rechercher le consentement. Dans des situations d'extrême urgence, certes relativement rares mais qui peuvent survenir,

p. 293, notamment, analysent plutôt l'urgence comme un concept comportant un élément de gravité matérielle et un élément de pression temporelle. Voir aussi plus loin, p. 160 ss.

⁴¹⁴ Arrêt déjà cité du 6 février 2017 dans la cause 4A_483/2016, cons. 4.1. Voir aussi Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 317 s. ; Dominique MANAI, p. 53.

notamment à l'occasion de soins prodigués par les ambulanciers ou les secouristes hélicoptérés, le temps pourrait en effet faire défaut non seulement pour livrer au patient la moindre information, mais aussi pour recueillir son consentement⁴¹⁵.

Dans les cas d'extension inévitable d'une intervention, la recherche du consentement est fréquemment impossible, lorsque le patient se trouve sous l'effet de la narcose. Cette situation se rapproche en fait plutôt de celle d'un patient en état d'incapacité de discernement et qui aurait besoin de soins d'urgence⁴¹⁶.

4. Conditions de validité du consentement libre et éclairé

4.1 Capacité de discernement du patient

Pour être valable, un consentement ou un refus de soins doit émaner d'un patient capable de discernement.

4.1.1 *Notion*

Selon l'art. 16 CC, toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables, est capable de discernement⁴¹⁷.

Dans ce contexte, elle doit être capable de comprendre la portée et l'opportunité de l'acte à accomplir, mais aussi d'agir librement selon cette appréciation, notamment de résister d'une façon normale à ceux

⁴¹⁵ Dans ce sens, par exemple, Douglas WHITE, *Ethics in the intensive care unit : informed consent*, in : UpToDate [En ligne]. Waltham, MA: UpToDate, 2021; <https://www.uptodate.com/contents/ethics-in-the-intensive-care-unit-informed-consent>.

⁴¹⁶ Voir plus loin, p. 155 ss.

⁴¹⁷ Voir Sarah GROS, p. 7 ss; Olivier GUILLIOD, *Droit des personnes*, p. 86 ss; Roland FANKHAUSER, *Kommentar ad Art. 16 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 189 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOLAKIS, p. 26 ss; Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 55 ss; Franz WERRO, Irène SCHMIDLIN, *Commentaire ad art. 16 CC*, in: *Commentaire romand CC I*, p. 168 ss; Frank PETERMANN, *Urteilsfähigkeit*, Zurich, St-Gall 2008.

qui tentent d'influencer sa volonté⁴¹⁸. Selon la doctrine, la capacité de discernement comporte ainsi deux composantes, la première cognitive ou intellectuelle, la seconde volitive⁴¹⁹. *A contrario*, celui ou celle qui serait privé de sa faculté d'agir raisonnablement pour l'une des causes précitées est incapable de discernement.

L'art. 434 CC, relatif aux soins sans consentement qui peuvent être prodigués à des patients placés dans une institution en raison d'une maladie psychique, semble introduire une nuance à la capacité de discernement, qui ne serait applicable que dans de telles circonstances : la disposition (al. 1^{er} chiffre 2) exige que la personne concernée soit dépourvue de la « capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement ». Cette formulation est controversée, parce qu'elle semble se démarquer de l'interprétation usuelle donnée par la jurisprudence à la notion de capacité de discernement, pour des motifs qui ne convainquent guère⁴²⁰ : un patient qui refuse un traitement nécessaire n'est pas *ipso facto* incapable de discernement⁴²¹. Cependant, le Message du Conseil fédéral fait expressément référence à l'art. 16 CC et précise que « le présent projet utilise la notion établie de capacité de discernement (cf. art. 16 CC) »⁴²² ; il n'y a donc pas de raison de considérer que l'incapacité de discernement de l'art. 434 CC, également applicable dans une situation d'urgence au sens de l'art. 435 CC⁴²³, serait différente de la notion « classique » de capacité de discernement telle qu'elle résulte de l'art. 16 CC⁴²⁴.

⁴¹⁸ ATF 77 II 97, 99 ; JT 1952 I 290, 293. Voir notamment Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 86 ; Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 57.

⁴¹⁹ Heinz HAUSHERR, Regina AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des ZGB*, p. 51 ss ; Sarah GROS, p. 164 ss ; Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 86 ss ; Roland FANKHAUSER, *Kommentar ad Art. 16 ZGB*, in : *Basler Kommentar ZGB I*, p. 191 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOLAKIS, p. 28

⁴²⁰ Exposés dans le Message Protection de l'adulte 2006, 6702.

⁴²¹ Olivier GUILLOD, *Commentaire ad art. 434 CC*, in : *CommFam Protection de l'adulte*, p. 752 s. ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 330 ss.

⁴²² Message Protection de l'adulte 2006, 6702.

⁴²³ Voir aussi plus loin, p. 284 ss.

⁴²⁴ Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 331. Dans le même sens, Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, *Kommentar ad Art. 426 ss ZGB*, in : *Basler Kommentar ZGB I*, p. 2595 ss ; Olivier GUILLOD, *Commentaire ad art. 434 CC*, in : *CommFam Protection de l'adulte*, p. 753.

L'incapacité de discernement empêche les personnes qui en sont affectées d'exercer valablement leurs droits civils (selon l'art. 17 CC)⁴²⁵ et leurs actes sont en principe dépourvus d'effet juridique (selon l'art. 18 CC)⁴²⁶. Ce qui précède vaut également pour l'exercice des droits strictement personnels (selon l'art. 19c CC), en particulier le droit d'accepter ou de refuser un traitement médical⁴²⁷.

La notion de capacité de discernement doit être distinguée des concepts de majorité et de minorité⁴²⁸. C'est bien la capacité de discernement qui est le critère déterminant, et non l'âge – jeune âge ou grand âge – du patient. Un patient mineur mais capable de discernement détient le droit de décider seul (art. 305 al. 1^{er} CC)⁴²⁹ – même s'il peut et, en fait, devrait en parler avec ses parents – s'il va se soumettre à un acte médical ou non⁴³⁰. Dans ce contexte, on cite souvent l'exemple d'une jeune femme enceinte âgée de seize ans, qui peut décider seule si elle va poursuivre sa grossesse ou si elle va l'interrompre.

Cependant, l'expérience enseigne que la capacité de discernement telle qu'elle est définie par la jurisprudence est rarement présente avant l'âge de douze ou treize ans. La décision du Tribunal fédéral souvent citée en matière de soins concerne une adolescente de treize ans⁴³¹. A l'autre extrémité de la vie, le grand âge n'est pas une cause d'absence de la capacité de discernement. Néanmoins, des études révèlent qu'au-

⁴²⁵ Roland FANKHAUSER, *Kommentar ad Art. 17 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 206 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 91 ss; Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 75 ss; Franz WERRO, Irène SCHMIDLIN, *Commentaire ad art. 17 CC*, in: *Commentaire romand CC I*, p. 189 ss.

⁴²⁶ Voir notamment Roland FANKHAUSER, *Kommentar ad Art. 18 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 209 ss; Franz WERRO, Irène SCHMIDLIN, *Commentaire ad art. 18 CC*, in: *Commentaire romand CC I*, p. 192 ss.

⁴²⁷ Voir Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 85 s.; Roland FANKHAUSER, *Kommentar ad Art. 14 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 182 ss; Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 85 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 73 ss.

⁴²⁸ Telle qu'elle découle de l'art. 14 CC. Voir Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 80 s.; Roland FANKHAUSER, *Kommentar ad Art. 19c ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 235 ss; Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 54 s.; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 36 ss.

⁴²⁹ Ingeborg SCHWENZER, Michelle COTTIER, *Kommentar ad Art. 304-305 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 1824 ss.

⁴³⁰ ATF 114 Ia 350, 360.

⁴³¹ ATF 134 II 235. Le Tribunal fédéral a retenu dans cette affaire que l'adolescente était bien capable de discernement. Voir Sarah GROS, p. 265 ss.

delà de l'âge de quatre-vingts-cinq ans, 25% des femmes et 17% des hommes souffrent de démence, dans une mesure de nature à les priver durablement de leur capacité de discernement⁴³².

De la même manière, une personne placée sous curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC n'est pas nécessairement privée de sa capacité de discernement. Certes, ce type de curatelle s'impose notamment lorsqu'une personne est durablement incapable de discernement (art. 398 al. 1^{er} CC *in fine*), mais elle pourrait avoir « particulièrement besoin d'aide » sans pour autant être privée de sa capacité de discernement⁴³³.

4.1.2 *Mise en œuvre*

Selon la jurisprudence, la capacité de discernement est présumée car elle correspond à la situation usuelle de la vie courante⁴³⁴ : il appartient par conséquent à celui qui en conteste l'existence de le démontrer. Si elle doit faire l'objet d'une évaluation⁴³⁵, elle est alors appréciée au cas par cas, *in concreto*, en d'autres termes par rapport à une situation particulière⁴³⁶. Au surplus, elle n'est pas déterminée une fois pour toutes⁴³⁷, par exemple au début d'un traitement médical, en particulier dans le domaine des soins psychiatriques.

⁴³² Selon les chiffres livrés par l'association Alzheimer Suisse « Les démences en Suisse 2020 – Faits et chiffres », <https://www.alzheimer-schweiz.ch/fr/publications-produits/>, rubrique « Faits et chiffres ». Voir aussi Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. III, p. 3504 ss.

⁴³³ Yvo BIDERBOST, Helmut HENKEL, *Kommentar ad Art. 398 ZGB*, in: Basler *Kommentar ZGB I*, p. 2389 s. ; Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 88 ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 29 s. ; Philippe MEIER, *Commentaire ad art. 398 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 483.

⁴³⁴ ATF 118 Ia 236, 238.

⁴³⁵ L'ASSM a émis des Directives à ce propos en 2019, « La capacité de discernement dans la pratique médicale », <https://www.assm.ch/fr/Publications/Directives.html>, et divers protocoles peuvent exister pour assister les soignants dans l'évaluation ; voir en particulier Sarah GROS, p. 387 ss ; Pierre MARTIN-ACHARD, Marc HOCHMANN FAVRE, *Incapacité de discernement et soins*, in: Romano LaHarpe et al., p. 281 ss.

⁴³⁶ Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 88 ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 29 s.

⁴³⁷ Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 88 ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 29.

En principe, la notion de capacité de discernement est duale, c'est-à-dire qu'elle existe ou qu'elle n'existe pas, contrairement au concept de responsabilité du droit pénal qui, entre la responsabilité pleine et entière et l'irresponsabilité, prévoit une responsabilité restreinte⁴³⁸. Dans la mesure où cette approche duale (ou « binaire ») ne peut pas toujours rendre compte fidèlement des réalités cliniques du monde médical, notamment du monde de la psychiatrie, le Tribunal fédéral a développé un critère moins strict pour les malades psychiques : lorsqu'une hésitation survient à propos de la capacité de discernement d'un patient, on peut se satisfaire, pour retenir qu'elle fait défaut, non d'une certitude, mais « d'un très haut degré de vraisemblance propre à exclure tout doute sérieux »⁴³⁹. Si le doute persiste durablement, une évaluation devrait être menée par un psychologue ou un psychiatre⁴⁴⁰.

4.1.3 *Emergence d'une « capacité de discernement restreinte » ?*

Quoique la notion soit « binaire »⁴⁴¹, ce caractère dual de la capacité de discernement est discrètement battu en brèche dans certaines lois récemment adoptées par le législateur fédéral.

Sous l'influence du droit international public⁴⁴², une forme de « capacité de discernement restreinte », qui repose sur la « volonté naturelle » d'une personne incapable de discernement⁴⁴³, semble peu à peu émerger. Dans cette nouvelle dimension de la capacité de discernement, une personne, malgré son incapacité de discernement,

⁴³⁸ Selon l'art. 19 CPS. Voir notamment Felix BOMMER, Volker DITTMAN, Kommentar ad. Art. 19 StGB, in: Basler Kommentar StGB, p. 296 ss; Laurent Moreillon, Commentaire ad art. 19 CPS, in: Commentaire romand CP I, p. 198 ss.

⁴³⁹ ATF 117 II 231, 234. Voir notamment Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 62.

⁴⁴⁰ Voir notamment Sarah GROS, p. 477 ss ; Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 63 s.

⁴⁴¹ Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 60 s. ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 30.

⁴⁴² En particulier de l'art. 6 al. 2 et 3 de la Convention d'Oviedo ; voir précédemment, p. 26 s.

⁴⁴³ Yves DONZALLAZ, Traité de droit médical vol. III, p. 3393 s., qui reprend l'expression utilisée dans le Rapport du 23 juin 2003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national à propos de l'initiative parlementaire « Stérilisations forcées. Dommagement des victimes (von Felten) », FF 2003 5797, 5807.

doit être entendue ou associée au processus décisionnel qui la concerne et une éventuelle manifestation de refus de sa part doit être respectée, comme si elle provenait d'une personne pourvue de sa capacité de discernement⁴⁴⁴. Il faut saluer cette évolution, qui permet sans doute une meilleure prise en compte de la volonté naturelle des patients incapables de discernement.

On peut mentionner ici les dispositions de la Loi fédérale sur la stérilisation, qui prévoit qu'une personne durablement incapable de discernement doit néanmoins être entendue par l'autorité de protection de l'adulte avant que la décision relative à l'intervention ne soit prise⁴⁴⁵. Selon la Loi sur l'analyse génétique, une personne incapable de discernement doit être intégrée autant que possible aux procédures d'information, de conseil et de consentement qui précèdent une analyse de cette nature⁴⁴⁶. La Loi sur la transplantation interdit par principe le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur des personnes mineures ou incapables de discernement, mais autorise, à titre exceptionnel et à certaines conditions strictes, le prélèvement de tissus ou des cellules régénérables sur ces personnes (art. 13 al. 1^{er} et al. 2 de la loi) ; elle aussi, cependant, exige que les donneurs incapables de discernement soient associés dans toute la mesure du possible au processus d'information et à la procédure visant à requérir leur consentement (art. 13 al. 3 de la loi). Enfin, le Code de procédure pénale⁴⁴⁷, à l'art. 178 lettre c CPP, autorise l'audition en qualité de personne appelée à donner des renseignements plutôt qu'en qualité de témoin « quiconque n'est pas en mesure de comprendre pleinement la déposition d'un témoin en raison d'une capacité de discernement restreinte ».

La même notion, d'une portée cette fois plus générale, est également présente dans le Code civil, parmi les dispositions du nouveau droit de la protection de l'adulte : lorsqu'un plan de traitement doit être établi pour des soins médicaux destinés à une personne

⁴⁴⁴ Voir Sarah GROS, p. 342 ss.

⁴⁴⁵ Conformément à l'art. 8 al. 2 lettre a de la Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (Loi sur la stérilisation ; RS 211.111.1).

⁴⁴⁶ Conformément à l'art. 5 al. 4 LAGH.

⁴⁴⁷ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale [CPP], RS 312.0).

incapable de discernement, cette personne doit être, « dans la mesure du possible [...], associée au processus de décision »⁴⁴⁸.

Enfin, dans le droit relatif à la recherche, la portée de cette nouvelle capacité de discernement est encore plus étendue. Outre le fait qu'une personne incapable de discernement doit être associée autant que possible à la procédure de consentement⁴⁴⁹, un refus émanant d'un enfant, d'un adolescent ou d'un adulte incapable de discernement, exprimé « de manière identifiable, verbalement ou par un comportement particulier » doit être respecté, lorsqu'on peut comprendre qu'il s'oppose à une participation à un projet de recherche⁴⁵⁰.

4.2 Conformité au droit et absence de caractère excessif

Pour être valable, un consentement ou un refus de soins doit encore être conforme au droit et ne pas présenter un caractère excessif.

4.2.1 *Conformité au droit*

Le droit suisse ne définit pas de façon précise les traitements ou actes médicaux qui sont conformes au droit, pour les distinguer de ceux qui ne le seraient pas et auxquels, par conséquent, un patient ou son représentant ne pourrait consentir valablement.

La conformité au droit découle plutôt, en termes tout à fait généraux, de la conformité aux règles de l'art tels qu'elles sont définies par la jurisprudence. Les règles de l'art font référence aux « principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens »⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Selon l'art. 377 al. 3 CC. Voir notamment Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, Kommentar *ad* Art. 377 ZGB, in: Basler Kommentar ZGB, p. 2248 ss, en particulier 2254.

⁴⁴⁹ Art. 21 LRH.

⁴⁵⁰ Art. 22 al. 3 lettre b, art. 23 al. 2 lettre b et art. 24 al. 1^{er} lettre c LRH.

⁴⁵¹ Voir précédemment, p. 63 s.

Négativement, et à titre exceptionnel, le droit suisse interdit cependant certains traitements ou gestes médicaux tout à fait spécifiques, ainsi la stérilisation d'une personne capable de discernement âgée de moins de dix-huit ans⁴⁵², tout acte médical destiné à générer une maternité de substitution⁴⁵³, ou encore la transplantation hétérologue de dure-mère d'origine humaine⁴⁵⁴.

Un consentement qui porterait sur un traitement ou un acte contraire aux règles de l'art serait ainsi dépourvu de validité, comme le serait un consentement à propos d'un traitement ou d'un acte spécifiquement contraire au droit.

4.2.2 *Absence de caractère excessif*

Quant à l'absence de caractère excessif, elle vise les situations dans lesquelles un patient pourrait consentir à un acte ou un traitement médical qui ne serait pas fondamentalement contraire au droit ou aux règles de l'art, mais dans une mesure qui dépasserait les limites fixées par les mœurs et qui ne serait dès lors pas admissible (art. 27 al. 2 CC). Ce n'est pas, ici, l'acte ou le traitement auquel le patient a consenti qui serait contraire au droit, mais plutôt les modalités ayant entouré le consentement.

La doctrine considère en particulier qu'un consentement doit porter sur un traitement ou un acte médical déterminé, de sorte qu'un consentement tout à fait général, qui porterait sur tout type de soins quelles que soient les circonstances et les conséquences, par exemple, devrait être considéré comme excessif et, partant, contraire aux droits de la personnalité. Un consentement irrévocable le serait aussi⁴⁵⁵.

⁴⁵² Selon l'art. 3 de la Loi sur la stérilisation.

⁴⁵³ Selon l'art. 4 LPMA.

⁴⁵⁴ La dure-mère est la membrane qui entoure le cerveau et la moelle épinière. L'interdiction est formulée à l'art. 26 de l'Ordonnance sur les épidémies (OEp, RS 818.101.1).

⁴⁵⁵ Voir en particulier Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 298 s. ; Dominique MANAI, p. 67.

4.3 Exigences de forme

4.3.1 *Principe*

Il n'y a pas, en principe, d'exigence de forme pour recueillir le consentement d'un patient en matière de choix de soins. Un consentement – ou un refus - oral est ainsi parfaitement valable. Dans la pratique du monde de la santé, c'est bien ainsi que les professionnels de la santé procèdent. Une multiplication de formalités écrites pourrait notablement compliquer l'accomplissement des tâches quotidiennes des soignants et entraver le cours des activités sanitaires et hospitalières.

S'il est manifeste, le consentement n'a pas besoin d'être explicitement formulé. Un consentement qui résulterait sans équivoque du comportement du patient, par « actes concluants »⁴⁵⁶, est valable. Ainsi, un patient qui relève la manche de son vêtement pour permettre une prise de sang, ou celui qui ouvre la bouche pour que son dentiste puisse examiner ses dents exprime clairement son consentement à cet acte médical, même s'il ne verbalise rien.

Le consentement tacite - celui qui découlerait du silence du patient, selon l'adage « qui ne dit mot consent » - n'est acceptable que pour les étapes banales d'un traitement⁴⁵⁷. Le Tribunal fédéral l'avait aussi admis, à certaines conditions, notamment une politique d'information de la population, dans un arrêt relatif au consentement implicite pour un prélèvement d'organes, lorsque le droit de la transplantation relevait encore des cantons⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Grégoire GEISSBÜHLER, *Le droit des obligations*, Vol. I : partie générale, Genève, Zurich, Bâle 2020, p. 38 ; Claire HUGUENIN, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich. Bâle, Genève 2019, p. 49 ss ; ; Pierre TERCIER. Pascal PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 6^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 57 s. ; Bernhard BERGER, *Allgemeines Schuldrecht*, 3^e éd., Berne 2018, p. 84.

⁴⁵⁷ Par exemple selon l'art. 48 al. 2 de la Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé, qui permet un accord tacite pour les soins non invasifs.

⁴⁵⁸ ATF 123 I 112, 139-140 ; le Tribunal fédéral exigeait en effet qu'une politique d'information de la population soit mise en place et que le droit d'opposition des proches soit respecté pour que le modèle du consentement implicite soit admissible. Aujourd'hui, le droit suisse de la transplantation relève de la Confédération, selon l'art. 119a Cst, accepté lors de la votation populaire le 7 février 1999, sur lequel repose la Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation (RS 810.21).

La pratique, en particulier dans le domaine de la chirurgie, a parfois recours à des formules de consentement écrit remises aux patients afin qu'ils y apposent leur signature, avant une opération particulièrement « lourde »⁴⁵⁹. Ce procédé est évidemment autorisé par le droit mais il ne correspond pas à une obligation prévue par la loi. Cependant, on peut considérer que l'utilisation de la formule écrite souligne encore, pour le patient, l'importance de l'intervention envisagée et l'incite à une réflexion approfondie.

4.3.2 Exceptions de droit fédéral

Il existe quelques (rares) cas où le droit fédéral exige la forme écrite pour recueillir le consentement du patient⁴⁶⁰ :

- la stérilisation d'une personne âgée de plus de dix-huit ans et capable de discernement nécessite son consentement libre et éclairé, formulé par écrit⁴⁶¹ ;
- Selon l'art. 119 al. 2 CPS, une interruption volontaire de grossesse pratiquée au cours des douze premières semaines de la grossesse nécessite une « demande écrite » de la femme enceinte, dans laquelle elle doit invoquer « qu'elle se trouve en situation de détresse »⁴⁶². Il ne s'agit donc pas strictement d'un consentement, mais plutôt d'une requête écrite ;

⁴⁵⁹ Voir par exemple Domizio SUVA et al., Information et consentement éclairé des patients en orthopédie ; mission (im)possible ?, Revue médicale suisse 2011, p. 2475 ss.

⁴⁶⁰ Présentés dans l'ordre où ces exceptions apparaissent dans le Recueil systématique du droit fédéral.

⁴⁶¹ Selon l'art. 5 al. 1^{er} de la Loi sur la stérilisation. La loi interdit en principe la stérilisation d'une personne âgée de moins de dix-huit ans (art. 3) ; en outre, elle soumet la stérilisation d'une personne incapable de discernement âgée de plus de seize ans à toute une série de strictes conditions matérielles et procédurales (art. 7).

⁴⁶² Christian SCHWARZENEGGER, Stefan HEIMGARTNER, Kommentar *ad* Art. 119 StGB, in: Basler Kommentar StGB, p. 2606 ss ; Nicolas QUELOZ, Rémy MUNYANKINDI, Commentaire *ad* art. 119 CPS, in: Commentaire romand CP II, p. 57 ss ; Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3e éd., Berne 2010, p. 107 ss.

- Le recours à une méthode de procréation médicalement assistée requiert également un consentement écrit du couple concerné⁴⁶³. La décongélation des ovules imprégnés nécessite aussi le consentement écrit du couple⁴⁶⁴ ;
- Une analyse génétique dans le domaine médical qui constituerait une « analyse génétique présymptomatique, une analyse génétique prénatale ou une analyse visant à établir un planning familial » doit être acceptée par écrit⁴⁶⁵, à moins qu'il s'agisse d'un dépistage⁴⁶⁶. Cette forme est également requise pour la réalisation d'une analyse génétique à l'étranger⁴⁶⁷, dans le domaine de la responsabilité civile⁴⁶⁸, lorsque sont établis des profils ADN dans le cadre d'une procédure civile⁴⁶⁹, d'une procédure administrative⁴⁷⁰ ou hors procédure⁴⁷¹ ;
- Un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur un donneur vivant ne peut être effectué que s'il y a consenti par écrit⁴⁷² ; dans un tel contexte, le consentement écrit d'un mineur capable de discernement doit être accompagné de celui de son représentant légal⁴⁷³. De même, la communication à un centre de transplantation du nom d'un patient nécessitant une transplantation est subordonnée au consentement écrit de cette personne⁴⁷⁴, comme l'accord de la femme enceinte pour l'utilisation à des fins de transplantation de tissus ou de cellules issus d'un embryon ou d'un fœtus après une interruption de grossesse⁴⁷⁵ ;

⁴⁶³ Selon l'art. 5b al. 1^{er} LPMA.

⁴⁶⁴ Selon l'art. 5b al. 2 LPMA.

⁴⁶⁵ Selon l'art. 25 LAGH.

⁴⁶⁶ Selon l'art. 30 al. 3 lettre c LAGH.

⁴⁶⁷ Selon l'art. 29 lettre d LAGH.

⁴⁶⁸ Selon l'art. 46 LAGH.

⁴⁶⁹ Selon l'art. 49 al. 1^{er} LAGH, à moins que l'analyse ne soit ordonnée par le juge.

⁴⁷⁰ Selon l'art. 50 al. 2 LAGH.

⁴⁷¹ Selon l'art. 51 al. 1^{er} LAGH.

⁴⁷² Selon l'art. 12 lettre b de la Loi sur la transplantation. Cette exigence formelle découle de la Convention d'Oviedo, voir précédemment, p. 27 s.

⁴⁷³ Selon l'art. 13 a. 2 lettres f et g de la Loi sur la transplantation.

⁴⁷⁴ Selon l'art. 20 de la Loi sur la transplantation.

⁴⁷⁵ Selon l'art. 39 al 2 de la Loi sur la transplantation.

- En matière de recherche, une personne ne peut participer à un projet de recherche que si elle y consent par écrit⁴⁷⁶. Le consentement éclairé associé au consentement écrit du représentant légal est nécessaire pour la participation d'un enfant ou d'un adolescent capable de discernement à un projet avec « bénéfice direct escompté »⁴⁷⁷ ; si l'enfant, l'adolescent ou l'adulte est incapable de discernement, des conditions plus strictes sont énoncées et le représentant légal doit donner son consentement par écrit⁴⁷⁸. Les conditions sont encore plus strictes si aucun bénéfice direct n'est escompté ; l'exigence du consentement écrit du représentant légal demeure évidemment⁴⁷⁹ ;
- Un embryon surnuméraire ne peut être utilisé en vue de la production de cellules souches embryonnaires que si le couple concerné y a consenti librement et par écrit⁴⁸⁰ ;
- Enfin, quoiqu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'un acte médical, mais plutôt des modalités de gestion documentaire d'un traitement médical - en particulier en déterminant quel professionnel de la santé a ou n'a pas accès aux informations contenues dans le dossier -, le consentement écrit du patient est

⁴⁷⁶ Selon l'art. 16 al. 1^{er} LRH qui, à nouveau, reprend une exigence découlant de la Convention d'Oviedo, voir précédemment, p. 27 s. L'ORH autorise cependant dans certains cas des exceptions à la forme écrite (art. 9 de l'Ordonnance relative à la recherche sur l'être humain [ORH] ; RS 810.301).

⁴⁷⁷ Selon l'art. 22 al. 1^{er} lettres a et b et l'art. 23 al. 1^{er} lettres a et b LRH.

⁴⁷⁸ Selon les art. 22 al. 3 lettre a, 23 al. 2 lettre a et 24 al. 1 lettre b LRH.

⁴⁷⁹ Selon les art. 22 al. 4, 23 al. 3 et 24 al. 2 LRH. Voir notamment Valérie JUNOD, C.-A. BAUD, La protection des sujets de recherche vulnérables selon la loi sur la recherche sur l'être humain, *Revue de la protection des mineurs et des adultes* ZKE/RMA 2015, p. 27 ss.

⁴⁸⁰ Selon l'art. 5 al. 1^{er} de la Loi fédérale du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (Loi relative à la recherche sur les cellules souches [LRCS] ; RS 810.31).

nécessaire lors de la constitution d'un dossier électronique partagé⁴⁸¹.

4.3.3 *Exceptions de droit cantonal*

Quitter un établissement hospitalier contre l'avis médical constitue fréquemment, dans le droit sanitaire cantonal, une situation dans laquelle une déclaration écrite signée par le patient est requise.

Le patient doit alors signer un document attestant qu'il a été informé des risques auxquels il s'expose s'il opte pour une sortie de l'hôpital. C'est notamment le cas, par exemple, en Suisse romande, du droit sanitaire valaisan⁴⁸², du droit sanitaire fribourgeois⁴⁸³, du droit sanitaire genevois⁴⁸⁴ ou encore du droit bernois – qui précise au surplus que le refus éventuel du patient de signer ce document doit alors être mentionné dans son dossier médical⁴⁸⁵ -.

Le droit neuchâtelois et le droit fribourgeois prévoient qu'une décharge écrite peut être exigée du patient s'il refuse ou interrompt un traitement et que ce choix peut « entraîner de graves conséquences [pour lui] »⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Selon l'art. 3 al. 1^{er} de la Loi fédérale du 19 juin 2015 sur le dossier électronique du patient (LDEP, RS 816.11). Il ne s'agit pas du dossier « primaire », c'est-à-dire du dossier de soins constitué par le soignant ou l'institution sanitaire – pour lequel un consentement écrit n'est pas nécessaire -, mais du dossier « secondaire », en d'autres termes des informations qui vont être partagées par les soignants désignés par le patient, au moyen d'une plateforme d'échange sécurisée, en Suisse romande le système CARA, qui réunit les cantons romands sauf le canton de Neuchâtel. Voir notamment Frédéric ERARD, *Le dossier électronique du patient, révolution ou désillusion*, in : Sylvain Métille (éd.), *L'informatique en nuage*, Berne 2022, p. 219 ss.

⁴⁸² Selon l'art. 83 al. 2 de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé.

⁴⁸³ Selon l'art. 48 al. 3 de la Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé.

⁴⁸⁴ Selon l'art. 36 al. 1^{er} de la Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé.

⁴⁸⁵ Selon l'art. 17 al. 2 de l'Ordonnance bernoise du 23 octobre 2002 sur les patients et les professionnels de la santé.

⁴⁸⁶ Selon l'art. 25 al. 4 de la Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 ou l'art. 48 al. 3 de la Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé.

5. En cas d'absence durable de la capacité de discernement

Si le patient est durablement incapable de discernement et ne peut pas, dans un avenir prévisible, exercer son droit en matière de choix des soins, il faut alors, pour autant que l'état du patient ne requière pas des soins en urgence⁴⁸⁷, rechercher auprès d'une autre personne le consentement que le patient ne peut pas ou ne peut plus exprimer.

Ce consentement peut résulter d'un mandat pour cause d'incapacité (art. 360 ss CC) ou de directives anticipées (art. 370 ss CC). A défaut de directives ou en présence de directives inefficaces, ce sont alors les « personnes habilitées à représenter le patient incapable de discernement » dans le domaine médical qui vont consentir aux soins ou les refuser (art. 378 CC).

5.1 Directives anticipées

5.1.1 *Notion et caractère contraignant*

Les directives anticipées sont désormais prévues par le Code civil à son art. 370 al. 1^{er} CC⁴⁸⁸ ; elles l'étaient précédemment dans la

⁴⁸⁷ Sur les soins dispensés en urgence à un patient incapable de discernement, voir plus loin, p. 155 ss.

⁴⁸⁸ Voir Jean-Damien MEYER, *Le mandat pour cause d'incapacité*, Genève, Zurich, Bâle 2021, notamment p. 148 ss ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 338 ss ; Sabine WYSS, *Kommentar ad Art. 370 ss ZGB*, in: *Basler Kommentar ZGB*, p. 2176 ss ; Tim Oliver KÖBRICH, *Patientenverfügung*, in: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), *Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 81 ss ; Walter BOENTE, *Zürcher Kommentar Der Erwachsenenschutz*, p. 585 ss ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 213 ss ; Philippe MEIER, *Estelle de LUZE*, p. 91 ; Marinette UMMEL, *Testament et mesures anticipées dans le domaine médical*, in: Romano La Harpe et al., p. 295 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 398 ss ; Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, *Commentaire ad art. 370 ss CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p 183 ss. Voir aussi les Directives de l'ASSM, « Directives anticipées », du 19 mai 2009, adaptées au 1er janvier 2013, <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>, et le document rédigé sur ce thème par la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, *Les directives anticipées*.

législation sanitaire cantonale⁴⁸⁹. Elles sont expressément mentionnées dans la Convention d'Oviedo, à son art. 9.

Dans des directives anticipées, rédigées en la forme écrite, datées et signées (art. 371 al. 1^{er} CC), un patient peut consigner « les traitements médicaux auxquels [il] consent ou non au cas où [il] deviendrait incapable de discernement ». Des instructions de nature médicale peuvent aussi être insérées dans un mandat pour cause d'incapacité, tel qu'il est prévu à l'art. 360 CC ; lorsque tel est le cas, ces instructions constituent matériellement des directives anticipées⁴⁹⁰. Elles peuvent être révoquées en tout temps (art. 371 al. 3 CC).

Le médecin qui traite un patient incapable de discernement est tenu de vérifier si des directives anticipées existent en consultant la carte d'assuré du patient⁴⁹¹ (art. 372 al. 1^{er} CC), sur laquelle le patient peut en effet faire figurer « [leur] constitution et le lieu de dépôt » (art. 371 al. 2 CC). Des directives anticipées pourraient aussi figurer dans le dossier créé par la Loi sur le dossier électronique du patient (LDEP), conformément à l'art. 8 al. 2 LDEP⁴⁹².

Plutôt que de formuler des instructions de soins, le patient peut aussi désigner une personne, son représentant thérapeutique, qui prendra à sa place les décisions qu'elle jugera opportunes en cas d'incapacité de discernement durable (selon l'art. 370 al. 2 CC). Un document combinant les deux éléments – certaines instructions de soins et désignation d'un représentant pour le surplus – est également possible, ainsi que « des solutions de remplacement pour le cas où la

⁴⁸⁹ Par exemple aux art. 24 et 25 de la Loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé, deux dispositions remplacées désormais par un article plus général qui renvoie au droit fédéral (art. 26 de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé).

⁴⁹⁰ Sur les distinctions entre des directives anticipées et un mandat pour cause d'incapacité, voir en particulier Jean-Damien MEYER, *Le mandat pour cause d'incapacité*, Genève, Zurich, Bâle 2021, p. 148 ss ; Olivier GUILLIOD, *Droit médical*, p. 341 s.

⁴⁹¹ Telle qu'elle est prévue par l'art. 42a LAMal. Il n'y a pas de devoir de recherche plus étendu ; Message Protection de l'adulte 2006, 6666 ; Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, *Commentaire ad art. 372 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p 212.

⁴⁹² Loi fédérale du 19 juin 2015 sur le dossier électronique du patient (LDEP, RS 816.1).

personne désignée déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait » (art. 370 al. 3 CC).

Des directives anticipées peuvent aussi déployer leurs effets lors de situations d'urgence⁴⁹³. Cependant, des difficultés pratiques considérables peuvent empêcher leur mise en œuvre, par exemple lorsqu'elles ne sont pas connues des services sanitaires d'urgence. Le Code civil, à son art. 372 al. 1^{er} *in fine*, « réserve » par conséquent les cas d'urgence : il ne leur confère alors qu'une « portée limitée »⁴⁹⁴, c'est-à-dire qu'il admet que les dispositions sur les directives anticipées ne puissent pas toujours être appliquées dans de telles circonstances⁴⁹⁵. L'obligation de rechercher d'éventuelles directives anticipées, en particulier, tombe en situation d'urgence⁴⁹⁶.

En principe, lorsqu'un patient a rédigé des directives anticipées, elles ont un caractère contraignant, non seulement pour le « médecin », selon la lettre de l'art. 372 al. 2 CC, mais pour tous les soignants⁴⁹⁷, à moins que leur contenu corresponde à l'une des exceptions énoncées dans la loi. Le Code civil confère ainsi aux patients une protection plus étendue que la Convention d'Oviedo qui, à son art. 9, ne prévoit qu'une « prise en compte » des souhaits précédemment exprimés par un patient incapable d'exprimer sa volonté au moment de l'intervention⁴⁹⁸.

5.1.2 Exceptions au caractère contraignant

Des directives anticipées perdent leur effet contraignant lorsqu'elles consacrent une violation des dispositions légales, ou que « des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de sa libre volonté », ou encore « qu'elles ne correspondent pas à sa

⁴⁹³ Dans ce sens, Sabine WYSS, *Kommentar ad Art. 372 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2188.

⁴⁹⁴ Message Protection de l'adulte 2006, 6667.

⁴⁹⁵ Sur la mise en œuvre des directives anticipées en situation d'urgence, voir aussi plus loin, p. 166 s.

⁴⁹⁶ Dans ce sens, Tim Oliver KÖBRICH, *Patientenverfügung*, in: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), *Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 99 ; Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, *Commentaire ad art. 372 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 212.

⁴⁹⁷ Dans ce sens, Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 224.

⁴⁹⁸ Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 225.

volonté présumée dans la situation donnée », conformément à l'art. 372 al. 2 CC⁴⁹⁹. Au surplus, en cas de placement à des fins d'assistance, les directives ne sont que « prises en considération » (art. 433 al. 3 CC)⁵⁰⁰. Selon le Conseil fédéral, il s'agit d'une autre situation où les directives anticipées n'ont qu'« une portée limitée »⁵⁰¹.

Si une partie seulement des directives anticipées ne peut pas être respectée, la partie qui peut l'être devrait être suivie d'effets⁵⁰² ; c'est au médecin qu'il appartient d'évaluer la validité des directives⁵⁰³. Tout proche du patient peut en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte lorsque les directives anticipées du patient ne sont pas respectées (art. 373 al. 1 chiffre 1 CC), lorsque les intérêts du patient sont compromis ou risquent de l'être (chiffre 2) ou lorsque les directives anticipées ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient (chiffre 3).

a) Violation de dispositions légales

En substance, l'exigence de respect des dispositions légales lors de la rédaction de directives anticipées, à laquelle le législateur fait indirectement référence ici, recoupe la notion de conformité au droit pour la validité d'un consentement libre et éclairé⁵⁰⁴. Ainsi, un consentement à des soins qui seraient dépourvus d'indications

⁴⁹⁹ Voir Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 349 ; Sabine WYSS, *Kommentar ad Art. 372 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB, p. 2176 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOLAKIS, p. 410 ss.

⁵⁰⁰ Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 351 ; Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, *Kommentar ad Art. 433 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2646 ss ; Jürg GASSMANN, *Die psychiatrische Patientenverfügung – Chancen für die Patientenautonomie – Grenzen ihrer Wirksamkeit*, in: Roland Fankhauser et al. (éd.), *Brennpunkt Familienrecht*, Zurich, St-Gall 2017, p. 257 ss ; voir aussi plus loin, p. 279.

⁵⁰¹ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6667.

⁵⁰² Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, *Commentaire ad art. 372 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 215.

⁵⁰³ Sabine WYSS, *Kommentar ad Art. 372 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2189 ; Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, *Commentaire ad art. 372 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 214.

⁵⁰⁴ Voir précédemment, p. 103.

médicales ou contre-indiqués en fonction de l'état du patient⁵⁰⁵ ou, plus généralement, qui seraient contraires aux règles de l'art seraient dépourvus d'effet contraignant.

Dans son Message, le Conseil fédéral mentionne, à titre d'exemple, des instructions par lesquelles un patient demanderait une « euthanasie active directe, c'est-à-dire qu'on mette fin à sa vie »⁵⁰⁶. En revanche, des instructions par lesquelles un patient exprime sa volonté de ne pas être réanimé (*Do not resuscitate* ou, parfois, *DNR*) sont admissibles⁵⁰⁷ : elles font référence à une demande d'euthanasie passive, qui est conforme au droit⁵⁰⁸. Sont également admissibles des directives anticipées par lesquelles un patient refuserait une alimentation artificielle⁵⁰⁹. Selon la Commission nationale d'éthique, une volonté de refuser des soins palliatifs dans des situations de souffrance extraordinaire telle qu'elle serait exprimée dans des directives anticipées ne pourrait pas, elle, être suivie d'effets, « pour des raisons d'éthique sociale, pour préserver l'intégrité professionnelle et afin de prévenir des dommages à autrui »⁵¹⁰. Plus convaincant est le point de vue selon lequel, dans un cas de cette nature, les directives ne

⁵⁰⁵ Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, Commentaire *ad* art. 372 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p 216.

⁵⁰⁶ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6667, exemple également repris par Olivier GUILLOD, Droit des personnes, p. 221 et par Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, Commentaire *ad* art. 372 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p 213.

⁵⁰⁷ Voir notamment Ursula GADMER MÄGLI, Décisions relatives à la réanimation en matière de protection de l'enfant et de l'adulte, *Revue de la protection des mineurs et des adultes ZKE/RMA* 2017, p. 104 ss. Sur la portée de directives anticipées qui seraient tatouées ou imprimées sur le corps du patient, voir en particulier Melanie LEVY, *In dubio pro CPR? The Controversial Status of « Do Not Resuscitate » Imprints on the Human Body – a Swiss Innovation*, *European Journal of Health Law* 2020, p. 125 ss ; Christiana FOUNTOULAKIS, Tim KÖBRICH, *Die Verbindlichkeit des mittels No-CPR-Stempfels erklärten Verzichts auf Reanimationsmassnahmen im neuen Erwachsenenschutzrecht*, *AJP/PJA* 2013, p. 1437 ss.

⁵⁰⁸ Dans ce sens, Sabine WYSS. *Kommentar ad* Art. 372 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2190 ; sur les notions d'euthanasie active directe et indirecte et d'euthanasie passive, voir notamment Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 559 s.

⁵⁰⁹ Dans ce sens, Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, *Les directives anticipées*, p. 7. A propos de cette question dans le cadre de la détention, voir plus loin, p. 516 ss.

⁵¹⁰ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, *Les directives anticipées*, p. 7.

correspondent pas à la volonté présumée du patient dans la situation donnée⁵¹¹.

b) Doutes à propos de la « libre volonté »

Comme lors de l'évaluation d'un consentement ou d'un refus « ordinaire » à un acte médical, l'évaluation d'un consentement ou d'un refus formulé dans des directives anticipées doit intégrer une réflexion à propos d'éventuelles pressions qui auraient pu être exercées – en référence à un consentement libre –, puis une réflexion à propos du caractère informé des choix exprimés – en référence à un consentement éclairé –, à chaque fois lors de la constitution des directives, enfin une réflexion à propos de la capacité de discernement du patient, à nouveau au moment de la rédaction des directives.

Ces points sont délicats, puisqu'il s'agit de procéder à une évaluation rétroactive des circonstances ayant entouré la constitution des directives ; les doutes qui pourraient surgir doivent par conséquent « être basés sur des éléments concrets »⁵¹². Ainsi, des directives adoptées alors que le patient ne disposait d'aucune information sur les traitements acceptés ou refusés ou d'aucune expérience personnelle à propos de ces traitements sont peut-être de nature à faire surgir de tels doutes⁵¹³, même si le Conseil fédéral est d'avis qu'il faut en principe « admettre qu'[il] a reçu au préalable les informations nécessaires pour former sa volonté et qu'[il] a renoncé à recevoir des renseignements complémentaires »⁵¹⁴. Pour ce qui a trait à la capacité de discernement, de nombreux auteurs insistent à juste titre sur le fait que des directives « objectivement déraisonnables » ne sont pas *ipso facto* l'indice d'une absence de capacité de discernement⁵¹⁵.

⁵¹¹ Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, Commentaire *ad* art. 372 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p 214.

⁵¹² Message Protection de l'adulte 2006, 6667. Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, Commentaire *ad* art. 372 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p 216.

⁵¹³ Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, Commentaire *ad* art. 372 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p 218.

⁵¹⁴ Message Protection de l'adulte 2006, 6666.

⁵¹⁵ Par exemple, Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, Commentaire *ad* art. 370 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p 194.

c) Détermination d'une volonté présumée contraire

Avant de mettre en œuvre les directives anticipées d'un patient, il importe enfin de s'interroger sur l'éventualité d'un « changement de volonté »⁵¹⁶. A nouveau, il faut des éléments concrets sur ce point avant de déroger à des instructions contenues dans les directives⁵¹⁷. De tels éléments peuvent exister lorsque le patient capable de discernement « a exprimé d'autres souhaits et préférences que les souhaits thérapeutiques enregistrés dans les directives anticipées, sans toutefois [les] révoquer formellement ou les adapter [...] ». De même, « des possibilités thérapeutiques nouvelles ou moins éprouvantes, offrant au patient de nouvelles chances de guérir ou de stabiliser son état, et auxquelles on peut penser que le patient consentirait » ou, peut-être, « [d]es conditions de vie de l'auteur [qui] ont fondamentalement changé » devraient interpeller les soignants⁵¹⁸.

Pour ce qui a trait à l'écoulement du temps entre la rédaction des directives anticipées et leur mise en œuvre, la loi ne fixe pas de délai au-delà duquel elles perdraient leur efficacité ; elle n'exige pas non plus qu'elles soient périodiquement confirmées. Reste que des directives anticipées très anciennes sont sans doute de nature à soulever des doutes, de sorte qu'une confirmation au moyen d'une nouvelle signature datée est recommandée⁵¹⁹.

Pour tenter de cerner davantage encore cette volonté présumée, les soignants peuvent s'en remettre à certains des principes dégagés par la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine dans des recommandations élaborées en mai 2011⁵²⁰. En réalité, la Commission nationale d'éthique n'énonce aucune proposition « matérielle » pour tenter d'élucider la question de la volonté présumée ; elle formule

⁵¹⁶ Directives de l'ASSM, « Directives anticipées », du 19 mai 2009, adaptées au 1^{er} janvier 2013, p. 16 ; <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

⁵¹⁷ Message Protection de l'adulte 2006, 6667.

⁵¹⁸ Directives de l'ASSM, « Directives anticipées », du 19 mai 2009, adaptées au 1^{er} janvier 2013, p. 16 ; <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

⁵¹⁹ Directives de l'ASSM, « Directives anticipées », du 19 mai 2009, adaptées au 1^{er} janvier 2013, p. 8 ; <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

⁵²⁰ Voir Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Les directives anticipées.

plutôt un principe concernant d'abord la « qualité pour agir », puis d'autres touchant à la « procédure » à suivre :

- « seules les personnes entretenant une relation bienveillante avec le patient peuvent établir sa volonté présumée »⁵²¹.

L'élément affectif introduit par La Commission nationale d'éthique dans ce premier principe, celui d'une relation « bienveillante », n'est pas formulé expressément par le droit fédéral. Il paraît en conséquence outrepasser quelque peu le cadre défini par le législateur ; au demeurant, les soignants pourraient rencontrer de sérieuses difficultés pour évaluer le caractère bienveillant ou non de la relation.

La Commission nationale d'éthique formule encore les recommandations suivantes :

- « les déclarations faites oralement par le patient à son médecin doivent être consignées dans le dossier médical ; celles faites en dehors du colloque singulier doivent être confirmées par plusieurs personnes » ;
- en outre, « pour prendre une décision correspondant au sens qu'aurait voulu le patient, il convient de mettre ses propres intérêts entre parenthèses, au bénéfice de l'intérêt et de la volonté du patient et, pour établir la volonté présumée de celui-ci, de prendre conscience de son propre horizon de valeurs et de ses représentations » ;
- enfin, « les personnes chargées d'établir la volonté présumée du patient doivent être conscientes que volonté présumée et intérêt objectif ne concordent pas forcément »⁵²².

⁵²¹ Voir Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Les directives anticipées, p. 8.

⁵²² Voir Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Les directives anticipées, p. 8.

5.2 Représentation dans le domaine médical

5.2.1 Personnes habilitées

A défaut de directives anticipées contenant des instructions ou en présence de directives qui ne déploient pas d'effets, parce qu'elles seraient par exemple « peu claires, trop vagues ou sans pertinence dans le cas concret »⁵²³, l'art. 378 al. 1^{er} CC⁵²⁴ énonce, dans un ordre de préséance, la liste des personnes qui peuvent représenter le patient incapable de discernement dans le domaine médical et consentir à sa place à des soins, ou les décliner. Cette disposition transpose dans le droit fédéral les exigences de la Convention d'Oviedo à propos de la protection des personnes n'ayant pas la capacité de consentir (art. 6) et de la protection des personnes souffrant d'un trouble mental (art. 7)⁵²⁵.

L'art. 378 al. 1^{er} CC constitue une règle générale relative à la représentation dans le domaine médical ; le droit fédéral contient quelques règles particulières, applicables à des situations pour lesquelles des conditions supplémentaires sont prévues pour la représentation, par exemple à l'art. 7 de la Loi sur la stérilisation⁵²⁶ ou à l'art. 13 de la Loi sur la transplantation. Certains auteurs retiennent en outre l'existence d'actes de nature médicale « non sujets à représentation », pour lesquels, par conséquent, la représentation serait exclue, ainsi une opération de réassignation sexuelle⁵²⁷.

⁵²³ OLIVIER GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 378 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 289.

⁵²⁴ Voir Olivier GUILLOD, Droit des personnes, p. 230 ss ; Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, Kommentar *ad* Art. 378 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB, p. 2254 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 434 ss ; OLIVIER GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 378 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 278 ss.

⁵²⁵ Voir précédemment, p. 26 s.

⁵²⁶ L'art. 6 de cette loi prévoit aussi des conditions supplémentaires pour la stérilisation d'une personne capable de discernement mais sous curatelle de portée générale.

⁵²⁷ Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 298 ; la décision de recourir à une méthode de procréation médicalement assistée correspondrait aussi à une mesure médicale pour laquelle toute représentation serait exclue, OLIVIER GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 378 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 290.

L'art. 378 CC renvoie d'abord à la « personne désignée dans les directives anticipées » (chiffre 1)⁵²⁸, puis au « curateur qui a pour tâche de l[e] représenter dans le domaine médical » (chiffre 2). La loi désigne ensuite le conjoint ou le partenaire enregistré (chiffre 3) qui fait ménage commun avec lui ou lui fournit une assistance personnelle régulière, puis « la personne qui fait ménage commun avec [lui] » (chiffre 4), pour autant qu'elle fournisse [au patient] une assistance personnelle régulière. Enfin, la loi habilite les descendants (chiffre 5), les père et mère (chiffre 6) et les frères et sœurs (chiffre 7) à représenter le patient, à nouveau pour autant qu'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière. L'ordre légal de préséance pourrait être modifié par le patient au moyen de directives anticipées⁵²⁹.

Il y a toujours un représentant thérapeutique pour le patient, même dans l'hypothèse où une première lecture de la liste jusqu'à son terme aboutirait à une situation dans laquelle aucun représentant n'a pu être identifié ; alternativement, un « vide » juridique pourrait survenir si aucune personne habilitée à représenter le patient n'accepte de le faire. Dans de tels cas, les soignants vont s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte, afin d'obtenir la désignation d'un curateur ayant pour tâche de représenter le patient dans le domaine médical, prévu par le chiffre 2 de l'art. 378 CC, selon les modalités fixées à l'art. 381 CC.

Le médecin traitant doit renseigner le représentant thérapeutique « sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, notamment sur ses raisons, son but, sa nature, ses modalités, ses risques et ses effets secondaires, son coût, ainsi que sur les conséquences d'un défaut de traitement et sur l'existence d'autres traitements » (art. 377 al. 2 CC). Sur la base de ces éléments, le représentant peut établir avec le médecin traitant un plan de traitement destiné au patient (art. 377 al. 1^{er} CC), « adapté à l'évolution de la médecine et à l'état de la personne concernée » (art. 377 al. 4 CC)⁵³⁰.

⁵²⁸ Voir précédemment, p. 109 ss.

⁵²⁹ Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 156.

⁵³⁰ Le texte de l'al. 4 dans sa version française ne correspond pas entièrement aux versions allemande ou italienne. La version française mentionne « l'évolution de la médecine et l'état de la personne concernée » ; la seconde notion est absente de la version allemande et de la version italienne. Voir en particulier Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, *Kommentar ad Art. 377 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB, p. 2254.

5.2.2 Exclusion de la représentation

La représentation dans le domaine médical est toutefois exclue pour le traitement des troubles psychiques d'une personne incapable de discernement placée dans un établissement psychiatrique (art. 380 CC). Selon le Message, « cette solution a pour but de protéger la personne concernée contre son placement par ses proches dans un hôpital psychiatrique »⁵³¹, placement peut-être abusif, et de lui permettre de faire valoir ses droits selon les garanties procédurales particulières mises en place dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance⁵³².

Le texte français de la disposition se distingue des versions allemande et italienne en ceci qu'il fait expressément référence à un patient en situation de placement à des fins d'assistance, une référence absente des deux autres versions. L'examen des travaux préparatoires laisse cependant penser que l'art. 380 CC ne déploie ses effets que pour un patient placé ; en conséquence, les normes en matière de représentation médicale (art. 378 CC) et celles qui ont trait aux directives anticipées (art. 370 ss CC) sont encore applicables à un patient admis volontairement dans une institution psychiatrique qui perdrait ensuite sa capacité de discernement⁵³³.

Reste qu'un patient entré de son plein gré dans un tel établissement pourrait faire l'objet d'un maintien dans l'institution pendant trois jours. en exécution de l'art. 427 CC, voire d'une mesure de placement à l'issue de ces trois jours. Dans un tel cas, le médecin-chef de l'institution pourrait alors, « dans la foulée », ordonner un traitement mis en œuvre conformément aux art. 433 ss CC⁵³⁴.

⁵³¹ Message Protection de l'adulte 2006, 6671. Voir aussi Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, Kommentar *ad* Art. 380 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB, p. 2263 s. ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 437; Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 380 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 296 ss.

⁵³² Voir plus loin, p. 297 ss.

⁵³³ Dans ce sens, Jürg GASSMANN, Kommentar *ad* Art. 380 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), Erwachsenenschutzrecht, 2e éd., Bâle 2015, p. 137; Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 380 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 298. *Contra*, Walter BOENTE, Zürcher Kommentar Der Erwachsenenschutz, p. 977 s.

⁵³⁴ Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 380 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 299.

5.2.3 *Volonté présumée et intérêts du patient*

Le représentant doit agir conformément à la volonté présumée et aux intérêts du patient (art. 378 al. 3 CC).

La volonté présumée correspond à l'expression de ce qu'il « aurait souhaité s'il avait pu se prononcer librement et en toute connaissance de cause » ; quant aux intérêts du patient, ils correspondent à ses intérêts objectifs, déterminés selon les règles de l'art⁵³⁵.

5.2.4 *Conflit entre volonté présumée et intérêts du patient*

La loi n'apporte aucune réponse pour la résolution des conflits qui pourraient survenir lorsque les intérêts objectifs du patient et sa volonté présumée ne coïncident pas. La Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine mentionne, à titre d'exemple, une transfusion sanguine qui, selon les circonstances, « peut ainsi sembler raisonnable d'un point de vue médical et correspondre aux intérêts objectifs d'un patient sans être forcément compatible avec sa volonté présumée [...] »⁵³⁶.

Parce qu'elle redoute que la prise en compte des intérêts objectifs du patient ait lieu au détriment de sa volonté présumée et marque ainsi un retour vers le « modèle paternaliste de la bienfaisance »⁵³⁷, la Commission nationale d'éthique recommande « d'accorder une priorité à la volonté présumée sur les intérêts objectifs. Ces derniers ne doivent entrer en ligne de compte que si la volonté présumée ne peut être établie »⁵³⁸. D'autres auteurs⁵³⁹ considèrent que la priorité devrait être

⁵³⁵ Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 378 CC, in: CommFam Protection de l'adulte, p. 289 s., qui retiennent que ces critères sont les mêmes que ceux qui sont prévus pour les soins d'urgence d'un patient incapable de discernement prévus par l'art. 379 CC ; sur ce point, voir plus loin, p. 284 ss.

⁵³⁶ Voir Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Les directives anticipées, p. 36.

⁵³⁷ Voir Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Les directives anticipées, *ibidem*.

⁵³⁸ Voir Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Les directives anticipées, *ibidem*.

⁵³⁹ Par exemple Christopher GETH, Martino MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht:

donnée à la volonté présumée « lorsqu'il s'agit de refuser un traitement », et aux intérêts objectifs du patient « lorsqu'il s'agit de consentir à une mesure » de nature médicale.

Ces positions semblent dépasser le cadre fixé par le législateur ; tel qu'il est rédigé, le Code civil n'accorde en effet aucune priorité à l'un ou à l'autre des éléments qui, dans le choix du traitement, devraient guider le représentant du patient⁵⁴⁰ (ou le médecin appelé à administrer des soins en urgence, à l'art. 379 CC). Dans une interprétation systématique et téléologique du Code civil, cependant, l'exercice du libre choix en matière de soins correspond à un droit strictement personnel ; il paraît en conséquence raisonnable de conférer un poids prépondérant à la volonté présumée du patient, pour autant toutefois qu'elle puisse être cernée avec « suffisamment de fiabilité »⁵⁴¹.

6. Portée du consentement libre et éclairé

6.1 Accepter ou refuser le traitement proposé

Le libre choix en matière de soins confère évidemment au patient le droit d'accepter les soins qui lui sont proposés ; c'est la situation la plus courante. Cette prérogative s'applique à tout type de traitement médical, d'actes thérapeutiques, de procédures diagnostiques ou de mesures préventives.

Le libre choix donne cependant aussi au patient le droit de refuser des soins ou un traitement qui paraissent nécessaires⁵⁴², voire vitaux ; le patient est seul habilité à décider ce qui lui paraît approprié, en fonction de ses choix personnels⁵⁴³. Dans de telles circonstances, il n'y a pas de

Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder subjektive Interessen?, *Revue de droit suisse* 2009 I, p. 157 ss.

⁵⁴⁰ Dans ce sens, Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 445.

⁵⁴¹ Dans ce sens, Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, *Commentaire ad art. 378 CC, in: CommFam Protection de l'adulte*, p. 290.

⁵⁴² Voir par exemple dans ce contexte Andrea BÜCHLER, *Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch. Oder auch mit Zwang?*, in: Daniel Jositsch et al. (éd.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, Zurich, Bâle, Genève 2017, p. 571 ss.

⁵⁴³ Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 320 ss ; Dominique MANAI, p. 37 s.

nécessité de se justifier, le patient étant seul apte à décider ce qui est bon pour lui ou non⁵⁴⁴, même si son choix paraît déraisonnable.

Des situations de cette nature peuvent être difficiles à gérer pour les soignants. On l'a dit, la possibilité de maintenir un dialogue afin de tenter de convaincre le patient de revenir sur son choix existe et est admissible⁵⁴⁵ ; il importe toutefois d'être prudent avec les patients fragiles du point de vue psychologique, qui pourraient céder trop facilement aux pressions, par exemple les adolescents ou les personnes souffrant de difficultés psychiques.

En définitive, toutefois, le patient décide bien seul de ce qui va lui advenir et il détient le droit de vivre sa maladie à sa guise : selon le Tribunal fédéral, « [l]e droit à l'autodétermination du patient est extrêmement large et il inclut pour l'intéressé le refus de toutes mesures curatives, même si cela doit le conduire à la mort. La liberté personnelle consacre en effet pour le patient le droit de vivre sa vie comme il l'entend »⁵⁴⁶.

6.2 Choisir le traitement ?

En revanche, le droit au libre choix en matière de soins ne s'étend pas jusqu'à permettre au patient d'imposer au soignant un traitement qu'il n'aurait pas proposé à son patient⁵⁴⁷.

Le soignant reste le seul juge du choix du traitement ou des alternatives qu'il peut entreprendre, pour autant que ces choix correspondent aux règles de l'art. C'est lui qui pose le diagnostic, après avoir examiné son patient, et c'est encore lui qui détermine quel est le traitement approprié et ses alternatives.

⁵⁴⁴ Dominique MANAI, p. 37.

⁵⁴⁵ Arrêt du 28 avril 2003 dans la cause 4P.265/2002. Sur ce point, voir aussi précédemment, p. 74 s.

⁵⁴⁶ Arrêt précité. Voir aussi Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 327 s. ; Tomas POLEDNA, Brigitte BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Berne 2002, p. 64 s.

⁵⁴⁷ SJ 1998, p. 269 ss.

6.3 Consentir aux étapes importantes du traitement

Le consentement n'est pas donné une fois pour toutes au début du traitement. Le praticien est dès lors appelé à obtenir de son patient un consentement renouvelé, à chaque étape importante du traitement⁵⁴⁸. La reconnaissance de ce qui constitue une étape importante d'une prise en charge est essentiellement une question de nature médicale, qu'il appartient au soignant diligent de déterminer en fonction du traitement et de son patient.

Il est en revanche inutile de rechercher le consentement pour chaque geste médical. Pour les gestes de routine, non invasifs, le soignant peut tabler sur le consentement tacite de son patient, ce que rappelle le droit fribourgeois déjà cité à ce propos⁵⁴⁹.

6.4 Interrompre le traitement

Même s'il a consenti aux premières phases d'une prise en charge, le patient conserve le droit d'interrompre un traitement en cours.

A nouveau, le consentement n'est pas donné de manière définitive au début du traitement. Le patient peut en conséquence décider de mettre un terme à la prise en charge, à n'importe quel stade, et, comme pour un refus initial de traitement, sans devoir justifier son choix.

Le patient peut aussi refuser de prendre connaissance de résultats d'examens ou d'analyses, alors même qu'il a préalablement consenti à l'exécution de ces actes de nature diagnostique ; l'art. 6 de la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine le prévoit expressément à propos d'informations relatives au patrimoine génétique.

* * * * *

⁵⁴⁸ Dominique MANAI, p. 73 ss.

⁵⁴⁹ Selon l'art. 48 al. 2 de la Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé.

CHAPITRE IV :

Les exceptions au principe du libre choix en matière d'actes médicaux

1. Introduction

Le principe du libre choix en matière d'actes médicaux n'est pas absolu ; il peut faire l'objet de restrictions, ou même être exclu.

Lorsque le patient est à la fois incapable de discernement et en situation d'urgence médicale, le droit fédéral prévoit une première exception : dans un tel cas, les soins appropriés doivent lui être apportés immédiatement, malgré l'absence de consentement, qui ne peut évidemment être recherché ni auprès du patient ni, faute de temps, auprès d'un tiers. On lui prodigue alors les soins qui correspondent à ses intérêts objectifs, en tablant sur sa volonté présumée, selon l'art. 379 CC⁵⁵⁰ ; cette exception est expressément prévue par la Convention d'Oviedo, à son art. 8⁵⁵¹. Pour les soignants, l'incrimination de l'« exposition à un danger » telle qu'elle est prévue par l'art. 127 CPS⁵⁵² renforce encore cette obligation.

En outre, le droit suisse contient des dispositions relatives à des situations spécifiques dans lesquelles des traitements peuvent être entrepris sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du patient, voire en

⁵⁵⁰ Voir plus loin le chapitre consacré à ce thème, p. 155 ss. Philippe MEIER, p. 295 s. ; Olivier GUILLOD, Droit des personnes, p. 226 ; Paul-Henri STEINAUER, Christina FOUNTOULAKIS, p. 446.

⁵⁵¹ Sur la Convention d'Oviedo, voir précédemment, p. 26. Pour les soins dispensés en urgence, voir plus loin, p. 155 ss.

⁵⁵² Voir notamment Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2696 ss ; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 127 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 132 ss ; voir aussi plus loin, p. 167 ss.

dépit du refus qu'il pourrait exprimer, qu'il soit capable ou incapable de discernement, en situation d'urgence ou non.

Synonymes d'atteinte aux libertés fondamentales et aux droits de la personnalité, ces exceptions ne sont admissibles que pour autant qu'elles respectent certaines conditions générales, énoncées tant dans le droit international public que dans le droit interne.

2. Conditions d'une restriction selon la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

2.1 Restrictions au droit à la vie privée et familiale

L'art. 8 al. 1^{er} CEDH protège la « vie privée et familiale », selon le libellé de la Convention. Cette notion englobe notamment, dans son champ d'application, le droit au respect de l'intégrité corporelle, physique et psychique et, partant, le libre choix en matière de soins⁵⁵³.

L'art. 8 al. 2 CEDH autorise cependant des restrictions au droit à l'intégrité corporelle, lorsqu'une « ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire [notamment ...] à la sûreté publique, [...] à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé [...] ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Parce qu'elles correspondent, dans le contexte du libre choix en matière de soins, à l'énoncé d'une exception au principe général, ces restrictions sont traitées ici avant l'art. 5 al. 1^{er} CEDH, qui vise une autre exception à ce libre choix, plus spécifique, essentiellement celle de la privation de liberté à des fins d'assistance.

⁵⁵³ Voir Mark VILLIGER, p. 369 ss ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 482 ss ; Jens MEYER-LADEWIG, Martin NETTESHEIM, Kommentar *ad* Art. 8 EMRK, p. 322 ss; Christoph GRABENWARTER, Katharina PABEL, p. 278 ss. Outre l'intégrité physique et psychique, la disposition protège également la vie familiale, le domicile et la correspondance ; voir notamment Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 489 ss, 498 ss et 500 ss, respectivement ; Jens MEYER-LADEWIG, Martin NETTESHEIM *ad* Art. 8 EMRK, p. 340 ss, p. 352 ss et p. 354 ss.

2.1.1 *Ingérence prévue par la loi*

L'exigence de la base légale peut être respectée par une loi matérielle : « [L]a notion de loi doit être entendue dans son acception matérielle et non formelle. En conséquence, elle y inclut l'ensemble constitué par le droit écrit, y compris des textes de rang infra-législatif [...], ainsi que la jurisprudence qui l'interprète »⁵⁵⁴.

Dans certains cas, cependant, la jurisprudence de la Cour exige qu'une restriction à un droit soit « clairement » définie dans la loi, par exemple pour une privation de liberté à des fins sécuritaires⁵⁵⁵.

2.1.2 *Présence d'un intérêt public*

La présence d'un des intérêts publics énoncés à l'art. 8 al. 2 CEDH est généralement examinée de manière plutôt « succincte »⁵⁵⁶ dans la jurisprudence de la Cour, qui reconnaît aux autorités nationales une assez large marge de manœuvre dans l'appréciation de ces concepts.

2.1.3 *Nécessité*

La notion de nécessité est en revanche « cardinale »⁵⁵⁷ : la Cour s'attache à « considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants »⁵⁵⁸. Dans ce contexte, le besoin social doit être « impérieux », en particulier lorsque la restriction

⁵⁵⁴ Arrêt du 4 décembre 2008 dans l'affaire *Dogru c. France*, requête no 27058/05, § 52, cité par Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 504. Voir aussi Mark VILLIGER, p. 358 s. ; Jens MEYER-LADEWIG, Martin NETTESHEIM, Art. 8, p. 102 ss; Jochen FROWEIN, Wolfgang PEUKERT, p. 279 ss; Christoph GRABENWARTER, Katharina PABEL, p. 301 ss.

⁵⁵⁵ Arrêt du 30 avril 2019 dans l'affaire *T.B. c. Suisse*, requête no 1760/15, § 64. Voir aussi plus loin, p. 272 ss.

⁵⁵⁶ Voir notamment Mark VILLIGER, p. 362 ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 508 ss.

⁵⁵⁷ Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 514; Mark VILLIGER, p. 363.

⁵⁵⁸ Arrêt du 25 août 1998 dans l'affaire *Hertel c. Suisse*, requête no 25181/94, §46, cité par Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 514.

touche à « un aspect des plus intimes de la vie privée »⁵⁵⁹ ; il doit correspondre à un « *pressing social need* », selon la terminologie utilisée dans les arrêts de la Cour rédigés en anglais⁵⁶⁰.

Une abondante jurisprudence⁵⁶¹ admet ainsi des restrictions à l'intégrité physique, pour autant que les justifications énoncées à l'art. 8 al. 2 CEDH soient réalisées, par exemple dans une législation qui exige un examen médical préalable pour exercer un emploi dans la fonction publique⁵⁶² ou d'autres qui imposent des prélèvements sanguins dans le cadre de la circulation routière⁵⁶³ ou afin d'établir une filiation paternelle⁵⁶⁴. Les expertises psychiatriques ordonnées par une juridiction pénale en cours d'instruction ou lors de l'audience de jugement sont également autorisées car elles sont indispensables « pour apprécier la responsabilité pénale de l'intéressé et [...] partant, elle[s] répond[ent] à la nécessité de prévenir les infractions pénales⁵⁶⁵ ».

La Cour a également rattaché à cet article les règles de droit national qui permettent de préférer un parent à l'autre lors de l'attribution de la garde de l'enfant, à l'occasion d'un divorce ou d'une séparation. Dans l'intérêt de la santé - à la fois physique mais aussi psychique - de l'enfant, il vaut mieux parfois opter pour cette solution, malgré les souffrances morales que pourrait endurer le parent privé de la garde⁵⁶⁶.

⁵⁵⁹ Notamment lorsqu'elle a trait à la sexualité ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 514-515.

⁵⁶⁰ Voir notamment Mark VILLIGER, p. 363.

⁵⁶¹ Voir aussi précédemment, p. 14 et 16.

⁵⁶² Jacques VELU, Rusen ERCEG, p. 667.

⁵⁶³ Luc GONIN, Olivier BIGLER, no 50, p. 483 ; Jacques VELU, Rusen ERCEG, p. 668.

⁵⁶⁴ Jacques VELU, Rusen ERCEG, p. 668.

⁵⁶⁵ Luc GONIN, Olivier BIGLER, no 49, p. 483 ; Jacques VELU, Rusen ERCEG, p. 697.

⁵⁶⁶ Jacques VELU, Rusen ERCEG, p. 698.

2.2 Restrictions au droit à la liberté et à la sûreté

2.2.1 « Cas » autorisant une privation de liberté

L'art. 5 al. 1^{er} première phrase CEDH consacre le principe du « droit à la liberté et à la sûreté »⁵⁶⁷ et empêche ainsi, dans le domaine des soins, l'admission dans un hôpital contre la volonté du patient, en particulier l'admission dans un hôpital psychiatrique⁵⁶⁸.

Après l'énoncé du principe dans sa première phrase, la disposition établit cependant la liste des « cas » dans lesquels une privation de liberté est admissible, pour autant que cette mesure suive « les voies légales ». La liste des motifs de détention de l'art. 5 al. 1^{er} CEDH est exhaustive⁵⁶⁹ ; une détention prononcée pour un autre motif ne respecterait pas les exigences de la Convention⁵⁷⁰.

Parmi ces motifs figure la détention, pour des raisons médicales⁵⁷¹, d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné⁵⁷², d'un alcoolique⁵⁷³, d'un toxicomane ou encore d'un « vagabond »⁵⁷⁴ (art. 5 al. 1^{er} lettre e CEDH). Le placement dans une institution pour personnes âgées, pour autant que la liberté de mouvement soit garantie et que les possibilités de contacts sociaux avec le monde

⁵⁶⁷ Voir précédemment, p. 14 s.

⁵⁶⁸ Même si l'avocat commis d'office du patient, lui, y consent ; arrêt du 4 avril 2017 dans l'affaire V. K. c. Russie, requête no 9139/08, § 40.

⁵⁶⁹ Voir notamment Jens MEYER-LADEWIG, Stefan HARRENDORF, Stefan KÖNIG *ad* Art. 5 EMRK, p. 157 et p. 161.

⁵⁷⁰ Mark VILLIGER, p. 232 ss; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 236.

⁵⁷¹ Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 221 s. et p. 246 ss, considèrent quant à eux que la lettre e de l'art. 5 al. 1^{er} CEDH vise des raisons médicales « ou sociales ».

⁵⁷² Ce statut d'« aliéné » doit correspondre à un patient affecté de troubles mentaux ; il ne saurait être question de quelqu'un dont les « idées ou le comportement s'écartent des normes prédominant dans une société donnée » ; arrêt du 27 novembre 1981 dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas, requête no 6301/73, § 37.

⁵⁷³ Pour une définition de cette notion et son interprétation, voir arrêt du 4 avril 2000 dans l'affaire Witold c. Pologne, requête no 26629/95, § 60 à 62.

⁵⁷⁴ Sur ce point, voir Luc GONIN, Olivier BIGLER, no 103, p. 249.

extérieur y soient réelles et même encouragées, en revanche, n'a pas été considéré comme une privation de liberté⁵⁷⁵.

Lorsqu'elle vise une personne affectée d'un trouble mental, la décision ordonnant une détention peut s'imposer non seulement afin de lui fournir les soins ou le traitement dont elle a besoin, mais aussi dans le but de l'empêcher de « se faire du mal ou de faire du mal à autrui »⁵⁷⁶. La décision doit en tout cas respecter trois conditions cumulatives⁵⁷⁷ : l'existence de l'affection mentale doit résulter d'une expertise médicale, qui peut cependant être établie ultérieurement en cas d'urgence, et qui doit être réalisée par un expert-psychiatre en l'absence d'antécédent chez le patient ; l'affection doit ensuite présenter un certain caractère de gravité, le seul besoin de traitement étant à lui seul insuffisant pour justifier une privation de liberté ; enfin, un maintien de la mesure n'est admissible que si l'affection perdure et le patient doit être remis en liberté dès que son état le permet⁵⁷⁸.

La liste des situations visées à l'art. 5 al. 1^{er} lettre e CEDH reflète clairement la volonté de prise en compte d'un intérêt public : dans certaines circonstances, la sécurité publique ou la santé publique pourrait sans doute être compromise si les personnes visées par la disposition n'étaient pas prises en charge dans une institution sanitaire, même au prix d'une privation de leur liberté.

L'énumération a toutefois aussi été établie dans l'intérêt privé de ces patients potentiels : leur état pourrait en effet nécessiter un traitement ou des soins dans un établissement sanitaire ou hospitalier. La mise en œuvre des mesures prévues par la disposition précitée n'est cependant admissible

⁵⁷⁵ Arrêt du 26 février 2002 dans l'affaire H. M. c. Suisse, requête no39187/98, cité par Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 222. Dans cette affaire, la personne âgée souhaitait être placée dans l'institution ; c'est sa famille qui s'y opposait.

⁵⁷⁶ Arrêt du 17 janvier 2012 dans l'affaire Stanev c. Bulgarie, requête no 36760/06, § 146.

⁵⁷⁷ Mark VILLIGER, p. 233 s. ; Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 248 s.

⁵⁷⁸ Arrêt du 31 janvier 2019 dans l'affaire Rooman c. Belgique, requête no 18052/11, § 192 ; arrêt du 14 février 2012 dans l'affaire D. D. c. Lituanie, requête no 13469/06, § 156 (seulement en anglais) ; arrêt du 27 novembre 1981 dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas, requête no 6301/73, § 39, déjà cité.

que si d'autres mesures moins contraignantes ne sont pas envisageables⁵⁷⁹ ou ont précédemment échoué.

2.2.2 *Respect des voies légales*

Toute privation de liberté doit respecter les voies légales, c'est-à-dire reposer sur une base légale, « émaner d'une autorité qualifiée, être exécutée par une telle autorité et ne pas revêtir un caractère arbitraire »⁵⁸⁰.

La personne détenue doit, dans ce contexte, être informée des motifs de sa détention (art. 5 al. 2 CEDH) et doit pouvoir saisir un tribunal pour qu'il statue sur la légalité ou la proportionnalité de sa privation de liberté (al. 4). L'exigence de jugement dans un délai raisonnable (al. 3) concerne les cas où la détention est prononcée en application de la lettre c de l'art. 5 al. 1^{er} CEDH, soit des cas de détention provisoire, dans l'attente d'un jugement pénal ; une telle exigence ne concerne par conséquent pas les privations de liberté pour des raisons médicales.

3. Conditions d'une restriction selon la Convention sur le Droits de l'Homme et la biomédecine

3.1 Trouble mental grave

L'art. 7 de la Convention autorise en substance un traitement forcé des patients « souffrant d'un trouble mental grave », qui seraient capables de donner leur consentement, « mais dont la capacité de prendre une décision quant au traitement proposé est gravement altérée par les troubles mentaux dont elles souffrent »⁵⁸¹. L'intervention n'est admissible que si elle a pour objet de traiter ce trouble et pour autant que l'absence d'un tel traitement risque d'être gravement préjudiciable à leur santé⁵⁸². L'article réserve encore les conditions de protection prévues par la loi comprenant des procédures de surveillance et de contrôle, ainsi que des voies de recours.

⁵⁷⁹ Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 234 s.

⁵⁸⁰ Luc GONIN, Olivier BIGLER, p. 225.

⁵⁸¹ Message Oviedo 2001, 298.

⁵⁸² Message Oviedo 2001, 297 s.

Cette disposition constitue une exception à la règle générale du consentement telle qu'elle découle de l'art. 5 de la Convention⁵⁸³. Simultanément, la Convention « assure [au moyen de l'art. 7] la protection de ces personnes, en limitant le nombre d'hypothèses dans lesquelles il peut être procédé, sans leur consentement, au traitement de ce trouble et en soumettant cette intervention à des conditions précises »⁵⁸⁴.

A l'époque de la rédaction du Message en vue d'une adhésion à la Convention, le nouveau droit fédéral en matière de protection de l'adulte, notamment les art. 426 ss CC consacrés au placement à des fins d'assistance, n'existait qu'au stade d'avant-projet ; dès lors, la « situation juridique en Suisse [était] confuse » à propos des traitements forcés dans le domaine psychiatrique⁵⁸⁵. Si l'on retient que l'art. 434 CC aujourd'hui en vigueur⁵⁸⁶ – qui autorise un traitement sans consentement de personnes affectées d'un trouble psychique et placées dans une institution en raison de ce trouble – ne concerne que les personnes incapables de discernement⁵⁸⁷, cette disposition de la Convention n'a pas de portée en Suisse.

3.2 Situations d'urgence

La Convention contient à l'art. 8 une seconde exception explicite aux principes généraux du consentement libre et éclairé prévus aux art. 5 et 6. Conformément à cette disposition, « [l]orsqu'en raison d'une situation d'urgence le consentement approprié ne peut être obtenu, il pourra être procédé immédiatement à toute intervention médicalement indispensable pour le bénéfice de la santé de la personne concernée. »

Une urgence existe, selon le Message, lorsque la personne concernée risque de subir un préjudice si la décision d'intervention est différée⁵⁸⁸ ; ainsi, sont exclues les interventions pour lesquelles un délai est acceptable⁵⁸⁹. La disposition ne vise cependant pas uniquement les soins qui

⁵⁸³ Rapport explicatif Oviedo, p. 9 s.

⁵⁸⁴ Rapport explicatif Oviedo, *ibidem*.

⁵⁸⁵ Message Oviedo 2001, p. 299.

⁵⁸⁶ Et l'art. 435 CC pour les cas d'urgence.

⁵⁸⁷ Voir plus loin, p. 282 s.

⁵⁸⁸ Message Oviedo 2001, p. 300 ; voir Dominique MANAI, *Droits de l'homme et biomédecine*, p. 668.

⁵⁸⁹ Rapport explicatif Message Oviedo 2001, note 58, p. 11.

doivent être dispensés en urgence vitale, c'est-à-dire les « interventions nécessaires à la survie de la personne »⁵⁹⁰ ; il y a aussi une urgence « lorsqu'un délai lui ferait perdre [le] bénéfice thérapeutique de l'intervention »⁵⁹¹.

Pour le surplus, il y a impossibilité d'obtenir un consentement approprié lorsque « le consentement de la personne ne peut être recueilli, par exemple parce qu'elle est inconsciente après un accident, qu'elle se trouve dans le coma ou, lorsque le représentant légal d'une personne incapable de discernement ne peut être atteint »⁵⁹².

3.3 Conditions à d'autres restrictions à l'exercice des droits énoncés dans la Convention

3.3.1 *En général*

L'art. 26 de la Convention autorise, à certaines conditions, les Etats signataires à prévoir dans leur législation nationale d'autres restrictions à l'exercice des droits énoncés dans la Convention.

Selon cette disposition, « [l]'exercice des droits et les dispositions de protection contenus dans la présente Convention ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui »⁵⁹³.

La formulation de l'art. 26 constitue en réalité une reprise quasi textuelle de l'art. 8 al. 2 CEDH⁵⁹⁴. Le Conseil fédéral retient toutefois à juste titre que « [l]a formulation de l'art. 26 est plus étroite que celle de son modèle, l'art. 8 al. 2 CEDH ». En effet, « [à] la différence de cette dernière disposition, les règles prévues par la convention ne peuvent pas faire l'objet

⁵⁹⁰ Voir le Rapport explicatif Message Oviedo 2001, *ibidem*.

⁵⁹¹ Message Oviedo 2001, p. 300.

⁵⁹² Message Oviedo 2001, *ibidem*.

⁵⁹³ Rapport explicatif Message Oviedo 2001, note 148 ss, p. 23 ss ; voir Dominique MANAI, *Droits de l'homme et biomédecine*, p. 666.

⁵⁹⁴ Voir le Message Oviedo 2001, 282.

de restrictions destinées à protéger la tranquillité et l'ordre publics, à garantir le bien-être économique du pays, à défendre l'ordre ou protéger la morale »⁵⁹⁵.

Comme l'art. 8 al. 2 CEDH, cette disposition exige explicitement que d'éventuelles restrictions reposent sur une base légale - d'éventuelles restrictions doivent être « prévues par la loi » - et qu'elles respectent le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elles représentent des « mesures nécessaires » pour la sauvegarde d'un des intérêts publics mentionnés dans le texte.

L'art. 26 de la Convention autorise par exemple des mesures à l'encontre de personnes qui, en raison d'un trouble mental, constitueraient un danger pour les tiers ; les examens génétiques effectués contre la volonté de la personne concernée en vue d'établir une paternité ou d'identifier l'auteur d'une infraction pénale, comme les mesures destinées à protéger la santé publique en cas d'épidémies, entrent également dans le champ d'application de cette disposition⁵⁹⁶.

Le Message du Conseil fédéral à l'appui de sa proposition d'adoption⁵⁹⁷ confirme que ces critères autorisant une restriction doivent être interprétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ils correspondent aussi aux critères retenus par le Tribunal fédéral dans ses arrêts relatifs aux libertés fondamentales de l'ordre juridique suisse, aux restrictions qui peuvent y être apportées et, le cas échéant, aux conditions qui doivent être remplies pour qu'une restriction soit admissible, selon l'art. 36 Cst.

3.3.2 *Droits absolus*

La Convention prévoit cependant encore, à son art. 26 al. 2, que certains de ses droits sont en quelque sorte absolus et ne peuvent être restreints, même aux conditions prévues par l'art. 26 al. 1^{er}. Il s'agit des droits énoncés aux art. 11 (non-discrimination en raison du patrimoine génétique) ; art. 13 (interdiction des interventions sur le génome humain

⁵⁹⁵ Message Oviedo 2001, 282.

⁵⁹⁶ Voir le Message Oviedo 2001, *ibidem*.

⁵⁹⁷ Message Oviedo 2001, 281.

pour des raisons autres que préventives, diagnostiques ou thérapeutiques) ; art. 14 (non sélection du sexe) ; art. 16 (protection des personnes se prêtant à une recherche) ; art. 17 (protection des personnes qui n'ont pas la capacité de consentir à une recherche) ; art. 19 (protection des donneurs vivants dans le cadre d'un prélèvement d'organe ou de tissu) ; art. 20 (protection des personnes qui n'ont pas la capacité de consentir au prélèvement d'organe) et, enfin, art. 21 (interdiction du profit réalisé avec le corps humain et ses parties)⁵⁹⁸.

Selon le Message⁵⁹⁹, ces règles sont « à ce point fondamentales pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité humaine que l'on ne saurait admettre aucune dérogation ». Le Conseil fédéral ajoute que cette impossibilité « ne devrait pas poser de problème pour [l']ordre juridique [suisse] ».

3.3.3 *Protection nationale plus étendue*

Si la protection des droits des patients telle qu'elle résulte du droit national est plus étendue, c'est cette protection qui déploie ses effets, la Convention ne pouvant être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits déjà reconnus par le droit national, conformément à l'art. 27 de la Convention⁶⁰⁰.

La Convention ne devrait pas, non plus, être simplement interprétée comme un texte de « normes minimales »⁶⁰¹. Certes, elle fixe un socle de normes de protection communes, que chaque Etat peut ensuite étendre ou développer à son gré. Cependant, il s'agit bien, selon le Conseil fédéral, de « réponses aux défis des technologies modernes », qui « visent à protéger efficacement l'être humain et les générations futures »⁶⁰².

⁵⁹⁸ Rapport explicatif Message Oviedo 2001, note 160, p. 25. Voir Dominique MANAI, *Droits de l'homme et biomédecine*, p. 666.

⁵⁹⁹ Voir le Message Oviedo 2001, 281.

⁶⁰⁰ Voir le Rapport explicatif Message Oviedo 2001, note 161 s., p. 25.

⁶⁰¹ Message Oviedo 2001, 280.

⁶⁰² Message Oviedo 2001, *ibidem*.

4. Conditions d'une restriction selon la Constitution fédérale

A l'exception, peut-être, de celui qui garantit le droit à la vie⁶⁰³, les droits fondamentaux ne sont pas absolus et peuvent être l'objet de restrictions⁶⁰⁴. L'Etat peut par conséquent limiter les droits fondamentaux énoncés dans la Constitution fédérale, aux conditions énoncées par l'art. 36 Cst.

4.1 Existence d'une base légale

Selon l'art. 36 al. 1^{er} Cst, « toute restriction d'un droit fondamental doit [d'abord] être fondée sur une base légale ». La disposition précise que la base légale doit être contenue dans une « loi » - c'est-à-dire une loi au sens formel, adoptée par un législateur - pour les restrictions les plus graves⁶⁰⁵. La doctrine considère encore que la base légale formelle permettant la restriction doit être claire et expresse⁶⁰⁶.

La gravité de l'atteinte est appréciée objectivement et non pas en fonction de l'impression subjective du destinataire⁶⁰⁷, selon le Tribunal fédéral. Il a par exemple jugé que la médication forcée constituait une atteinte grave à la liberté personnelle⁶⁰⁸.

Les atteintes moins graves, en revanche, peuvent être énoncées dans une base légale matérielle, par exemple une ordonnance, voire dans des actes de rang infra-légal tel que le règlement intérieur d'une institution publique⁶⁰⁹ ou même dans une clause générale⁶¹⁰. Selon la jurisprudence, le

⁶⁰³ Voir plus loin, p. 141 s.

⁶⁰⁴ Regina KIENER, Grundrechtsschranken, p. 1293 ss; Regina KIENER et al., p. 86 ss; Jacques DUBEY vol. II, p. 115 ss; Astrid EPINEY *ad* Art. 36 BV, p. 745 ss; Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 36 BV, p. 822 ss; Pascal MAHON vol. II, p. 52 ss; Andreas AUER et al. vol. II, p. 77 ss.

⁶⁰⁵ ATF 139 I 280, 284; 137 II 371, 381; 130 I 65, 68.

⁶⁰⁶ Jacques DUBEY, Commentaire *ad* art. 36 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 1087 ss; Regina KIENER, Grundrechtsschranken, p. 1309 ss; Regina KIENER et al., p. 99 ss; Jacques DUBEY vol. I, p. 167-8; Astrid EPINEY *ad* Art. 36 BV, p. 759 ss; Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 36 BV, p. 830; Pascal MAHON vol. II, p. 57; Andreas AUER et al., p. 83 ss.

⁶⁰⁷ ATF 119 Ia 178, 187; arrêt du 11 septembre 2009 dans la cause 2C_1/2009, cons. 4.3.

⁶⁰⁸ ATF 127 I 6, 17; 126 I 112, 115.

⁶⁰⁹ Regina KIENER et al., p. 100 ss.

⁶¹⁰ ATF 138 I 256, 264; 131 I 333, 339; 123 I 112, 124; 122 I 360, 363 s.

prélèvement de cheveux⁶¹¹, une prise de sang⁶¹² ou le prélèvement et l'analyse de matériel génétique en vue de l'établissement et de la conservation, à des fins d'identification, de données personnelles (profils ADN)⁶¹³ constituent des atteintes légères aux libertés fondamentales.

4.2 Présence d'un intérêt public ou protection d'un droit fondamental d'autrui

Une restriction à une liberté fondamentale doit non seulement découler d'une loi, mais elle doit aussi reposer sur un motif justificatif, soit un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui, selon l'art. 36 al. 2 Cst⁶¹⁴.

4.2.1 *Intérêt public*

On se trouve en présence d'un intérêt public lorsqu'une activité étatique restrictive des libertés présente un caractère de légitimité⁶¹⁵. Comme le souligne la doctrine, la notion ne se prête guère à une définition théorique ou abstraite, d'une part parce qu'elle comporte à l'évidence une dimension politique importante, d'autre part parce qu'elle est de nature à évoluer en fonction du temps et, dans un Etat fédéral comme la Suisse, en fonction du lieu⁶¹⁶.

⁶¹¹ Arrêt du 19 décembre 1995 dans la cause 1P.528/1995, cons. 2b, également publié *in*: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1996, p. 470.

⁶¹² ATF 124 I 80, 82.

⁶¹³ ATF 128 II 259, 269 s.

⁶¹⁴ Jacques DUBEY, Commentaire *ad* art. 36 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 1096 ss; Regina KIENER, Grundrechtsschranken, p. 1309 ss; Jacques DUBEY vol. II, p. 152 ss ; Regina KIENER et al., p. 99 ss ; Astrid EPINEY *ad* Art. 36 BV, p. 765 ss; Pascal MAHON vol. II, p. 56 ss ; Andreas AUER et al., p. 96 ss.

⁶¹⁵ Regina KIENER, Grundrechtsschranken, p. 1311 ss; Jacques DUBEY vol. II, p. 196 ss ; Regina KIENER et al., p. 112 ss ; Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 36 BV, p. 836 ss; Pascal MAHON vol. II, p. 56 ss ; Andreas AUER et al., p. 96 ss.

⁶¹⁶ Regina KIENER, Grundrechtsschranken, p. 1309 ss; Jacques DUBEY vol. II, p. 152 ss ; Regina KIENER et al., p. 99 ss ; Pascal MAHON vol. II, p. 61 ss.

La protection de la santé publique figure évidemment au rang des intérêts publics retenus par le Tribunal fédéral pour justifier une atteinte aux libertés fondamentales⁶¹⁷ ; la jurisprudence précise encore qu'un tel intérêt public peut être qualifié d'« important »⁶¹⁸. Dans ce domaine, les restrictions apportées peuvent toucher classiquement la liberté personnelle, par exemple, la prophylaxie dentaire scolaire obligatoire⁶¹⁹ ; la protection de la sphère intime, lors de la constitution d'un registre des cancers comportant des données personnelles⁶²⁰ ; ou la liberté du commerce et de l'industrie – aujourd'hui la liberté économique –, lors de l'introduction d'un *numerus clausus* des étudiants dans une faculté de médecine⁶²¹, ou lorsqu'un canton interdit la vente de médicaments par les médecins⁶²².

Un nouvel intérêt public a été reconnu dans des arrêts plus récents ayant trait au droit de la santé, celui du « but de politique sociale [...] destiné à freiner l'augmentation des primes sur le terrain de l'assurance obligatoire des soins », par exemple lorsque les cantons limitent le nombre de médecins autorisés à pratiquer à charge de l'assurance-maladie

⁶¹⁷ Andreas AUER et al., p. 100 s.

⁶¹⁸ ATF 140 I 218, 234 ; 134 I 322, 331 ; 131 I 223, 231 ; 127 II 91, 101.

⁶¹⁹ ATF 118 Ia 427, JT 1994 I 566, cité par Andreas AUER et al., p. 100.

⁶²⁰ JAAC 1984, no 31, cité par Andreas AUER et al., p. 100. Aujourd'hui, cet enregistrement est réglé par le droit fédéral, dans la Loi du 18 mars 2016 sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO, RS 818.33).

⁶²¹ ATF 125 I 173. Cette restriction à l'accès aux études de médecine est encore en place aujourd'hui dans certaines facultés suisses, notamment celle de Fribourg en Suisse romande (état : printemps 2023) ; <https://www.swissuniversities.ch/fr/service/inscription-aux-etudes-de-medecine/bases-legales> ; elle prend la forme d'un test d'aptitudes pour l'admission. Un tel *numerus clausus*, notamment en raison de la grave pénurie de personnel médical, est l'objet de controverses politiques. On l'a qualifié de « système assez fantastiquement inadéquat » ; <https://www.rts.ch/info/suisse/6968717-polemique-autour-du-numerus-clausus-pour-lentree-en-faculte-de-medecine.html>.

⁶²² RDAF 2003 I 448, 450 ; ATF 118 Ia 175, JT 1994 I 643, cités par Andreas AUER et al., p. 100. Aujourd'hui, la Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques (LPTh, RS 812.21) permet la remise de médicaments par un soignant exerçant une profession médicale - la « propharmacie » - (art. 24 al. 1^{er} lettre b LPTh), pour autant que le canton concerné l'autorise. Les cantons romands et le Tessin, en principe, l'interdisent (état : janvier 2022 ; voir par exemple l'art. 114 al. 2 de la Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé). La loi valaisanne l'interdit par principe, mais délègue au Conseil d'Etat la compétence de prévoir des exceptions, en particulier lorsque les « possibilités d'accès des patients à une pharmacie » sont limitées (art. 144 de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé).

obligatoire⁶²³ ou encore dans le contexte de la régulation des équipements médico-techniques lourds⁶²⁴.

4.2.2 *Protection d'un droit fondamental d'autrui*

Selon l'art. 36 al. 2 Cst, la protection d'un droit fondamental d'autrui peut également justifier la restriction d'un droit fondamental⁶²⁵.

Un tel conflit de libertés fondamentales est généralement résolu dans la loi⁶²⁶ : ainsi, la liberté de la recherche scientifique est garantie par la Constitution⁶²⁷, comme l'est la liberté personnelle des sujets de recherche, et c'est la loi⁶²⁸ qui va déterminer comment ces deux libertés peuvent interagir et se coordonner.

La jurisprudence du Tribunal fédéral contient quelques décisions en lien avec la santé où la question d'une « collision de droits fondamentaux » est traitée, dans des situations pour lesquelles les bases légales sont lacunaires⁶²⁹. Les juges procèdent à une pesée des intérêts en jeu et tranchent en faveur des intérêts qu'ils considèrent comme prépondérants, par exemple le droit à obtenir une assistance au suicide pour un résident d'une institution médico-sociale, alors que l'institution s'y oppose en invoquant sa liberté de conscience ou de croyance⁶³⁰ ; la sécurité du personnel de l'institution ou des autres patients, lors d'une médication

⁶²³ SJ 2005 I 211 ; ATF 130 I 26, JT 2005 I 143.

⁶²⁴ Voir ATF 140 I 218, 234 ; ATF 130 I 26, 50 ou encore l'arrêt du 6 septembre 2004 dans la cause 2P.134/2003, cons. 6.2, in SJ 2005 I p. 205.

⁶²⁵ Regina KIENER, Grundrechtsschranken, p. 1293 ss; Regina KIENER et al., p. 86 ss; Jacques DUBEY vol. II, p. 115 ss ; Astrid EPINEY *ad* Art. 36 BV, p. 745 ss; Pascal MAHON vol. II, p. 52 ss ; Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 36 BV, in: St.Galler Kommentar BV, p. 838; Andreas AUER et al., note 168 ss, p. 77 ss.

⁶²⁶ Astrid EPINEY *ad* Art. 36 BV, note 51, p. 766 ; Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 36 BV, p. 838; Andreas AUER et al., p. 104 s.

⁶²⁷ Art. 20 Cst ; voir notamment à ce propos Maya HERTIG, Kommentar *ad* Art. 20 BV, in: Basler Kommentar BV, p. 425 ss; Rainer SCHWEIZER, Felix HAFNER, Kommentar *ad* Art. 20 BV, in: St. Galler Kommentar BV, p. 480 ss.

⁶²⁸ Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH, RS 810.30).

⁶²⁹ Voir Rainer J. SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 36 BV, in: St. Galler Kommentar BV, note 35, p. 838 ; Michel HOTTELIER, Les conflits de droits de l'homme et la sécurité juridique, in: Annuaire international des droits de l'homme, vol. 4 (2009), p. 115 ss.

⁶³⁰ ATF 142 I 195.

forcée d'un patient en milieu psychiatrique, plutôt que la liberté personnelle du patient psychiatrique⁶³¹ ; ou l'intégrité corporelle gravement menacée d'un détenu menant un jeûne de protestation⁶³², plutôt que sa liberté d'expression.

4.3 Respect du principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité suppose que « la mesure envisagée soit apte à produire les résultats d'intérêt public escomptés (règle de l'aptitude ou de l'adéquation) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité ou de la subsidiarité). En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et postule un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit) »⁶³³. Le principe de la proportionnalité exige ainsi un rapport raisonnable entre le but de l'intérêt public visé, le moyen choisi pour atteindre ce but et la restriction apportée à la liberté concernée⁶³⁴.

Le principe est ainsi subdivisé en trois éléments distincts, l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens strict. Selon le premier, la mesure restrictive mise en place doit être de nature à atteindre le but visé. Le second exige que cette mesure soit la seule à pouvoir atteindre l'objectif poursuivi, à l'exception de toute autre moins restrictive qui pourrait, elle aussi, être efficace ; le Tribunal fédéral a par exemple jugé que l'établissement et le traitement de profils ADN dans le cadre de procédures pénales étaient nécessaires pour élucider certaines affaires et que d'autres moyens n'étaient pas disponibles⁶³⁵.

⁶³¹ ATF 127 I 6 ; 126 I 112.

⁶³² Arrêt Rappaz, ATF 136 IV 97.

⁶³³ ATF 140 I 218, 235 ; 136 IV 97, 104 ; 135 I 169, 174. Sur la notion de proportionnalité, voir notamment Jacques DUBEY vol. I, p. 211 ss ; Astrid EPINEY *ad* Art. 36 BV, p. 766 ss ; Pascal MAHON vol. II, p. 65 ss ; Rainer SCHWEIZER, *Kommentar ad* Art. 36 BV, in: *St.Galler Kommentar BV*, p. 839 ss ; Andreas AUER et al., p. 105 ss.

⁶³⁴ Voir Andreas AUER et al., no 226, p. 105, qui rappellent dans ce contexte cette maxime tirée de la sagesse populaire : « On ne tire pas sur des moineaux avec un canon ».

⁶³⁵ ATF 128 II 259, JT 2003 I 411.

Le dernier élément du principe, celui de la proportionnalité au sens étroit, conduit à procéder à une pesée des intérêts en présence : le juge doit alors évaluer si l'atteinte à la liberté concernée est encore raisonnable ou au contraire disproportionnée pour atteindre le but visé. Il n'est pas rare que des règles (trop) strictes, dépourvues d'exceptions ou de critères de modération ou de pondération, ne résistent pas à l'examen du Tribunal fédéral.

Ainsi, la jurisprudence a certes retenu, on l'a dit, qu'un prélèvement d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale était admissible ; dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a toutefois considéré que le profil ADN devait être détruit si la personne concernée était définitivement mise hors de cause⁶³⁶.

4.4 Respect de l'essence des droits fondamentaux

La Constitution fédérale contient désormais une référence explicite à l'existence d'un noyau intangible des droits fondamentaux, notion que la doctrine et la jurisprudence avait déjà élaborée sous l'empire de la Constitution de 1874, en particulier sous l'influence de la *Grundgesetz* allemande⁶³⁷. Selon l'art. 36 al. 4 Cst, l'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Les droits fondamentaux ne peuvent dès lors subir des atteintes telles qu'ils s'en trouveraient vidés de leur substance, voire réduits intégralement à néant⁶³⁸. Ce qui constitue l'essence d'un droit fondamental est cependant délicat à déterminer et nécessite en particulier une analyse distincte pour chacun des droits et libertés reconnus par la Constitution.

⁶³⁶ ATF 124 I 80, JT 2000 IV 24.

⁶³⁷ Art. 19 al. 2 GG. Voir notamment Rainer SCHWEIZER, *Kommentar ad Art. 36 BV*, note 44, p. 841.

⁶³⁸ Jacques DUBEY, *Commentaire ad art. 36 Cst*, in : *Commentaire romand Cst*, p. 1107 ss; Regina KIENER, *Grundrechtsschranken*, p. 1313 ss; Jacques DUBEY vol. II, p. 211 ss ; Regina KIENER et al., p. 123 ss ; Pascal MAHON vol. II, p. 67 ss ; Andreas AUER et al., p. 114 ss; Markus SCHEFER, *Die Kerngehalte von Grundrechten*, Berne 2001 ; Charles-Albert MORAND, *Le noyau intangible des droits constitutionnels*, in: Patrice Meyer-Bisch (éd.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg 1991, p. 53 ss.

Le respect de l'essence des droits fondamentaux prend une dimension particulière en matière de soins, car, contrairement à tous les autres droits individuels, le droit à la vie ne peut faire l'objet de restriction, toute atteinte étant immédiatement une atteinte à l'essence même de la vie⁶³⁹. La question est en réalité complexe et controversée et dépend de la définition que l'on donne au concept de « vie » et, plus encore, aux notions de début et de fin de vie ; elle se situe aux confins du droit, de la philosophie et de l'éthique et peut comporter pour certains une dimension religieuse⁶⁴⁰.

A ce jour, aucun acte étatique n'a été invalidé par le Tribunal fédéral au seul motif qu'il ne respecterait pas l'essence du droit fondamental en jeu, qu'il s'agisse d'une des libertés mises en œuvre dans le cadre des soins médicaux ou d'un autre droit fondamental garanti par la Constitution⁶⁴¹.

4.5 Cas de danger sérieux, direct et imminent

Outre les restrictions qui pourraient résulter de situations prévues dans des lois, la Constitution fédérale réserve encore dans ce contexte les situations correspondant à des « cas de danger sérieux, direct et imminent » (art. 36 al. 1^{er} Cst *in fine*)⁶⁴². Dans de tels cas, l'autorité peut faire usage de son « pouvoir général de police »⁶⁴³.

Selon la définition élaborée par la jurisprudence et la doctrine, on considère que ce pouvoir « confère à l'autorité exécutive le droit [...], sans base constitutionnelle ou légale expresse, de prendre les mesures indispensables pour rétablir l'ordre public s'il a été troublé, ou pour le

⁶³⁹ ATF 98 Ia 508, JT 1973 I 490; Andreas AUER et al., p. 132 ss.

⁶⁴⁰ Voir notamment Benedetta GALETTI, La mort provoquée, Genève, Zurich, Bâle 2020 ; Jean-François DUMOULIN, Questions de vie et de mort, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 161 ; Bernhard RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zurich, St-Gall 2009.

⁶⁴¹ Andreas AUER et al., note 251, p. 116.

⁶⁴² Dans la version française de la disposition, le danger doit être sérieux, direct et « imminent » ; les versions allemande et italienne décrivent aussi le danger comme sérieux et direct, mais substituent au troisième qualificatif l'expression de danger « qui ne peut être évité autrement ».

⁶⁴³ Jacques DUBEY, Commentaire *ad* art. 36 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 1091 ss ; Regina KIENER, Grundrechtsschranken, p. 1310 s.; Jacques DUBEY vol. I, p. 189 ss ; Regina KIENER et al., p. 107 ss ; Astrid EPINEY *ad* Art. 36 BV, p. 762 ss ; Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 36 BV, *in*: St.Galler Kommentar BV, p. 834 ss; Pascal MAHON vol. II, p. 59 ss ; Andreas AUER et al., p. 94 ss.

préserver d'un danger sérieux qui le menace de façon directe et imminente »⁶⁴⁴.

La Constitution fédérale crée ainsi un régime d'exception dont les contours restent volontairement imprécis et qui permet à l'Etat ou à ses agents de prendre, sans base légale expresse, des mesures restrictives, peut-être synonymes d'atteintes aux libertés individuelles, lorsque des circonstances graves et urgentes, de nature à porter atteinte à l'ordre public, l'exigent⁶⁴⁵.

Il s'agit de la reformulation d'une notion déjà relativement ancienne et développée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral sous la dénomination de « clause générale de police »⁶⁴⁶. Ce concept, auparavant absent du texte de la Constitution fédérale de 1874, s'y trouve désormais expressément formulé⁶⁴⁷.

La jurisprudence du Tribunal fédéral développée avant l'adoption de la Constitution de 1999 retenait au surplus que la clause générale de police n'était applicable que dans une situation « atypique et imprévisible »⁶⁴⁸. Le Tribunal fédéral a ensuite nuancé la portée de la notion d'imprévisibilité, en précisant notamment que le pouvoir général de police ne pouvait s'appliquer aux situations connues et prévisibles pour lesquelles le législateur s'est délibérément abstenu d'édicter des règles, mais qu'elle s'appliquait en revanche aux situations certes connues du législateur, mais pour lesquelles il s'était abstenu de légiférer en considérant qu'elles ne surviendraient pas « dans la réalité des faits »⁶⁴⁹. Enfin, il a encore précisé que la notion d'imprévisibilité ne devait pas « être comprise comme une condition d'application qui exclut de se fonder sur la clause générale de police de façon absolue, indépendamment du genre de l'imminence du danger »⁶⁵⁰.

⁶⁴⁴ ATF 103 Ia 310, 312 ; voir Andreas AUER et al., p. 94 ; Markus MÜLLER, *Polizeiliche Generalklausel : klarende Worte des Bundesgerichts*, ZBJV 2012, p. 220 ss.

⁶⁴⁵ Jacques DUBEY, *Commentaire ad art. 36 Cst*, in : *Commentaire romand Cst*, p. 1093.

⁶⁴⁶ ATF 100 Ia 398; 99 Ia 694; 97 I 914; 96 I 224; 92 I 30; 91 I 327.

⁶⁴⁷ ATF 126 I 112.

⁶⁴⁸ ATF 121 I 22, JT 1997 I 682.

⁶⁴⁹ ATF 136 IV 97, 115.

⁶⁵⁰ ATF 137 II 431, 445 ; JT 2012 I 207.

La clause générale de police a notamment été utilisée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, certes relativement ancienne, pour justifier des atteintes à l'intégrité corporelle – spécifiquement, des injections de produits thérapeutiques calmants – à des patients hospitalisés contre leur volonté dans une institution psychiatrique et très agités lors de leur admission, constituant ainsi une menace pour les autres patients et pour le personnel soignant de l'institution⁶⁵¹.

Le Tribunal fédéral a également jugé, un peu plus récemment⁶⁵², que le pouvoir exécutif, en s'appuyant sur cette même clause, peut ordonner l'alimentation forcée d'un détenu en grève de la faim, si cette mesure est de nature à écarter une atteinte grave à sa santé⁶⁵³. Cette décision a été critiquée à juste titre par certains auteurs, pour qui un jeûne de protestation en milieu carcéral ne peut pas être qualifié d'atypique ni d'imprévisible⁶⁵⁴; on peut aussi douter qu'il constitue un « danger » pour l'ordre public.

5. Conditions d'une restriction selon le Code civil

De la même manière que la Constitution fédérale autorise à certaines conditions des restrictions aux libertés fondamentales, des atteintes aux droits de la personnalité du Code civil sont admissibles, à nouveau à certaines conditions énoncées par l'art. 28 al. 2 CC.

⁶⁵¹ ZBl 1993, 504 ; ATF 126 I 112. Cette seconde décision, liée à une affaire qui s'est déroulée en 1997, concernait une admission non volontaire dans un hôpital psychiatrique du canton de Berne, à une époque où le droit de ce canton ne contenait aucune disposition spécifique autorisant un traitement sans le consentement du patient.

⁶⁵² Dans l'affaire Rappaz, ATF 136 IV 97.

⁶⁵³ Voir aussi plus loin, p. 516 ss.

⁶⁵⁴ Olivier GUILLOD, Dominique SPRUMONT, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, *in*: Jusletter du 8 novembre 2010, no 36. Voir plus loin, p. 500.

5.1 Consentement de la « victime »

Une atteinte à l'un des droits de la personnalité - parmi lesquels figurent notamment le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique et psychique⁶⁵⁵ -, est d'abord admissible si elle repose sur le consentement de la « victime »⁶⁵⁶. Une personne peut dès lors accepter que son intégrité corporelle fasse l'objet d'une atteinte, en particulier dans le domaine des soins médicaux. On peut aussi penser à d'autres atteintes corporelles non médicales, par exemple celles qui sont pratiquées dans les salons de tatouage ou de *piercing*.

Le consentement doit être libre et éclairé, et provenir d'un patient capable de discernement. Le consentement doit toutefois être ciblé, c'est-à-dire « en rapport avec un traitement médical déterminé »⁶⁵⁷ ; un consentement qui ne porterait pas sur un acte ou traitement déterminé mais plutôt sur une prise en charge générale serait considéré à juste titre comme excessif⁶⁵⁸ et, par conséquent, contraire aux mœurs auxquelles fait expressément référence l'art. 27 al. 2 CC⁶⁵⁹.

Le consentement ne peut pas, non plus, être inconditionnel et définitif ; il doit pouvoir être révoqué « en tout temps »⁶⁶⁰, c'est-à-dire non seulement avant que l'atteinte ne soit réalisée⁶⁶¹ mais aussi en cours de réalisation, si cette révocation est encore objectivement possible. Ce principe s'applique aussi aux résultats d'une analyse ou d'un acte diagnostique, dont le patient peut renoncer à prendre connaissance

⁶⁵⁵ Voir Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I, no 23 ss, p. 250 s. ; Andreas BUCHER, no 430 ss, p. 95 ss ; Raphaël HAAS, *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB*, Zurich, Bâle, Genève 2007.

⁶⁵⁶ Le terme de « victime » paraît assez malheureux dans le contexte des soins médicaux ; c'est cependant celui qui figure dans le texte de la disposition légale énoncée dans le Code civil.

⁶⁵⁷ Voir Sylvain MARCHAND, Commentaire romand CC I, no 34, p. 238.

⁶⁵⁸ Voir Dominique MANAI, p. 67. A propos du caractère excessif d'un engagement, voir Claire HUGUENIN, Christophe REITZE, *Kommentar ad Art. 27 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB, p. 276 ss ; Sylvain MARCHAND, Commentaire romand CC I, p. 229 ss ; Andreas BUCHER, p. 90 ss.

⁶⁵⁹ Jean-Baptiste ZUFFEREY-WERRO, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, Fribourg 1988.

⁶⁶⁰ Voir Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I, no 75, p. 262.

⁶⁶¹ Voir Sylvain MARCHAND, Commentaire romand CC I, no 34, p. 238 ; Andreas BUCHER, no 415, p. 92.

lorsqu'ils sont disponibles, même s'il a consenti préalablement à leur réalisation⁶⁶².

5.2 Présence d'un intérêt prépondérant privé

Le second des motifs justificatifs de l'art. 28 al. 2 CC ne fait pas référence à un motif absolu, mais plutôt à un motif relatif, qui nécessite de la part du juge un processus de pondération, une pesée des intérêts en présence, entre « l'intérêt de la victime à ne pas subir d'atteinte à sa personnalité et celui dont se prévaut l'auteur pour y porter atteinte »⁶⁶³. Si le juge considère que le second intérêt est prépondérant, il prévaut et l'atteinte n'est alors pas illicite.

Dans les faits, cependant, ce second motif justificatif ne semble trouver que de rares applications dans le domaine des actes médicaux. On peut citer, notamment, les actes ou traitements médicaux imposés à un ou une athlète dans le cadre du sport organisé, à un assuré privé dans le cadre de son « devoir de sauvetage », ou encore à un lésé dans le contexte de la responsabilité civile, afin de satisfaire à son devoir de diminuer son dommage⁶⁶⁴. Certes, on pourrait rattacher ces cas aux situations où la « victime » consent à l'atteinte, mais le consentement s'accompagne ici d'une pression psychologique, de sorte qu'il n'est certainement pas entièrement libre. Compte tenu de la gravité des atteintes précitées – la jurisprudence admet par exemple que des actes chirurgicaux soient imposés au lésé afin de réduire le dommage⁶⁶⁵ –, une base légale serait cependant souhaitable.

On pourrait aussi considérer ici l'intérêt prépondérant privé de la « victime » elle-même⁶⁶⁶, lorsqu'elle se trouve en état d'incapacité de discernement, qu'elle ne peut donc consentir et qu'elle a simultanément besoin de soins d'urgence. Dans de telles circonstances, toutefois,

⁶⁶² Ce principe est concrétisé à l'art. 18 al. 1^{er} lettre b LAGH.

⁶⁶³ Voir Heinz HAUSHERR, Regina AEBI-MÜLLER, p. 175 ss; Andreas MEILI, Basler Kommentar ZGB, p. 303 s.; Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I, no 78, p. 263 ; Andreas BUCHER, p. 112 ss.

⁶⁶⁴ Voir plus loin, p. 639 ss, p. 807 s et p. 809 s.

⁶⁶⁵ Voir plus loin, p. 809 s.

⁶⁶⁶ Voir Andreas MEILI, Basler Kommentar ZGB, p. 301 s.; Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I, no 79, p. 263.

l'intervention des soignants repose bien davantage sur la loi, en particulier sur l'art. 379 CC et sur l'art. 419 CO, ainsi que sur des dispositions légales cantonales de même portée, et non sur une pesée des intérêts en jeu.

Pour le surplus, les exemples proposés par la doctrine ont trait à des situations strictement encadrées par le droit, d'une part, dans lesquelles le libre choix en matière de soins est clairement prévu et doit être respecté, d'autre part. Partant, une pesée d'intérêts paraît exclue. Ainsi, le prélèvement d'un organe provenant d'un donneur décédé, sans son consentement ou celui de ses proches, est sans aucun doute contraire au droit suisse⁶⁶⁷, même si un tel prélèvement pourrait sauver la vie ou améliorer très notablement la qualité de vie d'un receveur⁶⁶⁸. Le dépistage du virus du SIDA⁶⁶⁹ nécessite, lui aussi, le consentement exprès du porteur éventuel du virus, même en cas de suspicion de contamination accidentelle d'un soignant, dans l'état actuel de la législation suisse⁶⁷⁰.

5.3 Présence d'un intérêt prépondérant public

L'art. 28 al. 2 CC fait également référence à un intérêt prépondérant public. On ne voit cependant pas quel intérêt public prépondérant pourrait réellement, à lui seul, justifier une atteinte à l'intégrité corporelle, en dehors d'un cadre légal.

A nouveau, certains des exemples cités par la doctrine ne sont guère convaincants. Certes, l'intérêt public à mener des recherches dans le domaine médical⁶⁷¹ est patent ; reste que la participation des patients à de telles recherches requiert sans aucun doute, selon la loi, leur consentement, accompagné, s'ils sont « particulièrement vulnérables », de celui de leur

⁶⁶⁷ Et plus particulièrement à l'art. 8 de la Loi sur la transplantation (RS 810.21).

⁶⁶⁸ Voir Andreas BUCHER, no 520, p. 112 s.

⁶⁶⁹ Voir Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I, p. 263.

⁶⁷⁰ Brigitte TAG, *Strafrechtliche Beurteilung eines HIV-Tests ohne Informed Consent*, Jusletter du 26 novembre 2012. Certains auteurs proposent de considérer désormais ce test comme un test de routine, qui ne nécessiterait plus le consentement exprès du patient, mais plus simplement son consentement tacite, notamment Thomas GÄCHTER, Kerstin Noelle VOKINGER, *HIV-Test und Informed Consent*, Jusletter du 26 novembre 2012.

⁶⁷¹ Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I, p. 263 ; voir aussi Dominique SPRUMONT et Lemmens TRUDO, *Les conflits d'intérêts dans la recherche biomédicale*, in: *Conflits d'intérêts dans le système de santé : 15^e Journée de droit de la santé*, Neuchâtel 2009, p. 223 ss.

représentant légal⁶⁷². Les droits reconnus aux personnes participant à une recherche font d'ailleurs partie de ceux auxquels les Etats signataires de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine ne peuvent apporter la moindre restriction, en vertu de l'art. 26 de la Convention.

5.4 Justification par la loi

C'est dès lors avant tout dans la loi, le troisième et dernier des faits justificatifs énoncés à l'art. 28 al. 2 CC, que se trouvent les sources les plus fréquentes de restrictions aux droits de la personnalité dans le contexte des soins.

Selon la doctrine, les dispositions qui peuvent servir de base légale à ces restrictions peuvent relever aussi bien du droit privé que du droit public, fédéral et cantonal⁶⁷³.

Dans le cadre du droit privé⁶⁷⁴ et de la procédure civile, on peut mentionner, à titre d'exemples, les dispositions relatives au placement à des fins d'assistance (PAFA), déjà cité à plusieurs reprises et prévu aux art. 426 ss CC, qui permettent, à certaines conditions, d'hospitaliser contre sa volonté un patient, en général souffrant d'une affection psychique, dont l'état requiert des soins qui ne peuvent lui être apportés autrement⁶⁷⁵. La participation aux mesures médicales nécessaires pour élucider la paternité (art. 261 ss CC) est également imposée aux parties à la procédure et aux tiers concernés (art. 296 al. 2 CC)⁶⁷⁶.

⁶⁷² Selon l'art. 7 et les art. 21 ss de la Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (RS 810.30).

⁶⁷³ Voir Claire HUGUENIN, Christophe REITZE, *Kommentar ad Art. 27 ZGB*, in : Basler Kommentar ZGB, no 46, p. 301 ; Nicolas JEANDIN, *Commentaire romand CC I*, p. 263.

⁶⁷⁴ Même si la nature réellement « civile » d'un PAFA est, en fait, sujette à débat.

⁶⁷⁵ Voir plus loin, p. 245 ss.

⁶⁷⁶ Voir plus loin, p. 224 ss.

6. Portée de l'absence de consentement

6.1 Maintien du devoir d'information

Lorsque le caractère « libre » du consentement n'est plus une exigence juridique et disparaît, la dimension « éclairée » du consentement à l'acte ou au traitement médical, elle, devrait demeurer. Si ce devoir n'est plus considéré ici comme une des modalités préalables et nécessaires au consentement proprement dit, il peut alors être rattaché au devoir plus général d'informations relatives à l'état de santé, dont le soignant est redevable envers ses patients⁶⁷⁷.

On peut aussi concevoir que, lors de cette phase d'information et, plus spécifiquement encore, à l'occasion de l'anamnèse, c'est-à-dire des questions et réponses échangées entre le patient et le soignant, certaines contre-indications soient dévoilées. Il conviendrait alors d'effectuer une pesée des intérêts en jeu, entre les objectifs poursuivis par la loi imposant l'acte et l'intérêt du patient à éviter des conséquences dommageables pour sa santé, en particulier si les séquelles risquent d'être permanentes et graves. Dans de tels cas, en règle générale, on peut imaginer que l'intérêt du patient va primer, en application du principe de proportionnalité au sens étroit⁶⁷⁸ du droit public ou, dans le contexte du droit privé, en raison de la présence d'un intérêt prépondérant privé⁶⁷⁹.

Plusieurs dispositions prévoyant des actes médicaux imposés par la loi subordonnent d'ailleurs expressément l'accomplissement de tels actes ou traitements au fait que « [la] santé [des personnes concernées] n'est pas mise en danger »⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Voir précédemment, p. 84.

⁶⁷⁸ Voir précédemment, p. 140.

⁶⁷⁹ Voir précédemment, p. 146 s.

⁶⁸⁰ Par exemple, l'art. 296 al. 2 du Code de procédure civile (CPC, RS 272). Voir aussi plus loin, p. 225.

6.2 Respect des règles de l'art

L'accomplissement d'un acte ou traitement médical pour lequel le soignant ne doit pas rechercher le consentement de son patient ne le dispense pas, à l'évidence, du devoir de respecter les règles de l'art⁶⁸¹.

En revanche, contrairement au régime général de responsabilité médicale, lorsque des suites défavorables pour le patient surviennent mais que les règles de l'art ont bien été respectées, il ne peut être question d'ouvrir action en réparation du préjudice en alléguant une absence de consentement⁶⁸². Ici, c'est l'obligation légale de se soumettre à l'acte médical ou au traitement qui retire à l'acte réalisé sans consentement son caractère illicite.

La législation cantonale en matière de responsabilité de l'Etat prévoit parfois des possibilités d'indemnisation en cas de préjudice causé par des actes licites. Les conditions sont toutefois assez restrictives, limitées aux cas où la loi prévoit une indemnisation dans des circonstances de cette nature ou, dans une rédaction de dispositions laissant une assez large marge d'appréciation, lorsque « l'équité l'exige »⁶⁸³. Les dispositions de la Loi fédérale sur les épidémies⁶⁸⁴ instaurent, quant à elles, pour le dommage matériel et le tort moral qui résulteraient d'un acte médical imposé ou d'une vaccination obligatoire ou recommandée, un régime de responsabilité pour actes licites⁶⁸⁵. La loi exige néanmoins que le préjudice se trouve bien en lien de causalité adéquate avec l'acte médical et, en outre, que le lésé n'ait pas déjà reçu une indemnisation d'une autre manière. Un tel régime, fondé

⁶⁸¹ Voir précédemment, p. 63 s.

⁶⁸² Voir précédemment, p. 74.

⁶⁸³ Art. 7 de la Loi neuchâteloise du 29 septembre 2020 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents ; voir aussi, par exemple, l'art. 4 de la Loi genevoise du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes, ou les art. 11 et 12 de la Loi valaisanne sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents. Le droit vaudois ne paraît pas contenir de normes à propos de la réparation des dommages causés licitement.

⁶⁸⁴ Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp [RS 818.101]).

⁶⁸⁵ Selon les art. 63 ss. Ce régime d'indemnisation pour des vaccinations obligatoires correspond à une exigence résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme ; voir précédemment, p. 22. Le régime fédéral est plus généreux : une indemnisation est possible en cas de dommages consécutifs à une vaccination recommandée, selon l'art. 64 Lep.

sur l'équité⁶⁸⁶, devrait être étendu à toutes les situations où un acte ou un traitement médical est imposé à un patient, lorsqu'il cause un dommage.

6.3 Mise en œuvre de la mesure par la contrainte ?

Outre les deux points qui viennent d'être examinés, l'existence, au sein du droit fédéral, de dispositions prévoyant un traitement ou un acte médical imposé soulève la question de la mise en œuvre de cette obligation et, éventuellement, des conséquences que pourrait entraîner le refus de la personne concernée de s'y soumettre, malgré l'obligation légale.

Dans quelques-unes de ces situations, plutôt rares, la loi fait entièrement abstraction du choix du patient et l'acte médical est concrètement mis en œuvre, au besoin en recourant à la force pour permettre son exécution. On peut mentionner ici, à titre d'exemples, certaines mesures d'instruction de nature médicale lors d'une procédure pénale, notamment le prélèvement d'un échantillon d'ADN, ou encore les mesures thérapeutiques ordonnées par le juge pénal à l'occasion du jugement⁶⁸⁷.

Dans d'autres situations, plus fréquentes, la loi « impose » certes un traitement ou un acte médical, mais elle ne prévoit pas que le patient puisse être soumis à la contrainte s'il refuse de collaborer. Parfois, par exemple s'il se soustrait à une vaccination imposée dans le cadre de la lutte contre les épidémies, il peut toutefois être sanctionné d'une amende⁶⁸⁸.

Dans la plupart des cas, cependant, le droit fédéral ne prévoit ni recours à la force, ni amende. Le patient récalcitrant doit en revanche assumer les conséquences négatives, indirectes, qu'entraîne pour lui son refus de participer à la mise en œuvre de la mesure prescrite. Il est question

⁶⁸⁶ Voir le Message Loi sur les épidémies, 389.

⁶⁸⁷ Voir plus loin, p. 339 ss et p. 373 ss.

⁶⁸⁸ Voir plus loin, p. 555.

ici d'incombance⁶⁸⁹. Parmi bien d'autres, les mesures médicales dictées par la législation relative aux assurances sociales, ou celles qui découlent de la législation sur le travail correspondent aux modalités qui viennent d'être décrites. Elles ne sont pas réellement imposées, au besoin par la contrainte ; toutefois, l'assuré qui refuserait de s'y plier ne recevrait pas les prestations sociales dont il pourrait bénéficier, et l'employé concerné ne pourrait pas être maintenu dans son emploi ou perdrait son droit au salaire.

7. Situations prévues par le droit fédéral

Ces situations sont présentes dans tous les domaines du droit fédéral, civil, pénal ou administratif, aussi bien dans le droit matériel que dans le droit de procédure. Les normes qui encadrent chacune d'entre elles sont décrites et analysées en détail dans les chapitres qui suivent, à l'exception toutefois de celles qui sont énoncées dans la Loi fédérale sur la procédure administrative (PA)⁶⁹⁰.

En effet, la PA prévoit certes, d'une part, une obligation à charge des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 13 PA)⁶⁹¹, d'autre part, « l'exécution directe contre la personne de l'obligé » (art. 41 al. 1^{er} lettre b

⁶⁸⁹ Peter GAUCH et al., OR AT – Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11e éd., Zurich, Bâle, Genève 2020, p. 26; Pierre TERCIER. Pascal PICHONNAZ, Le droit des obligations, 6e éd., Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 83 s. ; Claire HUGUENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2019, p. 30 ; Bernhard BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3e éd., Berne 2018, p. 77 s.; Christoph MÜLLER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berne 2018, p. 64 s; Alfred KOLLER, OR AT – Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4e éd., Berne 2017, p. 25 s.; Ariane MORIN, Commentaire *ad* art. 1 CO, *in*: Commentaire romand CO I, p. 20.

⁶⁹⁰ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

⁶⁹¹ Voir notamment René WIEDERKEHR, Öffentliches Verfahrensrecht, Berne 2016, p. 106 ss ; Benoît BOVAY, p. 224 ss ; André MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2^e éd., Bâle 2013, p. 197 ss ; René RHINOW et al., Öffentliches Prozessrecht, 3^e éd., Bâle 2014, p. 292 ss.

PA) parmi les « moyens de contrainte » permettant l'exécution d'une décision⁶⁹².

Cependant, certains auteurs⁶⁹³ sont d'avis, sans doute pertinemment, que tout acte de nature médicale ordonné à titre de mesure d'instruction nécessite une base légale claire et expresse, selon les principes constitutionnels concernant les restrictions aux droits fondamentaux⁶⁹⁴, et que l'art. 13 PA dans sa rédaction actuelle est insuffisant pour respecter cette exigence. Ce sont d'ailleurs bien des dispositions spécifiques qui sont mises en œuvre lorsque le droit administratif fédéral prévoit de tels actes pour élucider les faits, ainsi, pour ne citer que deux exemples, pour constater une incapacité de conduire⁶⁹⁵, ou pour « apprécier [un] cas » relevant des assurances sociales⁶⁹⁶.

La doctrine est, au surplus, partagée à propos de l'exécution sur la personne d'actes de nature médicale selon l'art. 41 PA, entre ceux qui retiennent que l'art. 41 al. 1er lettre b PA constitue une base légale suffisante⁶⁹⁷, ceux qui considèrent que cette disposition « semble »

⁶⁹² La mise en œuvre de l'art. 41 al. 2 PA exige encore un avertissement préalable, l'octroi d'un délai suffisant pour s'exécuter, sauf cas de péril en la demeure (al. 3), et le respect du principe de la proportionnalité (art. 42 PA, repris à l'art. 43 al. 3 de la Loi sur la partie générale des assurances sociales); sur ces points, voir notamment Benoît BOVAY, p. 403 ss; René RHINOW et al., *Öffentliches Verfahrensrecht*, Berne 2016, p. 364 ss.

⁶⁹³ Voir notamment Clémence GRISEL, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, Zurich, Bâle, Genève 2008, no 719, p. 120.

⁶⁹⁴ Regina KIENER, *Grundrechtsschranken*, p. 1309 ss; Regina KIENER et al., p. 99 ss; Jacques DUBEY vol. I, p. 167-8; Astrid EPINEY *ad* Art. 36 BV, p. 759 ss; Rainer SCHWEIZER, *Kommentar ad* Art. 36 BV, p. 830; Pascal MAHON vol. II, p. 57; Andreas AUER et al., p. 83 ss. Voir précédemment, p. 136.

⁶⁹⁵ Art. 55 de la Loi sur la circulation routière (LCR), voir plus loin, p. 688 ss.

⁶⁹⁶ Art. 43 al. 2 de la Loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA), voir plus loin, p. 799 s.

⁶⁹⁷ Peter KARLEN, *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, Zurich, Bâle, Genève, 2018, p. 296 ss; Benoît BOVAY, p. 404. Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle, 2018, p. 406, considère en particulier que l'art. 41 PA permet « l'internement non volontaire », pourtant réglé exhaustivement par le Code civil, ou « l'accomplissement forcé d'examen médicaux ». Tobias JAAG, Reto HÄGGI FURRER, *Kommentar ad* Art. 41 VwVG, in: Bernhard Waldmann et al., *Praxiskommentar VwVG*, no 27, p. 876, sont également d'avis que la PA constitue une base légale suffisante pour une vaccination forcée ou pour une médication forcée. Thomas GÄCHTER, Philipp EGLI, *Kommentar ad* Art. 41 VwVG, in: Christoph Auer et al., *Kommentar VwVG*, p. 649 ss, mentionnent l'usage de la contrainte physique contre une personne, mais ne livrent aucun exemple où une telle contrainte pourrait être utilisée pour porter atteinte à l'intégrité corporelle.

constituer une base légale suffisante⁶⁹⁸, ceux qui retiennent qu'une base légale expresse, formelle si l'atteinte est grave, est nécessaire⁶⁹⁹, enfin ceux qui observent plus prudemment que « des dispositions légales existent de toute manière dans les domaines où la contrainte directe est un moyen dont l'emploi paraît par nature le plus adéquat »⁷⁰⁰. En raison des principes constitutionnels évoqués précédemment, l'exigence d'une base légale claire et expresse paraît également devoir être respectée dans le cadre de l'éventuelle exécution sur la personne d'une obligation qui porterait atteinte à l'intégrité corporelle de l'administré⁷⁰¹.

Ce sont donc ces bases légales spécifiques qui sont examinées plus loin, plutôt que les dispositions générales de la PA.

* * * * *

⁶⁹⁸ Clémence GRISEL, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, Zurich, Bâle, Genève 2008, p. 278.

⁶⁹⁹ Jacques DUBEY, Jean-Baptiste ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, p. 788 ; Jacques DUBEY, Les mesures relatives à l'exécution (...) sont aussi des décisions, *in*: Jean-Baptiste Zufferey et al., *L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zurich, Bâle, Genève 2011, p. 121.

⁷⁰⁰ Pierre MOOR, Etienne POLTIER, *Droit administratif – vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3e éd., Berne 2011, p. 132.

⁷⁰¹ Dans ce sens, Jacques DUBEY, Jean-Baptiste ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, no 2272, p. 788.

CHAPITRE V :

Les soins prodigués à un patient incapable de discernement en situation d'urgence

1. Le contexte

Lorsqu'un patient est incapable de discernement ou inconscient et qu'il a besoin de soins en urgence, les soins appropriés sont autorisés par la loi : « [e]n cas, d'urgence, le médecin administre les soins médicaux conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement » (art. 379 CC). En d'autres termes, sous réserve d'éventuelles directives anticipées, « le médecin a le droit d'agir et d'ordonner les mesures médicales nécessaires »⁷⁰². Ces mesures peuvent ainsi être dispensées à un patient malgré l'absence d'un consentement qui, à l'évidence, ne peut pas être obtenu et qui ne peut pas non plus, faute de temps, être recherché auprès d'un représentant ou d'un proche.

En réalité, ces soins sont non seulement autorisés, mais aussi exigés par la loi : un professionnel de la santé qui omettrait de fournir au patient les soins nécessaires dans de telles circonstances s'exposerait à des poursuites pénales pour mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui, à des poursuites disciplinaires pour violation de ses devoirs professionnels et, éventuellement, à des poursuites civiles, si le patient devait subir un préjudice résultant du défaut de soins.

⁷⁰² Message Protection de l'adulte 2006, 6671.

2. Bref historique

Jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte dans le Code civil, le 1^{er} janvier 2013, la prise en charge médicale de patients incapables de discernement en situation d'urgence s'analysait, en droit fédéral, à la lumière des dispositions du Code des obligations relatives à la gestion d'affaires sans mandat, prévues aux art. 419 ss CO⁷⁰³ : selon cette disposition, lorsque l'intérêt du « maître » - ici, le patient - commande que la gestion soit entreprise, le « gérant » - le professionnel de la santé⁷⁰⁴ - peut gérer « l'affaire d'autrui [...] conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître »⁷⁰⁵.

En réalité, la nature contractuelle du lien qui se crée à l'occasion d'une telle prise en charge sanitaire d'urgence n'a pas évolué : il s'agit toujours d'une gestion d'affaires sans mandat, parfois appliquée par analogie en droit public cantonal si les soignants travaillent dans le secteur public⁷⁰⁶. Cependant, l'obligation de prise en charge est désormais expressément formulée à l'art. 379 CC et, dans un contexte de placement à des fins d'assistance en raison d'une maladie psychique, à l'art. 435 CC, par renvoi de l'art. 380 CC.

De nombreux cantons avaient quant à eux introduit dans leur droit sanitaire des dispositions spécifiques à propos des traitements à dispenser en urgence à un patient inconscient ou privé de sa capacité de discernement⁷⁰⁷. Ces règles autorisaient les soignants à agir dans de telles

⁷⁰³ Voir notamment David OSER, Rolf WEBER, Kommentar *ad* Art. 419 OR, in: Basler Kommentar OR I, p. 2952 ss ; Anne HERITIER LACHAT, Commentaire *ad* art. 419 CO, in: Commentaire romand CO I, p. 2563 ss. Mathias BOSCHUNG, Der bodengebundene Rettungsdienst, Zurich, Bâle, Genève 2010, p. 326 ss.

⁷⁰⁴ Ou éventuellement d'une personne qui ne serait pas une professionnelle de la santé mais qui fournirait une assistance en urgence, ATF 97 II 259, 265.

⁷⁰⁵ ATF 105 II 284; voir également Olivier GUILLOD, Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme, Neuchâtel 1986, p. 119 ss ; Message Oviedo 2001, p. 300.

⁷⁰⁶ Mathias BOSCHUNG, Der bodengebundene Rettungsdienst, Zurich, Bâle, Genève 2010, p. 341 s. ; au surplus, cet auteur retient quant à lui – p. 331 - que la relation contractuelle entre un patient pris en charge par une organisation de secours d'urgence et cette organisation relèverait toujours du droit public, même si l'entreprise est une entité de droit privé, dans la mesure où ses activités nécessiteraient une concession.

⁷⁰⁷ Par exemple, à l'ancien art. 51 al. 3 de la Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé, à l'ancien art. 49 al. 3 de la Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé ou à l'ancien art. 23c al. 3 de la Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique.

circonstances, malgré l'absence de consentement du patient, sur le modèle de ce que prévoit le droit des obligations. Ils étaient, là aussi, tenus d'intervenir « conformément aux intérêts objectifs du patient, en tenant compte de sa volonté présumée⁷⁰⁸ » ; parfois, de tels soins n'étaient cependant admis que dans les cas où « l'intervention thérapeutique [était] vitale »⁷⁰⁹.

3. Normes applicables

3.1 Droit fédéral

Selon l'art. 379 CC⁷¹⁰, « [e]n cas d'urgence, le médecin administre les soins médicaux conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement. » Il s'agit d'un cas particulier de la « représentation dans le domaine médical » (art. 377 ss CC), pour lequel la représentation d'une personne incapable de discernement n'est, précisément, pas requise. La disposition ne fait référence qu'aux seuls médecins, alors que les secours sanitaires d'urgence sont souvent prodigués par des ambulanciers.

L'art. 435 CC, autre disposition relative à des soins dispensés en cas d'urgence, a un champ d'application bien plus restreint. Tandis que l'art. 379 CC a une portée générale, celle de l'art. 435 CC, est limitée aux personnes placées à des fins d'assistance dans une institution et aux situations d'urgence « directement liées aux troubles psychiques se trouvant

⁷⁰⁸ Selon la formulation énoncée à l'art. 22 al. 3 de la Loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé ; la disposition pertinente se trouve aujourd'hui à l'art. 28 de la loi valaisanne du 12 mars 2020.

⁷⁰⁹ Selon l'ancien art. 25 al. 3 de la Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995.

⁷¹⁰ Voir Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, Kommentar *ad* Art. 379 ZGB, in: Basler Kommentar ZGB, p. 2261 s. ; Regina AEBI-MÜLLER, Vertretung bei medizinischen Massnahmen, in: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 133 ss ; Walter BOENTE, Zürcher Kommentar Der Erwachsenenschutz, p. 961 ss ; Olivier GUILLIOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 379 CC, in: CommFam Protection de l'adulte, p. 292 ss.

à l'origine [du] placement »⁷¹¹ ; l'art. 435 CC n'est par conséquent pas applicable aux patients placés en raison d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon⁷¹².

Bien que l'art. 435 CC ne l'énonce pas, la disposition, qui doit être lue en prolongement de l'art. 434 CC, ne concerne que les patients incapables de discernement ou, au moins, dépourvus de la « capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement » (art. 434 al. 1^{er} chiffre 2 CC). Cette formulation particulière, peut-être inspirée par l'art. 7 de la Convention d'Oviedo⁷¹³, est qualifiée à juste titre d'« inopportune »⁷¹⁴, dans la mesure où elle paraît créer une nouvelle forme d'incapacité de discernement, qui porterait spécifiquement sur l'aptitude à saisir la nécessité du traitement. La doctrine dans sa majorité retient toutefois que la notion d'incapacité de discernement au sens de l'art. 434 CC, applicable également dans le contexte de l'art. 435 CC, n'a pas de portée propre et se réfère à la notion « classique » d'incapacité telle qu'elle découle de l'art. 16 CC⁷¹⁵.

La rédaction allemande des art. 379 CC et 435 CC diffère quelque peu : tandis que les versions française et italienne sont à chaque fois identiques – « en cas d'urgence » en français -, il est question de « *dringliche Fälle* » à l'art. 379 CC et de « *Notfallsituation* » à l'art. 435 CC. Une partie de la doctrine s'interroge sur le sens de cette nuance, qui pourrait laisser « penser que l'urgence de l'art. 435 est plus impérieuse que celle de l'art. 379 CC et se limite strictement à des situations qui appellent

⁷¹¹ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 435 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 759. Voir aussi Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 434/435 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB, p. 2652 ss ; Jürg GASSMANN, René BRIDLER, Fürsorgerische Unterbringung, *in*: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 393 s. ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 433-435 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), Erwachsenenschutzrecht, Bâle 2015, p. 362 ss. Voir aussi plus loin, p. 284 s.

⁷¹² Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 607. Sur les conditions d'un placement à des fins d'assistance, voir plus loin, p. 262 ss.

⁷¹³ Voir précédemment, p. 131 s.

⁷¹⁴ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 435 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 752.

⁷¹⁵ Voir précédemment, p. 96 ss.

de manière impérative une réaction médicale immédiate »⁷¹⁶. Le Message ne contient aucune explication qui soutiendrait une telle distinction.

Ces dérogations aux dispositions générales relatives au consentement du patient sont conformes à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine⁷¹⁷. L'art. 8 de la Convention, consacré aux « [s]ituations d'urgence », autorise en effet « toute intervention médicalement indispensable pour le bénéfice de la santé de la personne concernée », à laquelle « il pourra être procédé immédiatement » lorsqu'« en raison d'une situation d'urgence le consentement approprié ne peut être obtenu ».

En revanche, la disposition de la Convention ne fait aucune référence, contrairement au droit suisse, aux concepts de « volonté présumée du patient » (art. 379 CC) ou de « volonté du patient » (art. 435 al. 2 CC) pour orienter les soignants sur la nature des soins qui devraient être dispensés dans ces circonstances.

3.2 Droit cantonal

A la suite de l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral de la protection de l'adulte, plusieurs cantons ont simplifié leurs dispositions de droit sanitaire cantonal en matière de soins d'urgence à des patients incapables de discernement, partant peut-être du principe que le droit fédéral régit désormais les conditions d'administration de soins de cette nature⁷¹⁸. Certains autres, parmi eux, le droit sanitaire valaisan, conserve cependant une disposition générale⁷¹⁹, applicable aux professionnels de la santé autres que les médecins.

La législation sanitaire genevoise reprend quant à elle, à son art. 49 al. 1^{er} de la Loi du 7 avril 2006 le texte de l'art. 379 CC ; l'al. 2 de la disposition cantonale précise encore que « [l]es dispositions du code civil

⁷¹⁶ Notamment, quoique prudemment, Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 435 CC, *in* : CommFam Protection de l'adulte, p. 758.

⁷¹⁷ Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 379 CC, *in* : CommFam Protection de l'adulte, p. 293. Voir aussi précédemment, p. 25 s.

⁷¹⁸ Par exemple, le législateur neuchâtelois a abrogé l'art. 25 al. 3 de la Loi de santé du 6 février 1995 et le législateur fribourgeois a abrogé l'art. 51 al. 3 de la Loi du 16 novembre 1999 sur la santé.

⁷¹⁹ Art. 28 de la Loi valaisanne sur la santé du 12 mars 2020.

suisse s'appliquent pour le surplus. ». Il est peu probable que cet article détienne une portée propre en matière de soins en situation d'urgence ; la norme est sans doute présente dans la législation genevoise à titre de simple rappel du droit fédéral, comme le suggère son alinéa 2, et ne poursuit qu'un objectif purement informatif ou didactique.

4. Mise en œuvre

4.1 Patient incapable de discernement

La notion d'incapacité de discernement est celle qui résulte de l'application de l'art. 16 CC.

Selon cette disposition, est incapable de discernement toute personne privée de sa faculté d'agir raisonnablement à cause d'un des motifs prévus dans la loi, à savoir le jeune âge, la déficience mentale, les troubles psychiques, l'ivresse « ou d'autres causes semblables »⁷²⁰.

Dans un contexte de soins d'urgence, l'état de choc, l'état inconscient ou le coma sont des états psychologiques temporaires qui entrent dans la catégorie des « autres causes semblables » et qui, à l'évidence, privent passagèrement ou plus durablement le patient de toute capacité de discernement⁷²¹.

4.2 Situation d'urgence

Selon la doctrine, en présence d'une personne incapable de discernement, il y a urgence lorsque « des soins doivent être administrés sans délai (le temps manque pour informer le représentant et/ou pour attendre sa décision), ou ne peuvent être différés jusqu'à ce que l'autorité désigne officiellement un représentant pour le faire »⁷²².

⁷²⁰ Sur la capacité et l'incapacité de discernement, voir précédemment, p. 96 ss.

⁷²¹ Voir Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 87.

⁷²² Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 153.

L'urgence est en fait un concept dont la définition doit être nuancée, et qui comporte à la fois un élément matériel, en lien avec le degré de gravité de l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique subie par le patient, et un élément de pression temporelle⁷²³.

4.2.1 Elément de gravité matérielle

Dans une réflexion juridique⁷²⁴, une situation d'urgence existe, selon le Message du Conseil fédéral à l'appui de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, lorsque la personne concernée risque de subir un préjudice si la décision d'intervention médicale est différée⁷²⁵. Sont par conséquent exclus, *a contrario*, toutes les interventions ou tous les traitements pour lesquels aucun préjudice pour la santé n'est à craindre s'il n'a pas lieu, ou pour lesquels un report de durée indéterminée est envisageable sans dommage pour le patient.

L'urgence vitale recouvre, elle, les situations d'urgence dans lesquelles une absence de soins pourrait compromettre les chances de survie du patient⁷²⁶. La notion d'urgence est par conséquent plus large que la seule urgence vitale : ce sont non seulement les risques d'atteinte à la vie, mais

⁷²³ Voir notamment Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, Kommentar *ad* Art. 379 ZGB, in: Basler Kommentar ZGB, p. 2261; Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 379 CC, in: CommFam Protection de l'adulte, p. 293; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 435 CC, in: CommFam Protection de l'adulte, p. 757 s.

⁷²⁴ Dans une réflexion médicale, les professionnels de la santé, en particulier les ambulanciers et les médecins urgentistes, utilisent généralement l'échelle dite "échelle NACA" ou "score NACA", qui comporte 8 degrés d'urgence, entre le degré 0 - personne indemne - et le degré 7 - personne décédée -. NACA est l'acronyme de *National Advisory Committee for Aeronautics*, l'échelle ayant été développée par cette institution américaine dans les années 40 pour un usage dans le cadre des secours aériens. En cas d'accident majeur (chemins de fer, ...), l'échelle utilisée est plutôt l'échelle dite « échelle de tri primaire des patients », qui comporte 4 degrés d'urgence, et à laquelle semble faire référence Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 313 ; à ce propos, voir aussi les directives consacrées au triage en cas de ressources limitées insérées en 2020 dans les Directives de l'ASSM de 2013 relatives aux « mesures de soins intensifs ». Pour un exemple d'échelle interne, une fois le patient admis dans l'hôpital, voir l'échelle de tri des urgences pédiatriques des HUG, [échelle tri.pdf \(hug.ch\)](#).

⁷²⁵ Voir le Message Oviedo 2001, 300.

⁷²⁶ RDAF 1996 614.

aussi les risques de préjudice irréparable à la santé qui justifient la désignation d'urgence.

4.2.2 *Elément de pression temporelle*

Lorsqu'elle est analysée dans sa dimension temporelle, la notion d'urgence est assez large, entre une urgence extrême ou absolue – dans laquelle les soins doivent être apportés immédiatement, ce que la jurisprudence décrit comme un « cas d'urgence confinant à l'état de nécessité »⁷²⁷ – et une urgence relative, dans laquelle les soins doivent certes être apportés rapidement, mais dans un délai qui peut varier entre quelques minutes et quelques heures.

Il est en revanche douteux que la notion d'urgence puisse recouvrir une période plus longue, s'étendant jusqu'à plusieurs semaines, comme le soutient une partie de la doctrine⁷²⁸, le temps que soient élucidées devant un juge d'éventuelles controverses juridiques sur l'identité du représentant légal ou thérapeutique ou sur l'étendue de ses pouvoirs. La nature de l'urgence devrait être appréciée en fonction de critères médicaux et ne pas dépendre de la célérité avec laquelle une juridiction peut - ou ne peut pas - statuer⁷²⁹.

Lorsque l'urgence est relative et que plusieurs heures sont à disposition, ce temps devrait être mis à profit par les soignants pour tenter d'obtenir, autant que possible, une détermination en lien avec les soins envisagés, sur le modèle de ce que le droit fédéral prévoit pour les cas d'incapacité de discernement où aucune urgence n'est présente⁷³⁰. Cette détermination peut être recherchée dans des directives anticipées, si elles

⁷²⁷ Arrêt du 28 avril 2003 dans la cause 4P.265/2002, cons. 5.2.

⁷²⁸ En s'appuyant sur le Message Protection de l'adulte 2006, 6671 ; Heinz HAUSHERR et al., *Das Familienrecht des ZGB*, p. 516; Jürg GASSMANN, *Kommentar ad Art. 379-380 ZGB*, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 136 ; Hermann SCHMID, *Erwachsenenschutz Kommentar*, Zurich, St-Gall 2010, p. 68.

⁷²⁹ En faveur d'une interprétation plus restrictive de la notion d'urgence, Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, *Kommentar ad Art. 379 ZGB*, in: Basler *Kommentar ZGB*, p. 2262; Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, *Commentaire ad art. 379 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 294.

⁷³⁰ Selon l'art. 378 CC ; voir précédemment, p. ...

existent, et pour autant qu'elles soient connues et accessibles⁷³¹ ; elles sont alors, en principe, le reflet de la volonté du patient lui-même. A défaut de directives anticipées, la détermination peut également être recherchée auprès du représentant que le patient a choisi dans ses directives anticipées, si tel est le cas⁷³², ou auprès du représentant que la loi désigne pour prendre à sa place les décisions médicales le concernant⁷³³.

Quand un consentement peut être obtenu auprès d'un représentant ou d'un proche, les dispositions particulières de l'art. 379 CC « ne trouve[ent] plus à s'appliquer »⁷³⁴ et cèdent le pas à celles de l'art. 378 CC.

4.3 Soins requis par l'état du patient

4.3.1 *La volonté présumée du patient*

La détermination des soins dispensés en urgence à un patient incapable de discernement doit intégrer une réflexion portant sur sa volonté présumée, en d'autres termes sur ses intérêts subjectifs. Cette notion est déjà présente à l'art. 372 al. 2 CC, dans le contexte de la mise en œuvre des directives anticipées, et à l'art. 378 al. 3 CC, à propos de la représentation dans le domaine médical. Une telle réflexion est en revanche absente dans la mise en œuvre de l'art. 435 al. 1^{er} CC.

Selon la doctrine, la volonté présumée du patient constitue l'expression de « ce que le patient aurait souhaité s'il avait pu se prononcer librement et en toute connaissance de cause »⁷³⁵. Dans la mesure où la détermination de cette volonté présumée va probablement nécessiter du

⁷³¹ Sur le respect des directives anticipées dans des situations d'urgence, voir plus loin, p. 166 s.

⁷³² Voir précédemment, p. 110.

⁷³³ Selon l'art. 378 CC et dans l'ordre de priorité que le Code civil établit. Voir précédemment, p. 117 ss.

⁷³⁴ Olivier GUILLIOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 379 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 294.

⁷³⁵ Olivier GUILLIOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 379 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 294. Voir aussi Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, Kommentar *ad* Art. 379 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2262.; Walter BOENTE, Zürcher Kommentar Der Erwachsenenschutz, p. 968.

temps, il faut considérer que cette démarche est surtout envisageable dans les situations d'urgence relative.

Reconstituer la volonté présumée du patient suppose une certaine proximité avec lui, par exemple celle que pourrait avoir « un médecin traitant qui connaît le patient de longue date »⁷³⁶. Alternativement, cette volonté présumée pourrait peut-être être déduite de son dossier médical, s'il « retrace son histoire médicale et illustre ses choix thérapeutiques » antérieurs⁷³⁷ ; il n'est pas certain, cependant, que des choix antérieurs correspondent à ce que le patient souhaite désormais.

En l'absence de tout lien personnel avec le patient ou de dossier médical, la décision du soignant ne peut résulter que de l'évaluation de ses intérêts objectifs⁷³⁸.

4.3.2 Les intérêts du patient

Le texte de l'art. 379 CC exige aussi que les soins dispensés en urgence correspondent aux intérêts du patient. Il faut retenir que les intérêts dont il est ici question sont ses intérêts objectifs⁷³⁹. Ce sont les seuls intérêts envisagés par l'art. 435 CC, lorsqu'il fait référence aux « soins médicaux indispensables ».

La notion d'intérêts objectifs du patient se confond avec celle de soins appropriés ; elle correspond au « bénéfice pour la santé du patient » de l'art. 8 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine⁷⁴⁰.

⁷³⁶ Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 379 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 294.

⁷³⁷ Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 379 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, *ibidem*.

⁷³⁸ Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 379 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. *ibidem*.

⁷³⁹ Dans ce sens, Message Protection de l'adulte 2006, 6670, à propos de l'art. 378 al. 3 CC, qui énonce les mêmes conditions ; Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 379 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 294.

⁷⁴⁰ Voir précédemment, p. 26.

L'urgence ne constitue pas un motif qui permettrait de dispenser des soins de moindre qualité : même sous la pression du temps, les soignants sont tenus aux « standards » usuels en matière de soins⁷⁴¹. Ce principe s'applique avant tout au choix des traitements appropriés. En revanche, les circonstances particulières d'une prise en charge en urgence – temps limité⁷⁴², intervention parfois hors du milieu hospitalier ou d'un cabinet médical, ... – justifient sans doute que la mise en œuvre du traitement puisse ne pas correspondre toujours entièrement à celle qui prévaut habituellement dans un autre cadre.

4.3.3 *Conflit entre volonté présumée et intérêts du patient*

Lorsque de tels conflits surviennent, certains auteurs considèrent que la priorité devrait être donnée à la volonté présumée « lorsqu'il s'agit de refuser un traitement » et plutôt aux intérêts objectifs du patient « lorsqu'il s'agit de consentir à une mesure » médicale⁷⁴³. Ces points de vue sont exprimés avant tout à l'occasion de réflexions menées dans le contexte de la mise en œuvre des directives anticipées, où la même problématique conflictuelle peut survenir⁷⁴⁴.

Le Code civil ne confère aucune priorité à l'un ou à l'autre des éléments qui devraient orienter le représentant du patient désigné par l'art. 378 CC, ou ici le médecin appelé à administrer des soins en urgence, selon l'art. 379 CC⁷⁴⁵, dans leur choix d'un traitement pour le patient incapable de discernement. Reste que, pour autant qu'elle puisse être déterminée de manière fiable – ce qui n'est certainement pas toujours possible dans une situation d'urgence –, un poids prépondérant devrait être accordé à la volonté présumée du patient ; cette approche paraît constituer une meilleure

⁷⁴¹ ATF 130 IV 7 ; voir Jean PERRENOUD, Devoirs de diligence du médecin d'urgence : commentaire de l'arrêt « Planche à roulette », *Revue suisse de droit de la santé* 2005, p. 7 ss.

⁷⁴² ATF déjà cité 130 IV 7, 14.

⁷⁴³ Voir notamment Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 445.

⁷⁴⁴ Voir précédemment, p. 120 s.

⁷⁴⁵ Dans ce sens, Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 445.

garantie de protection de l'exercice d'un droit strictement personnel tel que le libre choix en matière de soins⁷⁴⁶.

4.4 Respect des souhaits précédemment exprimés

En principe, même dans une situation d'urgence, les souhaits précédemment exprimés par le patient devraient être respectés par les soignants, pour autant que ces souhaits ne consacrent pas une violation des dispositions légales, qu'aucun doute ne surgisse à propos de la « libre volonté du patient » et qu'ils semblent correspondre à sa volonté présumée en fonction des circonstances⁷⁴⁷. On l'a dit, ils sont fréquemment rédigés dans des directives anticipées, prévues aux art. 370 ss CC⁷⁴⁸.

Des difficultés objectives pratiques peuvent cependant constituer un obstacle de taille pour le respect de telles directives dans ces circonstances ; si elles existent, les services sanitaires d'urgence n'y ont pas forcément accès⁷⁴⁹ et sont donc dans l'impossibilité d'en prendre connaissance. Le Message du Conseil fédéral souligne d'ailleurs ce qui constitue une évidence : le respect des directives ne peut évidemment être exigé que « dans la mesure où [elles] sont connu[e]s »⁷⁵⁰. Lorsque les directives anticipées prennent la forme d'une note déposée à côté d'un patient inconscient se pose en outre la question de l'authenticité du document – le patient en est-il vraiment l'auteur ? – et celle de sa validité – le patient était-il capable de discernement lorsqu'il l'a rédigé ? –. En présence d'une telle note, les services de secours sanitaires d'urgence, de manière générale, n'en tiennent pas compte.

⁷⁴⁶ Voir précédemment, p. 98 s.

⁷⁴⁷ Message Oviedo 2001, p. 300. Sur la manière d'exprimer ces souhaits, en particulier dans des directives anticipées, voir Message Oviedo 2001, p. 301 s.

⁷⁴⁸ Voir précédemment, p. 109 ss.

⁷⁴⁹ Sur ce point, voir en particulier Jean-François DUMOULIN, Consentement libre et éclairé et refus de soins, *in* : Romano La Harpe et al., op. cit. p. 272.

⁷⁵⁰ Message Oviedo 2001, p. 300.

Le droit suisse réserve par conséquent expressément les situations d'urgence dans la prise en compte des directives, au moins selon la législation actuellement en vigueur (art. 372 al. 1^{er} CC *in fine*)⁷⁵¹. Les nouvelles méthodes de communication de l'information médicale (« cybersanté » et télémédecine)⁷⁵² pourraient partiellement résoudre ce problème, mais il est probable que des difficultés subsisteront.

Dans le contexte de soins psychiatriques administrés en urgence, l'art. 435 al. 2 CC ne confère pas de caractère contraignant à des souhaits précédemment exprimés, qu'ils l'aient été dans des directives anticipées ou lors d'un précédent entretien de sortie⁷⁵³. Si l'institution sait comment la personne entend être traitée, elle est invitée à prendre en considération sa volonté ; elle devrait cependant la respecter si les souhaits antérieurs de la personne « permettent de répondre de manière appropriée [...] à la situation d'urgence »⁷⁵⁴.

5. Obligation d'apporter des soins en cas d'urgence

5.1 Aspects de droit pénal

Le droit suisse ne se limite pas à autoriser des soins sans consentement pour des patients incapables de discernement en situation d'urgence. En réalité, il impose aux soignants une obligation de fournir ces soins, obligation renforcée par une incrimination pénale en cas d'inobservation contraire au droit.

⁷⁵¹ Sabine WYSS, *Kommentar ad Art. 372 ZGB*, in: *Basler Kommentar ZGB*, p. 2186 ss ; Walter BOENTE, *Zürcher Kommentar Der Erwachsenenschutz*, p. 585 ss ; ; Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, *Commentaire ad art. 370 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p 183 ss ; Hermann SCHMID, *Erwachsenenschutz Kommentar*, Zurich, St-Gall 2010, p. 39 ss.

⁷⁵² Voir notamment Antoine GEISSBÜHLER et al., *Cybersanté et télémédecine*, in: Romano LaHarpe et al., p. 153 ss.

⁷⁵³ Olivier GUILLOD, *Commentaire ad art. 435 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 761.

⁷⁵⁴ Olivier GUILLOD, *Commentaire ad art. 435 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 761. Voir aussi Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, *Kommentar ad Art. 434/435 ZGB*, in: *Basler Kommentar ZGB*, p. 2662 ; Jürg GASSMANN, René BRIDLER, *Fürsorgerische Unterbringung*, in: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), *Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 394.

En effet, selon l'art. 127 CPS, qui réprime le crime de mise en danger de la vie d'autrui ou de la santé d'autrui (« exposition »), « [c]elui qui, ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura exposée à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé, ou l'aura abandonnée en un tel danger, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire »⁷⁵⁵.

L'art. 128 CPS réprime lui aussi un crime de mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui (« omission de prêter secours »). Il se distingue cependant de l'art. 127 CPS sur plusieurs points. L'art. 128 CPS vise en réalité trois hypothèses différentes : l'abandon d'une personne blessée par l'auteur ; l'omission de porter secours à une personne en danger de mort imminent et, enfin, l'entrave aux secours. Au surplus, lorsque l'art. 128 CPS réprime plus particulièrement l'omission de porter secours, il réprime une mise en danger abstraite, sans exiger de résultat⁷⁵⁶ ; l'art. 127 CPS, au contraire, exige bien une situation de danger concret⁷⁵⁷. Ensuite, le texte de l'art. 128 CPS fait référence à une personne exposée à un danger de mort

⁷⁵⁵ Voir notamment Gian EGE, *Kommentar ad Art. 127 StGB*, in: Damian Graf (éd.), *StGB Annotierter Kommentar*, Berne 2020, p. 784 ss; Stefan MAEDER, *Kommentar ad Art. 127 StGB*, in: Basler Kommentar StGB, p. 2696 ss; Stefan TRECHSEL, Martino MONA, *Kommentar ad Art. 127 StGB*, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), *Praxiskommentar*, p. 732 ss; Andrea DONATSCH, *Strafrecht III*, 11e éd., Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 70 ss; Aurélien STETTLER, *Commentaire ad art. 127 CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 132 ss ; Michel Dupuis et al., p. 824 ss ; Bernard CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3e éd., Berne 2010, p. 162 ss.

⁷⁵⁶ ATF 121 V 18, 20 ; Stefan MAEDER, *Kommentar ad Art. 128 StGB*, in: Basler Kommentar StGB, p. 2710 ss; Stefan TRECHSEL, Martino MONA, *Kommentar ad Art. 128 StGB*, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), *Praxiskommentar*, p. 734 ss; Andrea DONATSCH, *Strafrecht III*, 11e éd., Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 74 ss; Aurélien STETTLER, *Commentaire ad art. 128 CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 140 ss ; Michel Dupuis et al., p. 829 ss.

⁷⁵⁷ Stefan MAEDER, *Kommentar ad Art. 127 StGB*, in: Basler Kommentar StGB, p. 2704; Aurélien STETTLER, *Commentaire ad art. 127 CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 136 ; Michel Dupuis et al., p. 826 s.

imminent⁷⁵⁸, tandis que l'art. 127 CPS, lui, inclut dans son champ d'application les menaces à l'intégrité corporelle⁷⁵⁹.

Enfin et surtout, l'art. 128 CPS instaure une obligation générale de porter secours : quiconque est en mesure de porter secours à autrui est tenu de le faire, dans les limites de ce qui peut être raisonnablement exigé⁷⁶⁰. Au contraire, l'art. 127 CPS ne peut être opposable qu'à un auteur qui assume à l'égard de la victime un devoir de garant⁷⁶¹.

5.1.1 *Les éléments constitutifs de l'art. 127 CPS*

L'art. 127 CPS suppose d'abord, en effet, qu'existe un devoir de protection, incombant à une personne qui assume un devoir de garde ou de veiller sur un tiers. Un tel devoir de garant⁷⁶² existe notamment pour les parents à l'égard de leurs enfants, pour les enseignants à l'égard de leurs élèves, et certainement aussi pour les soignants à l'égard de leurs patients dans le cadre de l'exercice de leurs activités. Peu importe que le devoir de

⁷⁵⁸ Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 128 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2719 s.; Stefan TRECHSEL, Martino MONA, Kommentar *ad* Art. 128 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 736; Andrea DONATSCH, Strafrecht III, 11e éd., Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 76 ss; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 128 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 144 ; Michel Dupuis et al., p. 831.

⁷⁵⁹ Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2704 ss; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 127 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 133 ; Michel DUPUIS et al., p. 826 s.

⁷⁶⁰ Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 128 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2719; Andrea DONATSCH, Strafrecht III, 11e éd., Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 77; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 128 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 141 ; Michel DUPUIS et al., p. 831.

⁷⁶¹ Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2702 s.; Stefan TRECHSEL, Martino MONA, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 732 s.; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 127 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 134 s. ; Michel Dupuis et al., p. 825.

⁷⁶² Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2702 s.; Stefan TRECHSEL, Martino MONA, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 732 s.; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 128 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 134 s. ; Michel Dupuis et al., p. 825 ; Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, p. 164.

garant résulte d'un contrat de soins ou qu'il résulte de la loi⁷⁶³, comme c'est le cas pour le personnel sanitaire⁷⁶⁴ d'urgence.

La victime doit ensuite se trouver hors d'état de se protéger elle-même⁷⁶⁵. Un patient incapable de discernement ou inconscient l'est sans aucun doute.

Le comportement incriminé est réalisé lorsque la victime est exposée au danger par l'auteur ; c'est ainsi une infraction par commission qui est décrite par la loi. Dans le contexte des soins d'urgence, cette première hypothèse n'est guère plausible. Le comportement incriminé est cependant aussi réalisé si l'auteur abandonne la victime dans une situation de danger que l'auteur n'a pas lui-même créé ou encore si, bien qu'il ne reste pas entièrement passif, il ne fournit pas toute l'aide qu'il est en mesure d'apporter⁷⁶⁶. Il s'agit alors d'une infraction par omission⁷⁶⁷, bien plus vraisemblable dans les situations d'urgence sanitaire.

La victime doit être menacée d'un danger de mort ou danger grave et imminent pour la santé ; de nombreux auteurs relèvent à juste titre que la distinction est très difficile à établir⁷⁶⁸. Le danger doit être concret ; il l'est lorsqu'« existe, d'après le cours ordinaire des choses, la probabilité ou un certain degré de possibilité que le bien juridiquement protégé soit lésé, sans toutefois qu'un degré de probabilité supérieur à 50 % soit exigé »⁷⁶⁹. Le danger pour la santé doit être, lui, non seulement grave mais aussi

⁷⁶³ SJ 2000 I 358.

⁷⁶⁴ Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2702; Stefan TRECHSEL, Martino MONA, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 733 ; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 127 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 134 s. ; Michel Dupuis et al., p. 825.

⁷⁶⁵ Voir notamment Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2703 s.; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 127 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 135 ; Michel Dupuis et al., p. 826 ; Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, p. 163.

⁷⁶⁶ ATF 73 IV 164.

⁷⁶⁷ Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2706 s.; Stefan TRECHSEL, Martino MONA, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 733; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 127 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 133 s.

⁷⁶⁸ Par exemple José HURTADO POZO, Droit pénal – Partie spéciale, Zurich 2009, p. 188.

⁷⁶⁹ ATF 106 IV 14

imminent. Il est grave lorsque le risque que la victime subisse des lésions corporelles graves au sens de l'art. 122 CPS paraît réalisé ; il est imminent lorsque sa réalisation paraît proche ou très proche⁷⁷⁰.

La disposition suppose encore qu'existe entre le comportement de l'auteur et le préjudice subi par la victime un lien de causalité tel que le préjudice peut être imputé à l'auteur⁷⁷¹. Enfin, le crime d'exposition est une infraction intentionnelle⁷⁷², ce qui exclut par définition les comportements par négligence.

5.1.2 *Jurisprudence en matière de soins*

Le Tribunal fédéral a rendu quelques décisions qui précisent le sens et le champ d'application de l'art. 127 CPS en matière de soins :

- le médecin qui tente une opération dans le but de sauver son patient, en envisageant le risque que l'issue de l'intervention soit négative et que l'état du patient en soit péjoré ne réalise pas le comportement incriminé par l'art. 127 CPS par dol éventuel⁷⁷³. L'auteur agit en effet en vue de sauvegarder un bien supérieur et non dans le but de rechercher un avantage indu ;
- le médecin qui remplace un traitement médicamenteux « standard » pour les suites d'une ablation du sein par un autre traitement médicamenteux qu'il considère comme tout aussi efficace ne commet pas l'infraction punie par l'art. 127 CPS s'il n'a pas conscience qu'il

⁷⁷⁰ Michel Dupuis et al., p. 827; Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2704 s.; Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, p. 165.

⁷⁷¹ Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2706 s.; Stefan TRECHSEL, Martino MONA, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 733; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 127 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 137 ; Michel Dupuis et al., p. 827.

⁷⁷² Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 127 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 2707; Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 127 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 137 ; Michel Dupuis et al., p. 827 ; Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, p. 166.

⁷⁷³ Rep. 1986, p. 144, BJP 1987 no 262.

expose sa patiente à un danger, de sorte qu'un des éléments de l'intention fait défaut⁷⁷⁴.

- l'ancien directeur du laboratoire de la Croix-Rouge qui a autorisé la distribution de sang et de produits sanguins contaminés par le virus du SIDA et destinés aux patients hémophiles réalise l'infraction poursuivie par l'art. 127 CPS, dans la mesure où il viole le devoir légal, prévu par la législation fédérale sur les épidémies⁷⁷⁵, de prévenir l'apparition et la propagation de maladies transmissibles⁷⁷⁶.

5.2 Aspects de droit administratif et de droit civil

Outre les conséquences pénales qui viennent d'être décrites, l'auteur du comportement précédemment analysé s'expose aussi à des sanctions de nature administrative ou disciplinaire. En effet, le comportement réprimé par le droit pénal l'est sans aucun doute également dans une perspective administrative ou disciplinaire. Contrairement à l'art. 127 CPS, qui exclut toute sanction pour des manquements par négligence, des sanctions administratives sont en revanche envisageables pour tout soignant qui exposerait un patient à un danger, même sans intention, l'objectif poursuivi par ce type de responsabilité étant la protection de la santé publique⁷⁷⁷.

Enfin, dans l'hypothèse où la victime aurait subi un préjudice à la suite d'un tel comportement, l'auteur pourrait également devoir faire face à des conséquences de nature civile. Le lésé devrait alors apporter la preuve que le soignant n'a pas respecté les règles de l'art en matière de soins d'urgence, qu'il a subi un préjudice en tant que patient et que ce préjudice est en lien avec une faute commise par le soignant⁷⁷⁸.

⁷⁷⁴ Arrêt du TF du 20 juin 2008 dans la cause 6B_40/2008.

⁷⁷⁵ Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp, RS 818.101).

⁷⁷⁶ SJ 2000 I 358.

⁷⁷⁷ Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 218 ss ; Regina AEBI-MÜLLER et al., p. 571 ss ; Myriam GERBER, La responsabilité disciplinaire des soignants, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 497 ss.

⁷⁷⁸ A propos de la responsabilité médicale en général, voir précédemment p. 63 s.

6. Voies de droit

6.1 Lorsque des soins d'urgence n'ont pas été administrés

Un patient qui estimerait avoir été lésé parce que des soins d'urgence ne lui ont pas été apportés peut porter plainte pénale contre les soignants concernés, en exposant que le défaut de soins remplit les conditions de l'infraction prévue à l'art. 127 CPS. La poursuite a lieu d'office.

Il peut en outre s'adresser à l'autorité de surveillance des professions de la santé pour dénoncer un comportement professionnel incorrect. Les procédures disciplinaires sont celles qui sont prévues par la Loi fédérale sur l'exercice des professions médicales (LPMed) ou par le droit sanitaire cantonal ; elles sont confiées à l'autorité de surveillance désignée par le canton⁷⁷⁹.

Il peut enfin ouvrir une action en responsabilité civile, ou une action en responsabilité fondée sur le droit public lorsque les soignants sont actifs dans le secteur public, s'il affirme avoir subi un préjudice résultant du défaut de soins ou de soins inappropriés⁷⁸⁰.

6.2 Lorsque des soins d'urgence ont été administrés

6.2.1 *Non-respect de la volonté présumée du patient*

On peut concevoir qu'un patient engage une procédure contre des soignants parce que des soins d'urgence lui ont été apportés en dépit de sa volonté présumée, en soutenant que sa volonté de ne pas recevoir des soins était reconnaissable par les soignants. Une telle hypothèse paraît cependant peu probable, en tout cas lorsque le patient a été efficacement pris en charge par les services sanitaires d'urgence, même si, à l'entendre, il a été soigné voire « sauvé » contre sa volonté.

⁷⁷⁹ Voir notamment Tomas POLEDNA, Kommentar *ad* Art. 41 MedBG et *ad* Art. 43 MedBG, in: Ariane Ayer et al. (éd.), Loi sur les professions médicales (LPméd) – Commentaire, Bâle 2009, p. 413 ss et p. 416 ss.

⁷⁸⁰ Voir précédemment, p. 63 s.

Matériellement, ce non-respect est synonyme d'une violation d'un des droits reconnus aux patients, plus spécifiquement du droit de consentir à des soins ou, ici, de les refuser, avant tout justiciable par le biais d'une procédure administrative devant l'autorité de surveillance⁷⁸¹. Cette autorité serait probablement peu encline à remettre en question, *a posteriori*, l'appréciation d'une volonté présumée effectuée par des soignants dans l'urgence, à moins que cette appréciation n'apparaisse d'emblée comme insoutenable.

Une procédure de nature pénale paraît, elle, vouée à l'échec. L'auteur des éventuelles « lésions corporelles » causées par des soins apportés en urgence et selon son appréciation de la volonté présumée du patient n'agit pas de manière coupable s'il « ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite » (art. 21 CPS⁷⁸²), ces éventuelles lésions seraient au surplus justifiées en tant qu'acte commis en « état de nécessité licite » (art. 17 CPS⁷⁸³) ou, plus probablement, pour des secouristes ou des médecins d'urgence, en tant qu'« acte autorisé par la loi » (art. 14 CPS⁷⁸⁴). Enfin, une action civile tendant au paiement de dommages-intérêts serait rejetée, en l'absence de faute ; il faut rappeler enfin que le fait d'être en vie ne constitue pas un préjudice selon l'état actuel du droit suisse⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ Une action fondée sur les dispositions relatives à la protection de la personnalité est en théorie envisageable. L'une de ces actions permet notamment d'obtenir qu'un juge constate le caractère illicite d'une atteinte (art. 28a al. 1^{er} chiffre 3 CC). La loi exige cependant que « le trouble qu'elle crée subsiste », ce qui la rend peu vraisemblable dans la situation examinée ici ; les hypothèses du chiffre 1 (interdiction d'une atteinte imminente) et du chiffre 2 (cessation d'une atteinte qui dure encore) de l'art. 28a CC ne sont guère plausibles.

⁷⁸² Voir notamment Marcel Alexander NIGGLI, Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 21 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 360 ss ; Camille PERRIER DEPEURSINGE, Ryan GAUDERON, Commentaire *ad* art. 21 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 321 ss ; Michel Dupuis et al., p. 162 ss.

⁷⁸³ Voir notamment Marcel Alexander NIGGLI, Carola GÖHLICH, Kommentar *ad* Art. 17 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 264 ss ; Gilles MONNIER, Commentaire *ad* art. 17 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 289 ss ; Michel Dupuis et al., p. 139 ss.

⁷⁸⁴ Voir notamment Marcel Alexander NIGGLI, Carola GÖHLICH, Kommentar *ad* Art. 14 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 242 ss ; Gilles MONNIER, Commentaire *ad* art. 14 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 267 ss ; Michel Dupuis et al., p. 115 ss.

⁷⁸⁵ Arrêt du 15 décembre 2014 dans la cause 4A_551/2013 ; Yves DONZALLAZ, Traité de droit médical, vol. II, p. 2253 ss ; Jean-François DUMOULIN, Questions de vie ou de mort, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 161 ss.

La question prend toutefois une dimension particulière lorsque le patient se plaint du non-respect de sa volonté, telle qu'elle aurait dû, selon lui, être reconnue par les secouristes ou les urgentistes, et qu'il conserve des séquelles graves résultant de la prise en charge, pourtant appropriée, ou qu'il décède. Le consentement du patient constitue en effet le fait justificatif qui retire à une intervention médicale son caractère illicite⁷⁸⁶. Faute de consentement, le soignant engage sa responsabilité pour toutes les conséquences dommageables de son acte, même s'il a été réalisé conformément aux règles de l'art. Ce point devrait cependant être résolu comme il l'a été précédemment : à moins que les soignants n'aient apprécié de manière insoutenable la volonté du patient de recevoir des soins, on peut douter qu'une juridiction retienne l'absence de consentement présumé et considère les soins comme illicites.

6.2.2 *Non-respect des intérêts du patient*

La réflexion est un peu moins complexe lorsque le reproche ne porte pas sur une appréciation incorrecte du consentement présumé, mais sur le non-respect des intérêts du patient.

S'il a subi un dommage résultant d'une prise en charge qu'il tient pour inappropriée, c'est-à-dire non conforme aux règles de l'art, un patient ou, en cas de décès, ses proches pourraient ouvrir action pour obtenir réparation de leur préjudice. Il s'agit d'une procédure « classique » de responsabilité médicale, qui suppose que soient établis la violation du devoir de diligence du soignant, un préjudice et un lien de causalité adéquate entre la violation précitée et le préjudice⁷⁸⁷.

A nouveau, une procédure administrative ou disciplinaire parallèle pourrait être ouverte, la fourniture de soins inappropriés constituant également un comportement professionnel incorrect passible d'une sanction disciplinaire. Enfin, du point de vue pénal, une procédure pour lésions corporelles par négligence au sens de l'art. 125 CPS est envisageable ; une telle procédure nécessite une plainte du lésé, à moins que la lésion soit

⁷⁸⁶ Voir précédemment, p. 74.

⁷⁸⁷ Voir précédemment, p. 63 s.

grave (al. 2). En cas de décès, l'art. 117 CPS réprimant l'homicide par négligence est applicable⁷⁸⁸.

7. Synthèse

Lorsqu'un patient incapable de discernement a besoin de soins en urgence, les mesures médicales requises par son état peuvent lui être dispensées malgré l'absence de consentement, conformément à l'art. 379 CC et, dans le contexte plus particulier d'un placement à des fins d'assistance, conformément à l'art. 435 CC.

Ces soins sont non seulement autorisés, mais aussi exigés par la loi : s'il omet de les fournir, un professionnel de la santé s'expose à des poursuites pénales pour mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui, en exécution de l'art. 127 CPS, à des poursuites disciplinaires pour violation de ses devoirs professionnels, voire à des poursuites civiles en cas de préjudice résultant du défaut de soins.

Cette exception au principe du libre choix en matière d'actes médicaux correspond à l'une des quelques situations où le droit fédéral autorise la mise en œuvre concrète de soins en l'absence de consentement du patient. Elle est cependant pleinement justifiée par l'intérêt présumé du patient à recevoir les soins auxquels il aurait consenti s'il avait été en mesure de s'exprimer ; elle correspond à l'une des exceptions au libre choix en matière d'actes de nature médicale expressément autorisées par la Convention d'Oviedo, à son art. 8.

* * * * *

⁷⁸⁸ Voir précédemment, p. 64.

CHAPITRE VI :

Les mesures d’instruction lors d’une procédure civile

1. Le contexte

Contrairement au Code de procédure pénale, qui expose en détail dans quelles circonstances et selon quelles modalités des mesures d’instruction ou des expertises portant atteinte à l’intégrité physique ou psychique peuvent être mises en œuvre⁷⁸⁹, le Code de procédure civile suisse ne contient pas, à une exception près, de norme spécifique relative aux mesures d’instruction ou aux expertises qui pourraient constituer des actes de nature médicale ou qui pourraient correspondre à une atteinte à l’intégrité physique ou psychique.

Dans une disposition générale, le Code de procédure civile se borne à énoncer que, par principe, l’administration des preuves doit être accomplie de manière à éviter qu’elle ne « porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers [...] » (art. 156 CPC). Quoique la disposition vise plus particulièrement les « secrets d’affaires », elle

⁷⁸⁹ Voir plus loin le chapitre consacré aux mesures d’instruction lors d’une procédure pénale, p. 313 ss.

s'applique sans doute également à l'intégrité physique ou psychique d'une partie ou d'un participant à une procédure⁷⁹⁰.

Il est vrai que, dans le cadre d'une procédure civile, de telles mesures sont assez rares selon l'expérience, si l'on excepte d'occasionnelles actions tendant à l'établissement de la paternité⁷⁹¹. Seuls les « examens » réalisés dans le cadre d'une procédure visant à établir ou exclure un lien de filiation sont dès lors expressément mentionnés dans le Code de procédure civile, dans un titre particulier touchant à la « procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille » (art. 295 ss CPC) ; ils sont analysés dans le chapitre suivant, qui traite des affaires de famille⁷⁹². Pour les autres « affaires » qui nécessiteraient des mesures d'instruction de nature médicale, ce sont les règles générales de la procédure qui sont par conséquent applicables.

2. Bref historique

Dans les codes de procédure civile des cantons romands et tessinois en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile fédérale, le 1^{er} janvier 2011, on ne trouvait guère de dispositions précises en matière d'acte procédural de nature médicale. Lorsqu'elles existaient⁷⁹³, ces

⁷⁹⁰ Isabelle CHABLOZ, Corinne COPT, Commentaire *ad* art. 156 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 753 s. ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 156 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 731 ss ; François BOHNET, Lorenz DROESE, ZPO Zivilprozessordnung, Berne 2018, p. 357 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 156 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 860 ss ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 156 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1164 ss.

⁷⁹¹ On peut peut-être aussi mentionner ici les litiges en lien avec l'évaluation *post mortem* de la capacité de discernement d'un *de cujus* (une personne qui a rédigé un testament) au moment de la rédaction de l'acte, dans le domaine successoral. Dans de telles circonstances, toutefois, la personne concernée est évidemment décédée, de sorte que la question d'une expertise sans consentement ne se pose pas ; voir Sarah GROS, p. 527 s. ; Fabienne HOHL no 1901 ss, p. 315 et l'arrêt du tribunal fédéral du 16 décembre 1997 dans la cause 5A_204/2007, ATF 124 III 5, JT 1998 I 361.

⁷⁹² Voir plus loin, p. 213 ss.

⁷⁹³ Le Code de procédure civile genevois ne prévoyait rien à propos des procédures de cette nature, mais contenait des normes relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance, en particulier aux expertises et à l'éventuel usage de la force publique pour « contraindre l'intéressé à comparaître devant lui ou à se soumettre à l'expertise ».

dispositions concernaient surtout l'obligation de participer à une expertise dans les actions en matière de filiation.

Dans une formulation générale, le Code de procédure civile vaudois prévoyait pour une partie⁷⁹⁴ une obligation de se prêter à une expertise, quel que puisse en être le but, en laissant cependant au juge le soin de décider si cette partie pouvait ou non être « tenue de se prêter à un examen médical »⁷⁹⁵. A Fribourg, cette option n'était pas prévue par la loi : une partie devait se prêter à une expertise, lorsque cette mesure consistait en un examen de sa personne par un expert⁷⁹⁶. Une obligation similaire de participer à un examen de la personne, considéré comme une « inspection », existait au Tessin pour les parties et les tiers, pour autant que cet acte puisse être accompli sans grave dommage pour eux⁷⁹⁷ ; l'examen était cependant, au moins selon le texte de la loi tessinoise, pratiqué par le juge et non par un expert⁷⁹⁸.

Il faut attendre la nouvelle Constitution de 1999⁷⁹⁹ pour qu'une réforme fondamentale de la justice civile puisse être réellement envisagée⁸⁰⁰. Avec l'acceptation du nouveau texte constitutionnel et de son art. 122 al. 1^{er} Cst⁸⁰¹, qui confère désormais à la Confédération la compétence de légiférer non seulement en matière de droit civil, mais également en matière de procédure civile, la voie est ouverte pour une procédure civile unifiée en Suisse⁸⁰². Le 19 décembre 2008, l'Assemblée

⁷⁹⁴ Mais pas pour un tiers, selon l'art. 229 *a contrario* du Code de procédure civile (CPC) du 14 décembre 1966 du Canton de Vaud.

⁷⁹⁵ Selon l'art. 227 al. 3 du CPC vaudois.

⁷⁹⁶ Selon l'art. 257 al. 2 du Code de procédure civile (CPC) du 28 avril 1953 du Canton de Fribourg.

⁷⁹⁷ « [...] purché cio possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo [...] », selon les art. 242 à 244 du Codice di procedura civile (CPC) du 17 février 1971 du Canton du Tessin.

⁷⁹⁸ Le juge restait cependant libre d'ordonner plutôt une expertise, selon l'art. 247 CPC, et partant de confier cette mission à un expert.

⁷⁹⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101).

⁸⁰⁰ Non seulement de la justice civile mais aussi de la justice pénale, avec l'insertion de l'art. 123 al. 1^{er} Cst dans la Constitution fédérale, qui va permettre d'adopter un Code de procédure pénale suisse (CPP).

⁸⁰¹ Denis PIOTET, Commentaire *ad* art. 122 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 2464 ss.; Tarkan GÖKSU, Kommentar *ad* Art. 122 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 1983 ss.; Christoph LEUENBERGER, Kommentar *ad* Art. 122 BV, *in*: St Galler Kommentar BV, p. 2212 ss.

⁸⁰² Rita Trigo Trindade, Nicolas Jeandin (éd.), Unification de la procédure civile, Genève, Zurich, Bâle 2004.

fédérale adopte enfin un Code de procédure civile suisse, applicable devant les juridictions civiles de tous les cantons dès le 1^{er} janvier 2011⁸⁰³.

En février 2020, le Conseil fédéral a transmis au Parlement un Message relatif à la modification du Code de procédure civile suisse, proposant un certain nombre de modifications en vue d'améliorer la « praticabilité et l'application du droit »⁸⁰⁴, de manière à « éliminer les faiblesses ponctuelles », « par des adaptations ciblées »⁸⁰⁵ ; le Parlement a adopté ces nouvelles normes en mars 2023⁸⁰⁶. Aucune de ces modifications n'affecte les dispositions examinées plus loin dans ce chapitre⁸⁰⁷.

3. Normes applicables

3.1 Code de procédure civile

A l'occasion d'une procédure civile, afin que puissent être établis les faits qu'une personne ayant le statut de partie allègue et sur lesquels reposent ses conclusions, le tribunal doit administrer les moyens de preuve adéquats, proposés régulièrement et à temps par cette partie (art. 152 CPC)⁸⁰⁸.

⁸⁰³ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 273).

⁸⁰⁴ Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 2607.

⁸⁰⁵ Message précité, FF 2020 2607, 2608.

⁸⁰⁶ FF 2023 786 ; la date d'entrée en vigueur n'est pas encore connue (état mars 2023).

⁸⁰⁷ Le projet propose en particulier un nouvel article 160a CPC, qui prévoit une nouvelle exception au devoir de collaborer en faveur des services juridiques des entreprises, ainsi qu'une nouvelle formulation de l'art. 296 al. 1^{er} CPC, « purement rédactionnelle, n'entraînant pas de changement matériel », destinée à préciser la nature de la maxime inquisitoire, illimitée, applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille (Message précité, FF 2020 2607, 2676).

⁸⁰⁸ Isabelle CHABLOZ, Corinne COPT, Commentaire *ad* art. 152 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 738 ss ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 152 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 731 ss ; François BOHNET, Lorenz DROESE, ZPO Zivilprozessordnung, Berne 2018, p. 347 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 156 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 860 ss ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 152 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1133 ss.

Le statut de partie est régi par les dispositions du Titre 5 de la Partie 1 du Code de procédure civile, consacré aux « [p]arties et [à la] participation de tiers au procès » (art. 66 ss CPC)⁸⁰⁹ ; y sont notamment abordées la capacité d'être partie, la capacité d'ester en justice et la capacité de procéder. Lorsqu'un doute sérieux surgit propos de l'une ou l'autre de ces capacités, des mesures de nature médicale propres à l'élucider peuvent être ordonnées « d'office » par le juge, même en l'absence de requête des parties à ce propos⁸¹⁰.

Quant aux mesures d'instruction que pourrait requérir une partie, elles sont traitées dans le Code de procédure civile au Titre 10 de la Partie 1 dédié à la « [p]reuve » (art. 150 ss CPC⁸¹¹). Il s'agit, on l'a dit, de normes générales : elles ne font aucune référence spécifique aux mesures d'instruction qui pourraient porter atteinte à l'intégrité physique ou à l'intégrité psychique des parties au procès ou des participants qui devraient s'y soumettre.

Les mesures d'instruction sont ordonnées par le juge à la requête d'une partie, mais, à nouveau, elles peuvent parfois être ordonnées « d'office », c'est-à-dire par le juge même en l'absence de requête des parties à ce propos. Le déroulement d'une procédure civile est en effet

⁸⁰⁹ Samuel BAUMGARTNER et al, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 10 éd., Berne 2018, p. 77 ss; Fabienne HOHL, p. 125 ss; Christoph LEUENBERGER, Beatrice UFFER-TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2e éd., Berne 2016, p. 81 ss; François BOHNET, *Procédure civile*, 2e éd., Bâle 2014, p. 101 ss; Jacques HALDY, *Procédure civile suisse*, Bâle 2014, p. 91 ss.

⁸¹⁰ Fabienne HOHL, p. 134 s., qui ajoute que cet examen d'office a également lieu devant les tribunaux cantonaux et devant le Tribunal fédéral ; arrêt du 16 juin 2014 dans la cause 4A_163/2014, cons. 2 ; arrêt du 8 juillet 2014 dans la cause 4A_23/2014, cons. 1.2 ; ATF 116 II 385, JT 1993 I 611.

⁸¹¹ Samuel BAUMGARTNER et al, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 10 éd., Berne 2018, p. 255 ss; Fabienne HOHL, p. 262 ss; Christoph LEUENBERGER, Beatrice UFFER-TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2e éd., Berne 2016, p. 229 ss; François BOHNET, *Procédure civile*, 2e éd., Bâle 2014, p. 315 ss; Jacques HALDY, *Procédure civile suisse*, Bâle 2014, p. 143 ss.

généralement régi par la « maxime des débats » (art. 55 CPC)⁸¹² ; selon cette maxime, les parties « allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s’y rapportent » (art. 55 al. 1^{er} CPC). Par exception, selon la « maxime inquisitoire », qui nécessite une base légale expresse, c’est au contraire le juge qui établit les faits et administre les preuves (art. 55 al. 2 CPC)⁸¹³.

Les parties et les tiers sont en principe tenues de collaborer à l’administration des preuves (art. 160 al. 1^{er} CPC) ; le tribunal doit rendre les parties et les tiers attentifs à cette obligation, à leur droit de refuser de collaborer et à ses conséquences (art. 161 al. 1^{er} CPC). Le Code de procédure civile ménage en effet, dans certaines situations, un droit de refuser cette collaboration, tant pour les parties (art. 163 CPC) que pour les tiers (art. 165 et 166 CPC). Si le refus est injustifié, une partie s’expose à des conséquences procédurales : le juge en « tient compte lors de l’appréciation des preuves » (art. 164 CPC) ; quant aux tiers, ils s’exposent à des sanctions, notamment à une amende, voire à la mise en œuvre de la force publique (art. 167 al. 1^{er} CPC).

3.2 Droit cantonal

Les normes contenues dans le Code de procédure civile suisse règlent quasi exhaustivement la procédure applicable devant les autorités judiciaires cantonales, qu’il s’agisse des affaires civiles contentieuses ou

⁸¹² Isabelle CHABLOZ, Commentaire *ad* art. 55 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 738 ss ; Jacques HALDY, Commentaire *ad* art. 55 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 167 ss ; François BOHNET, Lorenz DROESE, ZPO Zivilprozessordnung, Berne 2018, p. 115 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 55 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 157 ss ; Thomas SUTTER-SOMM, Claude SCHRANK, Kommentar *ad* Art. 55 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 462 ss.

⁸¹³ La littérature juridique distingue encore la maxime de disposition, selon laquelle le juge ne peut statuer au-delà des conclusions des parties, conformément à l’art. 58 al. 1^{er} CPC, et la maxime d’office, qui permet au juge de modifier les conclusions d’une partie – ou, plus spécifiquement, de ne pas être « lié par les conclusions des parties » –, selon l’art. 58 al. 2 CPC. Voir notamment Isabelle CHABLOZ, Commentaire *ad* art. 58 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 263 ss ; Jacques HALDY, Commentaire *ad* art. 58 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 176 ss.

non contentieuses, ou encore des décisions judiciaires relevant de la juridiction gracieuse (art. 1^{er} CPC)⁸¹⁴.

Les cantons ne détiennent en principe plus de compétences autres que celles d'organiser les tribunaux et les autorités de conciliation (art. 122 al. 2 Cst⁸¹⁵ et art. 3 CPC⁸¹⁶). La principale exception a trait aux procédures menées devant l'autorité de protection de l'adulte prévue aux art. 443 ss CC, notamment à l'occasion d'une procédure de placement à des fins d'assistance⁸¹⁷. Pour de telles procédures, les cantons peuvent adopter des normes particulières (conformément à l'art. 450f CC) lorsqu'ils l'estiment opportun ; les dispositions de la procédure civile suisse sont toutefois applicables lorsque des normes procédurales cantonales spécifiques n'ont pas été édictées⁸¹⁸.

Si l'essentiel des prérogatives en matière de procédure civile est ainsi passé au législateur fédéral, les législateurs cantonaux restent toutefois compétents en matière d'organisation judiciaire. Or, l'ultime phase d'une mesure d'instruction civile peut consister dans la « mise en œuvre de la force publique », à l'encontre d'un tiers ou d'une partie qui s'y opposerait, selon l'art. 167 al. 1^{er} lettre c CPC ou selon l'art. 343 al. 3 CPC, mesure nécessitant la collaboration de l'autorité désignée par le droit cantonal pour exécuter une telle intervention⁸¹⁹. Il s'agit souvent de la police ; sur ce point tout à fait particulier de la phase ultime de mise en œuvre concrète du droit

⁸¹⁴ Le CPC mentionne encore les décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite (art. 1^{er} lettre c) et l'arbitrage (art. 1^{er} lettre d).

⁸¹⁵ Tarkan GÖKSU, Kommentar *ad* Art. 122 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 1994 ss ; Christoph LEUENBERGER, Kommentar *ad* Art. 122 BG, *in*: . St Galler Kommentar BV, p. 2219 s.

⁸¹⁶ Denis PIOTET, Commentaire *ad* art. 3 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 26 ss ; Jacques HALDY, Commentaire *ad* art. 3 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 9 ss ; Dominik VOCK, Christoph NATER, Kommentar *ad* Art. 3 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 36 s ; François BOHNET, Procédure civile, 2e éd., Bâle 2014, p. 36 ss.

⁸¹⁷ Voir plus loin le chapitre consacré à cette question, p. 245 ss.

⁸¹⁸ Luca MARANTA et al., Kommentar *ad* Art. 450f ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2860 s.; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOLAKIS, p. 482 ss.

⁸¹⁹ Pour un cas d'application, voir l'arrêt du 5 août 2016 dans la cause 5A_492/2016, cons. 3.3.3, qui renvoie à l'art. 6 de la Loi valaisanne du 11 février 2009 désignant la police cantonale comme l'autorité compétente au sens de l'art. 343 CPC.

procédural fédéral, les compétences des cantons n'ont pas été transférées à la Confédération⁸²⁰.

4. Mesures d'instruction civile en général

4.1 Les moyens de preuve admissibles

Le Code de procédure civile, à son art. 168 al. 1^{er}, dresse la liste des moyens de preuve à disposition du juge ou des parties et admissibles pour établir les faits contestés et pertinents. Cette liste correspond à un *numerus clausus*⁸²¹ et est par conséquent, en principe, exhaustive⁸²²; toutefois, lorsque la maxime inquisitoire est applicable, le juge détient le « libre choix de la preuve », de sorte que le *numerus clausus* n'est plus d'actualité⁸²³. La liste comprend le témoignage (lettre a); les titres (lettre b); l'inspection (lettre c); l'expertise (lettre d); les renseignements écrits (lettre e); et enfin, l'interrogatoire et la déposition de partie (lettre f).

Mise à part l'expertise de la lettre d), aucun des ces moyens de preuve ne peut réellement constituer un acte de nature médicale ou une atteinte à l'intégrité physique ou psychique. L'inspection de la lettre c) – dont les

⁸²⁰ Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 167 CPC, *in* : Isabelle Chablotz et al., Petit commentaire CPC, p. 806 ss; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 167 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 785 ss. Sur le recours à une « autorité compétente » dans l'exécution d'une décision, voir aussi Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 343 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 1623 ss.

⁸²¹ Voir François VOUILLOZ, Commentaire *ad* art. 168 CPC, *in* : Isabelle Chablotz et al., Petit commentaire CPC, p. 809 ss; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 168 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 731 ss; Peter HAFNER, Kommentar *ad* Art. 168 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 969 ss; Franz HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Band I; François VOUILLOZ, La preuve dans le code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), *in* : PJA/AJP 2009, p. 830 ss.

⁸²² Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 168 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 789, considère cependant que le *numerus clausus* « peut souvent être adapté aux circonstances du cas, dans les limites d'une légalité interprétée avec souplesse » et cite, dans son Commentaire *ad* art. 169 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, no 3, p. 793, le cas d'un chien utilisé à titre d'auxiliaire d'un expert pour flairer une piste.

⁸²³ C'est en particulier le cas pour les actions tendant à établir la filiation, selon l'art. 168 al. 2 CPC.

modalités sont précisées à l'art. 181 CPC⁸²⁴ -, soit « la constatation d'un fait par le juge à l'aide de ses propres sens, c'est-à-dire la vue, le toucher, l'ouïe, l'odorat et le goût »⁸²⁵, peut concerner des lieux, des objets ou des documents, mais ne devrait pas permettre, en principe, de procéder à un « examen de la personne ». Selon l'art. 160 al. 1^{er} lettre c CPC⁸²⁶, un tel examen de la personne - qu'un partie ou qu'un tiers doit « tolérer » - ne peut en effet être réalisé que par un « expert », partant dans le cadre d'une expertise⁸²⁷.

Une partie des auteurs retient toutefois que l'inspection de l'art. 168 al. 1^{er} lettre c CPC et de l'art. 181 CPC est possible pour un « simple » examen de la personne, par exemple pour une identification⁸²⁸; d'autres auteurs mentionnent à titre d'exemple « l'observation d'une cicatrice portant atteinte à l'intégrité esthétique de l'une des parties »⁸²⁹ ou, plus généralement, l'observation de « blessures »⁸³⁰. Si l'identification ou l'inspection est immédiatement réalisable en présence de la personne concernée, une expertise paraît en effet disproportionnée; une identification ne constitue d'ailleurs pas un acte médical. En revanche, tout examen correspondant à un examen médical - ainsi un examen de la personne qui ne se limiterait pas à son apparence extérieure⁸³¹ ou à son aspect⁸³² mais nécessiterait qu'elle se dévête - ou un examen médical proprement dit ne

⁸²⁴ Voir François VOUILLOZ, Commentaire *ad* art. 181 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 855 ss; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 181 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 821 ss; Annette DOLGE, Kommentar *ad* Art. 181 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 1013 ss.

⁸²⁵ Fabienne HOHL, no1777, p. 293 s.

⁸²⁶ Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 779 ss; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 749 ss; Ernst SCHMID, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 930 ss.

⁸²⁷ Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 160 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 958.

⁸²⁸ Dans ce sens, Fabienne HOHL, no 1778, p. 294, qui considère qu'une inspection peut porter notamment sur « le corps d'une personne ».

⁸²⁹ Nicolas JEANDIN, Aude PEYROT, Précis de procédure civile, Genève, Zurich, Bâle 2015, p. 169.

⁸³⁰ Sven RUETSCHI, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO, *in*: Andreas Güngerich (éd.), Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Art. 150-352 ZPO, 400-406 ZPO, Band II, Berne 2012, p. 1754.

⁸³¹ François VOUILLOZ, Commentaire *ad* art. 181 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 857.

⁸³² Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 181 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 823.

devrait pas pouvoir être accompli autrement que dans le cadre d'une expertise⁸³³.

En définitive, l'expertise représente par conséquent la seule mesure d'instruction civile qui peut comporter une dimension de nature médicale, psychique ou somatique.

4.2 L'expertise

Les dispositions spécifiques relatives à l'expertise sont énoncées aux art. 183 ss CPC.

Afin d'élucider un point de fait nécessitant l'éclairage d'une personne spécialisée, le tribunal peut confier une mission d'expertise à un ou plusieurs experts (art. 183 al. 1^{er} CPC). Pour répondre aux questions qui leur sont soumises dans le cadre de leur mandat (art. 185 CPC), les experts peuvent quant à eux mener des investigations, avec l'autorisation du tribunal (art. 186 CPC). Ils consignent ensuite les résultats de ces investigations dans un rapport, présenté oralement ou, plus généralement, déposé par écrit (art. 187 CPC)⁸³⁴.

Selon l'art. 183 al. 1^{er} CPC, l'expertise est ordonnée à la requête d'une partie, mais elle peut également être ordonnée d'office⁸³⁵. Cette seconde possibilité est controversée si elle a lieu à l'occasion d'une procédure

⁸³³ Annette DOLGE, *Kommentar ad Art. 181 ZPO*, in: Basler Kommentar ZPO, p. 1015; Thomas WEIBEL, Claudia WALZ, *Kommentar ad Art. 181 ZPO*, in: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), *Kommentar ZPO*, p. 1361.

⁸³⁴ Sur toutes les modalités de mise en œuvre d'une expertise, voir François VOUILLOZ, *Commentaire ad art. 183 ss CPC*, in: Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 860 ss; Philippe SCHWEIZER, *Commentaire ad art. 183 ss CPC*, in: *Commentaire romand CPC*, p. 825 ss; Annette DOLGE, *Kommentar ad Art. 183 ss ZPO*, in: Basler Kommentar ZPO, p. 1017 ss; Franz HASENBÖHLER, *Das Beweisrecht der ZPO*, Band II, p. 293 ss; Roger GRONER, *Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren in Zivil- und Strafrecht*, Berne 2011; Björn BETTEX, *L'expertise judiciaire*, Berne 2006.

⁸³⁵ Selon la lettre de la disposition; dans ce sens, Annette DOLGE, *Kommentar ad Art. 183 ZPO*, in: Basler Kommentar ZPO, p. 1019; Francesco TREZZINI, *Commentario ad art. 183 CPC*, in: Francesco Trezzini et al., *Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero*, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 1055; Sven RUETSCHI, *Kommentar ad Art. 183 ZPO*, in: *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Art. 150-352 ZPO*, 400-406 ZPO, Band II, Berne 2012.

menée selon la maxime des débats⁸³⁶. Le juge doit toutefois requérir une expertise lorsqu'aucun autre moyen de preuve ne lui semble approprié et qu'il ne dispose pas des connaissances spécialisées pour prendre une décision ; il détient à cet égard un large pouvoir d'appréciation⁸³⁷. Lorsque l'expertise lui parvient, le juge n'est pas lié par ses conclusions, mais il ne doit pas s'en distancer sans motifs pertinents et s'il s'en écarte, il doit motiver son choix⁸³⁸.

4.3 Obligation de collaborer et « droit de refus » des parties et des tiers

4.3.1 *Selon le Code de procédure civile*

L'art. 160 al. 1^{er} CPC⁸³⁹ prévoit expressément que les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves dans le cadre de la procédure.

Bien que cette disposition se trouve dans le Titre 10 consacré à la preuve, c'est-à-dire à l'élucidation des « faits pertinents et contestés » selon l'art. 150 al. 1^{er} CPC, on peut penser qu'elle a une portée plus générale : elle s'applique sans doute non seulement à l'administration des preuves relatives aux faits allégués par les parties à l'appui de leurs conclusions, mais aussi aux mesures d'instruction nécessaires pour évaluer l'aptitude d'une personne à figurer dans une procédure en tant que partie. La norme

⁸³⁶ Voir François VOUILLOZ, Commentaire *ad* art. 183 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 861 ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 183 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 827.

⁸³⁷ 5A_405/2007 ; 5A_798/2009 ; Fabienne HOHL, no 1421, p. 234.

⁸³⁸ ATF 130 I 337, 345 s. ; JT 2005 I 95, 103 s. Voir notamment Alexandre GUYAZ, Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'avocat, *in* : Christine Chappuis, Bénédicte Winiger (éd.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Genève, Zurich, Bâle 2011, p. 117 ss ; Pierre-André FAUCHERE, Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'expert, *in* : Christine Chappuis, Bénédicte Winiger (éd.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Genève, Zurich, Bâle 2011, p. 151 ss.

⁸³⁹ Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 779 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 749 ss ; Ernst SCHMID, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 930 ss ; Nicolas BRACHER, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozessrecht, Bâle 2011.

prévoit d'ailleurs expressément une obligation de collaboration à charges des parties.

Cette obligation est cependant pondérée par plusieurs autres dispositions du même chapitre, qui prévoient un « droit de refus » dans certaines circonstances. Ainsi, l'art. 163 CPC permet à une partie d'échapper à son devoir de collaboration, dans certains cas énoncés par le texte légal, soit lorsque « l'administration des preuves pourrait exposer un de ses proches [...] à une poursuite pénale ou engager sa responsabilité civile » (lettre a) ou encore dans l'hypothèse où la révélation d'un secret pourrait constituer la violation d'un secret professionnel (lettre b)⁸⁴⁰.

Quant aux témoins et aux tiers, ils détiennent un droit de refus absolu lorsqu'existent certains liens familiaux ou quasi familiaux, ou encore des liens de représentation découlant d'une mesure de tutelle ou de curatelle, selon l'art. 165 CPC⁸⁴¹. En revanche, ce droit de refus n'est que relatif, ou « restreint » selon l'art. 166 CPC⁸⁴², lorsque l'établissement des faits pourrait les exposer, ou exposer un de leurs proches, à des poursuites pénales ou à des poursuites civiles en lien avec une éventuelle responsabilité (lettre a), ou encore si les témoins ou les tiers sont tenus à un devoir de confidentialité découlant de l'art. 320 CPS⁸⁴³ ou 321 CPS⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 163 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 792 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 163 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 763 ss ; Ernst SCHMID, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 951 ss.

⁸⁴¹ Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 165 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 800 s. ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 165 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 771 ss ; Ernst SCHMID, Kommentar *ad* Art. 165 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 957 ss.

⁸⁴² Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 166 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 802 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 166 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 777 ss ; Ernst SCHMID, Kommentar *ad* Art. 166 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 960 ss.

⁸⁴³ Qui prévoit le secret de fonction. Voir notamment Niklaus OBERHOLZER, Kommentar *ad* Art. 320 StGB, *in* : Basler Kommentar StGB, p. 5451 ss ; Jean-Marc VERNIORY, Commentaire *ad* art. 320 CPS, *in* : Commentaire romand CP II, p. 2141 ss ; Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3e éd., Berne 2010, p. 733 ss.

⁸⁴⁴ Qui prévoit le secret professionnel, notamment celui des soignants ; voir Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 353 ss ; Niklaus OBERHOLZER, Kommentar *ad* Art. 321 StGB, *in* : Basler Kommentar StGB, p. 5457 ss ; Benoît CHAPPUIS, Commentaire *ad* art. 321 CPS, *in* : Commentaire romand CP II, p. 2156 ss ; Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3e éd., Berne 2010, p. 750 ss.

(lettre b et lettre c)⁸⁴⁵. Dans ces deux derniers cas, le droit de refus restreint cesse d'exister et le devoir de collaborer « renaît » si la personne tenue au devoir de confidentialité a été déliée ou si elle est soumise à une obligation de dénoncer⁸⁴⁶.

On ne voit pas réellement laquelle des hypothèses énoncées par le Code de procédure civile pourrait permettre à une partie ou un tiers de se soustraire à son devoir de collaboration pour une expertise médicale qui le concernerait. En outre, lorsque l'expertise est en lien avec l'établissement de la filiation, le droit des parties et des tiers de ne pas collaborer n'existe plus (art. 296 al. 2 CPC *in fine*)⁸⁴⁷.

4.3.2 Selon le principe de proportionnalité

Même lorsqu'elle n'est pas placée dans l'une des situations permettant de refuser de collaborer, une partie ou un tiers pourrait encore faire valoir que la mesure d'instruction envisagée constitue une mesure médicale présentant certains risques, excessifs de son point de vue. Le juge devrait alors examiner si l'expertise médicale ne représente pas une atteinte disproportionnée à l'intégrité physique ou psychique.

⁸⁴⁵ L'art. 166 CPC prévoit encore un droit de refus pour les personnes actives en tant qu'*ombudsmen* ou médiatrices (lettre d) et pour les journalistes d'un média à caractère périodique (lettre e).

⁸⁴⁶ Les mécanismes mis en place par le Code de procédure civile sont en réalité plus complexes, et la rédaction de la disposition n'est pas idéale. Même s'ils sont déliés ou soumis à une obligation de dénoncer, cette règle n'est pas applicable aux avocats et aux ecclésiastiques, qui conservent le droit de ne pas collaborer. Enfin, celles et ceux qui sont tenus par le secret professionnel mais qui doivent collaborer s'ils sont déliés peuvent encore tenter de rendre vraisemblable que « l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité ». Voir notamment, pour les professionnels de la santé tenus par le secret médical, Jean-François DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux, *in* : Jusletter du 18 janvier 2010.

⁸⁴⁷ Voir plus loin, p. 226 ss.

Une telle hypothèse n'est pas soulevée expressément par le Code de procédure civile. Selon l'art. 156 CPC⁸⁴⁸, le tribunal peut cependant ordonner « les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers [...] »⁸⁴⁹. L'art. 296 CPC, applicable aux procédures relatives à l'établissement de la filiation, précise sans équivoque, quant à lui, que les examens nécessaires ne doivent pas mettre en danger la santé des parties ou des tiers qui doivent s'y prêter.

Il s'agit concrètement de la mise en œuvre du principe constitutionnel de proportionnalité⁸⁵⁰, qui doit présider à tous les actes étatiques et, partant, également à l'administration des preuves ou à la réalisation d'expertises au cours d'un procès civil. Ce principe exige plus spécifiquement que la mesure envisagée soit apte à produire les résultats escomptés (selon la règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (selon la règle de la nécessité). En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (selon le principe de la proportionnalité au sens étroit, qui implique en conséquence une pesée des intérêts)⁸⁵¹.

4.4 Conséquence du refus de collaborer

Lorsque le refus est injustifié, les conséquences sont différentes selon que le refus émane d'une partie ou qu'il est exprimé par un témoin ou un tiers.

⁸⁴⁸ Isabelle CHABLOZ, Corinne COPT, Commentaire *ad* art. 156 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 753 s. ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 156 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 731 ss ; François BOHNET, Lorenz DROESE, ZPO Zivilprozessordnung, Berne 2018, p. 357 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 156 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 860 ss ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 156 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1164 ss.

⁸⁴⁹ La disposition, *in fine*, mentionne expressément les secrets d'affaires parmi les intérêts qui devraient être protégés.

⁸⁵⁰ Voir précédemment, p. 140 s.

⁸⁵¹ ATF 142 I 76 cons. 3.5.1 p. 84 ; 140 I 218 cons. 6.7.1 p. 235 s.

Pour une partie, l'« obligation » de collaborer de l'art. 160 CPC n'en est pas vraiment une. On se trouve plutôt en présence d'une incombance : le juge ne dispose pas des moyens légaux qui lui permettraient de contraindre la partie récalcitrante à adopter le comportement attendu d'elle, ni même de la sanctionner en raison de son refus.

En revanche, cette partie s'expose à un désavantage dans la procédure si elle ne se conforme pas à son devoir légal de collaboration. Une partie qui refuserait de collaborer risque, en effet, de voir « le tribunal [tenir compte de son refus] lors de l'appréciation des preuves », selon l'art. 164 CPC⁸⁵².

Cette formulation n'est en réalité pas très heureuse, dans la mesure où elle ne mentionne pas toutes les éventualités dans ces circonstances : un refus de collaborer d'une partie peut avoir d'autres prolongements qu'une appréciation défavorable des preuves, ainsi l'irrecevabilité de la demande, ou encore la désignation d'un représentant légal ou d'un mandataire pour les besoins de la procédure.

Les témoins ou les tiers s'exposent quant à eux, en exécution de l'art. 167 CPC, à une amende de mille francs au plus (lettre a) ; à la menace des sanctions prévues à l'art. 292 CPS⁸⁵³ (lettre b), voire à la mise en œuvre de la force publique (lettre c). Le tribunal peut en outre mettre les frais occasionnés par le refus de collaborer à la charge du témoin ou du tiers (lettre d). Toutes ces mesures peuvent être cumulées⁸⁵⁴.

⁸⁵² Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 164 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 796 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 164 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 768 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 164 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 970 ss ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 164 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1245 ss.

⁸⁵³ Soit une autre amende, fixée cette fois sans la limite de 1000 francs, selon les modalités prévues par l'art. 34 CPS.

⁸⁵⁴ Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 167 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 806 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 167 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 785 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 167 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 992 ss ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 156 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1279 ss.

Les sections qui suivent examinent plus en détail la mise en œuvre de ces principes lorsque sont ordonnées des expertises de nature médicale, qu'elles concernent une partie ou un participant une procédure civile.

5. Expertises médicales concernant une partie

5.1 Expertise portant sur la capacité d'être partie ?

5.1.1 Conditions de réalisation

La capacité d'être partie, prévue à l'art. 66 CPC, peut être définie comme « la faculté pour une personne de figurer comme partie dans un procès »⁸⁵⁵.

Elle est subordonnée soit à la jouissance des droits civils (art. 11 CC), soit à la qualité de partie en vertu du droit fédéral⁸⁵⁶. La personnalité des personnes physiques, « et par là même la jouissance des droits civils qu'elle confère »⁸⁵⁷, commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant et prend fin avec la mort, selon l'art. 31 al. 1^{er} CC⁸⁵⁸.

De manière générale, on ne voit pas vraiment quel type de situation pourrait justifier qu'une expertise de nature médicale soit ordonnée et réalisée afin de déterminer si une partie est vivante ou décédée. Certes, la détermination de la vie - ou plutôt celle de la naissance d'un enfant en vie - et, en tout cas, la détermination de la mort⁸⁵⁹ résultent d'une évaluation médicale, mais l'une et l'autre peuvent aussi être établies juridiquement

⁸⁵⁵ Fabienne HOHL, no 685, p. 126.

⁸⁵⁶ Marie-Chantal MAY CANELLAS, Commentaire *ad* art. 66 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 319 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 66 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 243 ss ; Christina TENCHIO, Kommentar *ad* Art. 66 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 406 ss.

⁸⁵⁷ Philippe MEIER, Estelle de LUZE, p. 42.

⁸⁵⁸ Heinz HAUSHERR, Regina AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des ZGB, p. 14 ss ; Olivier GUILLOD, Droit des personnes, p. 29 ss ; Dominique MANAI, Commentaire *ad* art. 31 CC, *in* ; Commentaire romand CC I, p. 333 ss.

⁸⁵⁹ Selon l'art. 35 al. 5 de l'Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2). Dans le contexte particulier de la transplantation d'organes, le Conseil fédéral a choisi de faire référence aux Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) pour la définition et le diagnostic de la mort dans les transplantations, selon l'art. 7 de l'Ordonnance du 16 mars 2007 sur la transplantation (RS 810.211)

sans expertise, grâce aux registres de l'état civil⁸⁶⁰ et aux normes qui prévoient l'obligation de déclarer les naissances et les décès⁸⁶¹. L'art. 33 al. 1^{er} CC le prévoit d'ailleurs expressément : « les actes de l'état civil font preuve de la naissance et de la mort »⁸⁶². Les tribunaux⁸⁶³ peuvent obtenir communication (« divulgation ») des données personnelles enregistrées « dans la mesure où cela est indispensable à l'accomplissement de leurs tâches légales », selon l'art. 58 OEC.

La situation particulière du *nasciturus*, c'est-à-dire de l'enfant à naître⁸⁶⁴ - qui peut hériter, selon l'art. 544 CC - est réglée à la fois par l'art. 544 al. 1^{er} CC et par l'art. 31 al. 2 CC : il jouit des droits civils et par conséquent il peut être partie à une procédure, à condition toutefois qu'il naisse vivant⁸⁶⁵. Ce point de fait, à nouveau, peut être établi en consultant le registre de l'état civil.

Quant à un mort, il n'a pas la capacité d'être partie⁸⁶⁶ ; si une partie décède en cours de procédure, le registre de l'état civil l'établit. Ses éventuels droits ou obligations passent à ses héritiers dès son décès, selon l'art. 537 al. 1^{er} CC ; ils sont en particulier « saisis des créances et des actions », selon l'art. 560 al. 2 CC⁸⁶⁷.

⁸⁶⁰ Plus spécifiquement le registre des naissances et le registre des décès prévus par l'art. 6a de l'Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2). Ce registre est désormais électronique (« Infostar »), selon l'al. 2 de cette disposition.

⁸⁶¹ Pour une naissance, conformément à l'art 34 OEC ; pour un décès, conformément à l'art 34a OEC.

⁸⁶² Markus GUGGENBÜHL, Kommentar *ad* Art. 33 ZGB, in Basler Kommentar ZGB I, p. 393 ss; Dominique MANAI, Commentaire *ad* art. 33 CC, in: Commentaire romand CC I, p. 342 ss.

⁸⁶³ Mais aussi les autorités administratives suisses.

⁸⁶⁴ Voir Fabienne HOHL no 688, p. 126 pour le statut de l'enfant à naître dans la procédure civile. Voir aussi Valérie SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryon in vitro : émergence d'un nouvel objet de droit*, Genève, Zurich, Bâle 2021 ; Maryam KOHLER-VAUDAUX, *Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître*, Genève, Zurich, Bâle 2006.

⁸⁶⁵ L'enfant mort-né ne succède pas, selon l'art. 544 al. 2 CC ; voir Heinz HAUSHERR, Regina AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des ZGB*, p. 20 ; Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 31 s. ; Dominique MANAI, Commentaire *ad* art. 31 CC, in ; Commentaire romand CC I, p. 333 ss.

⁸⁶⁶ ATF 129 I 302, JT 2005 I 214 ; Fabienne HOHL, p. 126.

⁸⁶⁷ Voir Yvo SCHWANDER, Kommentar *ad* Art. 560 ZGB, in: Basler Kommentar ZGB II, p. 569 ss; Suzette SANDOZ, Commentaire *ad* art. 560 CC, in Commentaire romand CC II, p. 715 ss.

5.1.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Selon l'art. 164 CPC⁸⁶⁸, « [s]i une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves ».

Dans le contexte de la capacité d'être partie, cette hypothèse apparaît essentiellement théorique : la jouissance des droits civils, pour une personne physique, pouvant être établie par consultation d'un registre officiel, toute expertise sur ce point apparaît inutile. Par conséquent, la question d'un éventuel refus de collaborer et de sa conséquence est sans objet.

5.2 Expertise portant sur la capacité d'ester en justice

La capacité d'ester en justice correspond à « la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner soi-même un mandataire qualifié pour le faire »⁸⁶⁹.

Pour une personne physique, la capacité d'ester en justice est en principe subordonnée à l'exercice des droits civils (art. 67 al. 1^{er} CPC et 67 al. 2 CPS *a contrario*⁸⁷⁰). Il faut, en d'autres termes, qu'elle soit majeure, qu'elle ne fasse pas l'objet d'une mesure de curatelle de portée générale⁸⁷¹ et, enfin, qu'elle détienne la capacité de discernement, c'est-à-dire la faculté

⁸⁶⁸ Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 164 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 796 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 164 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 768 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 164 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 970 ss ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 164 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1245 ss.

⁸⁶⁹ Voir Fabienne HOHL no 702, p. 128.

⁸⁷⁰ Marie-Chantal MAY CANELLAS, Commentaire *ad* art. 67 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 325 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 67 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 246 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 67 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 300 ss.

⁸⁷¹ Ou d'une curatelle de représentation qui limiterait l'exercice de ses droits civils dans ce domaine, selon l'art. 394 al. 2 CC.

d'agir raisonnablement, telle qu'elle est prévue par l'art. 16 CC. Ces trois conditions sont cumulatives.

Les actions en protection de la personnalité ou les actions en réparation du tort moral, notamment, peuvent cependant être exercées par des personnes qui ne sont pas majeures, pour autant qu'elles soient capables de discernement (art. 67 al. 3 CPC)⁸⁷².

5.2.1 Conditions de réalisation

La majorité et l'absence de curatelle de portée générale peuvent être établies en consultant des registres ou des documents officiels.

La capacité de discernement d'une partie, elle, doit être présumée, selon la jurisprudence bien établie relative à l'art. 16 CC⁸⁷³. Cependant, un doute sérieux peut naître à propos de son absence, passagère ou durable, dès le début de la procédure ou en cours de procédure. La question fait partie de celles qui doivent être examinées d'office par le tribunal, selon les art. 59 al. 2 lettre c et 60 CPC⁸⁷⁴.

Si une partie n'est que passagèrement incapable de discernement⁸⁷⁵, l'audience est renvoyée à une date ultérieure. Les éventuels frais supplémentaires qui en résultent pourraient être mis à sa charge si l'incapacité lui est imputable, selon l'art. 108 CPC.

Lorsque l'incapacité de discernement apparaît d'emblée comme durable, elle entraîne en principe l'incapacité d'ester en justice, selon l'art. 67 al. 1er CPC interprété *a contrario*. Un signalement à l'autorité de protection de l'adulte en vue d'une mesure de curatelle semble alors

⁸⁷² Une personne dépourvue de l'exercice des droits civils mais capable de discernement peut en outre exercer ses droits « strictement personnels » ou accomplir provisoirement des actes procéduraux nécessaires en cas d'urgence.

⁸⁷³ Voir précédemment, p. 96 ss.

⁸⁷⁴ Voir notamment Isabelle CHABLOZ, Corinne COPT, Commentaire *ad* art. 59 et *ad* art. 60 CPC, *in* : Isabelle Chablot et al., Petit commentaire CPC, p. 270 ss ; François BOHNET, Commentaire *ad* art. 59 CPC et *ad* art. 60 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 179 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 59 CPC et *ad* art. 60 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 222 ss.

⁸⁷⁵ Lorsque, par exemple, elle se présente à l'audience en état d'ivresse manifeste.

s'imposer, au moins lorsque la partie affectée de l'incapacité de discernement durable est la partie défenderesse, afin que ses droits soient préservés dans la procédure (art. 67 al. 2 CPC) ; prononcer l'irrecevabilité de la demande dans ce cas-là, malgré la lettre de l'art. 59 al. 1^{er} CPC, n'aurait guère de sens. Au contraire, si c'est le demandeur qui est d'emblée incapable de discernement, « [l]e tribunal n'entre [pas] en matière » selon l'art. 59 al. 1^{er} CPC⁸⁷⁶ et la demande est, en effet, déclarée irrecevable, la capacité d'ester en justice faisant défaut. La demande pourrait cependant être réintroduite ultérieurement par le représentant légal de la partie demanderesse, si ce représentant l'estimait opportun.

Au cas où l'incapacité de discernement durable survient en cours de procédure, la question de la poursuite ou de l'arrêt de la procédure doit être examinée. En matière de divorce, le Tribunal fédéral a considéré que, lorsque l'incapacité de discernement ne survient qu'après le dépôt de la demande en divorce, la procédure doit être poursuivie tant qu'il n'y a pas d'indices d'une sérieuse modification de la volonté de divorcer. En revanche, il n'a pas tranché si le représentant légal pouvait retirer la demande dans un tel cas⁸⁷⁷.

5.2.2 *Obligation de collaborer*

Un doute sérieux quant à l'absence éventuelle de la capacité de discernement d'une partie doit amener le juge à ordonner une expertise psychiatrique, d'office, afin de l'établir ou de l'écarter, sauf cas exceptionnel⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ Voir notamment Isabelle CHABLOZ, Corinne COPT, Commentaire *ad* art. 59 CPC, *in* : Isabelle Chablotz et al., Petit commentaire CPC, p. 270 ss ; François BOHNET, Commentaire *ad* art. 59 CPC CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 179 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 59 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 222 ss ; Myriam GEHRI, Kommentar *ad* Art. 59 ZPO, *in* : Basler Kommenta ZPO, p. 371 ss.

⁸⁷⁷ ATF 116 II 385.

⁸⁷⁸ ATF 118 Ia 236, cons. 2b ; 98 Ia 324, JT 1974 I 506.

L'art. 160 al. 1^{er} lettre c CPC⁸⁷⁹ prévoit expressément que les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves dans le cadre de la procédure. On l'a dit, bien que cette disposition se trouve dans le Titre 10 consacré à la preuve, c'est-à-dire à l'élucidation des « faits pertinents et contestés » selon l'art. 150 al. 1^{er} CPC, on peut penser qu'elle a valeur générale et qu'elle s'applique aussi aux mesures d'instruction nécessaires pour évaluer la capacité de discernement d'une partie, qui sont « pertinentes » dans la mesure où elles sont « de nature à influencer sur l'issue du litige »⁸⁸⁰.

Dans cette hypothèse, comme dans toutes les autres hypothèses traitées dans les divers chapitres de ce texte où elle apparaît, l'obligation de collaborer à une expertise de nature psychiatrique peut cependant rester parfois purement théorique : une personne qui s'y opposerait peut certes être conduite par la contrainte devant l'expert psychiatre chargé de l'expertise, mais l'expertise proprement dite ne peut pas être accomplie si la personne refuse catégoriquement de collaborer et de dialoguer avec l'expert⁸⁸¹.

Au demeurant, l'usage de la force n'est pas prévu par le Code de procédure civile pour contraindre une partie à la procédure à se plier à un acte de procédure, notamment une mesure d'instruction qui la concernerait directement.

⁸⁷⁹ Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 779 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 749 ss ; Ernst SCHMID, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 930 ss.

⁸⁸⁰ Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 150 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 712.

⁸⁸¹ En conversation avec le Dr Gérard Niveau, Responsable de l'Unité de Psychiatrie Légale, CURML – site de Genève.

5.2.3 Conséquence du refus de collaborer

Selon l'art. 164 CPC⁸⁸², « [s]i une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves ».

Bien qu'il ne s'agisse pas, ici, à proprement parler de l'appréciation de preuves proposées à l'appui de conclusions, le tribunal va sans doute tenir compte du refus de collaborer et, dès lors, prononcer l'irrecevabilité de la demande, lorsque le refus de collaborer émane de la partie demanderesse.

Si le refus émane de la partie défenderesse, la saisine de l'autorité de protection de l'adulte, en vue de la désignation d'un représentant légal, paraît inévitable ; il importe en effet que ses droits soient préservés dans la procédure, ce qu'elle n'est peut-être pas en mesure de faire elle-même. Au besoin, la procédure peut être suspendue dans l'attente de la décision de l'autorité de protection, selon l'art. 126 CPC.

Alternativement, et dans un souci de mettre en place une solution moins restrictive des droits de la partie concernée, le tribunal pourrait désigner un représentant « conventionnel », en exécution de l'art. 69 al. 1 CPC *in fine*. Il considérerait alors que la capacité d'ester en justice est présente mais que la capacité de procéder fait défaut, pour des raisons de santé psychique. Une telle option peut cependant rapidement atteindre ses limites : le mandataire commis d'office doit en effet suivre les instructions reçues de son client dans la conduite de la procédure. Si ces instructions émanent d'une partie dont la capacité de discernement est douteuse, elles ne correspondent peut-être pas à ses intérêts bien compris, et placent le mandataire dans une situation délicate.

⁸⁸² Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 164 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 796 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 164 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 768 ss ; Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 164 CPC, *in* : Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 970 ss ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 164 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1245 ss.

5.3 Expertise portant sur la capacité de procéder ?

5.3.1 Conditions de réalisation

La capacité de procéder – que certains auteurs désignent comme la capacité de postuler⁸⁸³ ou la capacité de revendiquer⁸⁸⁴ - est définie négativement pas le Code de procédure civile. L'incapacité de procéder, selon l'art. 69 CPC⁸⁸⁵, existe lorsqu'« [u]ne partie est manifestement incapable de procéder elle-même [...] », en d'autres termes lorsqu'elle ne détient pas « l'aptitude à défendre de manière autonome ses droits devant le tribunal, à présenter des conclusions et à prendre position par écrit ou oralement »⁸⁸⁶. L'incapacité de procéder est distincte de l'incapacité de discernement même si, selon le Tribunal fédéral, des recoupements sont « envisageables »⁸⁸⁷.

Une telle situation peut par exemple survenir si une partie « se trouve durablement empêchée d'agir personnellement pour raison de santé »⁸⁸⁸. La lettre de la disposition exige cependant une incapacité manifeste, de sorte que cette norme devrait être interprétée restrictivement⁸⁸⁹. Selon la jurisprudence, une incapacité de procéder n'est ainsi reconnue que tout à fait exceptionnellement, soit en particulier lorsque le justiciable se trouve dans

⁸⁸³ François BOHNET, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 195 s. ; François BOHNET, Les parties et leur capacité (d'être partie, d'ester et de postuler) en procédure civile suisse : clarifications terminologiques et dogmatiques, *in* : RSPC 2018, p. 69 ss, notamment 77 ss.

⁸⁸⁴ Marie-Chantal MAY CANELLAS, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 340.

⁸⁸⁵ L'art. 41 LTF reprend la même formulation pour les procédures devant le Tribunal fédéral ; voir notamment Laurent MERZ, Kommentar *ad* Art. 41 BGG, *in* : Basler Kommentar BGG, p. 494 ss ; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, p. 289 ss.

⁸⁸⁶ Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in* : *in* : Commentaire romand CPC, no 3, p. 260.

⁸⁸⁷ Arrêt du 30 octobre 2014 dans la cause 2E_2/2013, cons. 5.4.3.

⁸⁸⁸ Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, no 4, p. 260 ; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, p. 291 ss.

⁸⁸⁹ Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, no 5, p. 60. Voir aussi Marie-Chantal MAY CANELLAS, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 340 ss ; Luca TENCHIO, Kommentar *ad* Art. 69 ZPO, *in* : Basler Kommentar ZPO, p. 447 ss.

l'incapacité de suivre la procédure, de comprendre les accusations portées⁸⁹⁰ - ou, ici, les conclusions prises - à son encontre ou de prendre raisonnablement position à cet égard.

La loi ne précise pas dans quelle mesure le tribunal doit, pour trancher cette question, se fonder sur une expertise de nature médicale. Si des indices de limitation ou d'absence d'une telle capacité existent, il appartient en tout cas à l'autorité d'obtenir des éclaircissements à ce sujet. Lorsque le doute résulte d'un état de santé, physique ou psychique, apparemment défaillant, une expertise médicale ou, au moins, un avis médical émanant du médecin traitant, s'il existe, paraissent appropriés⁸⁹¹. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une expertise est en principe nécessaire lorsque l'hypothèse d'une psychose processive entre en considération. Exceptionnellement, soit lorsqu'il n'y a pas de place pour le doute, le tribunal peut, toutefois, s'en dispenser⁸⁹².

5.3.2 *Obligation de collaborer*

Selon la doctrine, la question de la capacité de procéder doit être examinée d'office⁸⁹³, même si elle ne figure pas parmi les conditions de recevabilité qui doivent l'être conformément aux art. 59 et 60 CPC.

⁸⁹⁰ Il s'agit d'une jurisprudence rendue dans le cadre d'une procédure pénale ; cependant les principes retenus par le Tribunal fédéral sont également applicables en matière civile, arrêt du 23 octobre 2015 dans la cause 1B_314/2015, cons. 2.2 et les arrêts cités ; arrêt du 1^{er} septembre 2016 dans la cause 1B_285/2016. Sur ce point, voir Marie-Chantal MAY CANELLAS, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 340 ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 69 CPC, no 2, *in* : Commentaire romand CPC, no 2, p. 60.

⁸⁹¹ L'avis médical du médecin traitant requiert cependant l'accord du patient, selon les modalités usuelles applicables au secret médical et à sa protection.

⁸⁹² ATF 118 Ia 236, cons. 2b p. 237 s.; arrêt du 21 mai 2013 dans la cause 5A_88/2013, cons. 3.3.2.

⁸⁹³ Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, no 6, p. 260 s. ; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, p. 291 ss

L'art. 160 al. 1^{er} lettre c CPC⁸⁹⁴ prévoit expressément que les parties sont tenues de collaborer à l'administration des preuves dans le cadre de la procédure. A nouveau, bien que cette disposition se trouve dans le Titre 10 consacré à la preuve, c'est-à-dire à l'élucidation des « faits pertinents et contestés » selon l'art. 150 al. 1^{er} CPC, on peut penser qu'elle a valeur générale et qu'elle s'applique aussi aux mesures d'instruction nécessaires pour évaluer la capacité de discernement d'une partie.

Dans cette hypothèse, comme dans toutes les autres hypothèses traitées dans les divers chapitres de ce texte où elle apparaît, l'obligation de collaborer à une expertise – lorsqu'elle est de nature psychiatrique - peut cependant rester parfois tout à fait théorique : une personne qui s'y opposerait peut certes être conduite par la force devant un expert psychiatre, mais l'expertise proprement dite ne peut pas être accomplie si la personne refuse catégoriquement de collaborer et de répondre aux questions de l'expert⁸⁹⁵. Quoi qu'il en soit, comme on l'a relevé précédemment, l'usage de la force n'est pas prévu par le Code de procédure civile pour contraindre une partie à la procédure à se plier à un acte de procédure, notamment une mesure d'instruction qui la concernerait directement.

Dans une telle situation, l'utilisation d'un dossier médical constitué à l'occasion d'une autre prise en charge – si l'expert est médecin dans un hôpital qui a déjà accueilli le patient, par exemple –, pour réaliser une expertise au moins partielle, paraît extrêmement problématique dans une réflexion de secret professionnel, à moins que le patient n'y consente ou que le secret soit levé par l'autorité compétente selon les modalités prévues par l'art. 321 CPS⁸⁹⁶. Une autorisation sans consentement ne serait pas, non plus, conforme au principe de finalité tel qu'il est prévu par la législation fédérale sur la protection des données⁸⁹⁷. Des données personnelles ne peuvent en effet être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur

⁸⁹⁴ Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 779 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 749 ss ; Ernst SCHMID, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 930 ss.

⁸⁹⁵ En conversation avec le Dr Gérard Niveau, Responsable de l'Unité de Psychiatrie Légale, CURML – site de Genève.

⁸⁹⁶ Voir notamment Frédéric ERARD, Le secret médical – Etude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021.

⁸⁹⁷ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1).

collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances (art. 4 al. 3 LPD).

5.3.3 *Conséquence du refus de collaborer*

Dans l'hypothèse d'un refus de collaborer, l'application stricte de l'art. 164 CPC paraît excessive. Si la capacité de procéder fait défaut, plutôt que de prononcer l'irrecevabilité de la demande ou de saisir l'autorité de protection de l'adulte en vue de la désignation d'un représentant légal, le tribunal doit, dans un premier temps, inviter la partie concernée à engager un mandataire. « [Si la partie concernée] ne donne pas suite à cette injonction dans le délai imparti », le tribunal en désigne alors un d'office, selon l'art. 69 al. 1 CPC.

Un signalement à l'autorité de protection de l'adulte est éventuellement également envisageable, lorsque les circonstances le justifient, selon l'art. 69 al. 2 CPC. En cas de nécessité, la procédure peut être suspendue jusqu'à ce que l'autorité de protection ait rendu sa décision sur ce point, selon l'art. 126 CPC.

5.4 *Autres expertises, notamment expertises portant sur un examen de la personne*

5.4.1 *Conditions de réalisation*

Il n'est pas possible d'établir la liste précise de toutes les autres expertises de nature médicale qui pourraient être ordonnées par un tribunal à l'occasion d'une procédure civile (art. 183 al. 1^{er} CPC)⁸⁹⁸.

⁸⁹⁸ Voir François VOUILLOZ, Commentaire *ad* art. 183 ss CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 860 ss ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 183 ss CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 825 ss ; Annette DOLGE, Kommentar *ad* Art. 183 ss ZPO, *in* : Basler Kommentar ZPO, p. 1017 ss ; Thomas WEIBEL, Kommentar *ad* Art. 183 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1368 ss.

Dans les faits, elles peuvent porter sur n'importe quel point de fait qui nécessiterait l'éclairage d'un médecin ou d'un soignant⁸⁹⁹, par exemple pour établir le lien de causalité éventuel entre les atteintes à la santé d'un enfant et son exposition à un médicament pris par sa mère durant sa grossesse⁹⁰⁰, pour évaluer la capacité de discernement d'un « disposant » lorsqu'il a rédigé ou signé un testament⁹⁰¹, ou encore pour déterminer l'étendue du devoir de diligence d'un soignant dans un procès en responsabilité médicale⁹⁰².

L'examen d'une personne n'est mentionné ici que parce que le Code de procédure civile le mentionne spécifiquement, à l'art. 160 al. 1^{er} lettre c CPC.

5.4.2 *Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer*

Selon l'art. 160 al. 1^{er} lettre c CPC⁹⁰³ déjà mentionné à plusieurs reprises, les parties sont tenues de collaborer à l'administration des preuves dans le cadre de la procédure, notamment en « tolérant un examen de leur personne » par un expert⁹⁰⁴.

La notion d'examen de leur personne ne semble toutefois pas pouvoir être interprétée comme un acte qui porterait atteinte à l'intégrité corporelle, même une atteinte légère ; l'examen correspond en effet, au moins selon les textes allemand et italien de la disposition, à un examen « oculaire » (« *Augenschein* » et « *ispezione oculare* », respectivement), en d'autres termes, à un examen visuel de la personne.

⁸⁹⁹ Voir notamment Olivier Guillod, Rachel Christinat (éd.), *L'expertise médicale* : 26^e journée de droit de la santé, Berne 2021.

⁹⁰⁰ Arrêt du 8 décembre 2020 dans la cause 4A_132/2020.

⁹⁰¹ Arrêt du 17 mars 2015 dans la cause 5A_859/2014 (testament olographe) ou arrêt du 13 septembre 2012 dans la cause 5A_384/2012 (testament authentique).

⁹⁰² Arrêt du 8 octobre 2014 dans la cause 4A_267/2014.

⁹⁰³ Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 779 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : *Commentaire romand CPC*, p. 749 ss ; Ernst SCHMID, *Kommentar ad Art. 160 ZPO*, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 930 ss

⁹⁰⁴ La disposition prévoit aussi qu'une partie ou un tiers doit tolérer l'inspection d'un bien par un expert (art. 160 al. 1^{er} lettre c CPC *in fine*).

Un refus de collaborer à un examen peut être interprété comme une volonté de compromettre l'issue de la procédure, en empêchant l'établissement des faits pertinents. Il s'agit de la situation « classique » pour laquelle l'art. 164 CPC a été conçu et adopté par le législateur : « [lorsqu'] une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves ».

6. Expertises médicales concernant un témoin ou un tiers

Un témoin est une personne qui n'a pas la qualité de partie et qui peut comparaître afin d'apporter des éclaircissements sur des faits dont elle a eu une perception directe (art. 169 CPC)⁹⁰⁵. Le tiers n'est quant à lui pas directement concerné par la procédure en cours et il n'a pas eu connaissance de faits pertinents ; il peut toutefois être associé à la procédure en raison de liens qui peuvent exister avec l'une ou l'autre des parties en cause ou avec certains des faits de la cause. Sont des tiers, selon la doctrine, « les témoins, les experts, les services officiels ou encore les personnes dont la comparution à titre de témoin ne semble pas nécessaire »⁹⁰⁶.

Le statut de témoin et celui d'un tiers ne font cependant pas l'objet de distinction particulière dans le Code de procédure civile lorsqu'est abordée la question d'une éventuelle obligation de collaborer qui leur serait imposée. Elle est soumise aux mêmes conditions pour l'un et l'autre, conformément à l'art. 160 CPC, qui ne mentionne en fait que les tiers, dont la définition englobe en effet les témoins ; les conséquences d'un refus injustifié de collaborer sont également identiques pour l'un et l'autre, en exécution de l'art. 167 CPC⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ Voir François VOUILLOZ, Commentaire *ad* art. 169 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 815 ss ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 169 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 792 ss ; Peter GUYAN, Kommentar *ad* Art. 169 ZPO, *in* : Basler Kommentar ZPO, p. 978 ss ; Thomas WEIBEL, Claudia WALZ, Kommentar *ad* Art. 169 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1294 ss.

⁹⁰⁶ Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, no 4, p. 780 ; voir aussi Guillaume JEQUIER, Tiers et procédure civile suisse, *in* : Alain Thévenaz (éd.), Les tiers, Berne 2018, p. 27 ss.

⁹⁰⁷ Dans cette section 6, il ne sera en principe plus question désormais que d'un témoin, par simplification.

6.1 Expertise portant sur la capacité de discernement

Le tribunal doit vérifier d'office si le témoin détient l'aptitude à témoigner⁹⁰⁸, ce qui implique plus particulièrement qu'il évalue sa capacité de discernement⁹⁰⁹.

Si elle fait entièrement défaut, il est douteux que le témoin puisse être entendu, même à titre de personne appelée à donner des renseignements⁹¹⁰; tel serait le cas lorsqu'il apparaît que le témoin n'est pas en mesure de saisir le sens des questions qui lui sont posées⁹¹¹. Une personne affectée d'une maladie psychique ne doit cependant pas être exclue *a priori*, si sa maladie ne compromet pas ses facultés de perception⁹¹²: seul le critère de la capacité de discernement est déterminant.

Lorsqu'un témoin paraît être affecté d'une incapacité passagère de discernement au moment où il doit faire une déposition, il doit être convoqué une nouvelle fois à une date ultérieure. Les éventuels frais supplémentaires qui résulteraient de la convocation d'une nouvelle audience peuvent être mis à sa charge lorsque l'incapacité peut lui être imputée (art. 108 CPC).

Si l'incapacité apparaît comme durable, elle entraîne l'inaptitude à témoigner. La partie qui a cité le témoin échoue donc dans l'administration de la preuve; elle peut toutefois tenter d'apporter la preuve dont elle a besoin grâce à un autre témoin, ou par un autre moyen de preuve.

⁹⁰⁸ Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, no 3, p. 793.

⁹⁰⁹ Fabienne HOHL, p. 281.

⁹¹⁰ *Contra* quoique nuancé, Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 69 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, no 3, p. 793. Le CPC ne connaît pas la notion de personne appelée à donner des renseignements, contrairement au Code de procédure pénale (art. 178 CPP).

⁹¹¹ Roger GRONER, Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Berne 2011, p. 227.

⁹¹² Roger GRONER, Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Berne 2011, *ibidem*.

En cas de doute sur la capacité de discernement du témoin, le tribunal va faire usage du pouvoir de libre appréciation des preuves que lui confère l'art. 157 CPC⁹¹³. Une partie ou le juge dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire pourraient-ils cependant requérir, respectivement ordonner une expertise psychiatrique destinée à évaluer la capacité de discernement d'un témoin ? On peut l'envisager, si le témoignage est pertinent, plus encore s'il apparaît déterminant, en raison du droit à la preuve de l'art. 152 CPC⁹¹⁴ ; le Tribunal fédéral l'a retenu à propos d'un témoin toxicomane, qui, lors de sa déposition, se trouvait en outre sous l'influence de forts médicaments et en état de manque⁹¹⁵.

6.2 Expertise portant sur la crédibilité

Le tribunal doit en outre s'enquérir de la crédibilité d'une déposition et des circonstances qui pourraient l'affecter, selon l'art. 172 lettre b CPC *in fine*⁹¹⁶.

Contrairement à la procédure pénale, où elle se pose de manière plus fréquente⁹¹⁷, la question d'une éventuelle expertise portant sur la crédibilité d'un témoin dans le cadre d'une procédure civile n'est guère abordée dans la littérature juridique. Le doute peut par exemple survenir à propos des facultés psychiques du témoin si, bien que capable de discernement, il

⁹¹³ Isabelle CHABLOZ, Corinne COPT, Commentaire *ad* art. 157 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 756 ss ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 157 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 735 ss ; Peter GUYAN, Kommentar *ad* Art. 157 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 913 ss ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 157 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1171 ss.

⁹¹⁴ Isabelle CHABLOZ, Corinne COPT, Commentaire *ad* art. 152 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 738 ss ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 152 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 716 ss ; Peter GUYAN, Kommentar *ad* Art. 152 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 886 ss ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 152 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1133 ss.

⁹¹⁵ ATF 118 Ia 28, 31 ; JT 1994 IV 153, 155.

⁹¹⁶ Voir notamment François VOUILLOZ, Commentaire *ad* art. 172 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 826 ss ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 172 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 802 ss ; Peter GUYAN, Kommentar *ad* Art. 172 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 986 ss ; Thomas WEIBEL, Claudia WALZ, Kommentar *ad* Art. 172 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1313 ss.

⁹¹⁷ Voir plus loin, p. 358 ss.

paraît affecté par une psychose de nature à compromettre la fiabilité de sa déposition. Un doute pourrait aussi survenir à propos d'un témoin qui prétendrait avoir vu, entendu ou perçu des faits ou des événements, alors que ses facultés visuelles, auditives ou autres, paraissent durablement altérées⁹¹⁸.

Lorsqu'elle se penche sur ce point, la doctrine retient qu'en cas de doute sur la crédibilité, il appartient avant tout au juge, en application de son pouvoir de libre appréciation découlant de l'art. 157 CPC, d'évaluer non seulement la déposition, mais aussi la crédibilité du témoin⁹¹⁹.

Quelques auteurs sont toutefois d'avis qu'une expertise de crédibilité peut être exceptionnellement appropriée et que le juge civil peut mettre en œuvre un expert lorsqu'il considère qu'il n'est pas en mesure de résoudre lui-même la question. Il devrait avoir recours à une expertise lorsque l'appréciation de la crédibilité du témoin nécessite des connaissances psychiatriques ou psychologiques⁹²⁰.

6.3 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Les témoins ou les tiers qui refuseraient de collaborer s'exposent, en exécution de l'art. 167 CPC⁹²¹, aux sanctions que cette disposition prévoit, soit une amende de mille francs au plus (lettre a) ; la menace des sanctions prévues à l'art. 292 CPS⁹²² (lettre b), voire la mise en œuvre de la force publique (lettre c). Le tribunal peut en outre mettre les frais occasionnés par

⁹¹⁸ Fabienne HOHL, p. 281, retient en effet « qu'il faut [que la personne appelée à témoigner] jouisse des sens nécessaires à la perception des faits sur lesquels elle est appelée à témoigner ».

⁹¹⁹ Franz HASENBÖHLER, *Das Beweisrecht der ZPO*, Band II, p. 76;

⁹²⁰ Thomas WEIBEL, Claudia WALZ, *Kommentar ad Art. 172 ZPO*, in: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), *Kommentar ZPO*, p. 1317 ; Roger GRONER, *Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*, Berne 2011, p. 252.

⁹²¹ Voir notamment Arnaud NUSSBAUMER, *Commentaire ad art. 167 CPC*, in : Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 806 ss ; Nicolas JEANDIN, *Commentaire ad art. 167 CPC*, in : *Commentaire romand CPC*, p. 785 ss ; Ernst SCHMID, *Kommentar ad Art. 167 ZPO*, in: Basler *Kommentar ZPO*, p. 967 ss ; Franz HASENBÖHLER, *Kommentar ad Art. 167 ZPO*, in: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), *Kommentar ZPO*, p. 1279 ss.

⁹²² Soit une autre amende, fixée cette fois sans la limite de 1000 francs, selon les modalités prévues par l'art. 34 CPS.

le refus de collaboration à la charge du témoin ou du tiers (lettre d). Toutes les mesures de l'art. 167 CPC peuvent être cumulées⁹²³. Les témoins et les tiers détiennent, toutefois, une voie de droit contre la décision du tribunal et peuvent interjeter recours devant la juridiction compétente (art. 167 al. 3 CPC).

Dans cette hypothèse, comme dans toutes les autres hypothèses traitées dans les divers chapitres de ce texte où elle apparaît, l'obligation de collaborer à une expertise de nature psychiatrique imposée par la force publique peut cependant rester théorique : une personne qui s'y opposerait peut certes être conduite par la force devant un expert psychiatre, mais l'expertise proprement dite ne peut pas être accomplie si la personne refuse catégoriquement de collaborer et de répondre aux questions de l'expert⁹²⁴.

7. Voies de droit

L'art. 167 al. 3 CPC offre à un tiers – on l'a dit, la notion englobe un témoin – visé par une des mesures énoncées à l'al. 1^{er} la possibilité d'interjeter recours contre la décision du tribunal, conformément aux art. 319 ss CPC et, plus spécifiquement encore, selon l'art. 319 lettre b chiffre 1 CPC⁹²⁵. La voie d'un recours au Tribunal fédéral est ensuite ouverte, conformément aux art. 72 ss LTF⁹²⁶, l'affaire, non pécuniaire, n'étant pas limitée par les seuils de valeur litigieuse de l'art. 74 LTF.

Les mesures de l'art. 167 CPC ne sont en revanche pas applicables à une partie à la procédure. Pour elle, un refus de collaborer à l'administration de preuves va trouver sa traduction procédurale dans la décision sur le fond : « [lorsqu'] une partie refuse de collaborer sans motif

⁹²³ Voir Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 167 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, no 2, p. 786.

⁹²⁴ En conversation avec le Dr Gérard Niveau, Responsable de l'Unité de Psychiatrie Légale, au Centre Universitaire Romand de Médecine Légale (CURML).

⁹²⁵ Voir notamment Françoise BASTONS BULLETTI, Commentaire *ad* art. 319 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al. (éd.), Petit commentaire CPC, p. 1423 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 319 CPC, *in* Commentaire romand CPC, p. 1541 ss ; Karl SPÜHLER, Kommentar *ad* Art. 319 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 1925 ss.

⁹²⁶ Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, p. 616 ss ; Kathrin KLETT, Elisabeth ESCHER, Kommentar *ad* Art. 72 BGG, *in* : Basler Kommentar BGG, p. 905 ss.

valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves » (art. 164 CPC).

C'est alors dans le cadre d'un appel, selon les art. 308 ss CPC qu'elle pourrait faire valoir ses griefs. Une voie de recours existe ensuite jusqu'au Tribunal fédéral, selon les art. 72 ss LTF, pour autant que les seuils de l'art. 74 LTF soient atteints. Toutefois, si la partie recourante conteste les faits tels qu'ils ont été retenus dans le cadre de la procédure diligentée par la juridiction inférieure, elle va se heurter à l'art. 105 LTF⁹²⁷ : le Tribunal fédéral statue en principe sur la base des faits établis par l'autorité précédente, même sans la collaboration de la partie recourante. Ce n'est que s'ils l'ont été de façon manifestement inexacte ou en violation du droit qu'ils peuvent être rectifiés ou complétés d'office (art. 105 al. 2 LTF), pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause⁹²⁸.

Pour une partie, ce qui précède est applicable aux expertises médicales qui ne porteraient pas atteinte à son intégrité corporelle. En revanche, toute ordonnance d'instruction qui imposerait une expertise nécessitant une telle atteinte ou qui imposerait une expertise psychiatrique⁹²⁹ pourrait faire d'emblée l'objet d'un recours en exécution de l'art. 319 lettre b chiffre 2 CPC, dans la mesure où elle est de nature à causer un préjudice difficilement réparable⁹³⁰.

Une voie de droit est ensuite encore ouverte devant le Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours en matière civile (art. 72 ss LTF). La décision par laquelle une juridiction cantonale d'appel confirme une décision ordonnant une expertise portant atteinte à l'intégrité corporelle physique ou psychique est une décision incidente en matière civile non

⁹²⁷ Johanna DORMANN, *Kommentar ad Art. 105 BGG*, in : Basler Kommentar BGG, p. 1634 ss; Bernard CORBOZ et al., *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014, p. 1205 ss.

⁹²⁸ Arrêt du 30 septembre 2019 dans la cause 5A_264/2019, cons. 2.2.

⁹²⁹ Arrêt du 29 octobre 2013 dans la cause 5A_655/2013.

⁹³⁰ Voir notamment Françoise BASTONS BULLETTI, *Commentaire ad art. 319 CPC*, in : Isabelle Chabloz et al. (éd.), *Petit commentaire CPC*, p. 1425 ss ; Nicolas JEANDIN, *Commentaire ad art. 319 CPC*, in *Commentaire romand CPC*, p. 1547 s. ; Karl SPÜHLER, *Kommentar ad Art. 319 ZPO*, in *Basler Kommentar ZPO*, p. 1927 ss.

pécuniaire, portant atteinte à l'intégrité corporelle et, partant, de nature à causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1^{er} lettre a LTF)⁹³¹.

8. Synthèse

Les expertises sont les seules mesures d'instruction civile qui peuvent correspondre à un acte médical⁹³².

La capacité d'être partie à une procédure civile ne nécessite pas d'expertise médicale : une éventuelle incertitude à ce propos peut être levée par la consultation des registres officiels de l'état civil. Une expertise qui aurait pour but d'élucider la capacité d'ester en justice ou la capacité de procéder d'une partie pourrait certes être imposée, mais ne pourrait pas être exécutée par la contrainte : l'art. 164 CPC ne prévoit pas une telle mesure lorsqu'une partie refuse de manière injustifiée de collaborer.

L'art. 164 CPC est également applicable aux autres expertises médicales visant une partie, qu'un tribunal pourrait ordonner à l'occasion d'une procédure civile : à nouveau, elles pourraient certes être imposées, mais ne pourraient pas être exécutées par la contrainte physique en cas de refus de collaborer.

En revanche, dans tous les cas qui précèdent, le tribunal va tenir compte du refus de collaborer lors de l'appréciation des preuves, selon l'art. 164 CPC. La pesée des intérêts à laquelle le législateur a procédé en édictant cette incombance tient compte de façon équitable des nécessités d'une administration efficace de la justice civile d'une part, de la liberté individuelle des parties d'autre part.

Quant aux témoins ou aux tiers, ils s'exposent à des sanctions pécuniaires puis, en théorie, à l'utilisation de la contrainte, sans doute à titre d'*ultima ratio*, s'ils refusent de collaborer à une expertise visant à

⁹³¹ Arrêt du 5 août 2016 dans la cause 5A_492/2016, cons. 1 ; arrêt du 16 mars 2015 dans la cause 5A_745/2014, cons. 1.2.3.

⁹³² On rappelle que celles qui ont trait aux affaires de famille sont examinées dans le chapitre suivant.

déterminer leur capacité de discernement ou leur crédibilité, conformément à l'art. 167 al. 1^{er} lettres a, b et c CPC.

Il faut cependant rappeler que si l'expertise est de nature psychique ou psychiatrique, comme le serait une expertise relative à la capacité de discernement ou à la crédibilité, elle ne peut être exécutée que si la personne concernée accepte de collaborer. L'option de la contrainte paraît dès lors essentiellement théorique dans une telle hypothèse.

* * * * *

CHAPITRE VII :

Les mesures dans le cadre des affaires de famille

1. Le contexte

S'ils doivent statuer sur l'existence d'un lien de filiation, les tribunaux sont souvent amenés à ordonner des actes de nature médicale, plus spécifiquement des prélèvements de matériel génétique et des analyses génétiques.

Les tribunaux peuvent aussi ordonner des actes de nature médicale lorsqu'ils imposent des mesures destinées à protéger un enfant dont le développement serait menacé – des « mesures protectrices » -, ou lorsqu'ils statuent sur l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants en fixant des conditions particulières, qui peuvent, elles aussi, prendre la forme d'actes de nature médicale.

Pour les affaires de famille, le Code civil prévoit une obligation de collaborer à l'établissement des faits (art. 314e al. 1^{er} CC et 448 al. 1^{er} CC) ; en cas de nécessité, l'autorité de protection de l'enfant peut ordonner que l'obligation de collaborer soit accomplie sous la contrainte (art. 314e al. 1^{er} CC *in fine*). Lorsqu'une décision est prise, son exécution peut avoir lieu en application des art. 335 ss CPC, en particulier de l'art. 343 al. 3 CPC. Si l'affaire concerne l'établissement de la filiation, le droit fédéral prévoit à l'art. 296 al. 2 CPC une obligation de collaborer aux examens nécessaires à charge des parties et des tiers.

2. Bref historique

2.1 Etablissement de la filiation

Les dispositions originales du Code civil consacrées au droit de la famille en général et au droit « des parents » en particulier ont connu une première modification assez substantielle en 1976⁹³³. Le Code civil contenait jusqu'alors des dispositions relatives à la « filiation légitime » (art. 252 ss CC) et d'autres touchant à la « filiation illégitime » (art. 302 ss CC), que le Conseil fédéral jugeait certes « progressistes » lors de leur adoption initiale, mais qui ne pouvaient être maintenues parce qu'elles « uni[ssaient] ce qui [était] différent et sépar[aient] ce qui [devait] être uni »⁹³⁴. Le législateur fédéral a par conséquent notablement remanié ce régime légal, en abandonnant cette distinction, afin d'« améliorer la situation juridique de l'enfant illégitime et de sa mère »⁹³⁵. Les dispositions relatives à l'établissement de la filiation ne mentionne désormais plus que la « mère » et le « père » (art. 252 CC), sans référence à l'existence d'un éventuel lien matrimonial, en conservant toutefois à l'art. 255 CC la présomption en faveur du mari lorsque l'enfant naît pendant le mariage⁹³⁶, présomption déjà prévue par l'art 252 aCC.

Quant aux normes de procédure relatives à l'établissement de la filiation, elles découlaient, jusqu'en janvier 2011, faute de droit fédéral, du droit cantonal. Toutefois, le Code civil, à son art. 254 aCC⁹³⁷, soumettait de telles procédures à la maxime inquisitoire et prévoyait une obligation de collaborer pour les parties et les tiers, afin d'éviter que le droit matériel ne soit mis en œuvre de manière différente dans les cantons, avec des risques assez évidents d'inégalité de traitement.

⁹³³ Message du 5 juin 1974 concernant la modification du code civil suisse, FF 1974 II 1 ss. Le nouveau droit de la filiation est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1978.

⁹³⁴ *Ibidem*, 21.

⁹³⁵ *Ibidem*, 1. Le Conseil fédéral continue à utiliser dans son Message l'adjectif qu'il propose de bannir du Code civil.

⁹³⁶ Ou dans les trois cents jours qui suivent le décès du mari, ou même après les trois jours s'il est prouvé que l'enfant a été conçu avant le décès (art. 255 al. 2 CC). Le mari déclaré absent est également réputé être le père de l'enfant né dans les trois cents jours qui suivent le danger de mort ou les dernières nouvelles (art. 255 al. 3 CC).

⁹³⁷ A l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse, l'art. 254 aCC a été abrogé, remplacé par l'art. 296 CPC.

L'obligation de collaborer aux actes médicaux nécessaires et prévue par les droits cantonaux n'avait ainsi pas de réelle portée propre ; elle était présente par exemple dans les codes de procédures neuchâtelois⁹³⁸, jurassien⁹³⁹, bernois⁹⁴⁰ ou valaisan⁹⁴¹. Les parties et les témoins devaient se soumettre à l'expertise « [...] à moins qu'ils ne soient en mesure d'établir que cet examen pourrait nuire à leur santé ».

En cas de refus injustifié, le juge pouvait « user de contrainte et en particulier ordonner que l'intéressé soit amené pour subir l'examen »⁹⁴². Le code valaisan était encore plus explicite : « [e]n cas de refus sans motif légal, le juge [pouvait] recourir à la force et notamment faire amener la personne récalcitrante aux fins de la soumettre à l'expertise »⁹⁴³.

2.2 Protection de l'enfant

A l'occasion de la révision de 1976, le législateur a voulu en outre ancrer dans la loi la possibilité d'apporter des restrictions au droit de visite (art. 274 al. 2 CC), c'est-à-dire au droit d'entretenir des relations personnelles accordé au parent qui n'a pas la garde d'un enfant, dans la mesure où « la jurisprudence hésit[ait] à reconnaître de telles limites »⁹⁴⁴. La disposition adoptée en 1976, toujours en vigueur, permet de fixer des conditions particulières notamment si le développement de l'enfant est compromis par ces relations personnelles.

⁹³⁸ Et, plus précisément encore, à un « examen du sang ou une expertise anthropobiologique », selon l'art. 275 du Code de procédure civile du 30 septembre 1991 (CPCN) du Canton de Neuchâtel.

⁹³⁹ Selon l'art. 263 du Code de procédure civile du 9 novembre 1978 de la République et Canton du Jura.

⁹⁴⁰ Selon l'art. 264a du Code de procédure civile (CPC) du 7 juillet 1918 du Canton de Berne.

⁹⁴¹ « [E]n matière de filiation », selon l'art. 181 du Code de procédure civile (CPC) du 24 mars 1988 du Canton du Valais.

⁹⁴² Selon l'art. 292 du CPC bernois et l'art. 292 du code de procédure civile jurassien.

⁹⁴³ Selon l'art. 182 du CPC valaisan.

⁹⁴⁴ Message du 5 juin 1974 concernant la modification du code civil suisse, FF 1974 II 55, qui renvoie aux ATF 89 II 1 et 72 II 10.

Le Code civil inclut aussi à partir de 1976 des dispositions relatives à la protection de l'enfant (art. 307 ss CC), des dispositions « parmi les innovations les plus précieuses du CC »⁹⁴⁵. « L'article 307, 1^{er} alinea, [...] met [...] désormais] au premier plan la menace pour le développement de l'enfant, c'est-à-dire le besoin objectif de l'enfant d'être protégé »⁹⁴⁶.

Ces dispositions ont ensuite été modifiées en 1998, à la suite de l'intégration dans le droit suisse de normes de droit international public reconnaissant aussi aux enfants le droit d'entretenir des relations personnelles avec le parent qui ne détient pas la garde. La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant⁹⁴⁷ et son art. 9 al. 3 reconnaît en effet à l'enfant un droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec son père ou sa mère dont il vit séparé, « pour autant que cela ne nuise pas à son bien »⁹⁴⁸.

De récentes modifications ont trait au devoir de signalement de certains professionnels en cas de maltraitance ou d'abus sexuel d'enfants dont ils auraient connaissance dans le cadre de leurs activités professionnelles⁹⁴⁹. C'est à cette occasion qu'une disposition spécifique relative au devoir de collaborer à l'établissement des faits (art. 314e CC) dans le contexte de la protection de l'enfant a été insérée dans le Code civil⁹⁵⁰.

⁹⁴⁵ Message du 5 juin 1974 concernant la modification du code civil suisse, FF 1974 II 81.

⁹⁴⁶ *Ibidem*, 82. Voir aussi Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 24 ss.

⁹⁴⁷ RS 0.107. Cette convention avait été signée par la Suisse mais n'était pas encore ratifiée ni entrée en vigueur lorsque le Message du 15 novembre 1995 a été transmis au Parlement fédéral.

⁹⁴⁸ Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et couragement matrimonial), FF 1996 I 160 ss.

⁹⁴⁹ Message du 15 avril 2015 concernant la modification du code civil (protection de l'enfant), FF 1995 3111.

⁹⁵⁰ En vigueur dès le 1^{er} janvier 2019.

3. Normes applicables

3.1 Droit fédéral

3.1.1 Etablissement de la filiation dans le Code civil

Selon le Code civil, la filiation résulte, à l'égard de la mère, de la naissance (art. 252 al. 1er CC)⁹⁵¹.

Le législateur part ainsi du principe que la mère peut très généralement être identifiée. Cependant, si l'enfant est « trouvé », la filiation maternelle ne peut évidemment pas être établie (art. 10 et 38 OEC). Dans un cas de ce genre, rare, la filiation maternelle résulte alors d'une adoption ultérieure, si les recherches menées en vue d'identifier la mère biologique restent vaines. Plus exceptionnellement encore, la filiation maternelle pourrait résulter d'une « action en maternité », une procédure que le Code civil ne prévoit pas expressément et qui correspond à une action en constatation de droit prévue par l'art. 88 CPC⁹⁵². Elle pourrait être mise en œuvre lorsqu'une femme se présente de façon crédible comme la mère d'un enfant trouvé, ou lorsque les circonstances conduisent à penser qu'une femme pourrait être la mère d'un tel enfant et qu'il convient de le clarifier.

A l'égard de l'autre parent, la parentalité (« filiation en général », selon la note marginale de la disposition) est établie par son mariage avec la mère (art. 252 al. 2 CC et art. 255a al. 1^{er} CC⁹⁵³) ; si l'autre parent est un époux, la paternité est établie par son mariage avec la mère, selon l'art. 255 al. 1^{er} CC, même si elle ne correspond pas à la réalité biologique.

Lorsque l'enfant naît hors des liens du mariage, la filiation paternelle peut résulter d'une reconnaissance (art. 260 CC) ou, à défaut, d'une décision judiciaire (art. 252 al. 2 CC), à l'issue d'une procédure engagée en vue d'établir la filiation. La reconnaissance d'un enfant par un père

⁹⁵¹ A propos de l'établissement de la filiation en général, voir en particulier Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 252 ss CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1519 ss ; Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 39 ss.

⁹⁵² Olivier GUILLOD, Sabrina BURGAT, Droit des familles, 5^e éd., Bâle 2018, p. 57.

⁹⁵³ Voir en particulier Clémence GAY, La nouvelle présomption de « parentalité » en faveur de l'épouse – Délimitations et conditions d'application, *in* : Jusletter du 4 avril 2022.

biologique n'est pas possible si la mère de l'enfant est mariée et qu'aucune action n'est engagée pour contester le lien de filiation juridique légal⁹⁵⁴ ; au surplus, ce père biologique ne détient aucun droit d'action qui lui permettrait d'établir sa paternité légale⁹⁵⁵.

La filiation maternelle ou paternelle peut enfin résulter des dispositions du Code civil relatives à l'adoption (art. 252 al. 3 CC)⁹⁵⁶.

3.1.2 *Mesures protectrices de l'enfant et aménagement des relations personnelles entre parents et enfants dans le Code civil*

Les enfants mineurs placés sous la garde de leurs parents entretiennent avec eux les relations personnelles qui découlent de la « communauté entre les père et mère et les enfants » prévue au Chapitre I du Titre huitième du Code civil relatif aux effets de la filiation (art. 270 ss CC). Ils « se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille » (art. 272 CC) ; les parents « sont tenus d'élever l'enfant selon leurs facultés et leurs moyens et ils ont le devoir de favoriser et de protéger son développement corporel, intellectuel et moral » (art. 302 al. 1^{er} CC).

Cependant, si des mesures protectrices particulières sont nécessaires parce que le développement d'un enfant est menacé, l'autorité de protection de l'enfant a pour mission d'établir les faits et d'ordonner les mesures appropriées, lorsque les parents n'y remédient pas d'eux-mêmes ou ne sont pas en mesure de le faire (art. 307 CC⁹⁵⁷ et art. 315 CC⁹⁵⁸).

⁹⁵⁴ Olivier GUILLOD, Sabrina BURGAT, Droit des familles, 5^e éd., p. 61.

⁹⁵⁵ Arrêt du 18 décembre 2017 dans la cause 5A_332/2017 ; FamPra.ch 2017, p. 534 ss.

⁹⁵⁶ Voir aussi les dispositions de l'Ordonnance du 29 juin 2011 sur l'adoption (OAdo, RS 211.22.36).

⁹⁵⁷ Voir notamment Peter BREITSCHMID, Kommentar *ad* Art. 307 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1834 ss; Philippe MEIER, Commentaire *ad* art. 307 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1876 ss.

⁹⁵⁸ Voir notamment Peter BREITSCHMID, Kommentar *ad* Art. 315 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1834 ss; Patrick FASSBIND, Verfahren vor der KESB: Von der Gefährdungsmeldung bis zur Vollstreckung, *in*: Daniel Rosch et al. (éd), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 2e éd., Berne 2016; Philippe MEIER, Commentaire *ad* art. 315 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1947 ss.

Quant au père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde, il ou elle a « le droit d'entretenir avec l'enfant mineur les relations personnelles indiquées par les circonstances », selon l'art. 273 al. 1^{er} CC. A nouveau, si ces relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, l'art. 274 al. 2 CC permet de restreindre ou de supprimer, temporairement voire durablement, le droit d'entretenir de telles relations ou, alternativement, de les soumettre à des conditions d'exercice particulières⁹⁵⁹.

La question de l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants peut surgir dans le cadre d'une procédure matrimoniale, lorsque le juge doit décider du sort des enfants (art. 275 al. 2 CC⁹⁶⁰ et art. 298 al. 2bis CC⁹⁶¹).

Elle peut également survenir en dehors d'une procédure de cette nature, lorsque l'autorité de protection de l'enfant intervient d'office ou est saisie d'une requête tendant à un aménagement particulier des relations personnelles (art. 275 al. 1^{er} CC)⁹⁶².

Le Code civil ne dit rien à propos des compétences du juge de l'action en paternité pour régler les relations personnelles entre l'enfant et le père dont la paternité vient d'être constatée (art. 298c CC *a contrario*)⁹⁶³. Certains auteurs proposent d'appliquer par analogie l'art. 298b al. 2 CC, relatif aux compétences de l'autorité de protection de l'enfant, et de confier

⁹⁵⁹ Voir notamment Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 650 ss ; Ingeborg SCHWENZER, Michelle COTTIER, Kommentar *ad* Art. 274 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1630 s.; Audrey LEUBA, Commentaire *ad* art. 274 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1721 ss.

⁹⁶⁰ Voir notamment Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 677 ss ; Ingeborg SCHWENZER, Michelle COTTIER, Kommentar *ad* Art. 275 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1630 s.; Audrey LEUBA, Commentaire *ad* art. 275 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1732.

⁹⁶¹ Ingeborg SCHWENZER, Michelle COTTIER, Kommentar *ad* Art. 298 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1773 s. ; Olivier GUILLOD, Sabrina BURGAT, Droit des familles, 5e éd., Bâle 2018, p. 167.

⁹⁶² Voir notamment Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 675; Ingeborg SCHWENZER, Michelle COTTIER, Kommentar *ad* Art. 275 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1628 ss ; Audrey LEUBA, Commentaire *ad* art. 275 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1730 ss; Olivier GUILLOD, Sabrina BURGAT, Droit des familles, 5e éd., Bâle 2018, p. 166.

⁹⁶³ A ce propos, voir Philippe MEIER, Martin STETTLER, no 1030, p. 676 s.

au juge le droit d'aménager les relations personnelles dans le cadre d'une procédure de cette nature, si ce point est litigieux ou nécessite une décision⁹⁶⁴.

3.1.3 *Etablissement de la filiation dans le Code de procédure civile*

Les parties et les tiers sont en principe tenues de collaborer à l'administration des preuves lors d'une procédure ouverte en vue d'établir une filiation (art. 160 al. 1^{er} CPC) ; le tribunal doit rendre les parties et les tiers attentifs à cette obligation, mais aussi à leur droit de refuser de collaborer et à ses conséquences (art. 161 al. 1^{er} CPC). Le Code de procédure civile ménage en effet, dans certaines situations, un droit de refuser cette collaboration, tant pour les parties (art. 163 CPC) que pour les tiers (art. 165 et 166 CPC).

Dans les affaires relatives à l'établissement de la paternité, toutefois, les dispositions concernant le droit des parties et des tiers de ne pas collaborer ne sont pas applicables ; ils doivent se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation (art. 296 al. 2 CPC). Le devoir d'information du tribunal, conformément à l'art. 161 CPC, ne porte alors plus que sur l'obligation de collaborer et sur les conséquences d'un refus, en particulier d'éventuelles sanctions de nature pénale ou l'usage de la contrainte⁹⁶⁵.

3.1.4 *Loi sur la procréation médicalement assistée*

En exécution de l'art. 23 de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA)⁹⁶⁶, ni l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme conformément aux dispositions de cette loi, ni l'épouse ou l'époux

⁹⁶⁴ Par exemple, Philippe MEIER, Martin STETTLER, *ibidem*.

⁹⁶⁵ ATF 143 III 624, 639.

⁹⁶⁶ Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 810.11).

de la mère ne peut pas contester le lien de filiation à l'égard de l'épouse ou de l'époux de la mère à l'occasion d'une procédure civile⁹⁶⁷.

Quant à une éventuelle action en désaveu engagée par le mari, elle est régie par les dispositions du Code civil et, plus spécifiquement encore, par l'art. 256 al. 3 CC, qui a été modifié dans le même sens lors de l'adoption de la LPMA⁹⁶⁸.

3.1.5 *Loi sur l'analyse génétique humaine*

La Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine⁹⁶⁹ contient quelques dispositions (art. 47 ss LAGH), insérées dans un Chapitre 5 dédiée aux « [p]rofils d'ADN visant à déterminer la filiation [...] », qui traitent plus particulièrement d'une telle expertise lorsqu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'une procédure civile⁹⁷⁰.

La section 2 du Chapitre 1 de la même loi, qui contient les « [p]rincipes » applicables aux analyses génétiques, est également pertinente pour des analyses génétiques ordonnées au cours d'une procédure civile, à l'exception de l'art. 5 LAGH visant le consentement, sans portée dans un tel contexte en raison de l'obligation de collaborer énoncée à l'art. 296 CPC ; l'art. 5 al. 1 *in fine* LAGH dans la version de la loi adoptée en 2004 réservait d'ailleurs « les exceptions prévues dans les lois fédérales »⁹⁷¹. L'art. 28 LAGH, enfin, soumet la réalisation d'analyses génétiques à autorisation, délivrée par l'autorité compétente⁹⁷².

⁹⁶⁷ Voir notamment Andrea BÜCHLER, Antonella SCHMUCKI, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, *in*: FamPra.ch 2020, p. 1 ss ; Tifaine STEGMÜLLER, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, Genève, Zurich, Bâle 2020, p. 50 ss.

⁹⁶⁸ Voir notamment le Message du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, Feuille fédérale 1996 III 197, 262 ss.

⁹⁶⁹ Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine (LAGH, RS 810.12).

⁹⁷⁰ Voir Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 598 ss. L'art. 51 LAGH traite, lui, de l'établissement d'un profil d'ADN hors procédure.

⁹⁷¹ Voir le Message LAGH I, 6841. Ces exceptions demeurent mais ne sont plus mentionnées dans la disposition ; voir le Message LAGH II, 5313.

⁹⁷² L'Office fédéral de la santé publique, selon l'art. 2 OAGH.

Deux ordonnances complètent le dispositif légal. La première, l'Ordonnance sur l'analyse génétique humaine⁹⁷³, traite essentiellement des conditions et de la procédure d'octroi des autorisations administratives nécessaires. La seconde, l'Ordonnance sur l'établissement de profils d'ADN et matière civile et administrative⁹⁷⁴, expose notamment les modalités concrètes de prélèvement et d'analyse du matériel génétique, d'établissement du rapport d'analyse et du rapport d'expertise et, enfin, de conservation de l'échantillon prélevé⁹⁷⁵.

3.2 Droit cantonal

3.2.1 *Procédure civile et organisation judiciaire*

Les normes contenues dans le Code de procédure civile suisse règlent quasi exhaustivement la procédure applicable devant les autorités judiciaires cantonales, qu'il s'agisse des affaires civiles contentieuses ou non contentieuses, ou encore des décisions judiciaires relevant de la juridiction gracieuse (art. 1^{er} CPC)⁹⁷⁶.

Les cantons ne détiennent en principe plus de compétences autres que celles d'organiser les tribunaux et les autorités de conciliation (art. 122 al. 2 Cst⁹⁷⁷ et art. 3 CPC⁹⁷⁸). La principale exception a trait aux procédures menées devant l'autorité de protection de l'adulte prévue aux art. 443 ss CC, notamment à l'occasion d'une procédure de placement à des fins d'assistance⁹⁷⁹. Pour de telles procédures, les cantons peuvent adopter des

⁹⁷³ Ordonnance du 23 septembre 2022 sur l'analyse génétique humaine (OAGH, RS 810.122.1).

⁹⁷⁴ Ordonnance du 14 février 2007 sur l'établissement de profils d'ADN en matière civile et administrative (OACA, RS 810.122.2).

⁹⁷⁵ Art. 12 à 16 OACA.

⁹⁷⁶ Le CPC mentionne encore les décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite (art. 1^{er} lettre c) et l'arbitrage (art. 1^{er} lettre d).

⁹⁷⁷ Tarkan GÖKSU, *Kommentar ad Art. 122 BV*, in: Basler Kommentar BV, p. 1994 ss ; Christoph LEUENBERGER, *Kommentar ad Art. 122 BG*, in: . St Galler Kommentar BV, p. 2219 s.

⁹⁷⁸ Denis PIOTET, *Commentaire ad art. 3 CPC*, in: Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 26 ss; Jacques HALDY, *Commentaire ad art. 3 CPC*, in: *Commentaire romand CPC*, p. 9 ss ; Dominik VOCK, Christoph NATER, *Kommentar ad Art. 3 ZPO*, in: Basler Kommentar ZPO, p. 36 s; François BOHNET, *Procédure civile*, 2e éd., Bâle 2014, p. 36 ss.

⁹⁷⁹ Voir plus loin le chapitre consacré à cette question, p. 245 ss.

normes particulières (conformément à l'art. 450f CC) lorsqu'ils l'estiment opportun ; les dispositions de la procédure civile suisse sont toutefois applicables lorsque des normes procédurales cantonales spécifiques n'ont pas été édictées⁹⁸⁰.

Si l'essentiel des prérogatives en matière de procédure civile est ainsi passé au législateur fédéral, les législateurs cantonaux restent toutefois compétents en matière d'organisation judiciaire. Or, l'ultime phase d'une mesure d'instruction civile peut consister dans la « mise en œuvre de la force publique », à l'encontre d'un tiers ou d'une partie qui s'y opposerait, selon l'art. 167 al. 1^{er} lettre c CPC ou selon l'art. 343 al. 3 CPC, mesure nécessitant la collaboration de l'autorité désignée par le droit cantonal pour exécuter une telle intervention⁹⁸¹. Il s'agit souvent de la police ; sur ce point tout à fait particulier du droit procédural fédéral et de sa phase ultime de mise en œuvre concrète, les compétences des cantons n'ont pas été transférées à la Confédération⁹⁸².

3.2.2 *Protection de l'enfant*

Selon l'art. 450f CC, applicable à la protection de l'enfant par renvoi de l'art. 314 CC, les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie, à moins que les cantons n'en disposent autrement. Fondés sur cette compétence attributive, les cantons romands ont édicté les lois particulières dans ce domaine.

Aucun de ces textes ne contient des dispositions particulières qui autoriseraient, de façon expresse, que soit imposé un acte ou un traitement de nature médicale.

⁹⁸⁰ Luca MARANTA et al., Kommentar *ad* Art. 450f ZGB, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2860 s.; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 482 ss.

⁹⁸¹ Pour un cas d'application, voir l'arrêt du 5 août 2016 dans la cause 5A_492/2016, cons. 3.3.3, qui renvoie à l'art. 6 de la Loi valaisanne du 11 février 2009 désignant la police cantonale comme l'autorité compétente au sens de l'art. 343 CPC.

⁹⁸² Voir Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 167 CPC, in: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 806 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 167 CPC, in: Commentaire romand CPC, p. 785 ss. Sur le recours à une « autorité compétente » dans l'exécution d'une décision, voir aussi Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 343 CPC, in: Commentaire romand CPC, p. 1623 ss.

4. Expertise nécessaire à établir la filiation

4.1 Conditions de réalisation

En application des normes du Code civil relatives à l'établissement de la filiation, une procédure judiciaire peut être ouverte pour renverser la présomption de paternité - celle d'un enfant né d'une femme mariée - (action en désaveu de paternité, selon l'art. 256 CC) ; pour contester une reconnaissance (selon les art. 259 al. 2 CC ou 260a CC)⁹⁸³ ; pour établir la paternité d'un enfant né hors mariage et qui n'a pas été reconnu (action en paternité, selon l'art. 261 CC)⁹⁸⁴, enfin, très exceptionnellement, pour établir un lien de maternité (action en maternité, correspondant à une action en constatation de droit selon l'art. 88 CPC). Le Code civil ne prévoit pas d'action en désaveu de parentalité de l'épouse⁹⁸⁵.

4.2 Prélèvement de matériel génétique

Lorsque, dans le cadre d'une de ces procédures judiciaires, le juge civil⁹⁸⁶ ordonne un examen, cet examen consiste aujourd'hui en un prélèvement de matériel génétique en vue d'analyse, c'est-à-dire de quelques cellules de la muqueuse interne de la joue (« muqueuse jugale ») à l'intérieur de la bouche, à l'aide d'une tige de coton. La jurisprudence du Tribunal fédéral continue cependant à mentionner la possibilité d'utiliser

⁹⁸³ A la différence de l'action de l'art. 260a CC, l'action de l'art. 259 al. 2 CC prévoit une liste exhaustive des personnes ayant qualité pour agir en cas de mariage ultérieur entre une mère et un père dont la filiation a été établie par reconnaissance ou par jugement, cercle « plus restreint que pour l'action ordinaire en contestation de reconnaissance » ; voir en particulier Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 259 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1566.

⁹⁸⁴ Sur l'ensemble de ces actions, voir notamment Stephan WOLF, Yannick MINNIG, Familienrecht, Bâle 2021, p. 242 ss ; François BOHNET, Actions civiles, Volume I : CC et LP, 2^e éd., Bâle 2019, p. 301 ss ; Heinz HAUSHERR et al., Das Familienrecht des ZGB, p. 353 ss ; Olivier GUILLOD, Sabrina BURGAT, Droit des familles, 5^e éd. Bâle 2018, p. 51 ss.

⁹⁸⁵ Clémence GAY, La nouvelle présomption de « parentalité » en faveur de l'épouse – Délimitations et conditions d'application, *in* : Jusletter du 4 avril 2022, nos 43 ss.

⁹⁸⁶ Il est question ici des procédures judiciaires visant à l'établissement de la filiation, ordonnées par un tribunal ; voir Marinette UMMEL, Aspects médico-légaux d'une expertise de recherche en paternité, *Revue Médicale Suisse* 2007, p. 2434 ss. L'établissement de la filiation hors procédure judiciaire est visé par l'art. 51 LAGH et nécessite « le consentement écrit de la personne concernée ».

d'autres moyens de preuve⁹⁸⁷. On peut en effet songer à recourir à d'autres moyens de preuve, indirects, si ce n'est pour établir une paternité, au moins pour l'exclure ; par exemple, une expertise qui démontrerait de façon irréfutable qu'un homme est stérile paraît de nature à empêcher toute possibilité de paternité⁹⁸⁸.

Cependant, depuis 2000, les analyses génétiques sont les seuls moyens de preuve directs utilisés en Suisse pour résoudre les questions de filiation⁹⁸⁹. Un tel acte est tout à fait anodin et ne présente en fait aucun risque d'aucune sorte pour la santé de la personne qui doit s'y soumettre⁹⁹⁰ ; il n'existe au surplus aucune contre-indication médicale pour ce prélèvement, qui empêcherait qu'il soit réalisé⁹⁹¹.

Ainsi, la précaution énoncée par l'art. 296 al. 2 CPC – « [l'examen est ordonné] dans la mesure où [la] santé [des parties et des tiers] n'est pas mise en danger » - paraît désormais sans objet. Il s'agit vraisemblablement⁹⁹² de la reprise matérielle d'une partie du texte de l'art. 254 aCC – « [les parties et les tiers doivent se soumettre aux expertises] qui peuvent leur être imposées sans danger pour leur santé » -. Une telle reprise est aujourd'hui superflue et le législateur aurait pu s'en dispenser.

La réserve d'un éventuel danger pour la santé est au surplus la seule prévue par la loi, de sorte que « toute autre objection de la personne requise ne serait pas recevable »⁹⁹³. Les objections de nature religieuse, en

⁹⁸⁷ ATF 143 III 624, 635 par exemple ; dans ce sens, Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 296 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, no 7, p. 1448 ou Annette SPYCHER, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Andreas Güngerich (éd.), Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Art. 150-352 ZPO, 400-406 ZPO, Band II, Berne 2012, p. 2785.

⁹⁸⁸ Ainsi, dans l'arrêt du 21 novembre 2017 dans la cause 5A_230/2017, cons. 4.2. ; le moyen n'a cependant pas été retenu, le recourant s'étant borné à l'alléguer, sans le démontrer.

⁹⁸⁹ Voir notamment Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 123 ss ; Romano LAHARPE, Christian GEHRIG, Recherches en paternité, aspects médico-techniques, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 780 ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. a254 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1533.

⁹⁹⁰ Arrêt du 5 août 2016 dans la cause 5A_492/2016, FamPra.ch 2016, p. 1013 ss ; même pour une personne âgée de plus de 90 ans, ATF 134 III 241, 247 ; JT 2009 I 411, 416.

⁹⁹¹ En conversation avec le Dr Marinette Ummel, CURML de Genève.

⁹⁹² Le Message CPC 2006 ne donne cependant pas d'explication sur ce point ; FF 2006 6974.

⁹⁹³ Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 296 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, no 9, p. 1448.

particulier, n'ont pas convaincu le Tribunal fédéral⁹⁹⁴ ; « les raisons idéologiques, la protection de la sphère privée ou de l'honneur ne peuvent pas[, non plus,] être prises en compte »⁹⁹⁵.

L'examen doit être effectué conformément aux modalités exposées aux art. 47 ss LAGH et aux art. 12 à 16 OACA : l'échantillon prélevé ne doit pas, en particulier, servir à d'autres fins que la détermination de la filiation, notamment la recherche d'informations sur la santé ou d'autres caractéristiques personnelles. L'échantillon doit en outre être prélevé par le laboratoire qui établit le profil génétique, ou par un médecin ou toute autre personne habilitée mandatés par le laboratoire. Le laboratoire doit conserver l'échantillon jusqu'à l'entrée en force du jugement ; son sort ultérieur est réglé par les règles générales en matière de conservation des échantillons et d'éventuelle utilisation à d'autres fins (art. 11 et 12 LAGH)⁹⁹⁶.

4.3 Obligation de collaborer

Les parties et les tiers doivent se prêter aux examens nécessaires pour établir la filiation et y collaborer, conformément à l'art. 296 al. 2 CPC *in initio*⁹⁹⁷. La Cour européenne des Droits de l'Homme n'a pas retenu l'argument selon lequel le père éventuel serait ainsi forcé de livrer une preuve contre lui-même⁹⁹⁸.

Dans le cadre d'une procédure destinée à établir la filiation, peuvent être tenues pour des tiers, d'une part, toutes les personnes susceptibles d'être reconnues comme le père de l'enfant sans être partie à la procédure, d'autre part la mère de l'enfant ou d'autres parents génétiques, lorsque les

⁹⁹⁴ ATF 112 Ia 248, 250 ; JT 1988 I 41, 44.

⁹⁹⁵ Maïka REICHENBACH, Les profils d'ADN prénatals visant à déterminer la paternité selon la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine, *in*: FamPra.ch 2019, p. 855 ss, 869.

⁹⁹⁶ Message LAGH 2017, 5371.

⁹⁹⁷ Voir Patricia DIETSCHY-MARTENET, Commentaire *ad* art. 296 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 1341 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 296 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 1445 ss ; Stephan MAZAN, Daniel STECK, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 1767 ss ; Jonas SCHWEIGHAUSER, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 2227 ss.

⁹⁹⁸ Arrêt rendu le 29 janvier 2019 dans l'affaire Mifsud c. Malte, requête no 62257/15 ; voir précédemment, p. 15.

personnes directement concernées ne peuvent pas ou ne peuvent plus être soumises à un prélèvement, ou lorsque les analyses ne sont pas concluantes⁹⁹⁹.

Lorsque la loi institue une présomption de paternité - à l'égard du mari lorsque la mère est mariée, dans une action en désaveu de paternité (art. 255 CC)¹⁰⁰⁰, ou à l'égard du défendeur lorsque la « cohabitation » a été prouvée, dans une action en paternité (art. 262 CC) -, l'analyse génétique constitue toutefois le seul moyen de preuve apte à renverser la présomption et à démontrer que le père présumé n'est pas, biologiquement, le père de l'enfant. L'obligation de collaborer est en conséquence, dans ces deux cas, toute relative, la personne concernée et qui s'oppose à l'action en justice étant en général assez disposée à se prêter à l'examen¹⁰⁰¹.

Une expertise peut également être ordonnée sur une personne décédée et inhumée¹⁰⁰² ; la réalisation de l'expertise suppose évidemment une exhumation. Il n'est plus question alors d'obliger la personne concernée à collaborer dans de telles circonstances, mais l'analyse nécessite le consentement des « plus proches parents de la personne décédée » (art. 48 al. 1^{er} LAGH) ; à défaut, elle ne peut être exécutée que « sur ordre de l'autorité ou du juge compétents » (al. 2)¹⁰⁰³.

4.4 Conséquence du refus de collaborer pour une partie

Les dispositions concernant le droit des parties de ne pas collaborer – telles qu'il découle des art. 163 et 164 CPC - étant expressément exclues par l'art. 296 al. 2 CPC *in fine*, la mise en œuvre de l'art. 164 CPC – qui autoriserait, aux dépens de cette partie, une appréciation défavorable des

⁹⁹⁹ Jonas SCHWEIGHAUSER, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 2233.

¹⁰⁰⁰ A moins que l'enfant n'ait été conçu avant le mariage ou pendant la suspension de la vie commune, selon l'art. 256b CC.

¹⁰⁰¹ Voir en particulier Adrian DUMITRESCU, Die Folgen fehlender Mitwirkung im Vaterschaftsprozess, *in*: PJA/AJP 2017, p. 826 ss.

¹⁰⁰² Voir notamment Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 254 CC, *in*: Commentaire romand CC I, no 18, p. 1535.

¹⁰⁰³ La jurisprudence de la CEDH retient en effet que le droit d'une personne à établir un lien de filiation prime les droits que pourraient faire valoir les proches du défunt ; arrêt rendu le 13 juillet 2006 dans l'affaire Jäggi c. Suisse, requête no 58757/00. Voir précédemment, p. 16.

preuves – n’est en principe pas envisageable, quoique le Tribunal fédéral y ait fait allusion dans un arrêt non publié de 2017¹⁰⁰⁴.

En revanche, selon une jurisprudence publiée par le Tribunal fédéral, en 2017 également¹⁰⁰⁵, ce refus peut être interprété comme un indice, « qui, ajouté à d’autres, pourrait fonder la conviction du juge »¹⁰⁰⁶. L’incertitude résultant de cette jurisprudence fluctuante n’est probablement pas trop problématique : certains auteurs relèvent en effet avec pertinence qu’une réflexion juridique intégrant le refus injustifié en tant qu’indice « revient en réalité à appliquer le principe posé à l’art. 164 [CPC] en cas de refus injustifié d’une partie à collaborer »¹⁰⁰⁷.

L’inapplicabilité des normes ménageant un droit de refus aux parties a aussi et surtout comme conséquence que le juge peut ordonner la mise en œuvre de la force publique, en exécution de l’art. 343 CPC¹⁰⁰⁸, contre une partie qui refuserait de collaborer à la mise en œuvre d’un prélèvement biologique¹⁰⁰⁹.

4.5 Conséquence du refus de collaborer pour un tiers

Le droit de ne pas collaborer reconnu aux tiers par les art. 165 CPC et 166 CPC étant lui aussi expressément exclu, des mesures de contrainte peuvent par conséquent également être mises en œuvre pour contraindre un tiers à se prêter à un prélèvement de matériel génétique¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁴ Arrêt du 21 novembre 2017 dans la cause 5A_230/2017, cons. 4.2.

¹⁰⁰⁵ ATF 143 III 624, 636, rendu en octobre 2017.

¹⁰⁰⁶ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 254 CC, *in*: Commentaire romand CC I, no 19, p. 1535.

¹⁰⁰⁷ Patricia DIETSCHY-MARTENET, Commentaire *ad* art. 296 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 1344.

¹⁰⁰⁸ Voir notamment Denis PIOTET, Commentaire *ad* art. 343 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 1506 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 343 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 1623 ss ; Gian Reto ZINSLI, Kommentar *ad* Art. 343 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 2043 ss ; Daniel STAEHELIN, Kommentar *ad* Art. 343 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 2755 ss

¹⁰⁰⁹ Arrêt du 16 mars 2015 dans la cause 5A_745/2014, RSPC 2015 330.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*.

Les auteurs de doctrine ne sont pas unanimes dans l'identification de la norme constituant la base légale autorisant une mesure de contrainte contre un tiers, entre ceux qui retiennent qu'il s'agit de l'art. 167 al. 1^{er} lettre c CPC¹⁰¹¹ et ceux qui visent plutôt l'art. 343 al. 3 CPC¹⁰¹². Autant qu'on puisse l'affirmer, en l'absence de réserve sur ce point à l'art. 296 al. 2 CPC, l'inapplicabilité des dispositions concernant le droit de refuser de collaborer englobe aussi la disposition touchant aux conséquences d'un refus injustifié (art. 167 CPC), ce qui milite plutôt en faveur de l'art. 343 CPC. La controverse n'est peut-être pas décisive : l'une et l'autre paraissent constituer une base légale appropriée pour ordonner l'exécution de la mesure nécessaire.

4.6 Mise en œuvre de la force publique

4.6.1 *En principe*

Dans une situation de refus, prononcer une amende d'ordre de 1000 francs au plus ou de 5000 francs au plus (selon l'art. 167 al. 1 lettre a CPC ou l'art. 343 al. 1^{er} lettre b CPC) ne garantit pas la réalisation de l'analyse, pas plus que la menace de prendre les sanctions prévues à l'art. 292 CP (selon l'art. 167 al. 1^{er} lettre b CPC ou l'art. 343 al. 1^{er} lettre a CPC) ou que celle d'une amende d'ordre de 1000 francs au plus pour chaque jour d'inexécution (art. 343 al. 1^{er} lettre c CPC). L'obligation de prendre en charge les frais causés par le refus de collaborer (art. 167 al. 1^{er} lettre d CPC) peut, elle aussi, se révéler inefficace, même si cette menace – et les précédentes – peuvent sans doute avoir un effet « incitatif ».

¹⁰¹¹ Giorgio BERNASCONI, *Commentario ad art. 296 CPC*, in: Francesco Trezzini et al., *Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero*, 2e éd., vol. 2, Lugano 2017, no 8, p. 1818 ; Jonas SCHWEIGHAUSER, *Kommentar ad 296 ZPO*, in: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), *Kommentar ZPO 2016*, p. 2233 ; Beatrice VAN DE GRAAF, *Kommentar ad Art. 296 ZPO*, in: Paul Oberhammer et al. (éd.) *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, Bâle 2014, no 9, p. 1318 ; Philippe MEIER, *L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: *FamPra.ch* 2012, p.280.

¹⁰¹² Patricia DIETSCHI-MARTENET, *Commentaire ad art. 296 CPC*, in: Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 1344 ; Nicolas JEANDIN, *Commentaire ad art. 296 CPC*, in: *Commentaire romand CPC*, p. 1449.

La mise en œuvre de la force publique, soit le recours aux forces de police pour l'exécution de la mesure d'instruction nécessaire, apparaît dès lors comme la seule véritable mesure permettant de garantir la réalisation du prélèvement biologique nécessaire à établir la filiation. Simultanément, il s'agit de la seule mesure permettant d'éviter que le droit matériel relatif à l'établissement de la paternité et les règles de procédure ne restent lettre morte, faute de collaboration des parties ou des tiers concernés. Une telle mesure est compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰¹³.

Avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile fédéral, une partie de la doctrine n'était pourtant pas favorable à l'exécution coercitive d'une expertise génétique ordonnée par le juge¹⁰¹⁴ ; la jurisprudence du Tribunal fédéral l'admet aujourd'hui, à certaines conditions¹⁰¹⁵. Les cas de refus de prélèvement sont cependant rarissimes¹⁰¹⁶. Dans une telle situation, le personnel du laboratoire chargé du prélèvement consigne dans un procès-verbal que la personne concernée, amenée par deux policiers, dûment informée des conséquences de son refus, s'y oppose¹⁰¹⁷. Elle est alors transférée dans les locaux de la police, où le prélèvement est effectué,

¹⁰¹³ Philippe MEIER, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *in*: FamPra.ch 2012, p. 279 ; voir aussi précédemment, p. 15 s.

¹⁰¹⁴ Pour une synthèse des points de vue exprimés, Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 254 CC, *in*: Commentaire romand CC I, no 21, p. 1536.

¹⁰¹⁵ ATF 143 III 624, 640 ; arrêt du 5 août 2016 dans la cause 5A_492/2016, FamPra.ch 2016, p. p. 1013 ss. Dans ce sens, Maïka REICHENBACH, Les profils d'ADN prénatals visant à déterminer la paternité selon la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine, *in*: FamPra.ch 2019, p. 855 ss, 869. Contra, Stephan MAZAN, Daniel STECK, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, no 25, p. 1774, et Jonas SCHWEIGHAUSER. Kommentar *ad* 296 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 2233, notamment, qui semblent cependant s'appuyer sur une jurisprudence ancienne, l'arrêt du 15 mars 2001 dans la cause 5P.472/2000.

¹⁰¹⁶ Un seul cas en 20 ans recensé par l'unité de génétique forensique du Centre universitaire romand de médecine légale (CURML). Le CURML est l'un de trois laboratoires chargés des prélèvements et des analyses en Suisse romande, https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/sicherheit/personenidentifikation/abstammung/anerkannte_labors.html, et celui qui en réalise le plus grand nombre.

¹⁰¹⁷ Romano LAHARPE, Christian GEHRIG, Recherches en paternité, aspects médico-techniques, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 779, considèrent que « la contrainte n'est pas admise » de la part des soignants.

éventuellement par la contrainte si la personne concernée persiste dans son opposition¹⁰¹⁸.

4.6.2 *Même en cas de présomption de paternité ?*

Dans certaines circonstances, le recours à la force publique peut paraître de prime abord excessif. Le Code civil instaure en effet parfois des mécanismes de présomption, de sorte qu'une paternité est établie même si le prélèvement puis l'analyse ne sont pas réalisées. On pourrait dès lors s'interroger sur la nécessité d'ordonner que la mesure soit effectuée par contrainte dans ces situations¹⁰¹⁹.

Il faut cependant rappeler que les normes du Code civil sont destinées à « favoriser la recherche de la vérité biologique »¹⁰²⁰ et non simplement à créer un lien juridique. Les mesures de contrainte représentent par conséquent la seule option qui permette de faire respecter le droit constitutionnel à connaître son ascendance (art. 119 al. 2 lettre g Cst)¹⁰²¹, également reconnu par le droit international¹⁰²², mais aussi et surtout de connaître la véritable ascendance d'un enfant : « une présomption légale de paternité ne [peut] l'emporter sur une réalité biologique et sociale, lorsqu'elle [est] contraire à la réalité des faits et ne bénéfici[e] à

¹⁰¹⁸ Pour un cas d'application, arrêt du 5 août 2016 dans la cause 5A_492/2016, déjà cité, cons. 3.3.3.

¹⁰¹⁹ Adrian DUMITRESCU, Die Folgen fehlender Mitwirkung im Vaterschaftsprozess, *in*: PJA/AJP 2017, p. 826 ss.

¹⁰²⁰ Arrêt du 21 novembre 2017 dans la cause 5A_230/2017, cons. 4.2.

¹⁰²¹ « [T]oute personne a accès aux données relatives à son ascendance » ; voir notamment Véronique BOILLET, Commentaire *ad* art. 119 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 2407 s. ; Aline SCHMIDT NOEL, Le droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques, *in*: Piermarco Zen-Ruffinen (éd.), Les secrets et le droit, Genève, Zurich, Bâle 2004, p. 139 ss. Il n'y a pas, en revanche, de droit à connaître sa descendance, selon un arrêt du 18 décembre 2017 dans la cause 5A_332/2017, SJ 2018 I 217. Le droit à connaître son ascendance constitue certes un droit fondamental, en principe opposable aux seules entités publiques ; cependant, selon l'art. 35 al. 3 Cst, « [l]es autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ».

¹⁰²² Art. 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, conclue à New York le 20 novembre 1989, approuvée par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1996 et entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (RS 0.107).

personne »¹⁰²³. Certains auteurs retiennent que ce droit présente un caractère absolu¹⁰²⁴, qui ne peut souffrir aucune restriction.

Il ne paraît pas disproportionné, dès lors, d'ordonner que le prélèvement ait lieu par contrainte s'il est objectivement possible, même dans les cas où le droit instaure une présomption de paternité.

4.7 Modalités de prélèvement sous la contrainte

La procédure qui vient d'être décrite apparaît globalement conforme au droit : elle repose sur une décision du tribunal reposant elle-même sur une base légale expresse (art. 343 al. 3 CPC).

Elle est au surplus conforme au principe de proportionnalité : elle représente à ce stade ultime la seule option envisageable pour atteindre le but recherché, en même temps qu'une atteinte très légère à la liberté personnelle ; l'usage de la contrainte, pour un seul geste et pour une durée très limitée, n'est en outre pas de nature à porter atteinte à l'essence même de la liberté personnelle¹⁰²⁵.

Deux points doivent cependant encore être examinés.

4.7.1 *Prélèvement par un médecin ou une personne habilitée mandatée par le laboratoire*

Le premier concerne la personne qui procède au prélèvement : il s'agit d'un agent de police, et non d'une personne employée par le laboratoire ou par un médecin. Or, la LAGH dans sa version de 2004 réservait l'exécution

¹⁰²³ Philippe MEIER, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *in*: FamPra.ch 2012, 269. Voir aussi Mélanie BORD et al., Le droit à la connaissance de ses origines, Genève, Zurich, Bâle 2006.

¹⁰²⁴ Andrea BÜCHLER, Nadine RYSER, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, *in*: FamPra.ch 2009, p. 19; Jeanine DE VRIES REILINGH, Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance, *in*: PJA/AJP 2003, p. 363 ss, qui examine plus particulièrement le droit des enfants adoptés à connaître leur ascendance, à la lumière de l'arrêt publié aux ATF 128 I 63.

¹⁰²⁵ A propos du principe de proportionnalité, voir précédemment, p. 139 s.

du prélèvement au « laboratoire qui établit le profil d'ADN ou [à] un médecin mandaté par celui-ci » (art. 31 al. 2 aLAGH).

La LAGH dans sa version de 2018 étend cependant cette liste : désormais, le prélèvement peut être effectué par « le laboratoire qui établit le profil d'ADN, ou par un médecin ou par toute autre personne habilitée mandatés par le laboratoire » (art. 47 al. 3 LAGH). Il faut rappeler ici que le prélèvement buccal est un geste anodin et simple à réaliser, non invasif, qu'un agent de police est autorisé à pratiquer dans le cadre d'une procédure pénale (art. 255 al. 2 lettre a CPP)¹⁰²⁶ ; partant, on ne voit pas comment il ne pourrait pas être considéré comme « habilité » lorsqu'il agit sur mandat du laboratoire dans le cadre d'une procédure civile.

Dans l'hypothèse où le prélèvement par contrainte devrait être effectué sur un enfant, le Tribunal fédéral propose qu'il soit réalisé par le maître ou la maîtresse d'école, ou par le curateur ou la curatrice¹⁰²⁷. Certains auteurs de doctrine ajoutent à cette liste le pédiatre de l'enfant¹⁰²⁸ ; il est cependant douteux qu'un médecin prête son concours à une mesure de contrainte¹⁰²⁹.

4.7.2 *Prélèvement de matériel génétique sur la muqueuse jugale ou prélèvement de sang ?*

Le second point est à la fois pratique et juridique, dans l'hypothèse où la personne concernée s'opposerait farouchement à la mesure : prélever sous la contrainte des cellules sur la muqueuse jugale, c'est-à-dire dans la bouche d'une personne qui résiste physiquement, est sans doute malaisé,

¹⁰²⁶ Voir plus loin, p. 340 ss.

¹⁰²⁷ Et en outre, dans cette affaire zurichoise, en présence du « *Gemeindeammann* » ; ATF 143 III 624, 640. Il ne s'agit pas du maire, mais d'une personne chargée notamment d'assister les tribunaux dans l'exécution des décisions, selon l'art. 147 de la Loi zurichoise d'organisation judiciaire et administrative pour les procédures civile et pénale (GOG), du 10 mai 2010.

¹⁰²⁸ Voir Patricia DIETSCHY-MARTENET, Commentaire *ad* art. 296 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 1344.

¹⁰²⁹ Romano LAHARPE, Christian GEHRIG, Recherches en paternité, aspects médico-techniques, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 779, déjà cités.

malgré l'usage de la force, et potentiellement dangereux, tant pour elle pour que ceux qui tenteraient de réaliser le prélèvement.

Dans de telles circonstances, il serait préférable de recueillir plutôt une goutte de sang capillaire, à l'aide d'une « lancette »¹⁰³⁰. Ce prélèvement sanguin est également simple à réaliser, même pour une personne qui ne serait pas un professionnel de la santé, et ne présente aucun danger particulier, si l'on excepte un risque théorique et insignifiant d'infection.

Il est surtout bien plus facile à réaliser qu'un prélèvement buccal lorsque le « patient » résiste vigoureusement : en général, la goutte de sang est recueillie à l'extrémité d'un doigt, qui peut être assez aisément immobilisé par la force. Enfin, une telle modalité paraît plus conforme à la dignité humaine que celle qui consisterait à tenter d'ouvrir par la force la bouche d'une personne qui résisterait, alors qu'une alternative existe. Correspondant à une atteinte, certes légère, à l'intégrité corporelle, elle est légitimée par l'art. 296 al. 2 CPC, qui contraint les parties et les tiers à se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation.

5. Expertise à propos des relations personnelles entre parents et enfants

5.1 Conditions de réalisation

Le Tribunal fédéral a rendu quelques décisions où est examinée l'opportunité d'ordonner une expertise conformément à l'art. 314e CC, dans la perspective d'un aménagement éventuel des relations personnelles entre parents et enfants, selon les art. 273 al. 2 CC ou 274 al. 2 CC. Trois d'entre elles peuvent servir de référence, dans la mesure où elles abordent les principales questions qui peuvent surgir dans un tel contexte¹⁰³¹.

¹⁰³⁰ Le sang capillaire contient en effet de l'ADN. Les cheveux n'en contiennent pas ; *contra*, Yvo SCHWANDER, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Myriam Gehri et al. (éd.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zurich 2015, p. 623.

¹⁰³¹ Voir aussi Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 654 ; Jérôme DELABAYS, Autorité parentale, droit de visite et procédure, quelques jurisprudences récentes, *in*: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), Droit de la famille et nouvelle procédure, Genève, Zurich, Bâle 2012, p. 175 ss ; Vera KLING, Gutachten in Familienrecht : Sind Standards notweindig ?, *in* : FamPra.ch 2009, p. 612 ss.

Dans une première décision¹⁰³², il s'agissait d'évaluer si les visites, notamment celles organisées sous une forme non surveillée, ou les vacances chez le parent titulaire du droit aux relations personnelles pouvaient porter préjudice à l'enfant, exposé ainsi à un risque abstrait de « mauvaise influence », comme l'alléguait l'autre partie.

Dans un second arrêt¹⁰³³, les juges devaient se prononcer sur les capacités éducatives d'une mère de deux enfants, affectée d'une maladie endocrinienne et dès lors incapable, selon le père, de s'en occuper. Dans cette décision, le Tribunal fédéral a également évoqué à titre d'*obiter dictum* l'hypothèse inverse, c'est-à-dire celle qui survient lorsque c'est l'enfant qui est affecté d'une maladie ou d'un handicap et qu'il faut alors apprécier les capacités d'un parent à faire face à ce défi éducatif supplémentaire.

Le troisième arrêt¹⁰³⁴ évoque, sans toutefois réellement les détailler, les « tests sanguins de dépistage d'alcool et de drogue » auxquels le recourant aurait été soumis¹⁰³⁵ ; la pratique judiciaire ou administrative semble en effet recourir à de telles analyses, ponctuelles ou régulières, lorsqu'une dépendance, réelle ou soupçonnée, peut faire craindre que les enfants soient négligés ou, à nouveau, exposés à une mauvaise influence, de nature à compromettre éventuellement leur développement.

Selon le Tribunal fédéral, s'il est allégué que « les visites, notamment celles organisées sous une forme non surveillée, chez le parent titulaire du droit aux relations personnelles portent préjudice à l'enfant, il est en règle générale indispensable d'ordonner une expertise » sur la question du droit de visite du parent qui n'a pas la garde parentale¹⁰³⁶. Dans ce cas, précise le Tribunal fédéral, il importe peu que, dans la procédure cantonale, les parties aient requis un tel moyen de preuve, la procédure étant régie à la fois par la maxime d'office et la maxime inquisitoire.

¹⁰³² ATF 122 III 404, JT 1998 I 46.

¹⁰³³ Arrêt du 5 décembre 2011 dans la cause 5A_402/2011, RSPC 2012 231.

¹⁰³⁴ Arrêt du 5 novembre 2018 dans la cause 5A_493/2018.

¹⁰³⁵ *Ibidem*, cons. 5.1. La lecture de la décision ne permet pas de déterminer si le recourant a subi ou non ces tests. Voir Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 666.

¹⁰³⁶ Arrêt du 14 juin 2004 dans la cause 5C.58/2004, cons. 2.1.3.

Ainsi, le juge ou l'autorité administrative compétente en matière de protection de l'enfant doit imposer une expertise lorsqu'elle apparaît comme le seul moyen de preuve approprié¹⁰³⁷, en particulier lorsqu'ils ne bénéficient pas de connaissances personnelles suffisantes pour se prononcer sur le bien de l'enfant, « par exemple lorsque celui-ci souffre d'une maladie ou présente un comportement pathologique »¹⁰³⁸, ou encore, comme dans l'arrêt examiné précédemment¹⁰³⁹, lorsque le parent à qui la garde est confiée souffre d'une maladie ou d'un handicap de nature à affecter son aptitude à s'occuper des enfants¹⁰⁴⁰.

5.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

5.2.1 *En principe*

L'obligation de collaborer à l'établissement des faits pertinents est prévue à l'art. 314e al. 1^{er} CC ; elle est imposée tant aux parties qu'à d'éventuels tiers¹⁰⁴¹.

Le législateur a expressément envisagé l'hypothèse d'un refus : « [e]n cas de nécessité, [l'autorité de protection de l'enfant] ordonne que l'obligation de collaborer soit accomplie sous la contrainte » (art. 314^e al. 1^{er} CC *in fine*).

Toutefois, si l'expertise est de nature psychologique ou psychiatrique, une mise en œuvre par contrainte peut rester lettre morte, une collaboration, au moins minime, de la personne concernée étant indispensable. A défaut, l'expert n'est pas en mesure d'accomplir sa mission.

¹⁰³⁷ Stephan MAZAN, Daniel STECK, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 1772.

¹⁰³⁸ Arrêts 5A_22/2011 du 16 février 2011 cons. 4.1 et 5A_798/2009 du 4 mars 2010, ATF 136 I 178, cons. 3.1.

¹⁰³⁹ Arrêt du 5 décembre 2011 dans la cause 5A_402/2011, RSPC 2012 231, déjà cité.

¹⁰⁴⁰ Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a toutefois retenu que l'appréciation de la juridiction inférieure, fondée sur l'avis du médecin traitant de la mère, qui souffrait d'un diabète de type I, n'était pas arbitraire, de sorte qu'une expertise n'était pas nécessaire.

¹⁰⁴¹ Voir notamment Peter BREITSCHMID, Kommentar *ad* Art. 314e ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1887 ss ; Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 1180 s.

Un refus de collaborer, au moins s'il est le fait d'une partie, pourrait alors être interprété comme une tentative de compromettre l'issue de la procédure, en empêchant l'établissement des faits. Une partie qui refuserait sans droit de collaborer à la réalisation d'une expertise s'exposerait par conséquent à voir le tribunal ou l'autorité de protection apprécier les preuves de manière défavorable pour elle et, en définitive, statuer en sa défaveur, conformément à l'art. 164 CPC.

5.2.2 *Pour des analyses de sang ou d'autres tests biologiques ?*

Il faut observer qu'aucune base légale claire et expresse, ni dans le Code civil, ni dans le Code de procédure civile, ne prévoit la possibilité de soumettre une partie à des tests sanguins ou à d'autres tests biologiques de dépistage d'alcool ou de drogue pour établir l'aptitude à s'occuper d'enfants. Or, la jurisprudence du Tribunal fédéral exige une telle base légale lorsque la mesure porte atteinte à l'intégrité corporelle.

Certes, un prélèvement sanguin ne constitue qu'une atteinte légère mais l'exigence de la base légale, matérielle dans un tel cas, demeure¹⁰⁴². Dans le contexte de l'aménagement des relations personnelles, elle fait défaut ; l'obligation de collaborer aux « examens nécessaires » de l'art. 296 al. 2 CPC ne concerne que les examens appropriés pour l'établissement de la filiation.

L'art. 160 al. 1^{er} lettre c CPC – qui permet d'imposer aux parties et aux tiers « un examen de leur personne » par un expert - est-il suffisant pour constituer la base légale autorisant de tels tests sanguins ? Une telle interprétation serait peut-être hasardeuse : le Message du Conseil fédéral, en tout cas, n'en dit rien¹⁰⁴³. Il faut avant tout relever dans ce contexte que le texte de la disposition en français diffère des textes allemand et italien : elle distingue entre « un examen de la personne ou une inspection de leurs biens », tandis que les versions allemande et italienne prévoient respectivement un « *Augenschein an Person oder Eigentum* » et une « *ispezione oculare della loro persona o dei loro beni* ». Dans une interprétation littérale des versions allemande ou italienne, l'« inspection

¹⁰⁴² Voir précédemment, p. 136.

¹⁰⁴³ Message CPC 2006, p. 6973 s.

oculaire » de la personne paraît permettre un examen visuel de l'état physique ou psychique de la personne concernée, sans toutefois aller jusqu'à autoriser une atteinte à son intégrité corporelle. Les mêmes notions se retrouvent d'ailleurs à l'art. 168 al. 1^{er} lettre c CPC et à l'art. 181 CPC ; lorsqu'elle les analyse dans ce contexte, la doctrine n'envisage pas une telle atteinte à l'intégrité¹⁰⁴⁴.

La doctrine romande, peut-être influencée par la teneur du texte français, semble généralement d'avis, cependant, que l'art. 160 al. 1^{er} lettre c CPC autorise des prélèvements sanguins et, par conséquent une atteinte à l'intégrité¹⁰⁴⁵. La doctrine alémanique ou tessinoise est plus partagée, entre les auteurs qui tiennent une telle atteinte comme admissible, pour autant que les droits de la personnalité et le principe de la proportionnalité soient respectés¹⁰⁴⁶, et ceux qui se gardent de mentionner une atteinte à l'intégrité corporelle dans leurs réflexions¹⁰⁴⁷. On peut, toutefois, douter que la marge de manœuvre laissée au juge lorsqu'il statue selon la maxime inquisitoire – de sorte que le *numerus clausus* des moyens de preuve n'est plus applicable¹⁰⁴⁸ – soit suffisante pour permettre d'échapper à l'exigence de base légale pour toute atteinte à l'intégrité corporelle.

¹⁰⁴⁴ Voir précédemment, p. 185.

¹⁰⁴⁵ Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 785 ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 758.

¹⁰⁴⁶ Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 160 CPC, *in*: Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 958 s., dont le point de vue se focalise cependant avant tout sur l'art. 296 CPC ; Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 1226.

¹⁰⁴⁷ Ernst SCHMID, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 939 ; Franz HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Band I, p. 110 ;

¹⁰⁴⁸ Voir précédemment, p. 184.

6. Traitements médicaux dans le cadre de l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants

6.1 Conditions de réalisation

Parmi les mesures qui peuvent être ordonnées dans un tel contexte, conformément à l'art. 273 al. 2 CC à titre d'« instructions » aux parents qui détiennent l'autorité parentale ou la garde¹⁰⁴⁹, ou, conformément à l'art. 274 al. 2 CC¹⁰⁵⁰ à titre de condition pour l'exercice du droit aux relations personnelles reconnu au parent qui n'a pas la garde, peuvent figurer notamment l'obligation de se soumettre à un traitement médical ou psychologique, pour un des deux parents ou pour les deux parents¹⁰⁵¹ ou pour l'enfant¹⁰⁵², ou encore la mise en place d'une thérapie à l'occasion des visites¹⁰⁵³.

6.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

6.2.1 *En principe*

L'obligation de collaborer est mise en œuvre selon les règles de la procédure civile (art. 335 ss CPC, en particulier 343 al. 3 CPC), conformément à l'art. 450f CC, auquel renvoie 314 CC, à moins que les cantons n'en disposent autrement. Cette hypothèse n'est pas réalisée dans les cantons romands : aucune norme imposant un acte de nature médicale ne peut être identifiée dans les dispositions d'application de droit cantonal relative à la protection de l'enfant. En cas de refus de collaborer, la mesure

¹⁰⁴⁹ Ingeborg SCHWENZER, Michelle COTTIER, Kommentar *ad* Art. 273 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1608 ss; Audrey LEUBA, Commentaire *ad* art. 273 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1708 ss.

¹⁰⁵⁰ Voir notamment Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 650 ss ; Ingeborg SCHWENZER, Michelle COTTIER, Kommentar *ad* Art. 274 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1630 s.; Audrey LEUBA, Commentaire *ad* art. 274 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1721 ss.

¹⁰⁵¹ RVJ 2015 240 ; arrêt du 11 juin 2010 dans la cause 5A_140/2010, cités par Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 667.

¹⁰⁵² Arrêt du 5 décembre 2011 dans la cause 5A_615/2011, cité par Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 666.

¹⁰⁵³ Arrêt du 27 septembre 2005 dans la cause 5P_263/2005, cité par Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 666.

pourrait être mise en œuvre par contrainte, avec « l'assistance de l'autorité compétente » (art. 343 al. 3 CPC).

Une nouvelle fois, pour des traitements de nature psychique, comme pour les expertises psychologiques ou psychiatriques examinées précédemment, l'obligation de collaborer peut rester lettre morte si la personne concernée refuse toute forme de collaboration, même minimale. Dans un tel cas, le soignant n'est en effet pas en mesure de réaliser le traitement ordonné.

Cependant, si le traitement est envisagé comme une condition pour pouvoir entretenir des relations personnelles, on peut concevoir que le ou les parents concernés se plieront aux instructions émises par la juridiction ou l'autorité compétente.

6.2.2 Pour des traitements portant atteinte à l'intégrité corporelle ?

Il faut observer une fois encore qu'aucune base légale claire et expresse dans le Code civil ne prévoit la possibilité d'imposer un traitement médical dans le cadre de l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants. Or, la jurisprudence du Tribunal fédéral exige une telle base légale lorsque la mesure porte atteinte à l'intégrité corporelle.

Certes, les traitements ordonnés dans le cadre précité paraissent avant tout psychologiques ou psychiatriques. On ne peut exclure cependant que ces traitements puissent porter atteinte à l'intégrité psychique ; dans un tel cas, l'exigence de la base légale, au moins matérielle, demeure¹⁰⁵⁴. Dans le contexte de l'aménagement des relations personnelles, elle fait défaut ; l'obligation de collaborer aux « examens nécessaires » de l'art. 296 al. 2 CPC ne concerne que des examens – et non des traitements –, au surplus uniquement destinés à élucider la question de la filiation.

¹⁰⁵⁴ Voir précédemment, p. 136.

7. Voies de droit

7.1 Dans les affaires de filiation

Une partie ou un tiers contre lesquels une expertise génétique a été ordonnée peuvent contester la décision devant la juridiction cantonale compétente, en application de l'art. 319 lettre b chiffre 2 CPC : cette disposition offre une possibilité de recours contre des ordonnances d'instruction de première instance qui peuvent causer un préjudice difficilement réparable¹⁰⁵⁵. La décision de la juridiction cantonale peut être déferée au Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours en matière civile selon les art. 72 ss LTF, puisqu'elle est de nature à causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1^{er} lettre a LTF).

Les mesures concrètes d'exécution mises en œuvre par la personne chargée de l'exécution paraissent en revanche « inattaquables »¹⁰⁵⁶. Cependant, si la partie ou le tiers conteste les modalités de l'exécution forcée par l'« autorité compétente » à laquelle la personne chargée de l'exécution s'est adressée pour obtenir une assistance, ce sont les procédures prévues par le droit public cantonal et la juridiction administrative qui doivent être suivies¹⁰⁵⁷.

7.2 Dans les affaires relatives à l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants

La détermination de la voie de droit cantonale appropriée dans une affaire relative à l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants va dépendre de l'autorité ayant statué. Il peut s'agir d'une décision rendue par un juge dans une affaire matrimoniale ; dans un tel cas, la décision peut faire l'objet d'un appel ou d'un recours devant la juridiction

¹⁰⁵⁵ Voir notamment Françoise BASTONS BULLETTI, Commentaire *ad* art. 319 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al. (éd.), Petit commentaire CPC, p. 1425 ss ; Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 319 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 1547 s. ; Karl SPÜHLER, Kommentar *ad* Art. 319 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 1927 ss.

¹⁰⁵⁶ Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 343 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 1631.

¹⁰⁵⁷ Arrêt du 2 juin 2014 dans la cause 4A_132/2014, cons. 3 ; Denis PIOTET, Commentaire *ad* art. 343 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al. (éd.), Petit commentaire CPC, p. 1513.

compétente, en fonction des griefs invoqués, selon les voies usuelles de la procédure civile (art. 308 ss CPC). Il peut aussi s'agir d'une décision rendue par une autorité de protection de l'enfant ; quel que soit son statut, administratif ou judiciaire, sa décision peut être portée, selon l'art. 450 al. 1^{er} CC par renvoi de l'art. 314 CC, devant « le juge compétent » désigné par le droit cantonal.

Les décisions de dernière instance cantonale peuvent ensuite être déférées au Tribunal fédéral dans le cadre de recours en matière civile au sens des art. 72 ss LTF, « indépendamment de la question de savoir si elles émanent du juge matrimonial ou d'une autorité de protection »¹⁰⁵⁸. Un tel recours est aussi recevable contre « les décisions prises selon l'art. 274a CC, [c'est-à-dire celles qui ont trait au] droit aux relations personnelles d'un tiers »¹⁰⁵⁹.

Cependant, le Tribunal fédéral fait généralement preuve d'une grande retenue dans l'appréciation des décisions cantonales rendues dans le domaine des relations personnelles. Il ne s'en distancie que « lorsque l'autorité s'est écartée sans raison des principes consacrés par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'elle a tenu compte d'éléments qui n'auraient dû jouer aucun rôle (car dépourvus d'importance au regard du bien de l'enfant), ou au contraire omis de prendre en considération des circonstances pertinentes et des critères essentiels, ou encore lorsque l'appréciation de l'autorité est manifestement inadéquate ou injustement choquante dans son résultat »¹⁰⁶⁰.

8. Synthèse

Les expertises nécessaires à établir la filiation – un prélèvement anodin de matériel génétique et son analyse – peuvent être imposées aux parties et aux tiers, le droit de ne pas collaborer prévu par les art. 164 CPC, 165 CPC et 166 CPC n'étant pas applicable à ce genre de procédure, selon l'art. 296 al. 2 CPC. En cas de nécessité, le recours à la contrainte est

¹⁰⁵⁸ Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 692, qui s'appuient sur l'arrêt du 7 juin 2011 dans la cause 5A-438/2015, cons. 3.1.

¹⁰⁵⁹ Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 692, qui s'appuient cette fois sur l'arrêt du 16 février 2009 dans la cause 5A-831/2008, cons. 1.1.

¹⁰⁶⁰ Philippe MEIER, Martin STETTLER, p. 692 s.

possible, conformément à l'art. 167 al. 1^{er} lettre c CPC. Il s'agit d'une des rares situations pour lesquelles le droit fédéral autorise le recours à la contrainte. Cette mesure étant la seule efficace pour garantir à la fois une administration efficace de la justice civile et la réalisation du droit à connaître son ascendance, ces modalités apparaissent appropriées, pour un acte médical isolé correspondant à une atteinte légère à l'intégrité corporelle.

Les expertises médicales nécessaires pour évaluer l'opportunité d'un aménagement particulier des relations personnelles entre parents et enfants peuvent également être imposées, tant aux parties qu'à d'éventuels tiers, selon l'art. 314e CC. En cas de refus, l'autorité ou la juridiction compétente peut au surplus ordonner que l'obligation soit mise en œuvre par contrainte.

Il faut observer ici qu'aucune base légale claire et expresse, ni dans le Code civil, ni dans le Code de procédure civile, ne prévoit la possibilité de soumettre une partie à des tests sanguins de dépistage d'alcool ou de drogue, soit à des actes portant atteinte à l'intégrité corporelle, pour établir l'aptitude à s'occuper d'enfants.

L'absence de base légale expresse existe également à propos des traitements médicaux qui seraient ordonnés dans le cadre de l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants, dans l'hypothèse où ils pourraient porter atteinte à l'intégrité corporelle. Ces traitements peuvent être imposés, éventuellement par la contrainte, selon l'art. 343 al. 3 CPC. Au demeurant, lorsqu'il s'agit de traitement de nature psychique ou psychiatrique, l'obligation de collaborer peut rester lettre morte si la personne concernée refuse toute collaboration, empêchant concrètement le soignant de réaliser le traitement imposé.

* * * * *

CHAPITRE VIII :

Les mesures dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance ou de traitement

1. Le contexte

Le placement à des fins d'assistance ou de traitement, parfois désigné par son acronyme de « PAFA », est conçu comme un moyen à la fois juridique et thérapeutique d'apporter un traitement notamment lors d'affections psychiques, en autorisant légalement l'admission ou le maintien sans consentement d'un patient dans une institution de soins appropriée et, dans certains cas, en autorisant aussi des soins sans consentement. Il s'agit formellement d'une mesure de droit civil, intégrée dans la partie du Code civil plus généralement dévolue à la protection de l'adulte¹⁰⁶¹ ; le placement à des fins d'assistance comporte cependant, matériellement, une dimension de droit public assez manifeste.

« L'admission non volontaire représente un fait majeur dans la pratique de la psychiatrie sous les aspects à la fois thérapeutique, éthique et symbolique. La nature de la législation qui régit le placement à des fins d'assistance a des conséquences majeures sur la façon dont la psychiatrie s'exerce et sur l'image que le public perçoit de cet exercice »¹⁰⁶². Une telle mesure ne peut viser que des patients souffrant de « troubles psychiques »

¹⁰⁶¹ En exécution des art. 360 ss CC. Le placement à des fins d'assistance doit être distingué des privations de liberté prononcées dans le cadre de la procédure pénale ou du droit pénal, ou encore du droit administratif, notamment dans le cadre de la lutte contre les épidémies, voir plus loin, p. 541 ss.

¹⁰⁶² Gérard NIVEAU, Médecine, psychiatrie, protection de l'adulte, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 59.

ou d'une «déficiência mentale», tels que la schizophrénie, les démences mentales ou les dépressions ; la notion de troubles psychiques inclut également les dépendances¹⁰⁶³. Le Code civil mentionne encore parmi les causes de placement le « grave état d'abandon ».

En revanche, il n'est pas question d'utiliser une mesure de cette nature pour hospitaliser ou soigner contre sa volonté un patient nécessitant des soins pour une affection de type somatique¹⁰⁶⁴. Dans un tel cas, le respect de son droit à l'autodétermination prime ; si le patient est incapable de discernement, ce sont les art. 377 et 378 CC¹⁰⁶⁵ qui sont applicables, voire l'art. 379 CC dans une situation d'urgence¹⁰⁶⁶.

Quoique des données statistiques précises fassent défaut¹⁰⁶⁷, on observe dans ce contexte, notamment en milieu urbain, une augmentation des procédures impliquant des personnes vivant seules ou sans entourage et souffrant d'affections psychiques, en particulier liées à l'âge¹⁰⁶⁸. Ainsi, le placement à des fins d'assistance paraît désormais aussi mis en œuvre afin de sortir certains individus d'un isolement social¹⁰⁶⁹, lorsque les dispositifs d'aide ou de soins à domicile ont échoué ou ont atteint leurs limites.

Un placement à des fins d'assistance ou de traitement tel qu'il est prévu par le Code civil aux art. 426 ss CC ne vise que des personnes majeures, qu'elles soient capables ou incapables de discernement. Pour les mineurs, les règles applicables sont celles qui sont énoncées à l'art. 314b

¹⁰⁶³ Parmi les « cas » de privation de liberté à des fins d'assistance énoncés par l'ancien art. 397a CC figuraient expressément l'alcoolisme et la toxicomanie.

¹⁰⁶⁴ Voir notamment Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 16, p. 291.

¹⁰⁶⁵ Ces dispositions règlent en substance la problématique de la représentation dans le domaine médical ; voir précédemment p. 117 ss.

¹⁰⁶⁶ Voir précédemment, p. 155 ss.

¹⁰⁶⁷ Jürg GASSMANN, René BRIDLER, Fürsorgerische Unterbringung, in: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 329 ss. L'Observatoire suisse de la santé compile des données à propos des placements à partir de 2016, en se fondant notamment sur la Statistique médicale des hôpitaux ; ces données n'englobent donc pas les placements dans d'autres institutions. Voir [Placements en établissement psychiatrique à des fins d'assistance | OBSAN \(admin.ch\)](#).

¹⁰⁶⁸ En 2016, un quart des patients placés avait plus de 65 ans, dans le canton de Vaud ; voir Jérôme CACHIN, Trop de placements forcés, in: Le Courrier du 24 juin 2018, <https://lecourrier.ch/2018/06/24/trop-de-placements-forces/>.

¹⁰⁶⁹ Arrêt du 14 janvier 2010 dans la cause 5A_828/2009. Voir aussi Peter VOLL, Données de base en sciences sociales, in: CommFam Protection de l'adulte, p. 32 ss.

CC lorsque l'enfant est placé sous autorité parentale et à l'art. 327c al. 3 CC lorsque l'enfant est sous tutelle¹⁰⁷⁰ ; elles prévoient notamment une application par analogie des dispositions de la protection de l'adulte lorsqu'un enfant est placé dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique¹⁰⁷¹.

La mesure de placement peut associer deux situations dans lesquelles le respect du consentement éclairé n'est pas une exigence légale : d'une part, l'admission ou le maintien dans une institution de soins contre la volonté du patient et, d'autre part, dans certaines circonstances particulières, un traitement sans consentement.

2. Bref historique

2.1 Placement ou maintien sans consentement dans une institution de soins

Le placement à des fins d'assistance - ou ce qui en tenait lieu, sous des désignations diverses (internement administratif¹⁰⁷², hospitalisation d'office, ...) - était régi jusqu'en 1980 par le droit cantonal¹⁰⁷³. Il relevait souvent, par nature, du droit administratif et, souvent aussi, n'offrait pas les garanties procédurales nécessaires, même les plus élémentaires¹⁰⁷⁴. C'est par exemple la possibilité de saisir un juge ou une autorité juridictionnelle pour contester la mesure qui faisait défaut, ouvrant ainsi la voie à des cas

¹⁰⁷⁰ Voir notamment Isabel Linda GEISSBERGER, Die fürsorgerische Unterbringung Mindejähriger de lege ferenda, *in*: FamPra.ch 2020, p. 287 ss; Peter BREITSCHMID, Kommentar *ad* Art. 314b ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1883 ss; Bettina LIENHARD, Kurt AFFOLTER, Kommentar *ad* Art. 327c ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1966 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 624 ss.

¹⁰⁷¹ Les conditions matérielles du placement d'un mineur sont celles qui résultent de l'art. 310 CC, tandis que les conditions formelles relèvent des art. 426 ss CC. Voir notamment Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 8, p. 287-8.

¹⁰⁷² Louise HAUPTMANN, Internements administratifs, une époque révolue ? *in*: Jusletter du 19 octobre 2020.

¹⁰⁷³ Voir Message PLFA 1977, p. 9 ss ; deux cantons n'avaient pas de législation à ce propos. Christoph HÄFELI, Genèse de la loi, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 3 ss ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 668 ss (section 1. Petite histoire d'une mesure ambiguë).

¹⁰⁷⁴ Voir notamment Roland BERSIER, La Liberté personnelle – L'internement des aliénés et des asociaux – La stérilisation des aliénés (thèse), Crémises 1968.

d'abus manifeste et d'atteinte grave, voire gravissime aux libertés individuelles¹⁰⁷⁵.

Or, la possibilité de recourir à une autorité judiciaire contre une privation de liberté est une exigence de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 5 CEDH)¹⁰⁷⁶. Lorsque, le 28 novembre 1974, la Convention est entrée en vigueur pour la Suisse, une réserve a dû être émise¹⁰⁷⁷, qui se voulait « temporaire »¹⁰⁷⁸, dans la mesure où son droit interne ne satisfaisait pas aux exigences conventionnelles sur ce point. Cette réserve¹⁰⁷⁹ était destinée à « exclure l'application de cette disposition aux lois en vigueur dans plusieurs cantons, qui prévoient l'internement de certaines catégories de personnes par décision d'une autorité administrative. Elle [tenait] compte, d'une part, du fait que le cercle des personnes qui peuvent être internées administrativement dans quelques cantons [allait] au-delà de ce que permet l'article 5, paragraphe 1, lettres d et e, de la convention et, d'autre part, de l'absence, dans plusieurs cantons, d'un contrôle judiciaire de la décision d'internement prise par une autorité administrative, contrairement à l'article 5, paragraphe 4, de la convention »¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁵ Certaines de ces graves atteintes ont perduré après l'entrée en vigueur du droit fédéral, après 1981 ; voir notamment les arrêts rendus par le Tribunal administratif fédéral le 28 janvier 2020 dans les causes B-5393/2019 et B-3598/2019.

¹⁰⁷⁶ Voir précédemment, p. 8.

¹⁰⁷⁷ En application de l'art. 57 CEDH.

¹⁰⁷⁸ Voir le Message PLFA 1977, 4.

¹⁰⁷⁹ « [L]es dispositions de l'article 5 de la convention seront appliqués sans préjudice, d'une part, des dispositions des lois cantonales autorisant l'internement de certaines catégories de personnes par décision d'une autorité administrative, et, d'autre part, des dispositions cantonales relatives à la procédure de placement d'un enfant ou d'un pupille dans un établissement en vertu du droit fédéral sur la puissance paternelle ou sur la tutelle. » Voir l'arrêté fédéral approuvant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, art. 1^{er} lettre a, RO 1974, 2148.

¹⁰⁸⁰ Message du 4 mars 1974 concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales FF 1974 I 1020, 1027.

La réserve a pu être retirée¹⁰⁸¹ lorsque la Suisse a introduit dans son droit interne¹⁰⁸², dès le 1^{er} janvier 1981, des règles fixant les conditions d'une « privation de liberté à des fins d'assistance » - « PLAFA », selon l'acronyme de l'époque - et permettant de soumettre à un juge la légalité ou l'opportunité de toute privation de liberté, y compris d'une mesure qui ne correspondrait pas à une sanction mais à une mesure de protection (art. 6 CEDH et, aujourd'hui, art. 31 Cst)¹⁰⁸³.

Les règles régissant la privation de liberté à des fins d'assistance ont subi des modifications importantes lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, le 1^{er} janvier 2013¹⁰⁸⁴. La « privation de liberté » a été remplacée par le « placement » - de sorte que la « PLAFA » s'est muée en « PAFA » - et les « établissements » sont aujourd'hui des « institutions ». Outre ces modifications terminologiques, la formulation des cas de placement a évolué par rapport à l'ancien droit. En particulier, le législateur a retiré de la liste des cas la « maladie mentale », la « faiblesse d'esprit », l'« alcoolisme » et la « toxicomanie », préférant à ces notions peu utilisables la notion plus générale de « troubles psychiques » et celle de « déficience mentale »¹⁰⁸⁵.

En outre, le nouveau droit de la protection de l'adulte prévoit expressément, lors d'un placement à des fins d'assistance, la possibilité de d'administrer des soins sans consentement à un patient qui « n'a pas la

¹⁰⁸¹ Voir le Message PLAFA 1977, 58 s.

¹⁰⁸² Plus spécifiquement dans la Troisième partie du Code civil consacrée à la « Tutelle » (art. 360 ss aCC) ; le législateur a inséré un Chapitre VI relatif à la « privation de liberté à des fins d'assistance » (art. 397a à 397f aCC), dont le titre reprenait la terminologie de la Convention. Voir notamment Eugen SPIRIG, *Die fürsorgliche Freiheitsentziehung Art. 397a-397f, Zürcher Kommentar*, Zurich 1995.

¹⁰⁸³ Voir notamment Michel HOTTELIER, *Commentaire ad art. 31 Cst*, in: *Commentaire romand Cst*, p. 931 ss ; Frank SCHÜRMANN, *Kommentar ad Art. 31 BV*, in: *Basler Kommentar BV*, p. 666 ss ; Pascal MAHON vol. II, p. 316 ss ; Andreas AUER et al., vol. II, p. 160 ss.

¹⁰⁸⁴ Le droit de la tutelle n'avait pratiquement pas été modifié depuis l'adoption du Code civil, en 1907, si ce n'est les règles relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance. Le nouveau droit de la « protection de l'adulte » constitue la Troisième partie du Livre deuxième consacré au droit de la famille, art. 360 ss CC.

¹⁰⁸⁵ Seule la notion de « grave état d'abandon » a survécu à la modification législative de cette disposition.

capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement », selon l'art. 434 CC.

2.2 Soins sans consentement dans l'institution

Le Code civil dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2012 ne contenait aucune disposition spécifiquement consacrée aux soins sans consentement dans le cadre d'une privation de liberté à des fins d'assistance. Avant d'être fixée définitivement, la jurisprudence du Tribunal fédéral à ce propos « a longtemps fluctué », comme le relevait à juste titre le Conseil fédéral¹⁰⁸⁶ et comme l'illustrent les extraits d'arrêts qui suivent¹⁰⁸⁷ :

- « Si une hospitalisation non volontaire peut intervenir lorsque des soins sont nécessaires, cela implique que ces soins peuvent être donnés contre la volonté du patient, sans quoi elle n'a pas de raison d'être » (mars 1990)¹⁰⁸⁸ ;
- L'art. 397a CC « ne dit rien quant à la nature du traitement mais règle uniquement la question des conditions à remplir et de la procédure à suivre pour le placement d'une personne dans un établissement, afin que soit licite la privation de liberté en résultant » (juillet 1992)¹⁰⁸⁹ ;
- « La privation de liberté à des fins d'assistance vise [...] essentiellement à imposer à une personne un traitement auquel elle refuse de se soumettre [...]. Le fait que l'internement de la personne se décide contre son gré ne change rien au fait qu'il s'agit

¹⁰⁸⁶ Message Oviedo 2001, 299.

¹⁰⁸⁷ Cette énumération figure dans le Rapport de l'Office fédéral de la justice en vue de la procédure de consultation relative à la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, de septembre 1998, p. 18. Elle est reprise par Jean-François DUMOULIN, *Privation de liberté à des fins d'assistance, mesures de contention et traitement forcé*, in: Jacques Gasser, Bertrand Yersin (éd.), *Prescrire la contrainte ?*, Genève 2000, p. 35 ss, 37-38.

¹⁰⁸⁸ Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, arrêt du 29 mars 1990, non publié.

¹⁰⁸⁹ ATF118 II 254, JT 1996 I 259.

en premier lieu d'une mesure d'assistance et de traitement » (août 1992)¹⁰⁹⁰ ;

- « La lettre [de l'art. 397a CC] ne contient ainsi aucune disposition relative aux conditions ou aux modalités d'un traitement forcé pendant la durée d'une privation de liberté à des fins d'assistance [...]. C'est aux cantons qu'il appartient de régler la question des mesures de traitement » (octobre 1992)¹⁰⁹¹.

C'est en définitive la solution retenue dans le dernier de ces arrêts qui a prévalu jusqu'au 1^{er} janvier 2013 : les dispositions du Code civil autorisaient certes l'admission sans consentement d'un patient souffrant de troubles psychiques dans un établissement approprié, mais ne permettaient pas que des soins sans consentement lui soient administrés après son admission¹⁰⁹². Seul le droit cantonal – à supposer qu'il existe – pouvait prévoir de telles mesures.

A l'occasion de la révision de cette partie du Code civil, on s'est interrogé, tant parmi les médecins que parmi les juristes, sur l'opportunité de maintenir intégralement ce dispositif juridique. En effet, il plaçait parfois les institutions psychiatriques recevant ces patients dans une situation de porte-à-faux : tenues de les accueillir, elles ne pouvaient pas toujours les soigner, alors que leur vocation est précisément de fournir des traitements à leurs patients. Des institutions de soins devenaient alors de « simples » lieux de détention.

Dans les nouvelles dispositions du Code civil, le législateur fédéral tente d'apporter une réponse nuancée à ce dilemme. Désormais, à l'occasion d'un placement, des soins peuvent être administrés, même contre la volonté du patient, en cas d'urgence, si ces soins sont indispensables et si la protection du patient ou celle d'autrui l'exige (art. 435 CC). Des soins peuvent aussi être prescrits si le défaut de traitement met gravement en péril la santé de la personne concernée ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui,

¹⁰⁹⁰ RCC 1992, 508.

¹⁰⁹¹ ZBl 1993 504 ; ensuite, ATF 125 III 169 ; 126 I 112 ; 127 I 9 ; 130 I 18.

¹⁰⁹² A moins que, par son comportement, le patient ne mette en danger les autres patients ou le personnel soignant. Dans de telles circonstances, la « clause générale de police » autorisait, exceptionnellement, des mesures thérapeutiques. A propos de la clause générale de police, voir précédemment, p. 142 ss.

et pour autant que la personne concernée n'ait pas la capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement (art. 434 CC). Le sens et la portée de cette dernière condition sont cependant l'objet de controverses¹⁰⁹³.

2.3 Placement sans consentement en vue d'une expertise psychiatrique

Lorsqu'une expertise psychiatrique est indispensable afin d'évaluer l'opportunité d'un placement à des fins d'assistance ou de traitement, l'autorité de protection de l'adulte ordonne une telle expertise (art. 449 CC). Si elle ne peut pas être effectuée de manière ambulatoire, la personne concernée peut être placée à cet effet dans une institution appropriée.

Il s'agit d'une nouveauté dans le Code civil, qui ne prévoyait aucune norme de cette nature dans sa version antérieure. Un placement sans consentement à des fins d'expertise était cependant déjà admis par la jurisprudence avant l'entrée en vigueur des nouvelles normes relatives à la protection de l'adulte¹⁰⁹⁴.

2.4 Soins à la sortie de l'institution

La disposition relative aux soins à la sortie de l'institution (art. 437 CC) constitue également une nouveauté dans le Code civil, qui ne contenait aucune norme de cette nature dans sa version antérieure. Les soins administrés à la sortie de l'institution (les soins post-institutionnels) relevaient précédemment du droit cantonal, lorsqu'il existait.

En Suisse romande, seul la législation du canton de Neuchâtel contenait une disposition de cet effet¹⁰⁹⁵. Cette disposition a été abrogée lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral relatif à la protection de

¹⁰⁹³ Voir plus loin, p. 283 s.

¹⁰⁹⁴ Arrêt du 14 avril 2010 dans la cause 5A_250/2010 ; arrêt du 8 juin 2010 dans la cause 5A_358/2010 ; arrêt du 26 juillet 2010 dans la cause 5A_432/2010, (cons. 4.1, non traduit dans JT 2010 I 358) ; arrêt du 14 octobre 2010 dans la cause 5A_668/2010 ; voir notamment Philippe MEIER, Suzana LUKIC, no 110, p. 51.

¹⁰⁹⁵ Art. 37 de la Loi de santé du 6 février 1995.

l'adulte, le 1er janvier 2013, et remplacée par une norme d'application du Code civil¹⁰⁹⁶.

Cette innovation dans le droit fédéral n'en est une qu'en apparence : l'art. 437 CC se borne à formaliser un renvoi – une « réserve attributive »¹⁰⁹⁷ – vers le droit cantonal. Le droit fédéral ne contient par conséquent aucune règle de droit matériel à ce propos. Comme pour le placement sans consentement à des fins d'expertise, l'obligation de se soumettre à des mesures ambulatoires avait déjà été admise par la jurisprudence avant l'entrée en vigueur des nouvelles normes relatives à la protection de l'adulte¹⁰⁹⁸.

3. Normes applicables

3.1 Droit fédéral

Les art. 426 à 439 CC regroupent aujourd'hui les normes de droit matériel relatives au placement à des fins d'assistance¹⁰⁹⁹ ; les art. 440 à 450g CC régissent quant à eux l'organisation de la protection de l'adulte, c'est-à-dire la désignation des autorités compétentes et la procédure applicable à la protection de l'adulte et au placement.

Formalisant une mesure de protection de l'adulte, ces règles se trouvent à la fin du titre du Code civil consacré à ce thème, dont elles constituent un cas particulier, lorsque la protection appelle des mesures de placement ou des mesures de traitement ; cependant, on l'a dit, le placement à des fins d'assistance comporte une dimension de droit public assez manifeste. Le droit fédéral traite exhaustivement de cette problématique, de sorte qu'il n'y a plus de place pour du droit matériel cantonal dans ce

¹⁰⁹⁶ Art. 33 de la loi du 6 novembre 2012 concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

¹⁰⁹⁷ Philippe MEIER, Suzana LUKIC, no 1312, p. 632.

¹⁰⁹⁸ Arrêt du 23 mars 2011 dans la cause 5A_177/2011 ; arrêt du 9 avril 2010 dans la cause 5A_256/2010, l'un et l'autre cités par Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 437 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 770.

¹⁰⁹⁹ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 426 ss ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2595 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 591 ss ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 ss CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 666 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 299 ss.

domaine, sous réserve des cas de délégation de compétences aux cantons et des dispositions d'application du droit cantonal¹¹⁰⁰.

L'art. 434 CC aborde plus spécifiquement la problématique des traitements sans consentement, qui peuvent être prescrits à titre exceptionnel, lorsque certaines conditions sont remplies¹¹⁰¹. L'art. 435 CC fixe quant à lui le cadre des soins médicaux indispensables qui peuvent être administrés en urgence – « immédiatement » - à une personne admise contre sa volonté dans une institution.

L'art. 449 CC permet, lui, une admission non volontaire dans une institution appropriée afin de réaliser une expertise psychiatrique destinée à évaluer l'opportunité d'un placement. Dans une telle situation, seule une expertise est possible, à l'exclusion de tout traitement, même par anticipation¹¹⁰².

3.2 Droit cantonal

3.2.1 *Règles de procédure, droit complémentaire et organisation judiciaire*

Le placement à des fins d'assistance étant une mesure de droit civil¹¹⁰³, les règles de procédure qui devraient être mises en œuvre lors d'un placement devraient être celles qui sont prévues par le Code de procédure civile suisse¹¹⁰⁴.

Cependant, le placement peut porter une atteinte grave aux droits fondamentaux de la personne visée par la mesure. Le Code civil comporte par conséquent certaines dispositions de procédure spécifiques (art. 443 ss CC)¹¹⁰⁵, qui règlent de manière assez étendue le déroulement de la

¹¹⁰⁰ Voir notamment Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, no 1353a, p. 592.

¹¹⁰¹ Voir plus loin, p. 282 s.

¹¹⁰² Voir plus loin, p. 287.

¹¹⁰³ Même si, on l'a dit, il constitue plutôt du droit public matériel.

¹¹⁰⁴ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272).

¹¹⁰⁵ Voir notamment Luca MARANTA et al., Kommentar *ad* Art. 443 ss ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2716 ss ; Daniel STECK, Commentaire *ad* Art. 443 ss CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 824 ss.

procédure et les droits procéduraux de la personne concernée, notamment le droit d'être entendu (art. 447 CC), la représentation (art. 449a CC) et la consultation du dossier (art. 449b CC), tant devant l'autorité de protection de l'adulte que devant l'autorité de recours (art. 450e CC)¹¹⁰⁶.

Pour le surplus, les cantons peuvent adopter des règles de procédure particulières, en exécution de l'art. 450f CC¹¹⁰⁷ ; ils peuvent aussi adapter les règles de droit matériel dans les quelques situations où le droit fédéral leur en laisse le loisir. Ils peuvent par exemple fixer une durée inférieure à six semaines pour un placement prononcé par un médecin, selon l'art. 429 al. 1er CC. Ces réserves en faveur du droit cantonal correspondent à des réserves « habilitantes »¹¹⁰⁸ : à défaut de telles règles, les dispositions du Code civil s'appliquent et celles du Code de procédure civile s'appliquent par analogie.

Le droit cantonal règle dès lors essentiellement l'organisation judiciaire, c'est-à-dire la désignation des autorités compétentes pour prononcer un placement et pour examiner d'éventuels recours, ainsi que quelques points particuliers, parfois mineurs, de procédure¹¹⁰⁹.

3.2.2 Règles concernant les soins pré- et post-institutionnels

C'est bien le droit cantonal qui règle la prise en charge de la personne concernée à la sortie de l'institution (art. 437 al. 1^{er} CC).

¹¹⁰⁶ Voir plus loin, p. 297 ss.

¹¹⁰⁷ Par exemple, pour le canton de Vaud, l'art. 21 ss de la Loi vaudoise d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant, du 29 mai 2012 (LVPAE) et le Règlement du 18 décembre 2012 sur le registre des mesures de protection ; pour le canton du Valais, art. 111 ss de la Loi valaisanne d'application du code civil suisse du 24 mars 1998 [LACCS] et art. 36 de l'ordonnance du 22 août 2012 sur la protection de l'enfant et de l'adulte pour l'admission « dans l'établissement le plus approprié ».

¹¹⁰⁸ Voir notamment Denis PIOTET, *Droit cantonal complémentaire, Traité de droit privé*, vol. I, Tome II, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, p. 20.

¹¹⁰⁹ Sur le champ d'application du droit cantonal, voir notamment Luca MARANTA et al., *Kommentar ad Art. 450f ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2860 ss ; Daniel STECK, *Kommentar ad Art. 450f ZGB*, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 561 ss ; Daniel STECK, *Commentaire ad art. 450f CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 944 ss.

En réalité, le droit cantonal règle non seulement les soins post-institutionnels, auxquels le Code civil fait expressément référence, mais également les soins pré-institutionnels qui pourraient être ordonnés par l'autorité de protection de l'adulte.

De tels soins prennent la forme de mesures ambulatoires (art. 437 al. 2 CC)¹¹¹⁰, éventuellement mises en œuvre par la contrainte. C'est également le droit cantonal qui règle la question des voies de droit contre des décisions imposant des soins ambulatoires.

3.3 Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)

Il faut encore, dans le contexte du placement à des fins d'assistance, citer les Directives médico-éthiques en matière de « [m]esures de contrainte en médecine »¹¹¹¹. Elles sont notamment applicables aux soins dispensés sans consentement, ainsi qu'aux « mesures limitatives de liberté » dans les institutions sanitaires ou médico-sociales.

Selon ces Directives, le traitement sans consentement d'une personne faisant l'objet d'un placement ne peut être envisagé que si le patient est incapable de discernement¹¹¹². Quoiqu'elles fassent référence à la notion d'incapacité à saisir la nécessité d'un traitement¹¹¹³, comme le Code civil, elles ne paraissent pas avoir été rédigées avec la volonté d'ériger ce critère particulier en une nouvelle forme d'incapacité de discernement et, lorsqu'elles traitent ce point, s'en tiennent aux notions généralement mises en œuvre pour définir l'incapacité de discernement¹¹¹⁴. Elles n'ont en conséquence pas de portée particulière par rapport aux normes du Code civil.

¹¹¹⁰ Voir plus loin, p. 290 ss.

¹¹¹¹ Approuvées par le Sénat de l'ASSM le 19 novembre 2015, <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

¹¹¹² Directives, section 2.3, p. 11.

¹¹¹³ Directives, p. 18 et p. 38.

¹¹¹⁴ Directives, section 2.4, p. 11-12 ; glossaire, p. 40.

Le Tribunal fédéral a reconnu la légitimité de l'Académie et la pertinence de ses directives¹¹¹⁵. Il souligne cependant qu'elles sont « établies par une fondation qui n'exerce pas de puissance publique » et que, dès lors, « [elles] n'ont pas force de loi »¹¹¹⁶. La FMH, quant à elle, les intègre en général dans son Code de déontologie, comme c'est le cas pour ces Directives.

4. Placement ou maintien sans consentement dans une institution de soins

4.1 Droit et devoir d'aviser (« signalement »)

Toute personne peut contacter l'autorité de protection de l'adulte et l'informer qu'une autre personne a besoin d'aide, sous réserve du secret professionnel (art. 443 al. 1er CC)¹¹¹⁷.

En outre, toute personne qui, dans l'exercice d'une fonction officielle, a connaissance d'un cas semblable a, quant à elle, l'obligation d'informer l'autorité compétente « si elle ne peut pas remédier à la situation dans le cadre de son activité » (art. 443 al. 2 CC) ; à nouveau, le Code civil réserve dans ce cas les dispositions relatives au secret professionnel.

Les cantons peuvent, enfin, prévoir d'autres obligations d'aviser l'autorité (art. 443 al. 3 CC)¹¹¹⁸.

¹¹¹⁵ ATF 142 I 195, 199.

¹¹¹⁶ ATF 136 IV 97, 112.

¹¹¹⁷ Cornelia RÜEGGER et al., Les signalements de personnes âgées en droit de la protection de l'adulte : qui signale quoi et pourquoi (pas) ?, *in*: Revue de la protection des mineurs et des adultes ZKE/RMA 2017, p. 475 ss.

¹¹¹⁸ Voir notamment Luca MARANTA et al., Kommentar *ad* Art. 443 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2716 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOLAKIS, p. 485 s. ; Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 443 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 833 ss.

4.2 Notion de placement sans consentement dans une institution

Il y a placement sans consentement « dès que la personne concernée est contrainte à séjourner plusieurs heures dans un lieu déterminé¹¹¹⁹, sans qu'il soit nécessaire qu'elle y passe la nuit »¹¹²⁰. « L'institution [de placement] peut être ouverte, fermée ou mixte. Il suffit que la personne concernée n'ait pas l'autorisation de sortir de son propre gré et que l'institution exerce une forme de surveillance à cet égard »¹¹²¹.

« Le placement [...] ne dépend pas du fait que la personne soit capable ou incapable de discernement »¹¹²². Si la personne concernée, même incapable de discernement, s'oppose à son entrée dans une institution, il convient d'appliquer les règles « plus protectrices » sur le placement à des fins d'assistance¹¹²³ et non celles relatives à l'approbation du contrat d'hébergement au sein d'un établissement médico-social¹¹²⁴.

Il en va de même lors d'un placement en établissement psychiatrique, même si la personne incapable de discernement ne manifeste pas d'opposition à son admission¹¹²⁵. Le placement d'une personne incapable de discernement dans un établissement psychiatrique est en effet toujours régi, selon l'art. 380 CC – dont la rédaction est jugée « maladroite »¹¹²⁶ –,

¹¹¹⁹ Dans son arrêt du 28 mars 2008 dans la cause 5A_137/2008, le Tribunal fédéral considère qu'une mesure correspond à un placement lorsqu'elle contraint une patiente à se rendre, deux heures et demie par jour, les jours de semaine, dans une institution psychiatrique.

¹¹²⁰ JT 2014 III 111, 113.

¹¹²¹ *Ibidem*.

¹¹²² Message Protection de l'adulte 2006, p. 6696.

¹¹²³ Audrey LEUBA, Micaela VAERINI, Introduction aux art. 382-387 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, no 12, p. 310.

¹¹²⁴ Tel qu'il est prévu par l'art. 382 CC, en cas d'admission dans un établissement médico-social d'une personne incapable de discernement; voir notamment Tim STAVRO-KÖBRICH, Daniel STECK, Kommentar *ad* Art. 382 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2268 ss; Walter BOENTE, Zürcher Kommentar Der Erwachsenenschutz, p. 991 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 450 ss; Audrey LEUBA, Micaela VAERINI, Commentaire *ad* art. 382 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 317 ss; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 164.

¹¹²⁵ JT 2015 III 199.

¹¹²⁶ Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 380 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 296.

par les règles sur le placement à des fins d'assistance, indépendamment du fait que la personne concernée manifeste ou non son opposition¹¹²⁷.

4.3 Types de placements à des fins d'assistance

En retenant comme critère celui de la compétence pour décider d'une telle mesure (art. 428 ou 429 CC), le Code civil prévoit deux types de mesures, celles qui sont prononcées par l'autorité de protection de l'adulte et celles qui sont prononcées par les médecins.

Leurs compétences respectives ne se distinguent essentiellement que par la durée de la mesure : celle d'une mesure prise par l'autorité de protection est en principe illimitée – sous réserve d'un réexamen périodique, selon l'art. 431 CC¹¹²⁸ –, tandis que celle d'une mesure prise par un médecin est limitée à six semaines¹¹²⁹. La durée maximale d'un placement prononcé par un médecin peut être plus courte encore, si le droit cantonal fixe une limite inférieure (art. 429 CC)¹¹³⁰.

Sous l'empire de l'ancien droit, les prérogatives des médecins se rapportaient aux situations de « péril en la demeure »¹¹³¹, c'est-à-dire aux situations d'urgence qui nécessitaient une action immédiate, et aux cas de maladies psychiques. En effet, une partie importante des placements à des fins d'assistance prononcés par les médecins l'est en urgence, aujourd'hui encore, tandis que les autorités de protection de l'adulte prononcent généralement des placements à l'issue d'une procédure « ordinaire ». Cependant, selon le droit actuel, l'autorité de protection peut prononcer un placement à titre provisoire en ordonnant des mesures provisionnelles, sur

¹¹²⁷ Voir notamment Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, *Kommentar ad Art. 380 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2262 ss ; Walter BOENTE, *Zürcher Kommentar Der Erwachsenenschutz*, p. 971 ss ; Jürg GASSMANN, *Kommentar ad Art. 380 ZGB*, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 136 s.

¹¹²⁸ Sur ce point, voir plus, p. 304 s.

¹¹²⁹ La limitation temporelle des compétences attribuées aux médecins serait destinée à « contenir le risque d'abus », selon Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 127, p. 327.

¹¹³⁰ Par exemple, 40 jours dans le droit genevois, en application de l'art. 60 al. 2 de la Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012 (E 1 05).

¹¹³¹ Selon l'art. 397b al. 2 aCC. Voir notamment Eugen SPIRIG, *Die fürsorgerische Freiheitsentziehung Art. 397a-397f*, *Zürcher Kommentar ZGB*, Zurich 1995, p. 97 ss.

la base de l'art. 445 CC. Les médecins pourraient quant à eux prononcer un placement non urgent ou encore un placement en raison d'un grave état d'abandon.

4.3.1 Placement prononcé par l'autorité de protection de l'adulte

Pour les décisions de placement prises par l'autorité de protection, il n'y a pas de durée maximale fixée par la loi ; cependant, la mesure doit être levée « dès que les conditions du placement ne sont plus remplies » (art. 426 al. 3 CC).

La personne concernée ou l'un des ses proches peut aussi demander en tout temps sa libération (art. 426 al. 4 CC) ; en outre, l'autorité doit procéder à un examen périodique de la mesure, en particulier dans les six premiers mois qui suivent le placement, pour vérifier si les conditions du maintien de la mesure sont encore réunies et si l'institution est toujours appropriée (art. 431 CC)¹¹³².

4.3.2 Placement prononcé par un médecin

L'art. 429 al. 1^{er} CC permet aux cantons de désigner des médecins qui, comme l'autorité de protection de l'adulte, sont habilités à ordonner un placement. C'est le droit cantonal qui définit le « profil » auquel doivent correspondre ces médecins, en termes de formation, de spécialisation, de compétences ou d'expérience¹¹³³.

¹¹³² Voir plus loin, p. 304 s.

¹¹³³ En Valais, il s'agit des « médecins de premier recours faisant partie d'un cercle de garde » (art. 113 LACC-VS). Pour le canton de Vaud, ce sont les « pédiatres, psychiatres et médecins-délégués » (art. 9 LVPAE) ; le Département en charge de la santé également édicté des directives sur ce point). A Genève, selon l'art. 60 al. 1^{er} LaCC-GE, seul « un médecin au bénéfice d'une formation post-graduée reconnue et inscrit au registre de sa profession, à l'exclusion des médecins du service où la prise en charge aura lieu, peut ordonner le placement d'un patient, dans la mesure où il n'est ni parent ni allié » (à propos de lois cantonales d'application du CC, voir plus loin, p. 292 ss).

Afin de « garantir que le placement ordonné par un médecin sera effectué selon une procédure juridique correcte » et que « la décision [sera] prise avec le plus grand soin »¹¹³⁴, le législateur précise à l'art. 430 CC quelles modalités procédurales doivent être respectées lorsqu'une décision de placement est prononcée par un médecin.

Les placements ordonnés par les médecins sont souvent ceux qui le sont en urgence, on l'a dit. La loi ne réduit cependant pas les compétences des médecins aux seuls cas d'urgence, ni aux seules situations de maladie psychique ou de déficience mentale : en théorie, elles s'étendent aussi, on l'a dit, aux placements non urgents ou aux placements qui seraient ordonnés en raison d'un grave état d'abandon.

Lorsque le placement est ordonné par un médecin, les critères de placement sont les mêmes que ceux que doit appliquer l'autorité de protection de l'adulte, à savoir ceux qui sont énoncés à l'art. 426 CC¹¹³⁵. Ces notions juridiques, qui ne correspondent pas toujours à des concepts psychiatriques reconnus, sont délicates à mettre en œuvre pour des soignants. La pratique médicale a par conséquent développé un autre critère, alternatif, toutefois sans réelle validité juridique, qui synthétise en quelque sorte les critères énoncés dans la loi : peut faire l'objet d'un placement à des fins d'assistance toute personne qui, en lien avec une affection de nature psychique, présente un danger pour elle-même ou pour autrui.

Ce critère correspond matériellement à celui du maintien sans consentement d'une personne au sein d'une institution de l'art. 427 al. 1^{er} CC – « si elle met en danger sa vie ou son intégrité corporelle » ou « si elle met gravement en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui » - et, dans une moindre mesure, celui des soins médicaux administrés en urgence de l'art. 435 CC – « si la protection de la personne concernée ou celle d'autrui l'exige »¹¹³⁶.

Un tel critère pragmatique est assurément plus aisé à appliquer ; il rend partiellement compte des situations envisagées par les cas de placements à des fins d'assistance énoncés à l'art. 426 CC. Il permet aussi une mise en

¹¹³⁴ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6698 s.

¹¹³⁵ Voir plus loin, p. 260.

¹¹³⁶ Voir plus loin, p. 274 ss.

œuvre par les soignants, en général en première ligne pour faire face à ce genre de crise, et qui ne peuvent connaître toutes les nuances de la loi. La notion de « danger pour soi-même », en particulier, soulève toutefois des difficultés lorsqu'elle concerne une personne animée de la volonté de mettre fin à ses jours¹¹³⁷.

4.4 Conditions pour un placement à des fins d'assistance

Pour qu'une mesure de placement à des fins d'assistance puisse être ordonnée, il faut que l'une des causes prévues à l'art. 426 al. 1^{er} CC soit présente, qu'existe un besoin d'assistance ou de traitement, que cette assistance ou ce traitement ne puisse être fourni au patient que dans le cadre d'un placement institutionnel, et qu'une institution appropriée puisse l'accueillir. Ces conditions sont cumulatives¹¹³⁸.

La condition du besoin d'assistance ou de traitement fait référence au principe de proportionnalité dans sa dimension d'« aptitude ». Lorsque le législateur exige en outre que le traitement ne puisse être fourni « d'une autre manière », notamment par une prise en charge ambulatoire, il intègre dans les conditions légales du placement le respect du principe de proportionnalité dans sa dimension de « subsidiarité ».

Avant de prendre sa décision, l'autorité compétente doit encore tenir compte, dans sa réflexion, de la charge que représente le patient pour son entourage, c'est-à-dire les « proches » et les « tiers » de l'art. 426 al. 2 CC.

Enfin, même si la rédaction de l'art. 426 al. 1^{er} CC semble laisser une certaine marge de manœuvre dans l'interprétation et la mise en œuvre – la personne concernée « peut » être placée –, cette marge de manœuvre n'existe pas lorsque toutes les conditions d'un placement sont réunies : l'autorité de protection de l'adulte est alors tenue d'ordonner la mesure et ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation¹¹³⁹.

¹¹³⁷ Voir plus loin, p. 266 s.

¹¹³⁸ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 677.

¹¹³⁹ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6695.

4.4.1 Troubles psychiques, déficience mentale ou grave état d'abandon

L'art. 426 CC énumère les causes pour lesquelles un placement à des fins d'assistance peut être prononcé : troubles psychiques, déficience mentale ou grave état d'abandon. Les deux premières causes sont déjà présentes à l'art. 390 al. 1^{er} chiffre 1 CC, en tant que conditions pour l'institution d'une curatelle¹¹⁴⁰.

Il s'agit d'une énumération exhaustive¹¹⁴¹ ; il n'y a par conséquent pas de place pour d'autres causes de placement, qui résulteraient par exemple du droit cantonal¹¹⁴².

Il s'agit en outre d'une formulation de nature juridique : comme le relève un auteur¹¹⁴³, les notions de « troubles psychiques » et de « déficience mentale » du droit fédéral ne se retrouvent pas dans la Classification internationale des maladies et des problèmes de santé connexes de l'OMS (CIM-10)¹¹⁴⁴, en particulier dans son chapitre 5 consacré aux « troubles mentaux et du comportement ».

a) Troubles psychiques

La première cause énoncée par le Code civil est celle des troubles psychiques. Selon le Conseil fédéral, ce critère englobe « toutes les pathologies mentales reconnues en psychiatrie, à savoir les psychoses et les

¹¹⁴⁰ Voir notamment Yvo BIDERBOST, Helmut HENKEL, Kommentar *ad* Art. 390 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2321 ss; Philippe MEIER, Commentaire *ad* art. 390 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 379 ss.

¹¹⁴¹ Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 315; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 675 ; Hermann SCHMID, *Erwachsenenschutz Kommentar*, Zurich, St-Gall, p. 168.

¹¹⁴² L'art. 24 de la Loi vaudoise d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant, du 29 mai 2012, qui semble créer une cause de placement de droit cantonal, est par conséquent problématique.

¹¹⁴³ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 427 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 697 s.

¹¹⁴⁴ La dernière version, CIM-11, date de mai 2019 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022 ; voir [Classification of Diseases \(ICD\) \(who.int\)](https://www.who.int/publications-detail/11th-revision-of-the-international-classification-of-diseases-and-related-health-problems). Dans cette dernière version, le chapitre consacré aux « *mental, behavioural or neurodevelopmental disorders* » est le chapitre 6.

psychopathies ayant des causes physiques ou non ou encore les démences, notamment la démence sénile »¹¹⁴⁵.

Pour être retenues comme cause de placement, ces pathologies doivent avoir sur le comportement du patient « des conséquences évidentes, qualitativement et profondément déconcertantes pour un profane averti »¹¹⁴⁶. En font partie, outre les psychoses¹¹⁴⁷ et les démences déjà citées, les graves troubles du comportement¹¹⁴⁸.

En font également partie les dépendances, « comme par exemple la toxicomanie, l'alcoolisme et la pharmacodépendance »¹¹⁴⁹, considérées aujourd'hui comme des troubles psychiques¹¹⁵⁰. L'alcoolisme et la toxicomanie¹¹⁵¹ figuraient en tant que causes autonomes de privation de liberté sous l'ancien droit.

b) Déficience mentale

La déficience mentale, second critère, regroupe les « déficiences de l'intelligence, congénitales ou acquises, de degré divers »¹¹⁵². En d'autres termes, la notion vise les « différents types et niveaux de retards mentaux »¹¹⁵³.

¹¹⁴⁵ Message Protection de l'adulte 2006, 6676 ; voir aussi arrêt du 8 juillet 2014 dans la cause 5A_497/2014, cons. 4.1

¹¹⁴⁶ Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, no 1360, p. 594.

¹¹⁴⁷ Par exemple ATF 138 III 598, SJ 2013 I 152.

¹¹⁴⁸ Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2606 s. ; Philippe MEIER, p. 576 s. ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 594 s. ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 678 ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 299 ss.

¹¹⁴⁹ Message Protection de l'adulte 2006, 6695.

¹¹⁵⁰ Comme d'autres formes de dépendances encore ; voir notamment le Message Protection de l'adulte 2006, 6676 ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, no 669, p. 304.

¹¹⁵¹ Eugen SPIRIG, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung Art. 397a-397f, Zürcher Kommentar, Zurich 1995, p. 35 s.

¹¹⁵² Message Protection de l'adulte 2006, 6676.

¹¹⁵³ Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, no 1361, p. 595. Voir aussi Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2607 s. ; Philippe MEIER, p. 577 s. ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 678 s. ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 304.

Contrairement aux troubles psychiques, la déficience mentale est par conséquent un concept par essence juridique et non psychiatrique, dont le sens et la portée peuvent être méconnus, voire inconnus de ceux qui sont régulièrement appelés à mettre la règle en œuvre, à savoir les médecins. Il est dès lors de nature à engendrer des difficultés dans sa mise en œuvre pratique¹¹⁵⁴.

c) Grave état d'abandon

Quant au grave état d'abandon, dernière cause énoncée par le Code civil, il a été repris de l'ancien droit sans modification¹¹⁵⁵. Il peut être défini comme un état d'abandon incompatible avec la dignité humaine. En d'autres termes, il existe « lorsque la condition d'une personne est telle qu'il y aurait atteinte à sa dignité si elle n'était pas placée dans une institution afin de lui apporter l'assistance dont elle a besoin »¹¹⁵⁶.

Selon le Conseil fédéral, il est cependant « rare » qu'une personne soit placée en institution sur la base de ce critère considéré isolément¹¹⁵⁷, « l'état d'abandon se doubl[ant en effet] souvent d'une déficience mentale ou de troubles psychiques »¹¹⁵⁸.

Déjà sous l'empire de l'ancien droit, la jurisprudence et la littérature juridique avaient été amenées à préciser que l'état d'abandon ou de « déchéance » devrait présenter un degré de gravité particulièrement intense et être interprété restrictivement¹¹⁵⁹. Ce dernier critère est en effet délicat à mettre en œuvre, dans la mesure où il permettrait, dans une lecture simpliste du texte légal, d'hospitaliser contre leur volonté toutes celles et ceux dont le

¹¹⁵⁴ Dans ce sens, Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 19, p. 293.

¹¹⁵⁵ Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2608 ; Philippe MEIER, p. 576 s. ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 317 s.; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 594 s. ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 678 ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 299 ss

¹¹⁵⁶ Message Protection de l'adulte 2006, 6695.

¹¹⁵⁷ Pour un tel cas, voir l'arrêt du 14 janvier 2010 dans la cause 5A_828/2009, cité par Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 680.

¹¹⁵⁸ Message Protection de l'adulte 2006, 6695.

¹¹⁵⁹ ATF 128 III 12, JT 2002 I 474.

style de vie ne correspond pas aux normes sociales habituellement reconnues. Or, un placement à des fins d'assistance ne saurait viser les vagabonds, les clochards et les « hippies »¹¹⁶⁰ ou d'autres personnes de « mœurs douteuses » au seul motif de l'originalité de leur mode d'existence¹¹⁶¹.

4.4.2 *Besoin d'assistance*

Le besoin peut porter tant sur de l'« assistance » que sur des « traitements » médicaux. Il doit être « clairement démontré »¹¹⁶² ; un « état de faiblesse d'une personne ne pourra pas, à lui seul, justifier un placement à des fins d'assistance »¹¹⁶³. Il s'agit de l'expression du principe de proportionnalité dans sa dimension d'aptitude ou d'adéquation¹¹⁶⁴. C'est ensuite la ou les causes à l'origine du placement qui vont dicter la nature de l'assistance ou des soins qui seront fournis¹¹⁶⁵.

Plusieurs auteurs consacrent dans ce contexte des développements au risque élevé de suicide ; ils retiennent, à juste titre, que le placement à des fins d'assistance d'un patient présentant un tel risque n'est admissible que si ce risque se trouve en lien avec une maladie psychique¹¹⁶⁶. En revanche, une personne qui exprimerait une intention de mettre fin à ses jours après avoir fait le bilan de son existence (« suicide-bilan »), ou celle qui souhaiterait abrégé sa vie parce qu'elle est atteinte d'une maladie incurable en phase terminale ou d'une maladie qui lui cause des souffrances

¹¹⁶⁰ Message PLFA 1977, 27, cité par Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 19, p. 294.

¹¹⁶¹ Dans ce sens, Philippe MEIER, note de bas de page 1980, p. 578. Voir aussi Daniel ROSCH, *Kommentar ad Art. 426 ZGB*, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 318; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 595 ; Olivier GUILLOD, *Commentaire ad art. 426 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 679 s. ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 304 s.

¹¹⁶² Olivier GUILLOD, *Commentaire ad art. 426 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 681.

¹¹⁶³ Message Protection de l'adulte 2006, 6695.

¹¹⁶⁴ Voir précédemment, p. 139 s.

¹¹⁶⁵ Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, *Kommentar ad Art. 426 ss ZGB*, in: *Basler Kommentar ZGB I*, no 8 ss, p. 2604 s.

¹¹⁶⁶ Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, *Kommentar ad Art. 426 ss ZGB*, in: *Basler Kommentar ZGB I*, no 11, p. 2605; Olivier GUILLOD, *Commentaire ad art. 426 CC et ad art. 427 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 681 et p. 698.

insupportables, ne peut « jamais »¹¹⁶⁷ faire l'objet d'une mesure de placement à des fins d'assistance.

4.4.3 *Besoin d'assistance dans une institution*

Lorsqu'une mesure de placement à des fins d'assistance est prononcée, il importe aussi qu'elle soit prise dans le respect du principe de proportionnalité dans sa dimension de nécessité ou de subsidiarité¹¹⁶⁸.

La référence à une « assistance ou [un] traitement nécessaires [qui] ne peuvent [...] être fournis d'une autre manière » (art. 426 al. 1^{er} CC *in fine*) est une indication dépourvue d'ambiguïté à propos de la nécessité d'explorer préalablement la possibilité d'ordonner d'autres types de mesures, moins restrictives, en particulier des traitements dispensés sous forme ambulatoire. Selon la jurisprudence, un placement à des fins d'assistance constitue bien une *ultima ratio*¹¹⁶⁹ ; « [t]el peut notamment être le cas lorsque l'intéressé n'a pas conscience de sa maladie et de son besoin de traitement »¹¹⁷⁰.

Il faut en d'autres termes, à lire le Tribunal fédéral, que la protection nécessaire ne puisse être réalisée autrement que par une mesure de placement à des fins d'assistance, lorsque d'autres mesures, telles que l'aide de l'entourage, l'aide sociale ou médico-sociale ou un traitement ambulatoire, se sont révélées inefficaces ou paraissent d'emblée l'être. « Une mesure restrictive est disproportionnée si une mesure plus douce est à même de produire le résultat escompté. L'atteinte, dans ses aspects matériel, spatial et temporel, ne doit pas être plus rigoureuse que nécessaire »¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁷ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 681.

¹¹⁶⁸ Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2609 ; Philippe MEIER, p. 581 ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 320 ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 678.

¹¹⁶⁹ Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 596.

¹¹⁷⁰ ATF 140 III 101, cons. 6.2.3 et les références.

¹¹⁷¹ arrêt du 1er octobre 2008 dans la cause 5A_564/2008, cons. 3.

4.4.4 *Existence d'une institution appropriée*

La loi exige que le patient faisant l'objet d'un placement soit admis dans une « institution appropriée » (art. 426 al. 1^{er} CC).

L'établissement peut être considéré comme « approprié » lorsque l'organisation et le personnel dont il dispose normalement lui permettent de satisfaire les besoins essentiels de la personne placée¹¹⁷².

Il n'existe pas d'institutions spécifiquement dédiées à l'accueil des patients visés par une telle mesure. L'essentiel des placements ont par conséquent lieu dans des établissements réservés aux patients psychiatriques¹¹⁷³, ce qui ne représente pas toujours la solution idéale ; cependant, les auteurs admettent qu'une institution qui n'est pas « idéale » puisse néanmoins être qualifiée d'« appropriée » au sens de la loi¹¹⁷⁴.

Certaines autres institutions peuvent également servir, « à titre exceptionnel »¹¹⁷⁵, de lieu d'accueil pour des personnes visées par un placement à des fins d'assistance, par exemple des institutions de type social ou psychosocial recevant des personnes traitées pour leur dépendance, ou encore des établissements médico-sociaux accueillant généralement des personnes âgées.

Dans son message de 1977 relatif à l'introduction des normes touchant à la privation de liberté à des fins d'assistance¹¹⁷⁶, le Conseil fédéral avait déjà émis l'opinion que les établissements pénitentiaires ne pouvaient pas constituer un établissement approprié ; il avait cependant renoncé à les

¹¹⁷² Voir notamment ATF 114 II 213, cons. 7; 112 II 486 cons. 4c ; arrêt du 22 novembre 2013 dans la cause 5A_614/2013, cons. 4.2.

¹¹⁷³ 9 fois sur 10, selon Jérôme CACHIN, Trop de placements forcés, *in*: Le Courrier du 24 juin 2018, <https://lecourrier.ch/2018/06/24/trop-de-placements-forces/>.

¹¹⁷⁴ Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 26, p. 298. Voir aussi Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2612 ss ; Philippe MEIER, p. 583 ss; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 320 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 597 s.; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 685 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 307 s.

¹¹⁷⁵ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6699.

¹¹⁷⁶ Message PLFA 1977, 1 ss.

exclure expressément¹¹⁷⁷. Le Tribunal fédéral, appelé à examiner cette question, a considéré quant à lui qu'un établissement pénitentiaire ne pouvait constituer l'établissement approprié prévu par l'art. 397a aCC que « tout à fait exceptionnellement »¹¹⁷⁸.

En théorie, un placement à des fins d'assistance ne pourrait pas avoir lieu si aucune institution ne présentait les caractéristiques permettant de la considérer comme « appropriée ». On peut cependant douter qu'une telle hypothèse, parfois évoquée par la doctrine¹¹⁷⁹, survienne réellement : les institutions psychiatriques avec un statut public sont en mesure d'accueillir tous les patients placés, même si la prise en charge n'est pas nécessairement idéale.

Un changement d'institution en cours de placement, par exemple vers un autre établissement qui serait « plus approprié », est certes envisageable et, en réalité, souhaitable si le second convient en effet mieux aux besoins de traitement du patient que le premier. Dans la mesure toutefois où l'institution qui reçoit le patient est désignée dans la décision de placement, un transfert dans une autre institution paraît nécessiter une nouvelle décision formelle à ce propos, à moins que la première décision ne le prévoie déjà expressément¹¹⁸⁰ ; l'autorité de placement ne peut pas déléguer cette compétence à l'institution d'accueil¹¹⁸¹. Un transfert « momentané », pour des soins dans un autre service ou une autre institution, est toutefois autorisé sans nouvelle décision, au moins selon le droit genevois¹¹⁸².

¹¹⁷⁷ Message PLFA 1977, p. 30.

¹¹⁷⁸ ATF 112 II 486, JT 1989 I 571. L'art. 19 de l'Ordonnance fribourgeoise du 18 décembre 2012 concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (OPEA) mentionne encore les établissements pénitentiaires parmi les institutions appropriées mais, en effet, « exceptionnellement ».

¹¹⁷⁹ Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 26 *in fine*, p. 298.

¹¹⁸⁰ Dans ce sens, Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 55, p. 308 et Philippe MEIER, no 1205, p. 585.

¹¹⁸¹ Arrêt du Tribunal cantonal bernois du 19 juin 2015, Revue de la protection des mineurs et des adultes ZKE/RMA 2015, p. 392 ss, cité par Philippe MEIER, no 1205, p. 585.

¹¹⁸² Art. 74 de la Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012 (LaCC-GE).

4.4.5 *Prise en compte de l'entourage*

Selon l'art. 426 al. 2 CC, l'entourage doit être pris en compte lors de la prise de décision de placement¹¹⁸³. Par entourage, il faut entendre les proches du patient ou sa communauté domestique mais aussi des tiers, par exemple l'organisation d'aide ou de soins à domicile qui s'occupe du patient, son curateur ou son assistant social¹¹⁸⁴, voire ses voisins¹¹⁸⁵.

Doit être considérée la « charge » que la personne concernée représente pour eux. On ne peut pas attendre des proches qu'ils « sacrifient tout leur temps et supportent les situations les plus pénibles »¹¹⁸⁶.

Il ne s'agit cependant que d'un élément supplémentaire que l'autorité chargée de statuer doit intégrer dans sa réflexion, et non d'un motif qui constituerait une nouvelle cause de placement et permettrait d'ordonner une mesure pour cette seule raison¹¹⁸⁷. On l'a dit, les causes de placement sont énumérées de manière exhaustive dans le Code civil¹¹⁸⁸.

Le fœtus porté par une femme enceinte pourrait-il aussi faire partie de l'« entourage » de la future maman ? Dans les cas de toxicomanie ou d'alcoolisme, une mesure de placement, si elle a comme conséquence un sevrage de la future mère, pourrait sans doute être considérée comme une mesure de protection efficace de l'enfant à naître¹¹⁸⁹. La jurisprudence suisse n'a apparemment pas encore tranché ce point ; les Directives de

¹¹⁸³ Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2614 s. ; Philippe MEIER, p. 581 s. ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 320 ss Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 594 s. ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 678 ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 299 ss.

¹¹⁸⁴ Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, no 1366b, p. 597.

¹¹⁸⁵ Philippe MEIER, no 1200, p. 581.

¹¹⁸⁶ Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, no 1366c, p. 597.

¹¹⁸⁷ Voir notamment Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, no 1366a, p. 596 s.

¹¹⁸⁸ Voir précédemment, p. 263.

¹¹⁸⁹ Au-delà de la douzième semaine de grossesse, en tout cas, le droit de la femme à disposer de son corps cède le pas à la protection accordée par le droit pénal à la vie prénatale ; voir notamment sur ce point le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national à la suite de l'initiative parlementaire en lien avec la modification du code pénal concernant l'interruption de grossesse, du 19 mars 1998, FF 1998 III 2629, 2639.

l'ASSM en matière de « [m]esures de contrainte en médecine »¹¹⁹⁰ y sont opposées si la mère est capable de discernement, en dépit des conséquences négatives pour l'enfant qu'entraîne la dépendance¹¹⁹¹. D'autres juges, sous d'autres latitudes, ont estimé sans grande hésitation que la mesure était appropriée dans de telles circonstances¹¹⁹². L'effet espéré - le sevrage - n'est cependant pas garanti, même en milieu hospitalier fermé. Un auteur de doctrine suisse est d'avis qu'une telle mesure ne serait éventuellement admissible qu'au cours des toutes dernières semaines précédant l'accouchement¹¹⁹³.

4.4.6 Placement à des fins sécuritaires ?

Dans certaines circonstances particulières, la jurisprudence du Tribunal fédéral admettait aussi que la « protection » des proches, lorsqu'elle risquait d'être compromise, soit à l'origine d'un placement¹¹⁹⁴, comme l'énonce le texte de l'art. 426 al. 2 CC *in fine*.

La privation de liberté d'un « aliéné » - selon la terminologie de la Convention - « peut [en effet] s'imposer non seulement lorsqu'[il] a besoin, pour guérir ou pour voir son état s'améliorer, d'une thérapie, de médicaments ou de tout autre traitement clinique, mais également lorsqu'il

¹¹⁹⁰ Voir précédemment, p. 256 s.

¹¹⁹¹ Directives, p. 19.

¹¹⁹² Alyson SCHWARTZ, Dangerous or just pregnant ? How Sanism & Biases Infect the Dangerousness Determination in the Civil Commitment of Pregnant Women, *in*: Indiana Journal of Law and Social Equality 2015, p. 233 ss ; Michele GOODWIN, Fetal Protection Laws : Moral Panic and the New Constitutional Battlefront, *in*: California Law Review 2014, p. 781 ss ; April CHERRY, The Detention, Confinement and Incarceration of Pregnant Women for the Benefit of Fetal Health, *in*: Columbia Journal of Gender & Law 2007, p. 147 ss.

¹¹⁹³ Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), Erwachsenenschutzrecht, 2e éd., Bâle 2015, p. 319, qui ne motive cependant pas ce point de vue. Voir aussi, à propos de la protection de l'enfant à naître, Ursina PALLY HOFMANN, Die gesetzliche Regelung von medizinischen Eingriffen zugunsten des Nasciturus, *in*: PJA/AJP 2008, p. 855 ss. Pour une contribution plus ancienne et « décalée », Olivier GUILLOD, Le curateur au ventre : une acception nouvelle ?, *in* : Olivier Guillo, Philippe Schweizer (éd.), Instants d'instances, Mélanges Jean Hoffmann, Neuchâtel 1992, p. 113 ss.

¹¹⁹⁴ ATF 138 III 593, 597, SJ 2013 I 152.

s'avère nécessaire de [le] surveiller pour l'empêcher, par exemple, de se faire du mal ou de faire du mal à autrui [...] En d'autres termes, pourvu que les conditions soient clairement définies en droit interne [...], la Convention n'interdit pas le placement involontaire pour des préoccupations sécuritaires, à savoir pour le seul motif que l'état de la personne, qui souffre d'un trouble mental, présente un risque réel de dommage grave pour la société [...] »¹¹⁹⁵.

En 2019, la Suisse a été condamnée sur ce point par la Cour européenne des Droits de l'Homme : selon la Cour, « le requérant était détenu sans base légale et à titre purement préventif »¹¹⁹⁶, c'est-à-dire dans le seul but de protéger la société ; en effet, le droit fédéral ne prévoit pas expressément un tel motif parmi les causes de placement. Or, la jurisprudence de la Cour exige que les conditions d'une détention de cette nature soient « clairement » définies dans la loi.

En conséquence, une modification de l'art. 221 du Code de procédure pénale (CPP) a récemment été adoptée par le législateur fédéral¹¹⁹⁷ ; elle était d'ailleurs déjà à l'étude avant l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Préalablement, les Chambres fédérales avaient déjà adopté une autre modification du CPP permettant en particulier l'arrestation en vue d'une réintégration d'un délinquant condamné puis libéré conditionnellement, lorsqu'il « y a de sérieuses raisons de penser qu'il commettra à nouveau un crime ou un délit »¹¹⁹⁸. Cette seconde modification, déjà en vigueur, est traitée plus loin, dans le chapitre consacré aux mesures thérapeutiques de droit pénal, plus spécifiquement dans les développements consacrés à l'échec d'une mise à l'épreuve.

La nouvelle teneur de l'art. 221 CPP, consacré aux conditions de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté, autorise la détention d'une personne en raison d'un risque de récidive. Un tel risque est déjà envisagé à la lettre c de l'art. 221 al. 1^{er} CPP. Le texte vise d'abord,

¹¹⁹⁵ Arrêt CEDH rendu le 30 avril 2019 dans l'affaire T.B. c. Suisse, requête no 1760/15, § 54.

¹¹⁹⁶ *Ibidem*, § 64.

¹¹⁹⁷ FF 2022 1560 ; l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2024.

¹¹⁹⁸ Art. 364a al. 1^{er} lettre b chiffre 2 CPP, en vigueur dès le 1^{er} mars 2021. Cette disposition se trouvait parmi celles qui faisaient l'objet du Message Modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351 ; elle a cependant été traitée et adoptée en priorité par le Parlement fédéral.

selon la nouvelle formulation de cette lettre c, à préciser les conditions de sa mise en œuvre, lorsqu'un prévenu a déjà commis un crime ou un délit et qu'il y a lieu de craindre sérieusement qu'il compromette à nouveau la sécurité d'autrui ; la menace doit être « imminente ».

Dans de telles circonstances, « au moins deux infractions du même genre commises antérieurement sont requises comme « infractions préalables ». Le terme « commis » présuppose que ces infractions ont fait l'objet d'un jugement passé en force. En effet, elles sont le seul indice fiable permettant d'établir un pronostic légal »¹¹⁹⁹. Le texte souligne que la menace doit être sérieuse et imminente, selon la nouvelle formulation de la disposition : « le prévenu doit représenter une lourde menace », de sorte « que des infractions et délits graves risquent de se produire dans un avenir proche et que, de ce fait, la détention doit être ordonnée de toute urgence »¹²⁰⁰.

La modification de l'art. 221 CPP a également pour objectif d'étendre, à titre exceptionnel, le champ d'application de la norme aux cas où le risque de récidive ne repose pas sur des crimes ou des délits graves déjà commis par le prévenu, mais sur de forts soupçons de crimes ou de délits graves portant atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui (art 221 al. 1bis lettre a CPP), en présence d'un danger sérieux et imminent qu'il commette un crime grave du même genre (art. 221 al. 1bis lettre b CPP). La jurisprudence admettait déjà ce motif comme condition de détention, en l'absence de base légale¹²⁰¹, ce que critiquaient certains auteurs de doctrine¹²⁰².

Selon l'art. 221 al. 2 CPP, la détention peut également être ordonnée « s'il y a un danger sérieux et imminent qu'une personne passe à l'acte après avoir menacé de commettre un crime grave ». Ce second alinéa n'a subi qu'une modification rédactionnelle en 2022, afin d'y introduire la

¹¹⁹⁹ Message Modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6394.

¹²⁰⁰ Message Modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6395.

¹²⁰¹ ATF 137 IV 13 (en italien).

¹²⁰² Notamment Felix BOMMER, Ariane KAUFMANN, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2015, p. 873 ss, 909 s., cités dans le Message Modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6393.

notion de danger « imminent », comme à la lettre c de l'al. 1^{er} et à la lettre b de l'al. 1bis, notion qui ne figurait pas dans la version antérieure du texte.

4.5 Conditions d'un maintien sans consentement dans une institution

4.5.1 *Mise en danger de la vie ou de l'intégrité corporelle de soi-même ou d'autrui*

Alternativement, une décision de placement peut prendre la forme d'une mesure de maintien d'une personne qui est entrée de son plein gré « en raison de troubles psychiques » dans une institution de soins (art. 427 CC)¹²⁰³.

Le maintien d'une personne entrée de son plein gré dans une institution en raison d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon est par conséquent exclu. L'institution pourrait cependant aviser l'autorité de protection de l'adulte ou un médecin, afin que soit envisagée une mesure de placement¹²⁰⁴.

Un tel maintien est admissible si la personne « met en danger sa vie ou son intégrité corporelle » (art. 427 al. 1er chiffre 1 CC) ou « met gravement en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui » (art. 427 al. 1^{er} chiffre 2 CC). Le législateur fédéral s'écarte ici des conditions habituelles du placement et lui préfère, pour ce qui constitue matériellement une mesure provisoire et urgente de protection, le critère alternatif développé par la pratique de danger pour soi-même ou pour autrui¹²⁰⁵.

¹²⁰³ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 427 ZGB, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2618 ss ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 427 ZGB, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2^e éd., Bâle 2015, p. 333 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 602 s. ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 427 CC, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 695 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 308 ss.

¹²⁰⁴ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 427 CC, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 697.

¹²⁰⁵ Voir précédemment, p. 261.

4.5.2 *Durée d'un maintien*

Ce maintien ne peut durer que trois jours au plus ; au-delà, la personne concernée peut quitter l'institution, à moins qu'une décision de placement n'ait été ordonnée (art. 427 al. 2 CC).

4.5.3 *Compétence pour prononcer un maintien*

C'est le médecin-chef de l'institution qui est compétent pour une mesure de cette nature ; la décision de maintien doit satisfaire aux exigences procédurales et de forme fixées pour un placement (art. 430 CC).

« Sans faire de procès d'intention à quiconque », certains auteurs doutent de l'impartialité et de l'indépendance du médecin-chef de l'institution qui a accueilli le patient¹²⁰⁶, en relevant notamment que, sous l'empire de l'ancien droit, certaines législations cantonales, par crainte d'éventuels conflits d'intérêts, excluaient qu'une mesure de privation de liberté puisse être décidée par « les médecins du service où la prise en charge [a] lieu »¹²⁰⁷.

Un recours est possible, aux mêmes conditions que celles qui prévalent pour le placement proprement dit, et la personne concernée doit être informée par écrit de son droit à recourir devant l'autorité judiciaire (art. 427 al. 3 CC)¹²⁰⁸.

¹²⁰⁶ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 427 CC, in: CommFam Protection de l'adulte, p. 699, qui admet cependant le procédé « pour des raisons pragmatiques », en raison du caractère urgent et provisoire de la mesure de maintien.

¹²⁰⁷ Art. 4 de la Loi genevoise sur la privation de liberté à des fins d'assistance, du 7 avril 2006, remplacé par l'art. 66 de la Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012.

¹²⁰⁸ A propos des voies de droit, voir plus loin, p. 306 ss.

4.6 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

4.6.1 Pour la personne concernée

L'art. 448 al. 1^{er} CC impose une obligation de collaborer à l'établissement des faits aux personnes parties à la procédure et aux tiers. La disposition ajoute que l'autorité de protection de l'adulte « prend les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts dignes de protection » et qu'« [e]n cas de nécessité, elle ordonne que l'obligation de collaboration soit accomplie sous la contrainte »¹²⁰⁹.

Dans une interprétation littérale de l'article, cette obligation de collaboration porte sur l'établissement des faits, et pourrait ainsi concerner, pour une partie à la procédure, « des examens médicaux » avant que ne soit ordonné un placement, pour autant que le principe de proportionnalité soit respecté¹²¹⁰. Le Code civil contient une disposition spécifique à propos des expertises nécessaires et qui ne pourraient être réalisées de façon ambulatoire ; dans un tel cas, un placement dans ce seul but est possible, selon l'art. 449 CC¹²¹¹.

L'art. 450g al. 3 CC permettrait ensuite d'obtenir le concours de la police pour la mise en œuvre du placement¹²¹², c'est-à-dire l'admission sans consentement dans l'institution, comme le rappellent parfois certaines législations cantonales¹²¹³ ; l'art. 453 CC prévoit plus généralement une obligation de collaboration entre l'autorité de protection de l'adulte, les services concernés et la police « s'il existe un réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel,

¹²⁰⁹ Voir notamment Luca MARANTA et al., *Kommentar ad Art. 448 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2761 ss ; Daniel ROSCH, *Kommentar ad Art. 448 ZGB*, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 490 ss.

¹²¹⁰ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6712 ; Daniel STECK, *Commentaire ad art. 448 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, no 9, p. 871.

¹²¹¹ Voir plus loin, p. 287 ss.

¹²¹² Voir notamment Kurt AFFOLTER, *Kommentar ad Art. 450g ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2865 ss ; Philippe MEIER, no 1186, p. 574 ; Daniel STECK, *Kommentar ad Art. 450g ZGB*, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 570 ss ; Daniel STECK, *Commentaire ad art. 450g CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 949 ss.

¹²¹³ Par exemple, le droit genevois, à l'art. 56 al. 2 ou à l'art. 62 LaCC-GE.

moral ou matériel à autrui ». L'art. 450g al. 3 CC est nécessaire dans une réflexion juridique : elle « ancre l'admission légale des mesures de contrainte »¹²¹⁴. Par personne chargée de l'exécution, il faut entendre aussi bien l'autorité de protection de l'adulte que l'instance de recours ou le médecin autorisé à ordonner un placement.

Les mesures de contrainte directes doivent, en règle générale, faire l'objet d'un avertissement (art. 450g al. 3 CC *in fine*). Le Message précise cependant qu'en certaines circonstances, on peut « y renoncer pour ne pas faire échouer le but de protection de la mesure »¹²¹⁵.

4.6.2 Pour l'institution

Une éventuelle obligation d'accueillir les patients faisant l'objet d'un placement, à charge des institutions appropriées, ne résulte pas du droit fédéral. Ce sont par conséquent les règles de droit cantonal qui prévoient – ou ne prévoient pas – une telle obligation, notamment en fonction du statut privé ou public de l'établissement¹²¹⁶.

Indépendamment d'une éventuelle obligation se pose plutôt la question de la disponibilité de lits destinés à accueillir des patients placés : nombre d'institutions psychiatriques peuvent parfois connaître des taux d'occupation tout proches de 100 %. Dans un tel cas, un placement ne peut avoir lieu dans l'institution initialement choisie et le placement doit être organisé dans une autre institution¹²¹⁷. Certaines législations cantonales contiennent des dispositions destinées à gérer le placement à des fins d'assistance, idéalement dans l'institution « la plus appropriée » mais, au moins, dans l'institution où une place est disponible¹²¹⁸.

¹²¹⁴ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6720.

¹²¹⁵ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6720 s.

¹²¹⁶ Voir notamment sur ce point Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: CommFam Protection de la l'adulte, p. 686 s. ; Philippe MEIER, no 1204, p. 584 s.

¹²¹⁷ Le droit valaisan prévoit expressément que l'autorité ordonnant le placement doit s'assurer préalablement auprès de l'institution d'accueil qu'une place est disponible pour le patient et éventuellement veiller à organiser un placement dans une autre institution ; art. 36 de l'Ordonnance du 22 août 2012 sur la protection de l'enfant et de l'adulte (OPEA), cité par Philippe MEIER, no 1204, p. 585.

¹²¹⁸ Par exemple, à l'art. 36 de l'Ordonnance valaisanne du 22 août 2012 sur la protection de l'enfant et de l'adulte, déjà cité.

5. Soins sans consentement et autres mesures de contrainte dans l'institution

Le Conseil fédéral rappelle cette maxime dans son Message à propos du nouveau droit de la protection de l'adulte : « [l]e placement d'une personne n'implique pas [...] le droit de la traiter. Il faut au contraire tenter d'obtenir le consentement de la personne concernée au traitement envisagé ; il s'agit là d'une condition primordiale au succès du traitement »¹²¹⁹.

5.1 Plan de traitement

Selon l'art. 433 al. 1^{er} CC, lorsqu'une personne est placée dans une institution pour y subir un traitement en raison de troubles psychiques, un plan de traitement écrit doit être établi par le médecin traitant de l'institution, en accord avec le patient et, le cas échéant, avec sa personne de confiance¹²²⁰ ; il doit ensuite être soumis au consentement du patient (art. 433 al. 3 CC). Le plan de traitement doit être « adapté à l'évolution de la médecine et à l'état de la personne concernée » (art. 433 al. 4 CC).

La loi exige la forme écrite pour le plan de traitement, mais n'exige pas que le patient donne son consentement par écrit. S'il est incapable de discernement mais qu'il a rédigé des directives anticipées¹²²¹, le médecin traitant doit les prendre en considération (art. 433 al. 3 CC).

Le plan de traitement, qui doit être établi par le médecin-chef du service concerné, doit renseigner le patient sur tous les éléments essentiels de la thérapie envisagée ; l'information doit porter notamment sur les raisons, le but, la nature, les modalités, les risques et les effets secondaires du traitement, mais aussi sur les conséquences d'un défaut de soins et sur

¹²¹⁹ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6701, cité par Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 168, p. 339.

¹²²⁰ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 433 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2646 ss ; Philippe MEIER, p. 616 ss ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 433 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 362 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 606 ss ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 433 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 738 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 327 ss.

¹²²¹ A propos des directives anticipées, voir précédemment, p. 109 ss.

l'existence d'autres traitements (art. 433 al. 2 CC). Le législateur fédéral ne fait, malheureusement, pas mention de l'obligation d'information sur les aspects économiques et sur les coûts de la prise en charge, alors que la jurisprudence du Tribunal fédéral exige une telle communication depuis de nombreuses années¹²²².

Ne peuvent toutefois être prévues dans le plan de traitement, sans le consentement du patient, des mesures simplement souhaitables d'un point de vue médical visant à améliorer son état de santé, mais qui ne permettent pas d'éviter les risques de préjudice mentionnés dans la loi¹²²³. La jurisprudence vaudoise rappelle encore que le principe de proportionnalité doit aussi guider les modalités d'application du traitement préconisé, qui devra être le plus respectueux possible de la dignité, de l'intégrité et de la sphère privée de la personne concernée¹²²⁴.

Le Code civil ne prévoit expressément un tel plan que lors de troubles psychiques ; certains auteurs retiennent dès lors qu'il n'est pas nécessaire à l'occasion d'un placement lié à une déficience mentale ou à un grave état d'abandon¹²²⁵. Cependant, le plan de traitement formalise matériellement le devoir d'information et le devoir de recueillir le consentement que tout soignant doit respecter à l'égard de son patient, quelles que soient les circonstances de la prise en charge. En conséquence, un plan de traitement, formel ou matériel, devrait être établi de manière générale, lors d'un placement pour des troubles psychiques, selon l'art. 433 CC, mais aussi lors d'un placement pour une autre cause prévue par le Code civil, ou de toute admission dans une institution.

Le plan de traitement concerne bien les soins psychiques et non les soins somatiques dont aurait besoin le patient placé. Ces derniers sont administrés selon les règles usuelles du libre choix en matière de soins : ils requièrent le consentement libre et éclairé du patient capable de discernement. En cas d'incapacité, c'est le représentant désigné par l'art.

¹²²² Sur ce point, voir précédemment, p. 88.

¹²²³ JT 2016 III 149.

¹²²⁴ *Ibidem*.

¹²²⁵ Voir notamment Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 377, p. 314.

378 CC qui va prendre à la place du patient la décision médicale, sous réserve des cas d'urgence prévus par l'art. 379 CC¹²²⁶.

5.2 Obligation de collaborer

Le plan de traitement est élaboré avec le patient puis soumis à son consentement, de sorte que la question de son obligation de collaborer à sa mise en œuvre est dans un premier temps sans objet.

A titre exceptionnel, lorsque l'intérêt du patient ou le devoir de protection de tiers le justifient, la loi autorise cependant les soignants à recourir, à titre d'*ultima ratio*, à un traitement forcé, si la collaboration du patient ne peut pas être obtenue. Un tel traitement n'est toutefois possible que lors d'un placement pour des troubles psychiques et, par conséquent, exclu si le placement a lieu en raison d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon¹²²⁷.

Un traitement forcé correspond à une situation où un patient est soumis à un traitement – en général médicamenteux – contre sa volonté, éventuellement avec l'aide de la force physique. En outre, on se trouve également en présence d'un traitement forcé lorsque le patient consent au traitement médical sous la pression d'un recours imminent à la force¹²²⁸, ou encore lorsque le patient accepte « librement » ou « sans pression » à poursuivre un traitement, après qu'une première administration a eu lieu sans consentement¹²²⁹.

¹²²⁶ D'un avis contraire, Philippe MEIER, Suzana LUKIC, no 721, p. 329, note 908.

¹²²⁷ Philippe MEIER, no 1288, p. 622.

¹²²⁸ Arrêt du 26 novembre 2002 dans la cause 5P_366/2002.

¹²²⁹ Arrêt du 7 octobre 2013 dans la cause 5A_666/2013.

5.3 Conséquence du refus de collaborer

Plus concrètement, selon l'art. 434 CC¹²³⁰, le médecin-chef du service dans lequel se trouve un patient placé à des fins d'assistance peut prescrire par écrit les soins médicaux prévus par le plan de traitement lorsque « le consentement de la personne concernée fait défaut ».

Outre l'absence de capacité de discernement - « la personne concernée n'a pas la capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement » (prévue au chiffre 2 de l'art. 434 al. 1^{er} CC) -, un traitement sans consentement requiert encore que « le défaut de traitement met[te] gravement en péril la santé de la personne concernée ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui » (chiffre 1) ; et qu'enfin, « il n'existe pas de mesures appropriées moins rigoureuses » (chiffre 3). Toutes ces conditions sont cumulatives¹²³¹ ; elles expriment dans les faits les diverses composantes du principe de proportionnalité, plus spécifiquement celles d'aptitude et de subsidiarité, comme celle de proportionnalité au sens strict.

Un éventuel traitement sans consentement peut ainsi être mis en œuvre à la fois dans l'intérêt du patient, mais également afin de protéger la vie ou l'intégrité corporelle d'« autrui », notamment d'autres patients de l'institution, ses soignants ou son personnel, voire des visiteurs. Lorsqu'est examinée l'opportunité d'un traitement sans consentement dans l'intérêt du patient, il est nécessaire que le défaut de soins « mette gravement en péril » sa santé ; en conséquence, un simple traitement « souhaitable » - par exemple pour améliorer son « bien-être »¹²³² - exclut toute mesure de cette nature.

¹²³⁰ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 434 ss ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2652 ss ; Philippe MEIER, p. 619 ss ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 434 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 362 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 608 ss ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 434 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 747 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 329 ss.

¹²³¹ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 434 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2658 ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 434 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 750 s.

¹²³² Philippe MEIER, no 1290, p. 621.

5.3.1 Soins sans consentement administrés à un patient incapable de discernement

Le traitement forcé, dans le cadre du placement à des fins d'assistance, peut se comprendre comme l'ensemble des mesures thérapeutiques nécessaires au traitement des troubles psychiques du patient qui sont à l'origine de son placement. Il doit être considéré comme un tout et peut être ordonné, pour un laps de temps donné, par une seule et même décision¹²³³.

De tels soins ne peuvent être administrés qu'exceptionnellement, on l'a dit, si les conditions de l'art. 434 CC sont réunies, en particulier et que le patient ne dispose pas de la capacité de discernement « requise » pour apprécier le caractère indispensable des soins auxquels il refuse de se soumettre. La décision, portant indication de voies et délais de recours, doit être communiquée par écrit au patient et, le cas échéant, à sa personne de confiance (art. 434 al. 2 CC).

Sont considérés comme n'ayant pas leur discernement les patients – notamment anosognosiques – qui n'ont pas la capacité de jugement nécessaire, en particulier en raison de leurs troubles, et qui ne peuvent exprimer ni leur consentement, ni le rejet de la mesure¹²³⁴.

La rédaction du chiffre 2 de l'art. 434 CC est un peu malheureuse, dans la mesure où elle pourrait laisser penser qu'un traitement sans consentement suppose l'existence d'une capacité de discernement particulière¹²³⁵. En réalité, l'absence de la capacité de discernement « requise pour saisir la nécessité du traitement » correspond bien à la notion générale d'incapacité de discernement de l'art. 16 CC ; elle doit être appréciée pour une situation donnée et un patient particulier¹²³⁶. On ne peut en tout cas pas inférer du seul refus d'un traitement indiqué que la personne qui l'exprime est incapable de discernement, même si ce refus survenait par

¹²³³ JT 2016 III 149.

¹²³⁴ JT 2016 III 149.

¹²³⁵ Dans ce sens, Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 95, p. 319.

¹²³⁶ Voir Message Protection de l'adulte 2006, p. 6702. Sur la notion de capacité de discernement, voir précédemment, p. 96 ss.

hypothèse dans un second temps, après que le patient a dans un premier temps donné son accord pour le traitement¹²³⁷.

5.3.2 Soins sans consentement administrés à un patient capable de discernement ?

Les soins sans consentement découlant de la mise en œuvre de l'art. 434 CC ne sont possibles que pour un patient incapable de discernement. Il faut en déduire *a contrario* qu'à teneur du droit fédéral, de tels soins ne peuvent être administrés à un patient capable de discernement, sous réserve des cas d'urgence prévus par l'art. 435 CC¹²³⁸.

Ce n'est que dans l'hypothèse où le droit cantonal permettrait des soins sans consentement en institution que de telles mesures seraient envisageables. ; il faudrait, en outre, que le droit fédéral n'ait pas épuisé la question, en d'autres termes que subsistent des compétences cantonales sur ce point, pour que d'éventuelles normes cantonales à ce propos soient admissibles.

Or, certaines lois sanitaires cantonales contiennent des dispositions consacrées aux mesures de contrainte applicables aux personnes capables de discernement¹²³⁹. Adoptées à l'origine afin de compléter les normes fédérales en matière de restriction à la liberté de mouvement, ces normes cantonales permettraient-elles d'aller jusqu'à l'administration, dans une institution, de soins contre la volonté du patient ? Le droit genevois l'exclut¹²⁴⁰, le droit valaisan paraît l'envisager¹²⁴¹. La question n'a pas été tranchée par la jurisprudence.

¹²³⁷ ATF 127 I 6, RDAF 2002 I 255.

¹²³⁸ Dans ce sens, Philippe MEIER, no 1292, p.623.

¹²³⁹ Par exemple, les art. 30 et 31 de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé, ou les art. 53 et 54 de la Loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé.

¹²⁴⁰ Message à l'appui du Projet de loi genevoise sur la santé PL 9328 du 2 juillet 2004, p. 84.

¹²⁴¹ Message relatif à la Loi sur la santé, Bulletin des séances du Grand Conseil, octobre 2007, vol. 79, p. 326. La disposition pertinente a été reprise sans modification dans la Loi sur la santé de 2020.

Autant qu'on puisse l'affirmer, elle devrait être résolue par la négative : les dispositions légales cantonales, en tout cas dans leur teneur actuelle, ne sont pas rédigées d'une manière suffisamment précise pour remplir la condition de disposition légale expresse nécessaire pour autoriser une restriction à la liberté personnelle ou aux droits de la personnalité¹²⁴².

5.4 Soins sans consentement en situation d'urgence

L'art. 435 al. 1^{er} CC permet une administration en urgence des soins médicaux indispensables, « si la protection de la personne concernée ou celle d'autrui l'exige »¹²⁴³.

Bien que la disposition ne l'énonce pas clairement, cette disposition permet l'administration de soins sans le consentement du patient, c'est-à-dire à un patient incapable de discernement et donc incapable de consentir, ou à un patient capable de discernement mais qui les refuserait, ou encore à un patient capable de discernement mais pour qui le temps manquerait pour obtenir son consentement.

En principe les soins d'urgence requièrent le consentement du patient ; s'il est incapable de discernement, c'est l'art. 379 CC qui est applicable¹²⁴⁴. Dans le domaine de la psychiatrie, toutefois, « les situations d'urgence se présentent de manière quelque peu différente. Une personne souffrant de troubles psychiques peut soudainement menacer de se tuer ou de se blesser, de tuer ou de blesser quelqu'un d'autre ou se déchaîner, par exemple, sur des fenêtres, des portes, des meubles, etc. Dans ce genre de cas, il importe de pouvoir prendre des mesures thérapeutiques immédiates »¹²⁴⁵.

¹²⁴² Voir précédemment, p. 136.

¹²⁴³ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 435 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2653 ss ; Philippe MEIER, p. 624 ss; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 435 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 363 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 611 ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 435 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 756 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 333 S.

¹²⁴⁴ Voir précédemment, p. 117 ss.

¹²⁴⁵ *Message Protection de l'adulte 2006*, p. 6703.

Cette disposition est applicable aux patients placés en institution, mais aussi à ceux qui y seraient maintenus ; en réalité, la notion d'urgence est suffisamment large pour qu'elle englobe aussi, sans doute, les patients placés à des fins d'expertise, dont l'état se péjorerait subitement et gravement. Elle est cependant limitée aux patients souffrant de troubles psychiques, selon son titre ; certains auteurs soutiennent qu'un diagnostic confirmant ces troubles doit être posé avant que les soins d'urgence ne puissent être administrés¹²⁴⁶. Lorsque la situation d'urgence survient à l'occasion d'une admission non volontaire du patient dans une institution, il n'est pas certain que cette exigence supplémentaire puisse toujours être satisfaite.

Quoique le texte de la disposition ne formule pas expressément cette exigence, le principe de proportionnalité doit être respecté¹²⁴⁷, dans ces circonstances également, de sorte que seules les mesures médicales indiquées et qui ne peuvent être différées peuvent être dispensées.

Lorsque l'institution sait comment la personne entend être traitée, notamment parce que cette question a été abordée dans le cadre de l'entretien de sortie, elle doit prendre en considération sa volonté (art. 435 al. 2 CC)¹²⁴⁸.

5.5 Restrictions à la liberté de mouvement à l'intérieur de l'institution

Selon l'art. 438 CC, les règles sur les mesures limitant la liberté de mouvement d'une personne résidant dans une institution s'appliquent par analogie aux mesures limitant la liberté de mouvement de la personne placée dans une institution à des fins d'assistance¹²⁴⁹.

¹²⁴⁶ Philippe MEIER, no 1296, p. 625 ; Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 105, p. 321.

¹²⁴⁷ Voir Message Protection de l'adulte 2006, p. 6703.

¹²⁴⁸ Voir aussi art. 433 al. 3 CC et Message Protection de l'adulte 2006, 6703.

¹²⁴⁹ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, *Kommentar ad Art. 438 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2671 ss ; Philippe MEIER, p. 627 ss ; Daniel ROSCH, *Kommentar ad Art. 438 ZGB*, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 394 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 612 ; Olivier GUILLOD, *Commentaire ad art. 438 CC*,

Cette disposition constitue un renvoi aux art. 383 à 385 CC, qui prévoient les modalités permettant de mettre en place de telles mesures dans un établissement médico-social. Elles ne sont admissibles que si elles visent à prévenir un grave danger menaçant la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers, ou à faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire (art. 383 al. 1^{er} chiffres 1 et 2 CC). Elles ne concernent toutefois que les personnes incapables de discernement (art. 435 al. 1^{er} *in initio* CC).

Sont notamment visées les barrières de lit (« ridelles ») ; les chambres, les unités ou les étages fermés ; les attaches ou liens divers ; les bracelets électroniques, les tapis d'alarme et, plus particulièrement pour le milieu psychiatrique, le placement dans une chambre dite sécurisée¹²⁵⁰. Le caractère fermé de l'institution qui accueille le patient objet d'un placement ou d'un maintien et la restriction à la liberté de mouvement qui en découle sont cependant légitimés - « couverts » - par la décision de placement elle-même¹²⁵¹ ; il en va de même pour le patient placé dans une institution en vue d'une expertise psychiatrique.

L'application par analogie des dispositions précitées au sein de l'institution de placement implique en conséquence que le patient, quoiqu'incapable de discernement, doit recevoir une information à propos de la mesure, de ses raisons et de sa durée probable, ainsi que de la « personne qui prendra soin d'elle durant cette période » (art. 383 al. 2 CC) ; un protocole doit être établi (art. 384 al. 1^{er} CC), accessible le cas échéant à la personne de confiance, qui doit être avisée de la mesure. La mesure doit être levée « dès que possible » (art. 383 al. 3 CC).

Contrairement aux mesures de cette nature qui seraient prises au sein d'un établissement médico-social et qui pourraient être contestées devant l'autorité de protection de l'adulte (art. 385 CC), celles qui sont instaurées au sein d'une institution accueillant un patient placé ou maintenu peuvent faire l'objet d'un appel au juge selon l'art. 439 al. 1^{er} chiffre 5 CC¹²⁵².

in: CommFam Protection de l'adulte, p. 774 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 337 S.

¹²⁵⁰ Voir notamment Philippe MEIER, p. 628 ; Olivier Olivier GUILLOD, Commentaire ad art. 438 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 775.

¹²⁵¹ Philippe MEIER, no 1305, p. 628.

¹²⁵² Voir plus loin, p. 306 ss.

6. Expertise psychiatrique et placement à des fins d'expertise psychiatrique

6.1 Conditions de réalisation

Conformément à l'art. 449 CC, lorsqu'une expertise psychiatrique est indispensable afin d'évaluer l'opportunité d'un placement à des fins d'assistance et qu'elle ne peut pas être effectuée de manière ambulatoire, la personne concernée peut être placée à cet effet dans une institution appropriée¹²⁵³.

L'admission sans consentement dans de telles circonstances ne peut poursuivre que le seul but d'une expertise¹²⁵⁴ ; elle ne saurait être l'occasion de dispenser des soins par anticipation.

La norme comporte un renvoi aux dispositions sur la procédure relative au placement à des fins d'assistance (art. 449 al. 2 CC). On ne peut déduire de ce renvoi général aucune durée maximale légale pour la réalisation de l'expertise effectuée en institution. Toutefois, un placement à des fins d'expertise uniquement, non seulement dans une interprétation littérale de la disposition mais aussi dans le respect du principe de proportionnalité, ne devrait excéder la durée de sa réalisation effective, soit un ou deux jours au plus.

L'art. 449 CC correspond au surplus à une nécessité juridique, dans la mesure où elle constitue la base légale permettant soit de soumettre une personne contre sa volonté à une expertise psychiatrique, soit de la placer dans une institution non pas à des fins d'assistance ou de traitement mais, précisément, en vue d'une expertise. Un tel placement sans consentement, uniquement à des fins d'expertise, était cependant déjà admis par la jurisprudence en vigueur avant l'entrée en vigueur des nouvelles normes du Code civil relatives à la protection de l'adulte¹²⁵⁵.

¹²⁵³ Voir notamment Luca MARANTA et al., *Kommentar ad Art. 449 ZGB*, in: Basler *Kommentar ZGB I*, p. 2773 ss ; Daniel ROSCH, *Kommentar ad Art. 449 ZGB*, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 499 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 492 s. ; Daniel STECK, *Commentaire ad art. 449 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 882 ss.

¹²⁵⁴ Philippe MEIER, no 1288, p. 620.

¹²⁵⁵ Arrêt du 14 avril 2010 dans la cause 5A_250/2010 ; arrêt du 8 juin 2010 dans la cause 5A_358/2010 ; arrêt du 26 juillet 2010 dans la cause 5A_432/2010, (cons. 4.1, non traduit

Le texte de la disposition précise sans ambiguïté qu'une telle mesure ne peut être ordonnée que si elle est « indispensable », exprimant ainsi l'exigence du respect du principe de proportionnalité dans un tel contexte¹²⁵⁶. L'expertise ne peut par conséquent pas être ordonnée si elle est purement souhaitable. En outre, c'est une expertise ambulatoire qui doit être réalisée si elle est possible, le placement dans une institution à des fins d'expertise ne survenant qu'en dernière option, dans l'hypothèse où elle ne pourrait pas être effectuée de cette manière.

L'expertise est toutefois requise par la loi – et, partant, elle est indispensable – avant que la juridiction saisie d'un appel ou d'un recours contre une mesure de placement ne statue, lorsque la décision est « relative à des troubles psychiques », conformément à l'art. 450e al. 3 CC¹²⁵⁷, auquel renvoie l'art. 439 al. 4 CC dans le cas d'un appel. Ces juridictions peuvent cependant s'appuyer sur une expertise déjà existante, si elle est encore pertinente¹²⁵⁸.

6.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

En théorie, l'exécution de ces deux décisions – celle qui porterait sur une expertise et celle qui concernerait un placement en vue d'expertise – peut bénéficier de l'assistance de la force publique, en application de l'art. 448 al. 1^{er} CC *in fine*¹²⁵⁹ et de l'art. 450g CC¹²⁶⁰.

dans JT 2010 I 358); arrêt du 14 octobre 2010 dans la cause 5A_668/2010; voir notamment Philippe MEIER, Suzana LUKIC, op. cit., no 110, p. 51.

¹²⁵⁶ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6713.

¹²⁵⁷ Voir notamment Thomas GEISER, Kommentar *ad* Art. 450e ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2853 ss; Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 450e CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 940 s.

¹²⁵⁸ Voir plus loin, p. 301 s.

¹²⁵⁹ Voir notamment Luca MARANTA et al., Kommentar *ad* Art. 448 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2761 ss; Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 448 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 868 ss.

¹²⁶⁰ Voir notamment Kurt AFFOLTER, Kommentar *ad* Art. 450g CC, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2865 ss; Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 450g CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 868 ss.

Toutefois, comme dans toutes les circonstances où les lois prévoient l'hypothèse d'une expertise psychiatrique sans consentement, on ne peut exclure que l'art. 449 al. 1^{er} CC reste lettre morte : lorsqu'un patient ne collabore pas à la réalisation d'une expertise psychiatrique, en refusant de répondre aux questions de l'expert ou plus simplement en refusant de s'exprimer, l'expertise est impossible. Le recours à la force publique peut permettre d'amener le patient dans le cabinet de l'expert, mais ce transfert contre la volonté du patient ne permet pas encore de réaliser l'expertise ordonnée par l'autorité de protection.

L'hypothèse d'un placement en vue de l'expertise, le cas échéant aussi à l'aide de la force publique, lorsque le patient récalcitrant refuse de collaborer à l'expertise ambulatoire, peut certes exercer une pression supplémentaire sur lui – il voudra peut-être s'éviter une privation de liberté –, mais elle ne résout pas complètement la difficulté : à nouveau, si le patient refuse de collaborer lors de l'expertise menée dans l'institution, cette expertise reste impossible.

Si le patient ne collabore pas, la mesure ne peut pas être effectuée et devrait être levée immédiatement, « [...] les conditions du placement [n'étant] plus remplies » (art. 426 al. 3 CC par analogie) ou, plus précisément, ne pouvant pas être remplies.

7. Soins à la sortie de l'institution

7.1 Entretien de sortie

Avant de quitter l'institution, le patient doit, en règle générale, avoir un entretien avec le médecin traitant, au moins « s'il existe un risque de récurrence » (art. 436 al. 1^{er} CC)¹²⁶¹. Certains auteurs considèrent que cet

¹²⁶¹ Voir Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 436 ZGB, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2664 ss ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 436 ZGB, in: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 373 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOLAKIS, p. 613 ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 436 CC, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 763 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 334 s.

entretien devrait en réalité « toujours » avoir lieu, le risque de récurrence lors de maladies psychiques ne pouvant jamais être exclu¹²⁶².

Si un tel risque existe, le médecin traitant doit en effet essayer de prévoir avec la personne concernée, avant sa sortie de l'institution, quelle sera la prise en charge thérapeutique en cas de nouveau placement (art. 436 al. 1 CC *in fine*). Cette solution contribue à clarifier et à simplifier la situation dans l'hypothèse où la maladie surviendrait à nouveau¹²⁶³. L'entretien de sortie doit être consigné par écrit, mais ne requiert pas la signature du patient (art. 436 al. 2 CC).

Malgré la formulation de la disposition – « le médecin essaie de prévoir ... » -, l'entretien est bien obligatoire ; ce ne sont que les modalités d'une éventuelle future prise en charge qu'il faut tenter de cerner. Comme la doctrine le relève¹²⁶⁴, la version française de la disposition et les versions allemande et italienne divergent sur la manière de mettre en œuvre ces modalités : elles devraient être prévues en français, mais convenues dans les deux autres textes¹²⁶⁵.

Certains y voient dès lors une forme de « plan de traitement anticipé », que l'institution devrait respecter en cas de nouvelle hospitalisation¹²⁶⁶. Cette interprétation soulève cependant certaines difficultés, que relèvent d'autres auteurs¹²⁶⁷ : un tel plan anticipé ne correspond pas forcément à la pathologie à l'origine du second placement ; de nouvelles approches thérapeutiques ont pu être développées dans l'intervalle et les modalités convenues (ou prévues) ne correspondent plus aux règles de l'art. Enfin, ce plan de traitement anticipé n'est pas directement accessible aux soignants de l'institution du second placement si le placement précédent et, partant, l'entretien de sortie ont eu lieu dans un autre établissement. La solution réside peut-être dans la « prise en considération » (comme à l'art. 433 al. 3 CC pour des directives anticipées) ou dans la « prise en compte » (comme à

¹²⁶² Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 436 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 764 ; Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 108, p. 322.

¹²⁶³ Message Protection de l'adulte 2006, 6703 s.

¹²⁶⁴ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 436 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 766.

¹²⁶⁵ « *Vereinbaren* » et « *concordare* », respectivement.

¹²⁶⁶ Notamment Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 436 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 766.

¹²⁶⁷ Philip MEIER, Suzana LUKIC, no 727, p. 334 s.

l'art. 435 al. 2 CC pour une volonté exprimée antérieurement à propos de soins d'urgence) des modalités résultant du plan de traitement, lorsque les circonstances le permettent.

7.2 Conditions de réalisation du droit cantonal

C'est le droit cantonal qui règle ensuite la prise en charge des patients concernés, après leur sortie de l'institution¹²⁶⁸ ; il peut notamment prévoir un traitement ambulatoire (art. 437 CC)¹²⁶⁹, par exemple dans le cadre d'un hôpital de jour¹²⁷⁰.

En réalité, le droit cantonal règle souvent non seulement les mesures à prendre après la sortie d'une institution, mais également les situations qui précèdent une éventuelle admission en institution, sans doute avec l'espoir qu'une admission ou une réadmission puisse être évitée.

Des soins peuvent par exemple être ordonnés lorsqu'une des causes de placement de l'art. 426 CC existe, mais que les traitements peuvent être apportés sous forme ambulatoire. Le médecin autorisé à ordonner le placement ou l'autorité de protection ordonne alors plutôt un tel traitement ambulatoire, généralement accompagné d'un contrôle du suivi ; alternativement, une même procédure peut être ordonnée à la sortie d'une personne placée en institution.

¹²⁶⁸ Voir Daniel ROSCH, Art. 437 ZGB – kantonales Einfalltor für medizinische Zwangsmassnahme?, in: Roland Fankhauser et al. (éd.), Brennpunkt Familienrecht, Zurich, St-Gall 2017, p. 461 ss; René BRIDLER, Jürg GASSMANN, La psychiatrie de demain: traitements forcés en mode ambulatoire ?, in: Revue de la protection des mineurs et des adultes ZKE/RMA 2011, p. 1 ss.

¹²⁶⁹ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 437 ZGB, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2667 ss ; Philippe MEIER, p. 632 ss; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 437 ZGB, in: Daniel Rosch et al. (éd.), Erwachsenenschutzrecht, 2e éd., Bâle 2015, p. 375 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 622 s. ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 437 CC, in: CommFam Protection de l'adulte, p. 768 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 335 ss.

¹²⁷⁰ Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, no 1415, p. 622.

Ces mesures sont conçues par essence pour fournir une assistance ambulatoire à des patients coopératifs¹²⁷¹ – « compliants » - ; elles peuvent cependant être mises en place sans le consentement du patient, lorsqu'une base légale le prévoit et que les circonstances le justifient. Un traitement ambulatoire sans consentement correspond à une atteinte grave à l'intégrité corporelle, de sorte que les exigences constitutionnelles en matière de restriction aux libertés fondamentales sont applicables (art. 36 Cst¹²⁷²). Ainsi, une base légale formelle paraît indispensable ; en outre, les dispositions légales cantonales qui les prévoient devraient être justifiées par un intérêt public prépondérant, et rédigées dans le respect du principe de proportionnalité dans toutes ses composantes¹²⁷³, sans porter atteinte à l'essence de la liberté personnelle.

7.2.1 *Fribourg*

Le droit fribourgeois¹²⁷⁴, à l'art. 26 al. 1^{er} LPEA-FR, permet à l'autorité de protection d'assortir la sortie de l'institution d'un suivi post-institutionnel, sur la base d'un préavis médical.

L'autorité de protection peut aussi ordonner un traitement ambulatoire si le besoin d'assistance personnelle ne justifie pas un placement ; elle peut en outre adresser « un avertissement » à la personne en cause (art. 26 al. 2 LPEA-FR).

7.2.2 *Genève*

La loi genevoise d'application du code civil¹²⁷⁵ prévoit d'abord que l'exécution d'une mesure de placement peut faire l'objet d'un « sursis »,

¹²⁷¹ Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 115, p. 323.

¹²⁷² Voir précédemment sur ce point, p. 135 ss.

¹²⁷³ Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, no 1415a, p. 622 s. ; moins favorable à la médication forcée ambulatoire, Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 437 CC, *in*: CommFam, no 17, p. 773.

¹²⁷⁴ Loi du 15 juin 2012 concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (LPEA-FR) et son ordonnance (OPEA-FR) du 18 décembre 2012.

¹²⁷⁵ Art. 54 ss de la Loi du 11 octobre 2012 d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC-GE).

pendant deux ans au plus, sursis durant lequel la mesure de placement est remplacée par un suivi, assorti de conditions (art. 57 LaCC-GE).

En outre, à côté de cette mesure non médicale, la loi genevoise prévoit que des soins nécessités par l'état de la personne concernée peuvent être administrés sous forme ambulatoire. L'autorité de placement, fondée sur un « constat médical », peut ordonner un tel traitement ambulatoire, accompagné de modalités de contrôle de son suivi (art. 59 al. 1^{er} LaCC-GE). L'autorité peut désigner un curateur pour assister la personne concernée et veiller au respect des « consignes » ; il doit avertir sans délai l'autorité de protection si la personne concernée compromet le traitement ambulatoire (art. 59 al. 4 LaCC-GE). La personne concernée, elle, peut faire appel à une personne de confiance, comme lors d'un placement (art. 59 al. 2 LaCC-GE). Ces modalités sont applicables tant avant un placement, pour l'éviter, qu'à la sortie de l'institution (art. 59 al. 3 LaCC-GE).

Quoiqu'un traitement ambulatoire puisse être « ordonné », il requiert toutefois l'accord du patient (art. 59 al. 1^{er} LaCC-GE), ce qui paraît de nature à réduire considérablement la portée de la disposition.

7.2.3 *Jura*

Le droit jurassien¹²⁷⁶ contient des dispositions relativement détaillées consacrées aux « mesures préalables » à un placement (aux art. 18 ss LMPA-JU), notamment un traitement ambulatoire auquel l'intéressé peut être astreint (art. 20 LMPA-JU), et aux « mesures postérieures », prévoyant elles aussi un traitement ambulatoire (aux art. 52 ss LMPA-JU).

Les mesures postérieures peuvent être conseillées, mais aussi ordonnées (art. 52 et 54 LMPA-JU), par l'autorité de protection, « sous peine de réintégration en établissement ».

¹²⁷⁶ Loi du 24 octobre 1985 sur les mesures et le placement à des fins d'assistance (LMPA-JU).

7.2.4 *Neuchâtel*

Selon l'art. 33 al. 1^{er} et 2 LAPEA-NE¹²⁷⁷, l'autorité de protection peut ordonner, fondée sur un préavis médical, un traitement ambulatoire, dans une décision qui désigne le médecin responsable du traitement et fixe le cadre de son suivi.

L'art. 33 al. 3 dispose que si la personne concernée se soustrait aux contrôles prévus ou compromet de toute autre façon le traitement ambulatoire, le médecin responsable du traitement avise l'autorité de protection, laquelle statue le cas échéant sur un placement à des fins d'assistance.

7.2.5 *Valais*

Le droit valaisan¹²⁷⁸ prévoit à la fois un suivi post-institutionnel et un traitement ambulatoire (art. 62 LACCS-VS) ; le second peut être ordonné par l'autorité de protection de l'adulte (art. 62 al. 2 LACCS-VS)¹²⁷⁹.

Un traitement ambulatoire peut se substituer à un placement ou accompagner le suivi post-institutionnel. La loi en donne quelques exemples, ainsi, en matière de soins, la « prise de certains médicaments conformément au préavis médical », l'« obligation de se présenter régulièrement à une autorité sanitaire » ou l'obligation de « suivre une thérapie ». Le patient peut faire appel à une personne de confiance pour la durée du traitement ambulatoire, comme il peut le faire pour la durée de son placement (art. 62 al. 3 LACCS-VS).

¹²⁷⁷ Art. 32 et 33 de la Loi du 6 novembre 2012 concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (LAPEA- NE).

¹²⁷⁸ Art. 59 à 63 de la Loi du 24 mars 1998 d'application du code civil suisse (LACCS-VS), complété par l'ordonnance du 22 août 2012 sur la protection de l'enfant et de l'adulte.

¹²⁷⁹ Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS retiennent quant à eux qu'un traitement ambulatoire nécessite en Valais l'accord du patient, note 147, p. 623.

7.2.6 Vaud

Le droit vaudois¹²⁸⁰, en particulier l'art. 29 LVP AE, prévoit que des mesures ambulatoires peuvent être ordonnées si une cause de placement à des fins d'assistance existe, mais que les soins requis par l'intéressé peuvent être apportés sous forme ambulatoire. Le médecin autorisé à ordonner le placement ou l'autorité de protection peut alors ordonner un tel traitement ambulatoire et le contrôle du suivi (art. 29 al. 1^{er} LVP AE).

La même procédure peut être mise en place à la sortie d'une personne placée en institution. Si elle se soustrait aux contrôles, le médecin chargé du traitement avise l'autorité de protection ; un placement ou, respectivement, un retour en institution est alors envisagé (art. 29 al. 4 LVP AE).

Si la personne concernée se soustrait aux contrôles prévus ou compromet de toute autre façon le traitement ambulatoire, le médecin chargé du traitement avise l'autorité de protection, qui statue le cas échéant sur le placement ou la réintégration (art. 29 al. 4 LVP AE)¹²⁸¹.

7.3 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

A l'exception du droit genevois, qui semble exclure toute mesure ambulatoire sous la contrainte - puisqu'elles requièrent toutes le consentement de la personne concernée -, les droits cantonaux examinés prévoient bien que ces mesures peuvent être ordonnées, c'est-à-dire prescrites sans consentement.

Toutefois, si le patient refuse de collaborer, les droits cantonaux romands ne prévoient pas la possibilité d'un recours à la contrainte physique, qui permettrait une médication forcée. Prévue par une base légale formelle, elle serait certes possible en théorie, même si certains auteurs

¹²⁸⁰ Loi du 29 mai 2012 d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant (LVP AE), accompagnée notamment du Règlement du 18 décembre 2012 sur le registre des mesures de protection.

¹²⁸¹ Pour un cas d'application, voir JT 2015 III 203 ; le recours au Tribunal fédéral a été déclaré irrecevable, arrêt du 23 janvier 2015 dans la cause 5A_54/2015.

relèvent à juste titre les difficultés considérables qui en résulteraient en pratique¹²⁸².

En réalité, la contrainte est ici une contrainte indirecte : dans l'hypothèse où la personne concernée se soustrait au traitement ambulatoire, voire aux contrôles, le médecin chargé du traitement avise l'autorité de protection. Ce n'est pas une médication forcée qui est alors envisagée, mais plutôt un placement ou, respectivement, un retour en institution. Un placement, même s'il s'agit d'une mesure déjà prise pour ce patient dans le passé, ne doit cependant pas être automatique en cas de non-respect de modalités de traitement ambulatoire : un tel automatisme créerait dans les faits une nouvelle cause de placement, alors que la liste de l'art. 426 CC est exhaustive.

Reste qu'un nouveau placement est possible, dans le respect des règles de procédure habituelles et de toutes les conditions légales¹²⁸³.

8. Règles procédurales particulières et voies de droit

Le placement à des fins d'assistance étant, dans la systématique du droit privé suisse, une mesure de droit civil, les règles de procédure qui devraient être mises en œuvre lors d'un placement devraient être celles qui sont prévues par le Code de procédure civile suisse.

Cependant, le placement est de nature à porter une atteinte grave aux droits fondamentaux de la personne visée par la mesure ; la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme contient d'ailleurs un nombre relativement important de décisions qui présente un impact direct sur la prise en charge des patients psychiatriques¹²⁸⁴. Le droit fédéral comporte par conséquent certaines dispositions de procédure spécifiques (prévues aux art. 443 ss CC). Ces dispositions prévoient certes que les procédures sont régies par la maxime d'office illimitée, de sorte que

¹²⁸² Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 115 ss, p. 323 ss. Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 437 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, no 17, p. 773 est quant à lui d'avis que les difficultés pratiques face à un patient récalcitrant seraient si grandes que le principe de proportionnalité ne pourrait être respecté.

¹²⁸³ Arrêt du 3 juin 2016 dans la cause 5A_341/2016 ; voir aussi Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, no 116, p. 323.

¹²⁸⁴ Voir précédemment, p. 14 s.

l'autorité de protection de l'adulte « procède [elle-même] à la recherche et à l'administration des preuves nécessaires » (art. 446 al. 2 CC)¹²⁸⁵, au besoin « sous la contrainte » (art. 448 al. 1^{er} CC *in fine*), mais elles fournissent aussi à la personne concernée des garanties procédurales plus étendues que celles qu'offrent les règles de procédure ordinaires¹²⁸⁶.

Le droit fédéral règle la procédure non seulement devant l'autorité de protection de l'adulte (art. 443 à 449c CC) mais aussi devant le juge appelé à examiner les appels (art. 439 CC) et devant l'instance judiciaire de recours (art. 450 à 450e CC) ; il énonce aussi les règles de procédure applicables lorsqu'une décision de placement est prise par un médecin (art. 429 CC). Seules les particularités procédurales liées aux mesures de placement à des fins d'assistance sont examinées ici.

8.1 Compétence à raison du lieu

Lorsqu'un signalement a lieu, l'autorité de protection saisie va d'abord examiner sa compétence à raison du lieu (art. 444 al. 1^{er} CC). C'est le lieu de domicile de la personne concernée qui est déterminant (art. 442 al. 1^{er} CC) ; en cas d'urgence, l'autorité du lieu « où réside » cette personne peut aussi prendre des décisions (art. 442 al. 2 CC)¹²⁸⁷. Si elle s'estime compétente, elle va envisager de prendre une ou des mesures de protection, y compris par voie de mesures provisionnelles lorsque l'urgence le justifie (art. 445 CC).

¹²⁸⁵ Daniel STECK, Commentaire *ad* Art. 446 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, no 8, p. 854.

¹²⁸⁶ Voir notamment Luca MARANTA, Vorbemerkungen zu Art. 443-450g ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2707 ss ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 443 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 443 ss ; Philippe MEIER, p. 639 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 613 ss ; Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 443 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 824 ss.

¹²⁸⁷ Voir Urs VOGEL, Kommentar *ad* Art. 442 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2696 ss ; Diana WIDER, Kommentar *ad* Art. 442 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 433 ss ; Philippe MEIER, p. 589 ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 477 ss ; Diana WIDER, Commentaire *ad* Art. 442 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 814 ss.

Dans l'hypothèse où une expertise psychiatrique serait indispensable afin d'évaluer l'opportunité d'une mesure de placement, l'autorité peut l'ordonner et, si nécessaire, placer dans ce but la personne concernée dans un établissement approprié (449 CC)¹²⁸⁸.

8.2 Droit d'« audition » et établissement des faits

8.2.1 *Par l'autorité de protection de l'adulte*

Avant de statuer, l'autorité compétente doit procéder à l'audition de la personne concernée (art. 447 CC). Ce droit va plus loin que le respect usuel du droit d'être entendu, puisqu'il prévoit en principe une audition orale personnelle¹²⁸⁹, tandis que le droit d'être entendu classique, qui découle de la Constitution (art. 29 al. 2 Cst)¹²⁹⁰, peut être exercé par écrit ou par l'intermédiaire d'un représentant.

Avant de statuer, l'autorité de protection de l'adulte doit par conséquent :

- auditionner la personne concernée, « à moins que l'audition personnelle ne paraisse disproportionnée » (selon l'art. 447 al. 1er CC) ;
- auditionner la personne concernée *in corpore* (trois membres au moins, selon l'art. 440 al. 2 CC), « en général » (conformément à l'art. 447 al. 2 CC) ;

et encore :

¹²⁸⁸ Voir précédemment 287 ss.

¹²⁸⁹ Voir notamment Philippe MEIER, Suzana LUKIC, no 112, p. 51. Ce droit plus étendu résulte en particulier de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment de l'arrêt CEDH rendu le 24 octobre 1979 dans l'affaire Winterwerp, requête no 6301/73 ; voir précédemment, p. 15.

¹²⁹⁰ Voir Martine DANG, Minh Son NGUYEN, Commentaire *ad* art. 29 Cst, *in* : Commentaire romand, p. 834 ss ; Jacques DUBEY vol. II, p. 808 ss ; Thomas GÄCHTER, Gregori WERDER, Kommentar *ad* Art. 29 BV, *in* : Basler Kommentar BV, p. 589 ss ; , Kommentar *ad* Art. 29 BV, *in* : St. Galler Kommentar BV, p. 640 ss ; Pascal MAHON, p. 297 ss ; Andreas AUER et al., vol. II, p. 605 ss.

- instruire la procédure en établissant les faits d'office (en exécution de l'art. 446 al. 1er CC) et en appliquant le droit d'office (conformément à l'art. 446 al. 4 CC) ;
- ordonner une expertise psychiatrique si elle paraît « indispensable » ; la personne concernée peut être hospitalisée contre sa volonté dans une « institution appropriée » afin de réaliser l'expertise, dans l'hypothèse où cette expertise ne pourrait pas être effectuée de manière ambulatoire (en exécution de l'art. 449 CC).

Une audition personnelle serait notamment « disproportionnée » parce que l'état du patient la rend tout à fait impossible ou encore si le patient y renonce¹²⁹¹. Toutefois, « [l]e fait que la santé physique ou psychique de la personne concernée rende l'audition personnelle plus difficile ne suffit pas, à lui seul, à justifier que l'on y renonce d'emblée. L'autorité ne peut pas alors se contenter de mener une procédure «à distance» »¹²⁹².

Le droit d'audition doit être respecté tant devant l'autorité de protection que devant l'autorité de recours (art. 450e al. 4 CC)¹²⁹³.

Concrètement, à Fribourg et à Genève, les autorités se déplacent dans les établissements psychiatriques pour examiner les cas qui leur sont soumis, en partant semble-t-il du principe qu'un transfert serait de nature à déstabiliser le patient et à aggraver son état¹²⁹⁴.

Dans le canton du Valais, le patient qui recourt devrait en principe être amené devant l'autorité juridictionnelle, afin d'y être entendu par le juge saisi du recours ; dans les faits, l'autorité se déplace aussi dans l'institution, faute de personnel soignant suffisant pour accompagner le recourant jusqu'au siège de la juridiction.

¹²⁹¹ Voir Luca MARANTA et al., *Kommentar ad Art. 447 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2755 ss ; Daniel STECK, *Commentaire ad art. 447 CC*, in: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 865 s.

¹²⁹² Voir Message Protection de l'adulte 2006, p. 6712.

¹²⁹³ La jurisprudence vaudoise selon laquelle une audition personnelle de la personne concernée et un rapport d'expertise ne sont pas exigés devant la Chambre des curatelles, ces exigences ne valant qu'à l'égard de la première autorité judiciaire compétente, soit, dans le canton de Vaud, de l'autorité de protection elle-même - JT 2013 III 38 -, ne paraît dès lors pas entièrement conforme aux exigences procédurales du droit fédéral.

¹²⁹⁴ Philippe MEIER, no 1327, p. 640.

8.2.2 Par le médecin

Avant de statuer, le médecin doit :

- examiner lui-même le patient (art. 430 al. 1er CC) ;
- entendre lui-même le patient (art. 430 al. 1er CC) ;

et encore :

- rendre une décision contenant les points énoncés à l'art. 430 al. 2 CC (notamment les raisons et le but du placement et les voies de recours), dont il doit remettre un exemplaire en mains propres à la personne concernée (art. 430 al. 4 CC)¹²⁹⁵ ; nombre de cantons disposent de formules *ad hoc* pour faciliter la tâche des médecins¹²⁹⁶ ;
- informer « dans la mesure du possible » les proches, en particulier à propos de la possibilité de recourir contre cette décision (art. 430 al. 5 CC)¹²⁹⁷.

Un éventuel recours n'a pas d'effet suspensif – la personne concernée reste placée pendant l'examen du recours -, à moins que le médecin ou le juge ne l'accorde (art. 430 al. 3 CC¹²⁹⁸).

8.3 Concours d'un expert en cas de maladie psychique

Selon l'art. 446 al. 2 CC – intégré dans le sous-chapitre consacré spécifiquement aux règles de procédure devant l'autorité de protection de l'adulte -, cette autorité peut ordonner une expertise psychiatrique avant de statuer¹²⁹⁹.

¹²⁹⁵ Un autre exemplaire doit être remis à l'institution lors de l'admission du patient (art. 430 al. 4 *in fine* CC).

¹²⁹⁶ Par exemple, en Valais, selon l'art. 60 LACCS.

¹²⁹⁷ Le médecin doit encore informer le médecin cantonal, dans le canton de Vaud, selon l'art. 46 LVP AE.

¹²⁹⁸ Sur les procédures de recours, voir plus loin, p. 306 ss.

¹²⁹⁹ Luca MARANTA et al., Kommentar *ad* Art. 446 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2738 ss ; Daniel STECK, Kommentar *ad* Art. 446 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 462 ss ; Paul-Henri STEINAUER,

Même si une partie des auteurs de la littérature juridique semble considérer que le concours d'un expert est indispensable devant l'autorité de protection de l'adulte déjà¹³⁰⁰, il ne s'agit pas d'une exigence légale – l'expertise n'est ordonnée à ce stade que « si nécessaire » -, même avant un éventuel placement à des fins d'assistance. Cette marge d'appréciation paraît se justifier en particulier lorsque l'autorité comporte en son sein un médecin « disposant d'une expérience suffisante en ces matières »¹³⁰¹ ou un psychiatre. Le droit cantonal peut toutefois exiger que le concours d'un expert médical soit requis lors d'un placement ordonné par l'autorité de protection déjà¹³⁰².

En revanche, l'expertise est exigée devant l'instance de recours, selon l'art. 450e al. 3 CC¹³⁰³ et, préalablement, devant le juge compétent pour examiner un appel, en exécution de l'art. 439 al. 3 CC. Il est toutefois envisageable que la juridiction d'appel ou de recours fonde sa décision sur la base d'une expertise ordonnée par l'autorité de protection ou par le juge¹³⁰⁴, si elle est encore pertinente¹³⁰⁵, renonçant ainsi à ordonner elle-même une nouvelle expertise.

Pour ce qui a trait aux exigences de qualités scientifiques du médecin auteur du rapport d'expertise¹³⁰⁶, des connaissances en psychiatrie et en psychothérapie sont nécessaires, mais une spécialité dans ces branches n'est pas exigée¹³⁰⁷. Quant à son impartialité, elle doit être garantie, ce qui est le cas lorsqu'il ne s'est pas encore prononcé dans le cadre de la procédure et s'il n'est pas membre de l'instance de recours¹³⁰⁸.

Christiana FOUNTOULAKIS, p. 482 ss ; Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 446 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 852 ss.

¹³⁰⁰ Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 450e CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, no 13, p. 940.

¹³⁰¹ Philippe MEIER, no 1328, p. 640 s. Dans le même sens, Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 446 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 856 s., et la jurisprudence bernoise citée par Philippe MEIER, Plädoyer 2/2015, p. 58.

¹³⁰² Par exemple, le droit jurassien, selon l'art. 36 LMPA-JU ; le droit genevois, lui, n'exige pas une expertise mais un « constat médical » pour un placement sur décision du Tribunal de protection, selon l'art. 68 LaCC-GE.

¹³⁰³ ATF 140 III 105, 106 ; JT 2015 II 75, ATF 140 III 101 ?

¹³⁰⁴ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6719.

¹³⁰⁵ Dans ce sens, Philippe MEIER, no 1337, p. 645.

¹³⁰⁶ Sur le contenu de l'expertise et les questions auxquelles elle doit répondre, ATF 140 III 105, 106-107.

¹³⁰⁷ En tout cas selon la jurisprudence vaudoise, JT 2015 III 207.

¹³⁰⁸ ATF 119 Ia 260, 262.

8.4 Personne de confiance

Selon l'art. 432 CC¹³⁰⁹, toute personne placée dans une institution peut faire appel à une personne de confiance de son choix, qui l'assistera pendant la durée de son séjour et jusqu'au terme des procédures liées au placement. Le recours à une telle personne de confiance n'est évidemment pas requis. Si telle est cependant la volonté de la personne placée, elle peut faire son choix non seulement parmi ses proches au sens strict, mais aussi parmi des tiers, par exemple les adhérents d'une association de défense des droits des patients ou des droits des patients psychiatriques. Le choix du patient peut aussi découler de directives anticipées qu'il aura préalablement rédigées¹³¹⁰.

Cette personne de confiance a essentiellement une mission d'information et de soutien¹³¹¹. Selon la loi, elle doit toutefois être associée au plan de traitement et obtenir dans ce contexte les éléments essentiels du traitement envisagé (art. 433 al. 1^{er} et 2 CC). En tant que proche (art. 450 al. 2 chiffre 2 CC), elle pourrait également demander la libération de la personne faisant l'objet d'un placement, voire former recours contre une décision de placement à la place de la personne placée.

8.5 Représentation ou assistance judiciaire

Selon l'art. 449a CC¹³¹², l'autorité de protection peut en outre ordonner la représentation de la personne concernée dans la procédure et désigner curateur une personne expérimentée en matière d'assistance et dans le domaine juridique. Cette règle est également valable devant l'autorité de recours (art. 450e al. 3 CC). Comme pour le concours de

¹³⁰⁹ Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 432 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2642 ss ; Philippe MEIER, p. 599 ss ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 432 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 359 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 604 ss ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 432 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 732 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 318 ss.

¹³¹⁰ Sur ce point, voir précédemment p. 109 ss

¹³¹¹ Philippe MEIER, no1245, p. 601.

¹³¹² Voir notamment Luca MARANTA et al., Kommentar *ad* Art. 449a ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2595 ss ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 449a ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 501 ss ; Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 449a CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 666 ss.

l'expert, une telle représentation n'est pas exigée par la loi et elle n'est ordonnée que « si nécessaire ».

Pour le surplus, une personne concernée par un placement peut encore demander à bénéficier de l'assistance judiciaire, si elle en remplit les conditions¹³¹³, notamment si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès et si elle ne dispose pas des ressources financières suffisantes pour saisir l'autorité judiciaire compétente. Le droit à l'assistance judiciaire est en effet un droit de nature constitutionnelle découlant des garanties générales de procédure de l'art. 29 Cst ; il est repris et précisé aux art. 117 ss du Code de procédure civile suisse. L'assistance judiciaire comprend notamment l'exonération des frais judiciaires – par exemple, des frais d'expertise - et la désignation d'un conseil juridique (art. 118 CPC).

8.6 Durée de la mesure et réexamen périodique

Pour les décisions de placement prises par l'autorité de protection, il n'y a pas de durée maximale fixée par la loi ; cependant, la mesure doit être levée « dès que les conditions du placement ne sont plus remplies » (art. 426 al. 3 CC).

La durée des placements prononcés par les médecins, elle, est limitée dans le temps. Elle ne peut excéder six semaines, et le droit cantonal peut prévoir une durée plus courte (art. 429 al. 1 CC)¹³¹⁴. A l'expiration de ce délai, le placement prend fin, à moins que l'autorité de protection ne le prolonge (art. 429 al. 2 CC). L'art. 426 al. 3 CC reste applicable et la personne doit être libérée dès que les conditions de placement ne sont plus remplies ; la décision de libérer la personne concernée appartient à l'institution (art. 429 al. 3 CC).

¹³¹³ Dans deux affaires relativement anciennes qui concernaient des « privations de liberté à des fins d'assistance », le Tribunal fédéral a refusé l'octroi de l'assistance judiciaire à un recourant, au motif que la maladie mentale et la privation de liberté ne suffisent pas, à elles seules, à en justifier l'octroi, ATF 107 III 314, confirmé plus tard par l'ATF 113 II 312.

¹³¹⁴ Ce n'est pas le cas des cantons de Vaud, du Valais, de Neuchâtel et du Jura. Pour Fribourg et Genève, les durées maximales ont été réduites à quatre semaines et à 40 jours respectivement, selon l'art. 20 al. 2 LPEA-FR et l'art. 60 al. 2 LaCC-GE.

Quant au maintien au sein de l'institution, il ne peut durer que trois jours (art. 427 al. 1er CC), après quoi le patient doit être libéré ou faire l'objet d'une décision de placement.

En outre, selon l'art. 431 CC¹³¹⁵, un examen périodique de la situation de la personne placée doit avoir lieu. L'autorité de protection doit examiner si les conditions du maintien de la mesure sont remplies ; de même, elle doit aussi vérifier que l'institution qui accueille le patient est toujours appropriée. Un premier examen doit avoir lieu dans les six mois qui suivent le placement, un second dans les six mois qui suivent le premier examen. Ensuite, l'examen doit avoir lieu « aussi souvent que nécessaire », mais au moins une fois par année.

8.7 Sortie temporaire (« congé ») et libération

Certains droits cantonaux autorisent une sortie temporaire de l'institution, par exemple le droit genevois¹³¹⁶ et le droit fribourgeois¹³¹⁷ en Suisse romande. Le droit fédéral ne prévoit pas, quant à lui, de modalités de placement de ce genre, mais ne l'exclut pas expressément. Une sortie temporaire est en général assortie de conditions, par exemple une surveillance instaurée par une personne qualifiée, qui s'engage à veiller sur le patient et à avertir l'institution si elle constate une dégradation de son état¹³¹⁸. Un « congé » est envisageable lorsque le placement a été ordonné par l'autorité de protection de l'adulte mais aussi s'il l'a été par un médecin¹³¹⁹.

¹³¹⁵ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 431 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2637 ss ; Philippe MEIER, p. 608 ss; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 431 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 357 ss; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 612 s. ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 431 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 727 ss.

¹³¹⁶ Selon l'art. 64 al. 1^{er} LaCC-GE.

¹³¹⁷ Selon l'art. 24 LPEA-FR.

¹³¹⁸ Selon l'art. 64 al. 2 LaCC-GE.

¹³¹⁹ Selon les art. 64 et 69 LaCC-GE. C'est le médecin responsable du service dans lequel le patient a été admis qui est compétent si le placement a été ordonné par un médecin ; lorsque le placement a été ordonné par l'autorité de protection de l'adulte, l'accord de cette autorité est nécessaire.

Enfin, on l'a dit, la loi impose que la mesure de placement soit levée immédiatement lorsqu'elle n'est plus justifiée, selon l'art. 426 al. 3 CC¹³²⁰. La personne concernée ou l'un des ses proches peut aussi demander en tout temps sa libération (art. 426 al. 4 CC) ; la décision doit être prise « sans délai » (art. 426 al. 4 CC *in fine*). Si le patient a été placé sur la base d'une décision de l'autorité de protection, c'est cette autorité qui peut décider de sa libération (art. 428 al. 1^{er} CC *in fine*), mais elle peut, « dans des cas particuliers », déléguer cette compétence à l'institution (art. 428 al. 2 CC). Cette formulation n'est pas très claire¹³²¹ ; elle vise en fait les situations où les conditions d'une libération sont réunies, et permet ainsi un gain de temps. Lorsque le patient a été placé sur la base d'une décision d'un médecin, la compétence pour prononcer la libération appartient à l'institution (art. 429 al. 3 CC).

Selon la jurisprudence, « [l]a libération de la personne concernée peut être précédée d'un relâchement progressif des restrictions de liberté liées au placement, par exemple par la possibilité de quitter à certains moments l'institution, afin de préparer la personne au retour à la vie indépendante »¹³²². L'élargissement du cadre, respectivement un retour en arrière momentané aux conditions initiales, est de la compétence de l'institution ; en revanche, cette institution ne peut pas, sauf délégation de la compétence au sens de l'art. 428 al. 2 CC, « décider de son propre chef de la levée totale du placement au profit de mesures purement ambulatoires »¹³²³.

¹³²⁰ Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 26155 ss ; Philippe MEIER, p. 608 ss ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 426 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 325 ss ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 688 ss.

¹³²¹ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 428 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, no 9, p. 706. Philippe MEIER propose quant à lui « dans le cas d'espèce », p. 605.

¹³²² JT 2014 III 111, 113.

¹³²³ JT 2014 III 111, 114.

8.8 Voies de droit dans le cadre des mesures de placement

8.8.1 *Appel au juge*

L'art. 439 al. 1^{er} chiffres 1 à 5 CC¹³²⁴, prévoit que les mesures ou décisions suivantes, énumérées exhaustivement¹³²⁵, peuvent faire l'objet d'un appel au juge :

- un placement ordonné par un médecin ;
- un maintien dans une institution ;
- le rejet d'une demande de libération par l'institution ;
- la prescription de soins sans consentement en cas de troubles psychiques ;
- et, enfin, l'application de mesures limitant la liberté de mouvement.

Le Code civil ne le précise pas mais le tribunal compétent paraît être celui du siège de l'institution, au moins pour les hypothèses de l'art. 439 al. 1^{er} chiffres 2 à 5 CC¹³²⁶. La doctrine retient que cette solution est appropriée pour l'hypothèse du chiffre 1 aussi, celle d'un placement ordonné par un médecin¹³²⁷.

Les décisions ordonnant une expertise psychiatrique sans consentement en vue d'un placement ou les décisions ordonnant le placement sans consentement à des fins d'expertise psychiatrique sont rendues par l'autorité de protection de l'adulte ; elles ne peuvent par conséquent pas faire l'objet d'un appel au juge et doivent faire directement l'objet d'un recours.

¹³²⁴ Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 439 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2673 ss ; Philippe MEIER, p. 639 ss ; Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 439 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 397 ss ; Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, p. 615 ss ; Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 439 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 779 ss ; Philippe MEIER, Suzana LUKIC, p. 338 ss.

¹³²⁵ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 439 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 785.

¹³²⁶ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6705, cité par Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 439 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte* no 13, p. 783 s.

¹³²⁷ Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 439 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte* no 13, p. 783 s.

Le délai d'appel est de dix jours, sauf pour les mesures restreignant la liberté de mouvement, qui peuvent faire l'objet d'un appel au juge « en tout temps », soit tant qu'elles sont appliquées (art. 439 al. 2 CC) ; si le délai de recours n'a pas été respecté, l'appel au juge est traité comme une demande de libération¹³²⁸. Les règles de procédure sont, par analogie, celles qui prévalent devant l'autorité de recours (art. 439 al. 3 CC). En particulier, un appel n'a pas d'effet suspensif (art. 450e al. 2 CC et 430 al. 3 CC pour une décision de maintien), à moins que cet effet ne soit restitué.

La requête de contrôle judiciaire doit être transmise immédiatement au juge compétent (art. 439 al. 4 CC), désigné par le droit cantonal¹³²⁹. Il s'agit en effet, selon la lettre de l'alinéa 4, d'un « contrôle judiciaire » (art. 439 al. 4 CC), destiné à vérifier la légalité ou la proportionnalité d'une mesure prise dans le domaine du placement à des fins d'assistance et qui n'a pas été ordonnée par l'autorité de protection. L'autorité désignée par le canton doit dès lors être une autorité judiciaire, conformément à la jurisprudence rendue par la Cour européenne des Droits de l'Homme¹³³⁰.

En conséquence, lorsqu'un canton choisit de confier les tâches de l'autorité de protection de l'adulte à une autorité administrative, celle-ci ne peut pas constituer l'autorité visée par l'art. 439 CC, et le canton doit confier ces attributions à une autorité judiciaire¹³³¹.

¹³²⁸ Message Protection de l'adulte 2006, p. 6703.

¹³²⁹ Il s'agit du Tribunal cantonal dans le canton du Valais (art. 114 al. 1er lettre c LACCS) ou d'un juge spécialisé désigné par le Tribunal cantonal pour les situations visées par l'art. 439 CC. Dans le canton de Vaud, c'est le Tribunal cantonal (art. 8 LVP AE).

¹³³⁰ Message Protection de l'adulte 2006, 6704.

¹³³¹ Voir notamment Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, *Kommentar ad Art. 439 ZGB*, in: Basler Kommentar ZGB I, p. 2675. En Suisse romande, le canton de Genève et son Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (art. 4 ss LaCC-GE), les cantons de Fribourg et de Vaud et leur « Justice de paix » (art. 2 LPEA-FR et art. 4 LVP AE-VD) et le canton de Neuchâtel (art. 2 LAPEA-NE) ont institué une autorité de protection ayant le statut de juridiction. Le canton du Jura (art. 3 de la Loi du 23 mai 2012 sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte) attribue cette tâche à une autorité administrative.

8.8.2 *Recours à l'instance cantonale de recours et au Tribunal fédéral*

Les décisions de l'autorité de protection – et celles qui sont rendues par le « juge » de l'art. 439 CC, lorsque ce juge n'est pas l'autorité de protection de l'adulte – peuvent faire l'objet d'un recours devant la juridiction instituée par le canton (art. 450 al. 1er CC).

Le recours peut être formé par le patient ou par un proche (art. 450 al. 2 CC)¹³³² ; contrairement aux autres recours en matière de protection de l'adulte (art. 450 al. 3 CC), le recours contre une décision prise « dans le domaine du placement à des fins d'assistance » ne doit pas être motivé (art. 450e al. 1er CC). La formulation large de l'art. 450e al. 1er CC paraît inclure les recours contre les expertises psychiatriques ordonnées en vue d'un éventuel placement ou les placements en vue d'une expertise psychiatrique, même si ces deux mesures ne sont pas visées par l'art. 439 CC.

C'est le droit cantonal qui désigne l'autorité de recours, souvent le tribunal cantonal¹³³³. En matière de placement à des fins d'assistance, le délai de recours est de dix jours à compter de la notification de la décision (art. 450b al. 2 CC). Le recours n'a pas d'effet suspensif, à moins que l'autorité de protection (art. 450e al. 2 CC) ne l'accorde dans la décision de placement ou qu'il soit restitué par l'instance judiciaire de recours.

L'autorité de recours doit statuer rapidement (« en règle générale, dans les cinq jours ouvrables suivant le dépôt du recours », art. 450e al. 5 CC), sur la base d'un rapport d'expertise si la décision est relative à des troubles psychiques (art. 450e al. 3 CC).

Un recours en matière civile au Tribunal fédéral est ouvert contre la décision de la juridiction cantonale de recours¹³³⁴. Même si le patient a été libéré avant que le recours ne soit examiné – de sorte qu'il ne détient plus

¹³³² Selon le chiffre 3 de l'art. 450 al. 2 CC, le recours peut également être formé par « les personnes qui ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée ».

¹³³³ Il s'agit par exemple du Tribunal cantonal dans le canton du Valais (art. 114 al. 1er lettre c LACCS) ou d'un juge spécialisé désigné par le Tribunal cantonal pour les situations visées par l'art. 439 CC.

¹³³⁴ Art. 72 al. 2 lettre b chiffre 6 de la Loi sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110])

d'intérêt actuel à obtenir une décision -, un recours de cette nature devrait néanmoins être examiné lorsqu'il soulève une question de principe qui ne peut, en règle générale, pas être examinée en raison de la brièveté de la procédure¹³³⁵.

Selon les règles de procédure en vigueur devant le Tribunal fédéral, le recours doit « exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit » (art. 42 al. 2 LTF). Souvent, les recours rédigés par les patients eux-mêmes ne remplissent pas cette condition. Dans les faits, beaucoup d'entre eux sont simplement déclarés « irrecevables » et rejetés dans une brève décision, faute de motivation correspondant aux exigences de la LTF (art. 108 al. 1er lettre b LTF).

8.9 Voies de droit dans le cadre de soins pré- et post-institutionnels

Les mesures ambulatoires à la sortie de l'institution, ou alternativement, avant une éventuelle admission, on l'a dit, relèvent du droit cantonal (art. 437 CC)¹³³⁶ ; c'est par conséquent selon le droit cantonal que sont réglées les voies de droit permettant de contester d'éventuelles mesures de cette nature. En Suisse romande, seul le droit genevois contient des dispositions spécifiques à ce propos¹³³⁷.

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral comporte quelques rares décisions en lien avec des soins pré- ou post-institutionnels, qui ne livrent cependant guère d'enseignements à propos de telles mesures, les recours présentant généralement des vices de procédure. Le Tribunal fédéral a cependant admis sa compétence pour examiner ce type d'affaires¹³³⁸.

Dans une première décision¹³³⁹, le recourant contestait la mesure ambulatoire imposée (suivi par un médecin-psychiatre et traitement médicamenteux, à raison d'une injection une fois par mois) ; le recours a été

¹³³⁵ ATF 138 II 42, 45 ; voir notamment Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, p. 687.

¹³³⁶ Voir précédemment, p. 255 s.

¹³³⁷ Art. 59 al. 6 LaCC-GE, qui renvoie aux art. 450 ss CC.

¹³³⁸ Arrêt du 3 juin 2016 dans la cause 5A_341/2016, confirmé ensuite par l'ATF 142 III 795.

¹³³⁹ Arrêt du 21 décembre 2015 dans la cause 5A_994/2015.

déclaré irrecevable, faute de motivation suffisante. La seconde¹³⁴⁰, dans laquelle un suivi psychiatrique et une médication par injection toutes les quatre semaines étaient ordonnés, a subi le même sort d'irrecevabilité. Dans un arrêt un peu plus ancien¹³⁴¹, le Tribunal fédéral avait accepté d'entrer en matière (à propos d'un traitement médicamenteux ambulatoire, à raison d'une injection toutes les trois semaines), en considérant que le recourant contestait matériellement le caractère proportionnel de la mesure imposée. Il avait alors retenu que le traitement ambulatoire imposé respectait cette exigence, en relevant notamment qu'il avait amélioré l'état de santé du patient.

9. Synthèse

Une décision ordonnant le placement ou le maintien d'un patient, sans son consentement, dans une institution apte à accueillir des patients souffrant d'affections psychiques, lorsqu'ils ont besoin de soins qui ne peuvent leur être fournis d'une autre manière, peut être exécutée par voie de contrainte, avec le concours de la police en cas de nécessité, conformément à l'art. 450g CC.

Avant une mesure de placement proprement dite, un patient peut faire l'objet d'un placement sans consentement en vue d'expertise, selon l'art. 449 CC, si une expertise ambulatoire ne peut être effectuée. Un tel placement à des fins d'expertise ne peut poursuivre que ce but et ne permet pas d'administrer des soins. A nouveau, la contrainte peut certes être utilisée ; toutefois, la décision imposant une exécution forcée peut rester lettre dans l'hypothèse où le patient refuserait toute collaboration avec l'expert, empêchant concrètement la réalisation de l'expertise.

Lors de l'admission ou après l'admission, des soins peuvent être fournis, même sans consentement, dans des situations d'urgence, si la protection de la personne concernée ou la protection d'autrui le justifie, selon l'art. 435 CC.

¹³⁴⁰ Arrêt du 3 juin 2016 dans la cause 5A_341/2016.

¹³⁴¹ Arrêt du 7 octobre 2013 dans la cause 5A_666/2013.

En outre, des soins destinés à traiter l'affection à l'origine du placement peuvent être administrés à un patient incapable de discernement – privé de la « capacité requise pour saisir la nécessité du traitement », selon la formulation du droit fédéral –, pour autant que le défaut de soins mette gravement en péril la santé du patient ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui et qu'une autre mesure moins rigoureuse ne puisse être mise en place (art. 434 al. 1^{er} CC). En revanche, des soins sans consentement ne sont pas possibles si le patient est capable de discernement (art. 434 al. 1^{er} CC *a contrario*).

Le recours à la contrainte dans les hypothèses qui viennent d'être évoquées est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et aux exigences de la Convention d'Oviedo. Elle constitue certes une atteinte importante à la liberté personnelle et aux droits de la personnalité, justifiée cependant par la nécessité d'apporter des soins à un patient qui ne peut y consentir lui-même et, dans certains cas, par la nécessité de prendre des mesures sécuritaires, afin de protéger la collectivité.

Quant aux soins sans consentement pré- ou post-institutionnels, ils relèvent du droit cantonal, conformément à l'art. 437 CC. A l'exception du droit genevois, les législations sanitaires des cantons de Suisse romande prévoient bien que ces mesures puissent être prescrites sans consentement, mais elles se heurteraient à des difficultés pratiques considérables si elles devaient être réalisées par contrainte ; on peut au demeurant douter du caractère proportionnel d'une mesure de contrainte qui serait ordonnée dans ces circonstances. C'est plus probablement la crainte d'un placement qui va permettre l'exécution de ces traitements, même si le refus d'y collaborer ne doit pas conduire « automatiquement » à un placement ou à un retour dans l'institution, les causes d'une telle mesure étant fixées exhaustivement par le droit fédéral.

* * * * *

CHAPITRE IX :

Les mesures d’instruction lors d’une procédure pénale

1. Le contexte

Alors que le Code de procédure civile suisse ne contient pas, à une exception près, de normes relatives aux mesures d’instruction ou aux expertises qui pourraient constituer des actes médicaux¹³⁴², le Code de procédure pénale suisse énonce de façon bien plus détaillée dans quelles circonstances et selon quelles modalités des mesures d’instruction ou des expertises de nature médicale ou portant atteinte à l’intégrité physique ou psychique peuvent être mises en œuvre.

Quelques dispositions de même portée sont présentes dans la procédure pénale applicable aux mineurs ; elles ne sont pas abordées dans ce chapitre, limité au droit ordinaire¹³⁴³. Quant aux mesures d’instruction spécifiques qui peuvent être prises en cas d’infraction à la Loi sur la circulation routière, elles sont traitées dans un chapitre particulier¹³⁴⁴.

Les mesures examinées ici correspondent à des mesures d’instruction, c’est-à-dire des mesures d’investigation destinées à élucider des faits en lien direct avec une infraction pénale présumée ; il faut les distinguer des mesures thérapeutiques prévues par le Code pénal destinées à

¹³⁴² Voir précédemment, p. 177 ss.

¹³⁴³ La procédure pénale administrative résultant de la Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0) et ses normes sur la procédure (art. 19 ss DPA) et la Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM, RS 322.1), qui concernent l’une et l’autre des procédures spéciales, sont également exclues.

¹³⁴⁴ Voir plus loin, p. 649 ss.

traiter une personne condamnée et prononcées à l'occasion d'un jugement¹³⁴⁵, ou encore d'autres mesures de nature médicale qui pourraient être mises en œuvre à l'occasion de la détention provisoire ou lors de l'exécution d'une peine privative de liberté¹³⁴⁶.

Toutes ces mesures d'instruction pénale peuvent être ordonnées par l'autorité de poursuite pénale, en d'autres termes réalisées sans le consentement du prévenu ou de la personne concernée, voire en dépit de son refus d'y collaborer.

2. Bref historique

2.1 Procédure pénale

Comme pour la procédure civile lors de l'unification du droit privé¹³⁴⁷, l'unification du droit pénal, avec l'insertion dans la Constitution de 1874 d'une disposition ouvrant la voie à un code pénal suisse, n'a pas eu comme conséquence d'unifier le droit de la procédure pénale, « [l']organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeur[ant] aux cantons dans la même mesure que par le passé », selon l'art. 64bis al. 2 aCst¹³⁴⁸.

Les normes relatives aux mesures comportant une dimension médicale se trouvaient dès lors, sous des formulations diverses, dans les codes de procédure cantonaux. La plupart des cantons romands disposaient ainsi de normes permettant le prélèvement de sang, d'urine ou « d'autres substances »¹³⁴⁹, par exemple de matériel génétique. Ils prévoyaient aussi un examen « corporel » ou « physique », de la personne soupçonnée, d'un

¹³⁴⁵ Qui font l'objet d'un chapitre particulier, voir plus loin, p. 373 ss.

¹³⁴⁶ En particulier l'aptitude médicale à subir une détention ou une peine privative de liberté, l'alimentation forcée d'un détenu engagé dans un jeûne de protestation ou les fouilles corporelles effectuées dans un établissement de détention selon son règlement interne, qui sont également traitées plus loin, dans un autre chapitre, p. 495 ss.

¹³⁴⁷ Voir précédemment, p. 178 ss.

¹³⁴⁸ Voir notamment Blaise KNAPP, Commentaire *ad* art. 64bis aCst, *in*: Jean-François Aubert et al., vol. III 1996.

¹³⁴⁹ Art 233 al. 2 du Code de procédure pénale du 12 septembre 1967 du canton de Vaud ; art. 110 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 du canton de Genève ; art. 74 et 81 du Code de procédure pénale du 13 décembre 1990 du canton du Jura ; art. 131 al. 3 du Code de procédure pénale du 22 février 1962 du canton du Valais.

tiers impliqué ou de la victime¹³⁵⁰, même contre son gré, lorsqu'un tel examen était indispensable pour constater les traces ou les conséquences d'un acte punissable. Si la personne à examiner était une femme, celle-ci ou son représentant légal pouvait exiger qu'une personne du sexe féminin ou un parent assiste à l'examen médical¹³⁵¹.

Seul à prévoir une disposition de cette portée, le code de procédure pénale genevois conférait « à toute personne retenue par la police comme auteur présumé d'une infraction » le droit de demander, pendant la durée de son interrogatoire et au moment de quitter les locaux de la police, à faire l'objet d'un examen médical. Un tel examen pouvait aussi avoir lieu à l'initiative de la police ; en cas de refus de la personne retenue, le rapport de police le mentionnait¹³⁵².

L'examen corporel pouvait consister en une fouille corporelle ou une fouille corporelle intime¹³⁵³, lorsque de fortes présomptions conduisaient à penser que la personne fouillée avait dissimulé dans son corps des objets ou substances en lien avec une infraction. Cependant, une telle fouille du corps et les actes propres à la saisie de tout objet ou substance devaient être confiés à un médecin ou à un membre du personnel médical, si possible du même sexe que la personne fouillée. En outre, la fouille ou l'examen corporel ne pouvait avoir comme conséquence une atteinte durable à la santé ou à l'intégrité corporelle de la personne impliquée, ni être, « à dire de médecin, excessivement douloureux ou dangereux pour la santé de l'intéressé »¹³⁵⁴. Dans de telles circonstances, le droit genevois « réservait » encore l'éthique professionnelle du médecin appelé dans de telles situations¹³⁵⁵.

¹³⁵⁰ Art. 173 du Code de procédure pénale du 19 avril 1945 du canton de Neuchâtel.

¹³⁵¹ Art. 180 du Code de procédure pénale du 13 décembre 1990 du canton du Jura.

¹³⁵² Art. 110A du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 du canton de Genève, introduit par la novelle du 23 avril 1998, en vigueur dès le 27 juin 1998.

¹³⁵³ Art. 110 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 du canton de Genève ; art. 40 du Code de procédure pénale du 22 février 1962 du canton du Valais ; art. 129 du Code de procédure pénale du 14 novembre 1996 du canton de Fribourg.

¹³⁵⁴ Art. 131 al. 3 du Code de procédure pénale du 14 novembre 1996 du canton de Fribourg.

¹³⁵⁵ Art. 110 al. 2 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 du canton de Genève.

Les lois cantonales autorisaient aussi un examen mental du prévenu, pour établir l'état de fait, déterminer sa responsabilité pénale ou évaluer son aptitude à prendre part aux opérations de la procédure, ou encore à supporter l'incarcération¹³⁵⁶ ; une autre personne que le prévenu ne pouvait y être soumise que si des faits importants ne pouvaient pas être établis d'une autre manière. Même dans ce dernier cas, celui qui était dispensé de témoigner ne pouvait être examiné contre son gré.

Quand l'examen physique ou mental du prévenu ou une expertise exigeait que celui-ci soit placé dans un établissement approprié ou une « maison de santé », il pouvait y être transféré, avec le consentement du procureur général¹³⁵⁷ ou sur ordre du juge¹³⁵⁸. Toutefois, cet « internement » ne devait pas dépasser, en règle générale, la durée de six semaines, selon le droit valaisan¹³⁵⁹.

Avec l'acceptation de la nouvelle Constitution fédérale par le peuple et les cantons, le 18 avril 1999, la procédure pénale relève désormais de la compétence de la Confédération, conformément à l'art. 123 al. 1^{er} Cst¹³⁶⁰. La mise en œuvre législative de cette norme constitutionnelles est cependant délicate : il s'agit de réaliser une forme de synthèse entre deux approches procédurales assez différentes l'une de l'autre, centrée sur le juge d'instruction en Suisse romande et sur le ministère public en Suisse alémanique¹³⁶¹. Finalement, le Code de procédure pénale suisse est adopté par le Parlement fédéral le 5 octobre 2007¹³⁶² ; il correspond à une procédure de type contradictoire, reposant essentiellement sur le ministère public en tant que « responsable de l'exercice uniforme de l'action

¹³⁵⁶ Art. 233 al. 2 du Code de procédure pénale du 12 septembre 1967 du canton de Vaud ; art. 78 et 131 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 du canton de Genève.

¹³⁵⁷ Art. 181 al. 1 du Code de procédure pénale du 13 décembre 1990 du canton du Jura.

¹³⁵⁸ Art. 159 du Code de procédure pénale du 19 avril 1945 du canton de Neuchâtel.

¹³⁵⁹ Art. 104 du Code de procédure pénale du 22 février 1962 du canton du Valais.

¹³⁶⁰ Voir notamment Stéphane GRODECKI, *Commentaire ad art. 123 Cst*, in : *Commentaire romand Cst*, p. 2475 ss; Tarkan GÖKSU, *Kommentar ad Art. 123 BV*, in: *Basler Kommentar BV*, p. 1997 ss; Hans VEST, *Kommentar ad Art. 123 BV*, in: *St. Galler Kommentar BV vol. II*, p. 2221.

¹³⁶¹ Voir le Message Procédure pénale 2005, 1078 ss.

¹³⁶² Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011 (CPP, RS 312.0).

publique »¹³⁶³. Son Titre 5 consacré aux « [m]esures de contrainte » contient quelques dispositions relatives à des mesures de nature médicale ; la portée de certaines d'entre elles est encore précisée dans la Loi sur l'usage de la contrainte, adoptée en mars 2008, toutefois applicable uniquement « dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération » et dans le seul but de « maintenir ou rétablir une situation conforme au droit »¹³⁶⁴. Un an plus tard, en mars 2009, le législateur fédéral adopte aussi une Procédure pénale applicable aux mineurs¹³⁶⁵, procédure qui relevait précédemment des cantons, comme la procédure pénale ordinaire.

2.2 Prélèvement et analyse d'ADN

L'ADN comporte le code génétique propre à chaque individu¹³⁶⁶ ; le prélèvement de matériel génétique sur les lieux d'une infraction (« la scène de crime ») puis son analyse permettent dès lors d'établir des profils d'ADN qui peuvent ensuite être utilisés pour identifier l'auteur ou la victime, ou au contraire pour exclure l'implication d'un suspect.

Selon la définition du droit fédéral, un profil d'ADN est un « code alphanumérique propre à un individu qui est établi, à l'aide de techniques de biologie moléculaire, à partir du matériel génétique ADN dans le but d'identifier une personne » (art. 2 al. 1^{er} de la Loi sur les profils

¹³⁶³ Art. 16 al. 1 CPP ; voir notamment Andreas KELLER, *Kommentar ad Art. 16 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. I, p. 173 ss ; Marc HENZELIN, Sonja MAEDER MORVANT, *Commentaire ad art. 16 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 116 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 75 ss ; Hanspeter USTER, *Kommentar ad Art. 16 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. I, p. 219 s.

¹³⁶⁴ Art. 1^{er} et art. 9 de la Loi du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (Loi sur l'usage de la contrainte, LUSC, RS 364), en vigueur dès le 1^{er} janvier 2009.

¹³⁶⁵ Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs (Procédure pénale applicable aux mineurs, PPMIn, RS 312.1).

¹³⁶⁶ L'acide désoxyribonucléique (ADN) est une macromolécule biologique présente dans les cellules des organismes, qui contient « l'information génétique, sous forme de code [...], portée par quatre molécules, ou bases chimiques, l'adénine, la guanine, la cytosine et la thymine (A, G, C, T). Par la succession, ou la séquence, de ces bases, et via l'ARN (acide ribonucléique), une partie de l'ADN participe à la création de protéines qui donnent leur structure et leur fonction aux cellules humaines. Cette partie de l'ADN, également appelée « gène », est responsable de la transmission des caractères héréditaires d'une génération à la suivante » ; Sandrine ROHMER, p. 5-6.

d'ADN¹³⁶⁷). Organiquement stable, ce matériel peut encore être efficacement prélevé et analysé de nombreuses années après la commission de l'infraction¹³⁶⁸. Ces méthodes et ces techniques ont été développées et perfectionnées au cours des années 80¹³⁶⁹ et ont été utilisées pour la première fois dans une procédure pénale diligentée en Angleterre en 1986¹³⁷⁰.

Les normes légales relatives à de telles mesures d'instruction ne se trouvaient pas dans les codes de procédure cantonaux romands mais, depuis le 1^{er} janvier 2005, dans la Loi fédérale du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN¹³⁷¹; cette loi a subi d'assez notables modifications en décembre 2021, notamment avec l'introduction de la recherche en parentèle et du phénotypage¹³⁷². Auparavant, les codes cantonaux englobaient généralement le prélèvement d'ADN dans les dispositions relatives au prélèvement de sang « ou d'autres substances »¹³⁷³; certains textes, les codes fribourgeois, neuchâtelois et valaisan par exemple¹³⁷⁴, se bornaient à renvoyer à la Loi fédérale sur ce point.

¹³⁶⁷ Il s'agit de la teneur de l'article tel qu'il a été modifié le 17 décembre 2021. L'entrée en vigueur de toutes les modifications de la loi adoptées par les Chambres fédérales en décembre 2021 est prévue pour « l'été 2023 », selon le site de l'Office fédéral de la police Fedpol.

¹³⁶⁸ Voir Sandrine ROHMER, no 2, p. 1156.

¹³⁶⁹ Voir notamment Christian GEHRIG, Romano LAHARPE, L'identification médico-légale par l'ADN, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 783 ss; Gérard PIQUEREZ, Alain MACALUSO, p. 499 s.

¹³⁷⁰ Christian GEHRIG, Romano LAHARPE, L'identification médico-légale par l'ADN, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 783.

¹³⁷¹ Loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'utilisation des profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 (Loi sur les profils d'ADN, RS 363.1).

¹³⁷² FF 2021 2998; voir le Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44. Ces modifications ne sont pas encore en vigueur (état: octobre 2022); on l'a dit, elles devraient l'être à « l'été 2023 », selon le site de Fedpol.

¹³⁷³ Art. 110 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 du canton de Genève.

¹³⁷⁴ Art. 133b du Code de procédure pénale du 14 novembre 1996 du canton de Fribourg; art. 98b, 174a et 229a du Code de procédure pénale du 19 avril 1945 du canton de Neuchâtel; art. 41 al. 4 du Code de procédure pénale du 22 février 1962 du canton du Valais.

La Loi fédérale sur les profils d'ADN est antérieure au Code de procédure pénale suisse, de plusieurs années¹³⁷⁵. Elle reposait à l'origine sur l'art. 24^{novies} aCst, consacré au génie génétique dans le domaine humain¹³⁷⁶ – partant, à l'analyse génétique, selon l'art. 24^{novies} al. 2 lettre f aCst –, article accepté le 17 mai 1992 par le peuple et les cantons¹³⁷⁷. L'art. 119 Cst actuel reprend l'essentiel de son contenu¹³⁷⁸, avec quelques modifications rédactionnelles. Tant le Message du 8 novembre 2000¹³⁷⁹ que le préambule du texte de loi adopté en 2003 font référence non seulement à l'art. 119 Cst mais également à l'art. 123 Cst relatif à la procédure pénale, conformément aux nouvelles compétences législatives attribuées à la Confédération par la Constitution fédérale du 18 avril 1999.

La Loi sur les profils d'ADN contient quelques dispositions touchant au prélèvement des échantillons, à l'analyse de l'ADN et à l'organisation de l'analyse de l'ADN¹³⁸⁰ ; elle constitue en outre la base légale permettant l'enregistrement de profils d'ADN dans un système d'information géré par les autorités de poursuite pénale fédérales¹³⁸¹. Avant l'entrée en vigueur de la Loi, l'ADN ne pouvait constituer qu'un moyen de preuve « direct », dans une procédure déterminée, après la comparaison du matériel génétique prélevé sur une scène de crime ou sur une victime avec un échantillon prélevé sur un suspect¹³⁸². Depuis l'entrée en vigueur de la loi, certains profils d'ADN sont enregistrés dans une banque de données fédérale

¹³⁷⁵ Dans le Recueil systématique du droit fédéral, elle figure d'ailleurs dans la rubrique consacrée à la « coordination et [à la] prestation de service de police », RS 36.

¹³⁷⁶ Et aussi à la procréation médicalement assistée.

¹³⁷⁷ Message du 8 novembre 2000 relatif à la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale et sur l'identification de personnes inconnues, Feuille fédérale 2001 19, 22 s.

¹³⁷⁸ Voir notamment Véronique BOILLET, Commentaire *ad* art. 119 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 2384 ss ; Eva Maria BELSER, Eva MOLINARI, Kommentar *ad* Art. 119 BV, *in* : Basler Kommentar BV, p. 1888 ss ; Ruth REUSSER, Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 119 BV, *in* : St. Galler Kommentar BV vol. II, p. 2103 ss.

¹³⁷⁹ Voir le Message du 8 novembre 2000 relatif à la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale et sur l'identification de personnes inconnues, FF 2001 19.

¹³⁸⁰ Section 2 de la Loi, « Prélèvement des échantillons et analyse de l'ADN » et Section 3 de la Loi, « Organisation de l'analyse de l'ADN », art. 3 à 9.

¹³⁸¹ Section 4 de la Loi, « Système d'information fondé sur les profils d'ADN », art. 10 ss.

¹³⁸² ATF 120 Ia 147 ; ATF 124 I 80.

dénommée CODIS¹³⁸³ et peuvent dès lors être comparés à des fins d'identification avec du matériel génétique prélevé lors d'une enquête pénale.

3. Normes applicables

3.1 Droit fédéral

3.1.1 *Code de procédure pénale suisse*

A l'occasion d'une procédure pénale, les autorités pénales doivent mettre en œuvre tous les moyens de preuve licites qui, selon l'état des connaissances scientifiques et l'expérience, sont propres à établir la vérité, selon l'art. 139 al. 1^{er} CPP¹³⁸⁴. Lors de l'administration des preuves, l'art. 140 al. 1^{er} CPP interdit toutefois l'utilisation de moyens de contrainte, en particulier le recours à la force¹³⁸⁵; les preuves obtenues en violation de cette disposition ne sont en aucun cas exploitables, conformément à l'art. 141 CPP.

Le Titre 5 du Code de procédure pénale (art. 196 ss CPP) contient cependant des dispositions qui, par exception, permettent l'utilisation de « [m]esures de contrainte », c'est-à-dire de mesures qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes intéressées, notamment lorsqu'il s'agit de mettre des preuves en sûreté (art. 196 CPP)¹³⁸⁶. Elles nécessitent une

¹³⁸³ Pour « Combined DNA Index System ». Cette base de données était en fait en place à titre d'essai, limité dans le temps, à partir de juillet 2000 déjà; elle a été pérennisée lors de l'entrée en vigueur de la loi, le 1^{er} janvier 2005.

¹³⁸⁴ Voir notamment Cyrielle FRIEDRICH, *Les sciences et les techniques comme moyens de preuve dans la procédure pénale : aspects techniques et juridiques de ces moyens de preuve*, Genève 2016.

¹³⁸⁵ La disposition interdit également « les menaces, les promesses, la tromperie et les moyens susceptibles de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre »; de telles méthodes sont interdites même si la personne concernée a consenti à leur mise en œuvre (art. 140 al. 2 CPP). Voir notamment Wolfgang WOHLERS, *Kommentar ad Art. 140 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. I, p. 961 ss; Jérôme BENEDICT, *Commentaire ad art. 140 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 831 ss; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 470 ss; Sabine GLESS, *Kommentar ad Art. 140 StPO*, in: Basler *Kommentar StPO* vol. I, p. 1037 ss.

¹³⁸⁶ Les dispositions de ce Titre 5 sont également prévues afin « d'assurer la présence de certaines personnes durant la procédure » ou de « garantir l'exécution de la décision finale ». Voir notamment Sven ZIMMERLIN, *Kommentar ad Art. 196 StPO*, in: Andreas

base légale, des soupçons suffisants qu'une infraction a été commise et l'impossibilité d'atteindre le but recherché par des mesures moins sévères ; elles doivent en outre apparaître justifiées au regard de la gravité de l'infraction (art. 197 al. 1^{er} CPP)¹³⁸⁷. L'art. 197 al. 2 CPP précise encore que les mesures de contrainte qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes qui n'ont pas le statut de prévenu doivent être « appliquées avec une retenue particulière »¹³⁸⁸.

Dans ce contexte, le Chapitre 4 du Titre 5 est dédié aux « [p]erquisitions, fouilles et examens ». Ce chapitre 4 contient plus particulièrement une Section 4 relative à la « [f]ouille de personnes [...] » (art. 249 et 250 CPP), une Section 5 relative à l'« [e]xamen de la personne » (art. 251 et 252 CPP) et une Section 6 consacrée à l'« [e]xamen du cadavre » (art. 253 et 254 CPP). Dans le Titre 4 du Code de procédure pénale relatif aux « [m]oyens de preuve » (art. 139 ss CPP) déjà, quelques normes portant sur des actes de nature médicale peuvent aussi porter atteinte aux droits fondamentaux, ainsi l'expertise destinée à déterminer la capacité de discernement d'un témoin (art. 164 al. 2 CPP) et, plus généralement, toutes les expertises de nature médicale qui pourraient être ordonnées (art. 182 ss CPP), éventuellement associées à une hospitalisation à des fins d'expertise, sans consentement du prévenu (art. 186 CPP).

3.1.2 Code pénal suisse

Bien que les expertises destinées à établir une éventuelle irresponsabilité ou une éventuelle responsabilité restreinte correspondent à

Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p.1531 ss; Baptiste VIREDAZ, Stephan JOHNER, Commentaire *ad* art. 196 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1247 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 629 ss ; Jonas WEBER, Kommentar *ad* Art. 196 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1495 ss.

¹³⁸⁷ Voir notamment Sven ZIMMERLIN, Kommentar *ad* Art. 197 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1541 ss; Baptiste VIREDAZ, Stephan JOHNER, Commentaire *ad* art. 197 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1249 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 632 ss ; Jonas WEBER, Kommentar *ad* Art. 197 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1499 ss.

¹³⁸⁸ Voir notamment Sven ZIMMERLIN, Kommentar *ad* Art. 197 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1551; Baptiste VIREDAZ, Stephan JOHNER, Commentaire *ad* art. 197 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1253 s. ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 635 s. ; Jonas WEBER, Kommentar *ad* Art. 197 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1504 s.

des mesures d’instruction pénale, elles sont aussi l’objet d’une disposition présente dans le Code pénal (art. 20 CPS), qui est également analysée plus loin.

3.1.3 *Loi sur les profils d’ADN*

L’analyse de l’ADN fait l’objet du chapitre 5 du Titre 5 du Code de procédure pénale (« Analyse de l’ADN », art. 255 ss CPP), titre consacré globalement aux « [m]esures de contrainte ». Les dispositions du CPP définissent en particulier le cercle des personnes qui peuvent être soumises à un prélèvement. Selon l’art. 255 al. 1^{er} CPP¹³⁸⁹, pour élucider le crime ou le délit sur lequel porte la procédure¹³⁹⁰, le prélèvement d’un échantillon et l’établissement d’un profil d’ADN peuvent être ordonnés sur le prévenu (lettre a); sur d’autres personnes, notamment les victimes et les personnes habilitées à se rendre sur les lieux de l’infraction si cela est nécessaire pour distinguer leur matériel biologique de celui du prévenu (lettre b); sur des personnes décédées (lettre c) ; enfin, sur le matériel biologique qui a un rapport avec l’infraction (lettre d). En exécution d’une récente modification de la disposition, un prélèvement peut aussi être aussi ordonné sur le prévenu « si des indices concrets laissent présumer qu’il pourrait avoir commis d’autres crimes ou délits » (art. 255 al. 1bis CPP¹³⁹¹).

Dans certaines circonstances particulières, le Code de procédure pénale permet aussi le prélèvement d’échantillons lors d’enquêtes de grande envergure (art. 256 CPP) ou le prélèvement sur des personnes condamnées (art. 257 CPP). Le Code précise encore que la mesure doit être exécutée par un médecin ou un auxiliaire médical, lorsqu’il s’agit d’un prélèvement invasif (art. 258 CPP).

¹³⁸⁹ Voir notamment Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 255 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 2006 ss; Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 255 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1607 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 836 ss ; Christoph FRICKER, Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 255 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1974 ss.

¹³⁹⁰ Selon la nouvelle formulation de la phrase introductive. Voir notamment le Message modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351, 6404 ss.

¹³⁹¹ Introduit dans le CPP le 17 juin 2022 (FF 2022 1560) ; l’entrée en vigueur de la disposition est prévue pour le 1^{er} janvier 2024.

« [A]u surplus », selon l'art. 259 CPP, c'est la Loi fédérale du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN qui règle ces questions. Le renvoi vise en fait les sections 3 à 8 de cette loi, notablement remaniée en 2021¹³⁹². A l'occasion de l'adoption de ces nouvelles normes, le législateur a, notamment, introduit dans la loi la possibilité d'utiliser le prélèvement dans le cadre d'une « recherche en parentèle » dans le système d'information CODIS (art. 1^{er} lettre a chiffre 2 et art. 2a), ainsi que la possibilité de procéder à un « phénotypage » (art. 1^{er} lettre a chiffre 3 et art. 2b)¹³⁹³. La section 3 dédiée à l'« [o]rganisation de l'analyse de l'ADN » régit plus en détail le déroulement concret de l'analyse d'un échantillon d'ADN, jusqu'à sa destruction lorsqu'il est devenu inutile (art. 9 de la loi).

3.1.4 *Loi sur l'usage de la contrainte ?*

Destinée, au stade du projet, à encadrer l'usage des mesures de contrainte lors de rapatriements d'étrangers en situation irrégulière¹³⁹⁴, la Loi sur l'usage de la contrainte¹³⁹⁵ a vu son champ d'application étendu, après la consultation, à toutes les situations dans lesquelles les autorités fédérales¹³⁹⁶ sont amenées à faire usage de la contrainte ou à prendre des mesures policières, notamment lors de fouilles corporelles de personnes, dans le cadre de l'exécution des tâches que leur confie la loi¹³⁹⁷. La loi régit notamment l'usage de la force physique, considérée comme un moyen de contrainte policière (art. 5 lettre a LUSC), et la fouille de personnes, une des mesures policières énoncée par la loi (art. 6 lettre b LUSC).

¹³⁹² Voir précédemment, p. 318.

¹³⁹³ FF 2021 2998 ; voir le Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44.

¹³⁹⁴ Voir plus loin le chapitre consacré à ce thème, p. 600 ss.

¹³⁹⁵ Loi du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (Loi sur l'usage de la contrainte, LUSC, RS 364), en vigueur dès le 1^{er} janvier 2009.

¹³⁹⁶ La loi concerne encore les autorités cantonales qui effectuent, sur mandat d'une autorité fédérale, le transport de personnes soumises à une mesure restreignant leur liberté, aux particuliers qui exécutent des tâches pour le compte de ces autorités (art. 2 al. 1^{er} lettres d et e LUSC) et, enfin, à l'armée lorsqu'elle effectue un service d'appui ou apporte une aide spontanée en Suisse, en faveur des organes de police civils de la Confédération ou des cantons ou en faveur du Corps des gardes-frontière (art. 2 al. 2 LUSC) ; voir le Message Loi sur la contrainte 2006, 2435

¹³⁹⁷ Voir le Message Loi sur la contrainte 2006, 2429.

L'articulation de la loi avec la procédure pénale suisse soulève quelques difficultés. Selon son titre complet et son art. 1^{er}, la Loi sur l'usage de la contrainte déploie ses effets « dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération », c'est-à-dire, pour ce qui a trait aux procédures pénales, lors de la poursuite et du jugement des infractions énoncées à l'art. 23 CPP – « [j]uridiction fédérale en général » - et des infractions prévues à l'art. 24 CPP – « juridiction fédérale en matière de crime organisé, de financement du terrorisme et de criminalité économique » -. Les autres infractions relèvent de la compétence des autorités pénales cantonales, conformément à l'art. 22 CPP, et les dispositions particulières de la Loi sur l'usage de la contrainte ne trouvent dès lors pas application dans ce contexte « cantonal ».

L'art. 9 al. 1^{er} LUSC énonce ensuite les circonstances dans lesquelles la contrainte ou les mesures policières – telles que la fouille de personne – peuvent être utilisées dans le cadre de cette loi. Elles ne peuvent l'être que « pour maintenir ou rétablir une situation conforme au droit », notamment pour écarter un danger (lettre a), pour identifier des personnes (lettre e) ou pour séquestrer des objets lorsque la loi le prévoit (lettre f). Le Message précise bien que la fouille ne peut viser d'autres buts que ceux qui sont énoncés à l'art. 9 ; dès lors, si elle est réalisée dans le but de rechercher des preuves de l'existence d'un délit, les autorités doivent se conformer aux règles de procédure pénale applicables¹³⁹⁸.

L'art. 3 LUSC précise enfin que « [l]a présente loi s'applique à la contrainte et aux mesures policières prévues par le droit fédéral de procédure sous réserve des dispositions spéciales de ce dernier », conférant ainsi à la loi un caractère subsidiaire par rapport au Code de procédure pénale suisse, ce que confirme sans ambiguïté le Message du Conseil fédéral¹³⁹⁹.

Il semble en conséquence que la LUSC n'est en définitive pas applicable dans le cadre d'une procédure pénale régie par le Code de procédure pénale suisse : elle déploie ses effets dans les domaines dévolus à la police fédérale et au ministère public de la Confédération, uniquement pour « écarter un danger », « identifier des personnes » ou « séquestrer des

¹³⁹⁸ Voir le Message Loi sur la contrainte 2006, 2445.

¹³⁹⁹ Voir le Message Loi sur la contrainte 2006, 2439.

objets lorsque la loi prévoit » (art. 9 al. 1^{er} LUsC), et pour autant que le CPP ne contienne pas de « dispositions spéciales ». Or, le Code de procédure pénale suisse, dans des dispositions spécifiques, autorise la fouille pour « assurer la sécurité de personnes » (art. 241 al. 4 CPP) - c'est-à-dire pour écarter un danger -, pour découvrir des objets ou valeurs patrimoniales susceptibles d'être séquestrés (art. 249 CPP).

3.1.5 *Loi sur la circulation routière (renvoi)*

Le CPP contient une disposition récente, l'art. 251a CPP¹⁴⁰⁰, inséré dans le Chapitre 4 relatif aux « [p]erquisitions, fouilles et examens » qui autorise en substance la police, dans le but d'établir une incapacité de conduire, à procéder à un alcootest (lettre a), ou à ordonner une prise de sang (lettre b) ou un prélèvement d'urine (lettre c) puis, dans les deux cas, l'analyse de l'échantillon. Ainsi, sur la base de cette nouvelle disposition, la police peut désormais aussi ordonner les prélèvements biologiques et analyses précités ; précédemment, faute de délégation expresse dans la loi, ces mesures nécessitaient un mandat émis par le ministère public, selon le principe de l'art. 198 al. 1^{er} lettre a CPP¹⁴⁰¹.

L'art. 251a CPP permet en outre de lever le doute qui existait à propos de la compétence de la police pour procéder à un alcootest. Elle est certes compétente pour le faire en l'absence de soupçon d'infraction – à l'occasion d'un contrôle routier inopiné -, conformément à l'art. 55 al. 1^{er} LCR, mais elle l'est désormais également, expressément, en cas de soupçon d'infraction. L'alcootest constitue alors « une mesure de droit procédural, et plus précisément un examen de la personne au sens de l'art. 251 CPP »¹⁴⁰², mesure à laquelle la police peut procéder sur la base de la délégation expresse de l'art. 251a lettre a CPP.

¹⁴⁰⁰ Cette disposition fait partie des nouvelles normes adoptées le 17 juin 2022 (FF 2022 1560), dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2024.

¹⁴⁰¹ Voir Message Modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2029 6351, 6403 S.

¹⁴⁰² Voir Message Modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2029 6351, 6404.

Pour le surplus, la Loi sur la circulation routière¹⁴⁰³ contient les dispositions spécifiques encadrant les mesures d’instruction de nature médicale – plus particulièrement, les prélèvements et analyses biologiques en vue d’établir une éventuelle incapacité ou inaptitude à la conduite - qui peuvent être mises en œuvre en cas d’infraction aux règles de la circulation routière ; les sanctions qui en découlent peuvent être de nature administrative, mais également pénales.

Ces mesures sont traitées plus en détail plus loin, dans un chapitre spécifiquement consacré à ce thème¹⁴⁰⁴.

3.2 Droit cantonal

Comme le prévoit la norme constitutionnelle pertinente (art. 123 Cst) et comme le rappelle l’art. 445 CPP, les compétences législatives cantonales en matière de droit pénal et de procédure pénale sont désormais limitées à l’organisation judiciaire¹⁴⁰⁵, soit à la désignation des autorités compétentes, à l’administration de la justice et à l’exécution des peines et mesures¹⁴⁰⁶.

3.3 Directives de l’Académie suisse des sciences médicales (ASSM)

L’Académie suisse des sciences médicales (ASSM)¹⁴⁰⁷ a émis en 2002 des Directives médico-éthiques spécifiques en matière d’« [e]xercice de la médecine auprès de personnes détenues »¹⁴⁰⁸. Elles ont trait notamment à l’« équivalence des soins » en milieu carcéral, au consentement à la prise en

¹⁴⁰³ Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR, RS 741.01).

¹⁴⁰⁴ Voir plus loin, p. 649 ss.

¹⁴⁰⁵ Voir notamment Raphaël ARN, Nicole SAURER, André KUHN, Organisation des autorités pénales cantonales et fédérales et dispositions d’application en matière pénale, Bâle 2011.

¹⁴⁰⁶ Pour ce dernier point, sous réserve des compétences financières particulières que la Confédération pourrait utiliser pour contribuer à la construction d’établissements d’exécution de peines et mesures, pour améliorer l’exécution des peines et mesures ou pour soutenir des institutions destinées aux enfants, aux adolescents et aux jeunes adultes (art.123 al. 2 Cst).

¹⁴⁰⁷ Voir précédemment, p. 69 ss.

¹⁴⁰⁸ Actualisées en 2013.

charge, à d'éventuels traitements sous contrainte, à la procédure en cas de grève de la faim ou encore aux obligations lors des procédures d'expulsion, de sorte qu'elles ne paraissent avoir, ici, qu'une portée relativement limitée.

Elles précisent cependant que « le médecin ne peut pas cumuler à la fois l'identité de médecin thérapeute et de médecin expert » et qu'« [a]vant tout acte d'expertise, il doit clairement informer la personne qu'il est chargé d'examiner que le secret médical ne couvrira pas le résultat des examens pratiqués »¹⁴⁰⁹. En outre, elles contiennent une description détaillée de la prise en charge médicale appropriée des personnes suspectées de « *body packing* »¹⁴¹⁰.

4. Mesures de contrainte

4.1 Fouille corporelle

4.1.1 *Principe*

Selon l'art. 249 CPP¹⁴¹¹, une personne peut subir une fouille corporelle¹⁴¹² sans son consentement, s'il y a lieu de présumer que des traces de l'infraction ou des objets ou valeurs susceptibles d'être séquestrés

¹⁴⁰⁹ Section 3, p. 6.

¹⁴¹⁰ Section H, p. 23 ss.

¹⁴¹¹ Voir notamment Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 249 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1972 ss; Niklaus OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020, p. 427 ss; Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 249 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1590 ss; Yvan JEANNERET, André KUHN, p. 356 ss; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 465 s.; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 822 s.; Diego GFELLER, Sabrina GFELLER, Kommentar *ad* Art. 249 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1892 ss.

¹⁴¹² Il est bien question ici de fouille corporelle en tant que mesure d'instruction pénale; la fouille corporelle dans le cadre de la détention, à la recherche d'objets interdits par le règlement de l'établissement de détention (drogues, armes, téléphones portables, ...), est traitée dans le chapitre relatif aux mesures médicales lors de l'exécution d'une peine; voir plus loin, p. 511 ss.

peuvent être découverts¹⁴¹³. Par exemple, une fouille est justifiée en présence d'un « contrôle positif à la cocaïne »¹⁴¹⁴.

En outre, une personne qui vient d'être arrêtée ou appréhendée peut faire l'objet d'une « fouille de sécurité » par la police, pour s'assurer notamment qu'elle ne porte pas d'arme ou d'objets dangereux, conformément à l'art. 241 al. 4 CPP¹⁴¹⁵ ; il s'agit plutôt dans ce cas-là d'une palpation « rapide et sommaire »¹⁴¹⁶.

A contrario, une fouille qui ne répondrait pas à l'un de ces deux objectifs, par exemple une fouille systématique ou exploratoire en dehors de toute infraction ou d'actes préparatoires, est exclue¹⁴¹⁷ ; une telle fouille sans but probatoire n'est pas conforme au droit même si elle est réalisée avec l'accord de la personne ou des personnes intéressées, selon de récents arrêts du Tribunal fédéral¹⁴¹⁸.

Contrairement à l'art. 251 CPP qui opère une distinction entre l'examen d'un prévenu et celui qui pourrait être ordonné à l'encontre d'une personne qui ne le serait pas, l'art. 249 CPP consacré à la fouille est applicable à tous les « intéressés », quel que soit leur statut dans la procédure pénale. Il peut s'agir évidemment de la personne sur laquelle des soupçons fondés sont portés mais qui n'est pas encore prévenue – elle vient d'être arrêtée ou appréhendée, selon l'art. 241 al. 4 CPP –, de la personne prévenue ou de la victime d'une infraction, plaignante ou lésée ; en revanche, on ne voit pas dans quelles circonstances un témoin ou un autre participant à la procédure pourrait devoir se soumettre à une fouille corporelle.

¹⁴¹³ La disposition est aussi applicable à la fouille d'objets, qui nécessite également le consentement « des intéressés », à nouveau s'il y a lieu de présumer que des objets ou valeurs patrimoniales susceptibles d'être séquestrés peuvent être découverts.

¹⁴¹⁴ ATF 143 IV 339, 345. Les garde-frontières ont en outre « fait appel à la brigade canine », sans doute pour inspecter le véhicule du prévenu.

¹⁴¹⁵ Et à l'art. 20 al. 3 LusC, dans l'hypothèse où cette loi serait applicable.

¹⁴¹⁶ Gérard PIQUEREZ, Alain MACALUSO, no 1323, p. 465-466.

¹⁴¹⁷ Voir notamment Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 249 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 1a, p. 1590 ; Gérard PIQUEREZ, Alain MACALUSO, no 1322, p. 465.

¹⁴¹⁸ ATF 145 IV 42, JT 2019 IV 177 (à propos de vidéosurveillance) ; arrêt du 29 janvier 2016 dans la cause 6B_900/2015.

La fouille comprend notamment l'examen de la surface du corps, par exemple à la recherche de traces ou d'impacts laissés par une lutte, des coups, une arme ou un autre objet contondant, et l'examen des orifices et cavités corporelles « qu'il est possible d'examiner sans l'aide d'un instrument » (art. 250 al. 1^{er} CPP *in fine*¹⁴¹⁹), en particulier la cavité buccale¹⁴²⁰. Constituent aussi une fouille corporelle les investigations menées afin de découvrir d'éventuels résidus sous les ongles, des fibres textiles ou d'autres matières présentes sur le corps, des taches de sang ou de sperme, des poils ou des cheveux détachés présents sur le corps¹⁴²¹, des traces de poudre sur les mains résultant de l'usage d'une arme à feu, etc. Une radiographie ou un *scanner* à la recherche de sachets de drogues ingurgités par un passeur (« une mule ») ou d'autres objets avalés par un suspect (« *body packing* »¹⁴²²) est également considéré comme une mesure de fouille corporelle, cette procédure médicale, quoique réalisée à l'aide d'un appareil, n'étant pas par nature invasive¹⁴²³.

En revanche, la saisie des données signalétiques – soit la constatation de particularités physiques et le prélèvement d'empreintes, notamment les empreintes digitales, les empreintes des mains ou des pieds ou encore les empreintes dentaires (mais pas le prélèvement d'un échantillon d'ADN) - n'entre pas dans la définition de la fouille corporelle¹⁴²⁴ et est visée par une autre disposition (art. 260 CPP). En réalité, cette distinction et d'éventuels doutes à ce propos pourraient avant tout surgir dans le contexte de l'examen de la personne.

¹⁴¹⁹ Voir notamment Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 250 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1977 ss; Niklaus OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020, p. 443 s.; Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 250 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1592 ss ; Yvan JEANNERET, André KUHN, p. 356 ss; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 465 s.; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 822 ss ; Diego GFELLER, Sabrina GFELLER, Kommentar *ad* Art. 250 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1898 ss.

¹⁴²⁰ Voir le Message Procédure pénale 2005, 1218.

¹⁴²¹ Le prélèvement de cheveux ou de poils encore liés à l'épiderme correspond quant à lui à un « examen de la personne » ; voir plus loin, p. 330 ss.

¹⁴²² Voir la section H des Directives de l'ASSM relatives à l'exercice de la médecine auprès des personnes détenues, de 2002, p. 23 ss.

¹⁴²³ Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 250 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 4, p. 1594, qui retiennent en outre que l'absorption forcée d'un laxatif dans les mêmes circonstances, quoique « intrusive », correspond à une fouille corporelle.

¹⁴²⁴ Sur la distinction entre la saisie de données signalétiques et un examen de la personne pour découvrir des signes particuliers (marques de naissance, cicatrices, tatouages, ...), voir plus loin, p. 332 s.

4.1.2 Exécution

On peut s'interroger sur la nature véritablement médicale de la fouille corporelle. En général, cette mesure est pratiquée par la police¹⁴²⁵, même s'il s'agit d'une fouille des parties intimes. Dans ce cas cependant, elle doit l'être par une personne du même sexe ; alternativement, la fouille des parties intimes peut aussi être effectuée par un médecin (art 250 al. 2 CPP), mais le Code de procédure pénale n'en fait pas une exigence.

La Loi sur l'usage de la contrainte, dans l'hypothèse où elle serait applicable¹⁴²⁶, est plus stricte : une fouille impliquant « un contact corporel » ne peut en effet être effectuée que par un agent du même sexe que la personne fouillée (art. 20 al. 1^{er} LUSC), « à l'abri des regards de tiers » (art. 20 al. 2 LUSC), afin de ne pas constituer un « traitement cruel, dégradant ou humiliant », proscrit par l'art. 9 al. 4 LUSC comme par l'art. 3 CPP¹⁴²⁷ ; quant à la fouille des parties intimes, elle ne peut être effectuée que par un médecin (art. 20 al. 4 LUSC).

Dans les cas d'urgence, le Code de procédure pénale autorise même une fouille intime pratiquée par un agent de la police qui ne serait pas du même sexe que la personne concernée (art. 250 al. 2 CPP *in initio*) ; selon la doctrine, un cas d'urgence survient lorsqu'un danger imminent risque de se produire ou en présence d'un risque réel évident de la disparition imminente de la trace de l'infraction, de l'objet ou des valeurs patrimoniales si la fouille n'a pas lieu immédiatement¹⁴²⁸. La fouille intime représente sans doute une grave atteinte à la liberté personnelle¹⁴²⁹ ; pour respecter le principe de proportionnalité¹⁴³⁰, elle devrait être réalisée de manière aussi « décente et prévenante que possible ».

¹⁴²⁵ Selon l'art. 241 al. 2 lettre c CPP.

¹⁴²⁶ Voir précédemment, p. 323 s.

¹⁴²⁷ L'art. 3 CPP, relatif au « respect de la dignité et [au] procès équitable », interdit notamment l'utilisation de « méthodes d'enquête qui sont attentatoires à la dignité humaine » (art. 3 al. 2 lettre d CPP). Voir notamment Michel HOTTELIER, *Commentaire ad art. 3 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 21 ss ; Marc THOMMEN, *Kommentar ad Art. 3 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. I, p. 17 ss.

¹⁴²⁸ Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, no 5, p. 824.

¹⁴²⁹ ATF 107 IV 84, JT 1981 I 479.

¹⁴³⁰ Olivier GUENIAT et al., *Commentaire ad art. 250 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1593.

Lorsque l'exécution de la mesure nécessite un instrument, la fouille devient en fait un « examen de la personne » au sens de l'art. 251 CPP et doit être « opérée par une personne ordinairement étrangère au corps de police, au bénéfice d'une formation médicale »¹⁴³¹, soit un médecin ou au moins un auxiliaire médical, conformément aux exigences de l'art. 252 CPP.

L'art. 249 CPP ne permettant, selon son interprétation littérale, que la recherche de traces de l'infraction ou d'objets ou valeurs patrimoniales susceptibles d'être séquestrés, la recherche de marques ou de signes particuliers qui permettraient une identification relève plutôt, elle aussi, de l'examen de la personne prévu à l'art. 251 CPP. Partant, elle devrait être exécutée par un médecin ou un auxiliaire médical.

4.2 Examen physique ou psychique de la personne

4.2.1 *Principe*

En exécution de l'art. 251 al. 1er CPP, l'examen de la personne peut comprendre à la fois l'examen de l'état physique et l'examen de l'état psychique¹⁴³². L'art. 251 CPP établit certaines distinctions, selon que la personne concernée a le statut de prévenu dans la procédure ou ne l'a pas ; les circonstances permettant de pratiquer l'examen d'une personne n'ayant pas le statut de prévenu sont plus strictes et limitativement énoncées dans la loi.

¹⁴³¹ ATF 109 Ia 146.

¹⁴³² Voir notamment Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 251 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1983 ss; Niklaus OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020, p. 445 ss; Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 251 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1595 ss ; Yvan JEANNERET, André KUHN, p. 358 ss; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 466 ss; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 825 ss ; Charles HAENNI, Kommentar *ad* Art. 251 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1903 ss. Sur la distinction entre un examen médical et une expertise médicale, voir plus loin, p. 350.

Un examen de la personne peut avoir lieu pour établir les faits (art. 251 al. 2 lettre a CPP) mais aussi, selon la lettre de la loi, pour apprécier la responsabilité du prévenu, ainsi que son aptitude à prendre part aux débats et à supporter la détention (art. 251 al. 2 lettre b CPP)¹⁴³³.

4.2.2 Exécution

L'examen de la personne, qu'il s'agisse de l'examen physique ou de l'examen psychique, et les interventions portant atteinte à l'intégrité corporelle doivent être pratiqués par un médecin ou au moins par un auxiliaire médical (conformément à l'art. 252 CPP)¹⁴³⁴.

Selon la littérature juridique, il s'agit la plupart du temps d'un infirmier ou d'une infirmière¹⁴³⁵ ; un médecin semble cependant requis pour un examen psychique tendant à déterminer la capacité d'un prévenu à prendre part aux débats ou pour évaluer sa responsabilité, ces deux mesures d'instruction nécessitant dans les faits une expertise¹⁴³⁶. Cette exigence de qualification professionnelle de la personne chargée de l'exécution de l'examen correspond à une condition de validité de la mesure : en cas d'observation, les preuves récoltées sont inexploitables, « à moins que leur exploitation ne soit indispensable pour élucider des infractions graves », selon l'art. 141 al. 2 CPP.

Lorsque la mesure d'examen paraît nécessiter une hospitalisation, une expertise doit alors être ordonnée, ce qui ouvre la voie à l'admission dans un établissement hospitalier approprié, même sans le consentement de l'intéressé¹⁴³⁷.

¹⁴³³ Le Code pénal suisse prévoit une expertise. Sur ce point, voir plus loin, p. 352 ss.

¹⁴³⁴ Voir notamment Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 252 StPO, in: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1991 ss; Niklaus OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020, p. 445; Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 252 CPP, in: Commentaire romand CPP, p. 1599 s. ; Yvan JEANNERET, André KUHN, p. 363 s.; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 468 s.; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 828 s. ; Charles HAENNI, Kommentar *ad* Art. 252 StPO, in: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1904 ss.

¹⁴³⁵ Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 829.

¹⁴³⁶ Voir plus loin, p. 351.

¹⁴³⁷ Sur les expertises et les hospitalisations en vue d'expertise, voir plus loin, p. 348 ss.

4.2.3 Examen physique du prévenu

Par prévenu, on entend toute personne qui, à la suite d'une dénonciation, d'une plainte ou d'un acte de procédure accompli par une autorité pénale, est soupçonnée, prévenue ou accusée d'une infraction, selon l'art. 111 CPP.

L'examen physique du prévenu se distingue de la fouille corporelle prévue à l'art. 249 CPP en ceci qu'il peut être plus intrusif et qu'il peut par conséquent donner lieu à des recherches dans les orifices et cavités corporelles qu'il n'est, cette fois, « possible d'examiner [qu'avec] l'aide d'un instrument » (art. 250 al. 1^{er} CPP *in fine, a contrario*)¹⁴³⁸.

Il peut en outre porter sur la recherche d'autres éléments probants, par exemple des signes distinctifs (tatouages, ...) ou des marques (cicatrices, taches de naissance, grains de beauté, dépigmentation, ...) qui permettraient l'identification de l'auteur d'une infraction. L'examen physique ne se confond pas, on l'a dit, avec la saisie de données signalétiques au sens de l'art. 260 CPP : cette saisie ne porte, outre le « prélèvement d'empreintes de certaines parties du corps »¹⁴³⁹, que sur le relevé de « particularités physiques » directement mesurables ou visibles sans l'assistance d'un médecin, en particulier sans que la personne concernée, en général le prévenu, ne doive retirer ses vêtements¹⁴⁴⁰. Les auteurs de littérature juridique retiennent ici la notion de « caractéristiques extérieures »¹⁴⁴¹ de la personne concernée.

¹⁴³⁸ Voir le Message Procédure pénale 2005, p. 1221 s.

¹⁴³⁹ En général, le prélèvement concerne les empreintes digitales, mais les enquêteurs peuvent aussi être intéressés dans certains cas par le prélèvement d'empreintes de pieds ou d'oreilles.

¹⁴⁴⁰ Voir notamment Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 260 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 2030 ss; Niklaus OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020, p. 452 ss; Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 260 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1639 ss; Yvan JEANNERET, André KUHN, p. 371 ss; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 476 ss; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 846 ss; Bruno WERLEN, Kommentar *ad* Art. 260 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2000 ss.

¹⁴⁴¹ Voir notamment Sandrine ROHMER, no 5, p. 1172.

L'examen de la personne peut également être plus invasif et porter atteinte à l'intégrité corporelle. Il peut ainsi consister en un prélèvement de salive, de sang, d'urine¹⁴⁴², de peau, de poils ou de cheveux appartenant à la personne examinée (mais pas de matériel génétique destiné à établir un profil ADN, pour lequel existent des dispositions particulières¹⁴⁴³) ; il peut aussi avoir pour objectif l'extraction de balles ou d'autres projectiles¹⁴⁴⁴. En revanche, l'utilisation d'un sérum de vérité ou le recours à l'hypnose ou à un détecteur de mensonges, parmi d'autres méthodes proscrites, sont contraires à la dignité humaine et, partant, interdites¹⁴⁴⁵.

De telles atteintes à l'intégrité corporelle du prévenu ne peuvent toutefois être ordonnées que si elles ne causent pas de douleurs particulières et ne nuisent pas à la santé (art. 251 al. 3 CPP). Il s'agit ici d'une reprise quasi textuelle de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme rendue dans ce domaine particulier¹⁴⁴⁶ ; dans ce contexte, le Tribunal fédéral a quant à lui statué que le prélèvement de sang ne constituait qu'une atteinte légère à l'intégrité corporelle, admissible au regard du principe de proportionnalité¹⁴⁴⁷. Une Cour cantonale a encore précisé à ce propos que le prélèvement de sang « occasionne [certes] une légère douleur momentanée [mais] supportable et ne nuit pas à la santé du prévenu »¹⁴⁴⁸.

Alternativement, l'examen peut être destiné à évaluer la capacité de prendre part aux débats¹⁴⁴⁹ au sens de l'art. 114 CPP¹⁴⁵⁰, lorsque le prévenu

¹⁴⁴² Si les prélèvements de sang, de cheveux ou d'urine ont lieu dans le cadre d'une procédure liée à une infraction à la Loi sur la circulation routière, voir plus loin, p. 691 ss.

¹⁴⁴³ Art. 255 ss CPP, voir plus loin, p. 339 ss.

¹⁴⁴⁴ Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 251 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1596 s.

¹⁴⁴⁵ Charles HAENNI, Kommentar *ad* Art. 251/252 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1910 s.

¹⁴⁴⁶ Voir précédemment, p. 17 s.

¹⁴⁴⁷ ATF 124 I 80, 82.

¹⁴⁴⁸ Arrêt du 23 août 2013 dans la cause UH130207 rendu par le Obergericht du canton de Zurich, cité par Olivier GENIAT et al., Commentaire *ad* art. 251 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1598.

¹⁴⁴⁹ Qui peut se rapprocher de la « capacité de procéder » prévue par le Code de procédure civile ; voir précédemment, p. 199 ss.

¹⁴⁵⁰ Voir notamment Viktor LIEBER, Kommentar *ad* Art. 114 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. I, p. 745 ss ; Niklaus OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020, p. 126 s. ; Alain MACALUSO, Commentaire *ad* art. 114 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 587 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 256 s. ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 359 ss ;

souffre ou prétend souffrir d'une affection ou d'un traumatisme somatique, chronique ou passager ; en effet, cette capacité suppose notamment l'aptitude physique à suivre les débats de la procédure pénale dirigée contre lui. Si le prévenu en est temporairement incapable, les actes de procédure qui ne souffrent pas de report sont exécutés en présence de son défenseur (art. 114 al. 2 CPP).

4.2.4 Examen psychique du prévenu

L'examen de la personne peut aussi porter sur l'état psychique du prévenu (art. 251 al. 1^{er} CPP), notamment afin d'apprécier sa responsabilité ou, à nouveau, son aptitude - mais cette fois psychique - à prendre part aux débats ou à supporter la détention (art. 251 al. 2 lettre b CPP).

En dépit du texte du Code de procédure pénale, les mesures énoncées à l'art. 251 al. 2 lettre b CPP semblent plutôt devoir relever d'une expertise, telle qu'elle est prévue aux art. 182 ss CPP, et non d'un examen de la personne. La jurisprudence confirme ce point de vue : en particulier, « [s]avoir si le prévenu dispose de la capacité de prendre part aux débats ne relève pas de l'établissement des faits, mais est une question juridique qui doit être résolue par le juge, en règle générale sur la base d'une expertise »¹⁴⁵¹.

La question de la responsabilité, de l'irresponsabilité ou de la responsabilité restreinte du prévenu au sens de l'art. 19 CPS devrait également être évaluée de la même manière, c'est-à-dire au moyen d'une expertise ; l'art. 20 CPS précise d'ailleurs sans équivoque que, « s'il existe une raison sérieuse de douter de la responsabilité de l'auteur » de l'infraction, c'est une expertise qui doit être ordonnée¹⁴⁵². On pourrait peut-être considérer que l'art 251 CPP est applicable, partant qu'un simple

Marc ENGLER, Kommentar *ad* Art. 114 StPO, in: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 787 ss.

¹⁴⁵¹ Arrêt du 30 mai 2018 dans la cause 6B_1395/2017 ; arrêt du 12 février 2013 dans la cause 6B_679/201 ; arrêt du 10 septembre 2008 6B_29/2008, cons. 1.3; voir aussi Alain MACALUSO, Commentaire *ad* art. 114 CPP, in: Commentaire romand CPP, no 6, p. 588; Marc ENGLER, Kommentar *ad* Art. 114 StPO, in: Basler Kommentar StPO vol. I, no 6, p. 788 s.

¹⁴⁵² A propos de la responsabilité, de l'irresponsabilité ou de la responsabilité restreinte, voir plus loin, p. 352 ss.

examen médical suffit, lorsque l'irresponsabilité ou l'inaptitude apparaissent d'emblée comme manifestes, étant entendu que cette interprétation n'est pas conforme à la lettre de l'art. 20 CPS, pour ce qui a trait à l'irresponsabilité au moins.

Une procédure pénale peut toutefois être engagée même si le prévenu n'a pas la capacité d'ester en justice au sens du droit de procédure civile, selon l'art. 106 al. 3 CPP ; cette disposition concerne concrètement les personnes capables de discernement mineures ou placées sous curatelle de portée générale¹⁴⁵³. Il suffit que le prévenu dispose de la capacité de prendre part aux débats, ce qui implique la capacité de jouer un rôle à la fois actif et passif dans la procédure engagée contre lui¹⁴⁵⁴. Le prévenu doit être en état psychique de « participer aux audiences et aux actes de la procédure, en faisant usage de tous les moyens de défense pertinents et en étant apte à répondre normalement aux questions qui lui sont posées »¹⁴⁵⁵.

Les exigences pour admettre la capacité de prendre part aux débats ne sont pas très élevées, dans la mesure où le prévenu peut faire valoir ses moyens de défense par un défenseur¹⁴⁵⁶. En principe, seul le jeune âge, des troubles physiques ou psychiques sévères ou encore une grave maladie sont de nature à entraîner une incapacité de cette nature¹⁴⁵⁷. Selon la jurisprudence, les exigences précitées peuvent aussi être remplies même si le prévenu n'a pas la capacité de discernement ni l'exercice des droits

¹⁴⁵³ ATF 131 I 185, 191. Voir Yasmina BENDANI, Commentaire *ad* art. 106 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 525 ss, 528 ss; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 333 s.; Henriette KÜFFER, Kommentar *ad* Art. 106 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 729.

¹⁴⁵⁴ Alain MACALUSO, Commentaire *ad* art. 114 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 588.

¹⁴⁵⁵ Alain MACALUSO, *ibidem*.

¹⁴⁵⁶ Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 200 s.; Marc ENGLER, Kommentar *ad* Art. 114 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 789.

¹⁴⁵⁷ Voir Robert HAUSER, Erhard SCHWERI et al., Schweizerisches Strafprozessrecht, 6^e éd., n. 29, p. 158.

civils¹⁴⁵⁸. La capacité de prendre part aux débats s'examine au moment de l'acte de procédure considéré¹⁴⁵⁹.

4.2.5 *Examen de l'aptitude du prévenu à supporter la détention (renvoi)*

Enfin, un examen physique ou psychique peut être nécessaire pour déterminer l'aptitude du prévenu à subir la détention (art. 251 al. 2 lettre b CPP *in fine*), ici la détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté.

La question se pose dans les mêmes termes à l'occasion de l'exécution, par une personne condamnée, d'une peine privative de liberté, exécution qui peut être interrompue « pour un motif grave », notamment une raison de santé physique ou psychique (art. 92 CP) ; elle est examinée plus en détail plus loin, dans la section consacrée aux mesures médicales ordonnées dans ces circonstances¹⁴⁶⁰.

4.2.6 *Examen physique ou psychique d'une personne qui n'a pas le statut de prévenu*

L'art. 251 al. 4 CPP permet également d'imposer un examen physique ou psychique à une personne qui n'aurait pas le statut de prévenu dans la procédure, lorsque les faits à l'origine de la procédure sont graves et correspondent à certaines infractions contre la vie ou l'intégrité corporelle, au brigandage et à diverses infractions contre la liberté et contre l'intégrité sexuelle¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁸ Arrêt du 20 juin 2018 dans la cause 6B_1035/2017, cons. 1.3 ; arrêt du 10 septembre 2008 dans la cause 6B_29/2008, cons. 1.3. Dans ce sens, Niklaus OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 4^e éd, Berne 2020, n. 387, p. 127 ; contra : Alain MACALUSO, *Commentaire ad art. 114 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, no 2, p. 588.

¹⁴⁵⁹ Voir notamment Alain MACALUSO, *Commentaire ad art. 114 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, no 5, p. 588; Marc ENGLER, *Kommentar ad Art. 114 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. I, p. 788 s.

¹⁴⁶⁰ Voir plus loin, p. 507 ss.

¹⁴⁶¹ Il s'agit d'un homicide au sens des art. 111 à 113 CPS, de lésions corporelles graves au sens de l'art. 122 CPS, de mutilation d'organes génitaux féminins au sens de l'art. 124 CPS, de brigandage au sens de l'art. 140 CPS, de séquestration ou d'enlèvement avec

Peuvent être concernées par cette disposition les personnes appelées à fournir des renseignements, les témoins, les lésés, victimes –notamment les victimes d’agressions sexuelles - ou parties plaignantes, mais aussi les personnes visées par une procédure pénale mais qui n’ont pas encore le statut de prévenu¹⁴⁶².

Si un témoin présente de signes de troubles mentaux ou que des doutes surgissent à propos de sa capacité de discernement et, partant, de la fiabilité de sa déposition, c’est toutefois une expertise qui devrait être ordonnée pour élucider ce point, et non un examen psychique (art. 164 al. 2 CPP)¹⁴⁶³. Un examen physique pourrait en revanche être ordonné pour, par exemple, évaluer les facultés visuelles ou auditives d’un témoin affirmant avoir vu ou entendu certains faits alors que ses capacités sensorielles paraissent réduites.

Lors d’un examen, la personne qui n’a pas le statut de prévenu doit évidemment bénéficier des mêmes égards que le prévenu : il ne peut subir un examen de sa personne ou une intervention portant atteinte à son intégrité corporelle contre sa volonté que si les atteintes à son intégrité corporelle ne lui causent pas de douleurs particulières ni ne nuisent à sa santé.

4.3 Examen d’un cadavre et autopsie

Selon l’art. 253 al. 1^{er} CPP, si, lors d’un décès, les indices laissent supposer que le décès n’est pas dû à une cause naturelle, et notamment qu’une infraction a été commise ou que l’identité du cadavre n’est pas connue, le ministère public ordonne un premier examen du cadavre par un médecin légiste, afin de déterminer les causes de la mort ou d’identifier le

circonstances aggravantes au sens de l’art. 184 CPS, de prise d’otage au sens de l’art 185 CPS, d’acte d’ordre sexuel avec des enfants au sens de l’art 187 CPS, de contrainte sexuelle au sens de l’art 189 CPS et, enfin, d’atteinte à la liberté ou à l’honneur sexuel au sens de l’art 190 ou 191 CPS.

¹⁴⁶² Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 251 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 8, p. 1598.

¹⁴⁶³ Voir plus loin, p. 360 s.

défunt¹⁴⁶⁴. L'examen peut notamment consister en un prélèvement et une analyse de matériel génétique à des fins d'identification.

Si ce premier examen ne révèle aucun indice de la commission d'une infraction et que l'identité de la personne décédée est connue, le ministère public autorise la levée du corps. Dans le cas contraire, le ministère public ordonne de nouveaux examens par un institut de médecine légale ou, au besoin, une autopsie (art. 253 al. 2 et 3 CPP)¹⁴⁶⁵.

En général, une situation de cette nature ne soulève évidemment pas de problème de consentement ou d'obligation de collaborer, la personne examinée étant décédée. Il peut cependant arriver qu'elle ait exprimé avant son décès un refus de subir un examen ou, plus souvent, un refus de subir une autopsie, par le biais de directives anticipées telles qu'elles sont prévues par l'art. 378 CC¹⁴⁶⁶; le droit de disposer de son cadavre correspond en effet à l'un des droits reconnus aux patients¹⁴⁶⁷. Dans un tel cas toutefois, l'art. 253 CPP constitue la base légale permettant de passer outre le refus du patient exprimé avant sa mort, dans l'intérêt d'une administration efficace de la justice pénale¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁴ Eventuellement après l'exhumation du cadavre, ou l'ouverture de l'urne funéraire. Voir en particulier Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 253 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1992 ss; Niklaus OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020, p. 446; Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 253 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1600 ss; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 256 s.; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 830 ss; Ulrich ZOLLINGER, Géraldine KIPFER, Kommentar *ad* Art. 253 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1938 ss.

¹⁴⁶⁵ Voir notamment Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 253 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1603 ss; Ulrich ZOLLINGER, Géraldine KIPFER, Kommentar *ad* Art. 253 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1955 ss. A propos, des autopsies, voir Coraline EGGER, Tony FRACASSO, Autopsie, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 687 ss.

¹⁴⁶⁶ Sur les directives anticipées et leur portée, voir précédemment, p. 109 ss.

¹⁴⁶⁷ Voir Dominique MANAI, La dignité de la personne décédée en droit suisse, *in*: Jusletter du 10 février 2020.

¹⁴⁶⁸ Ce que prévoit par exemple l'art. 70 de la Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé; voir aussi ATF 111 Ia 231 et ATF 127 I 115.

4.4 Prélèvement et analyse d'un échantillon d'ADN

4.4.1 *Compétences pour ordonner un prélèvement et l'établissement d'un profil d'ADN*

La police est compétente pour ordonner un prélèvement non invasif, selon l'art. 255 al. 2 lettre a CPP. Il s'agit d'un cas particulier où une mesure de contrainte peut être ordonnée par la police, puisque la loi le prévoit (art. 198 al. 1^{er} lettre c CPP). L'art. 198 al. 2 CPP autorise la Confédération ou les cantons à réserver cette compétence à des membres du corps de police « revêtant un certain grade » ou qui exercent une certaine fonction.

Pour les prélèvements invasifs, c'est le ministère public qui est compétent. Un prélèvement invasif est en général ordonné lorsque la personne concernée s'oppose à un prélèvement non invasif¹⁴⁶⁹.

Quant aux prélèvements réalisés dans le cadre d'une enquête de grande envergure ou aux prélèvements effectués sur des personnes condamnées¹⁴⁷⁰, ils relèvent respectivement de la compétence du tribunal des mesures de contrainte, sur requête du ministère public (selon l'art. 256 CPP), et de celle du tribunal chargé de rendre le jugement (selon l'art. 257 CPP).

La compétence pour ordonner un prélèvement ne se confond pas toujours avec la compétence pour ordonner ensuite l'établissement d'un profil d'ADN, c'est-à-dire une analyse de l'échantillon. Si les décisions rendues par le tribunal des mesures de contrainte lors d'une enquête de grande envergure ou par le tribunal chargé de prononcer une éventuelle condamnation portent à la fois sur le prélèvement et sur l'établissement du profil ADN, la police n'est, elle, compétente que pour ordonner le prélèvement d'échantillons (art. 255 al. 2 lettre a CPP)¹⁴⁷¹. Le Code de procédure pénale ne l'autorise à ordonner l'établissement de profils d'ADN que lorsque les échantillons proviennent de matériel biologique présent sur

¹⁴⁶⁹ Sur l'obligation de collaborer et les conséquences d'un refus de collaborer, voir plus loin, p. 347 s.

¹⁴⁷⁰ Voir plus loin, p. 343 ss et p. 345 s.

¹⁴⁷¹ Pour une affaire où la police a également ordonné l'analyse, alors que le ministère public est seul compétent, voir ATF 144 IV 127. Le Tribunal fédéral a ordonné la destruction des échantillons prélevés.

les lieux de l'infraction. En revanche, si les échantillons sont prélevés sur le prévenu ou sur d'autres personnes, c'est le ministère public qui ordonne l'établissement de leur profil d'ADN, après le prélèvement des échantillons effectué par la police ; la compétence d'ordonner l'établissement d'un profil ADN ne peut pas être transférée à la police par la voie de directives générales émises par le ministère public¹⁴⁷².

4.4.2 Conditions de prélèvement

Les « traces et preuves » présentes sur les lieux d'une infraction doivent être mises en sûreté et analysées par la police, lors des investigations qu'elle mène afin d'établir les faits constitutifs d'une infraction (art. 306 al. 1^{er} et al. 2 lettre a CPP). Elle peut par conséquent prélever toute trace indiciaire qui permettrait l'identification des protagonistes de l'infraction et, notamment, faire procéder à une analyse génétique du « matériel biologique qui a un rapport avec l'infraction » (art. 255 al. 1^{er} lettre d CPP)¹⁴⁷³.

Afin d'élucider le crime ou le délit « sur lequel porte la procédure »¹⁴⁷⁴, des prélèvements d'ADN peuvent aussi être effectués sur le prévenu ou sur « d'autres personnes » (art. 255 al. 1^{er} lettres a et b CPP) ou encore sur un cadavre (art. 255 al. 1^{er} lettre c CPP)¹⁴⁷⁵. Tous ces

¹⁴⁷² ATF 141 IV 87, 91 s.

¹⁴⁷³ Le projet de loi comportait expressément, entre parenthèses, la mention de « traces » à la fin de la lettre d, FF 2006 1373, 1448 ; voir notamment Sandrine ROHMER, no 10 s., p. 1157.

¹⁴⁷⁴ Cette précision fait partie des modifications légales adoptées le 17 juin 2022, dont l'entrée en vigueur est prévue le 1^{er} janvier 2024. Voir le Message modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351, 6404 ss.

¹⁴⁷⁵ Voir notamment Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE, no 21 s., p. 1616. Plus généralement, à propos de l'art. 255 CPP, voir Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 255 StPO, in: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 2006 ss; Niklaus OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020, p. 447 ss; Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 255 CPP, in: Commentaire romand CPP, p. 1607 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 481 ss; Yvan JEANNERET, André KUHN, p. 364 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 836 ss ; Christoph FRICKER, Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 255 StPO, in: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1938 ss.

prélèvements sont réalisés à des fins de comparaison avec des indices récoltés sur les lieux de l'infraction ou sur le corps de la victime¹⁴⁷⁶.

Conformément au principe de proportionnalité et à la lettre de l'art. 255 al. 1^{er} CPP, de tels prélèvements et analyses peuvent être ordonnés et réalisés lorsqu'existe un soupçon qu'un crime ou un délit a été commis et même s'il n'est pas certain que la procédure pourra être menée à son terme¹⁴⁷⁷ ; ils sont par conséquent exclus si l'infraction commise n'est constitutive que d'une contravention¹⁴⁷⁸.

La lettre a de la disposition permet toutefois aussi, selon la jurisprudence, le prélèvement en vue de l'établissement d'un profil ADN dans la perspective d'éventuelles infractions pénales futures ; il est toutefois nécessaire qu'existent sur ce point des indices sérieux et concrets¹⁴⁷⁹. On se trouve ici en présence d'une mesure de nature « préventive, qui ne repose pas sur des soupçons, mais sur un pronostic », tandis qu'un prélèvement en vue d'élucider une ou des infractions déjà commises correspond à une mesure « répressive »¹⁴⁸⁰. Un tel pronostic d'éventuelles futures infractions peut aussi, exceptionnellement, être posé à l'issue de l'instruction et des débats, s'il ne l'a pas été au début de l'instruction ; le prélèvement et l'établissement du profil ADN sont alors ordonnés par le tribunal, en application de l'art. 257 CPP¹⁴⁸¹.

L'établissement d'un profil génétique correspond matériellement à une expertise, confiée à un ou une spécialiste détenant des connaissances et capacités dont le ministère public ou les tribunaux ne disposent pas (art. 182 CPP)¹⁴⁸². Elle en constitue toutefois un cas particulier, auquel les conditions générales d'une expertise ne s'appliquent pas (art. 184 al. 3 CPP), et qui fait l'objet d'un chapitre spécifique dans le Titre du Code de procédure pénale dédié aux mesures de contrainte.

¹⁴⁷⁶ Voir Joëlle VUILLE, Ce que la justice fait dire à l'ADN (et ce que l'ADN ne dit pas vraiment), étude qualitative de l'évaluation de la preuve par ADN dans le système judiciaire pénal suisse, Lausanne 2011.

¹⁴⁷⁷ Voir arrêts du 12 mars 2019 dans les causes 1B_13/2019, 1B_14/2019 et 1B_15/2019.

¹⁴⁷⁸ Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 255 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 15, p. 1613.

¹⁴⁷⁹ ATF 145 IV 263, 265 ss.

¹⁴⁸⁰ Message modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351, 6405.

¹⁴⁸¹ Voir plus loin, p. 346 ss.

¹⁴⁸² Voir plus loin, p. 348 ss.

4.4.3 Modalités de prélèvement

De manière générale, le prélèvement d'un échantillon de matériel génétique a lieu au moyen d'un frottis de l'intérieur de la joue, afin de récolter quelques cellules de la « muqueuse jugale » contenant de l'ADN. Ce procédé est simple et facile à réaliser ; selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il correspond à une atteinte légère à l'intégrité corporelle de la personne qui doit s'y soumettre¹⁴⁸³.

A contrario, le prélèvement de matériel génétique au moyen d'une prise de sang correspondrait à un prélèvement invasif. Un prélèvement sanguin est aussi conforme au droit, le Tribunal fédéral ayant statué que le prélèvement de sang ne constituait, lui aussi, qu'une atteinte légère à l'intégrité corporelle, dès lors admissible au regard du principe de proportionnalité¹⁴⁸⁴. Toutefois, un tel prélèvement doit être réalisé par un médecin ou un auxiliaire médical, selon l'art. 258 CPP¹⁴⁸⁵. Concrètement, il consiste alors, en général, en un prélèvement d'une goutte de sang capillaire, à l'extrémité d'un doigt, à l'aide d'une « lancette », un geste médical qui ne présente aucun danger particulier, si l'on excepte un risque théorique et quasi insignifiant d'infection.

4.4.4 Prélèvement sur le prévenu

Selon l'art. 255 al. 1er lettre a CPP, le prélèvement d'un échantillon de matériel génétique et l'établissement d'un profil d'ADN peut d'abord être ordonné sur le prévenu.

¹⁴⁸³ ATF 134 III 241, 128 II 259.

¹⁴⁸⁴ ATF 124 I 80, 82 ; voir précédemment, p. 136.

¹⁴⁸⁵ Voir notamment Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 258 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 2028; Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE., Commentaire *ad* art. 258 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1632 s. ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 487 ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 843 s. ; Christoph FRICKER, Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 258 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1997.

Par prévenu, on l'a dit¹⁴⁸⁶, on entend toute personne qui, à la suite d'une dénonciation, d'une plainte ou d'un acte de procédure accompli par une autorité pénale, est soupçonnée, prévenue ou accusée d'une infraction, selon l'art. 111 CPP.

Conformément au principe de proportionnalité et à la lettre de l'art. 197 al. 1^{er} lettre c CPP, un tel prélèvement n'est admissible que si la culpabilité ne peut pas être prouvée par d'autres mesures. *A contrario*, un prélèvement serait disproportionné si la culpabilité résultait manifestement d'autres éléments de l'instruction.

En application d'un nouvel alinéa 1bis (art. 255 al. 1bis CPP)¹⁴⁸⁷, « [l]e prélèvement d'un échantillon et l'établissement d'un profil ADN peuvent aussi être ordonnés sur le prévenu si des indices concrets laissent présumer qu'il pourrait avoir commis d'autres crimes ou délits ». A nouveau, il importe qu'existent des indices concrets permettant de lier le prévenu à d'autres infractions ; il n'est cependant pas nécessaire « que des soupçons pèsent directement sur lui »¹⁴⁸⁸.

4.4.5 *Prélèvement sur une personne qui n'a pas le statut de prévenu*

Selon l'art. 255 al. 1^{er} lettre b CPP, d'autres personnes, notamment « les victimes et les personnes habilitées à se rendre sur les lieux de l'infraction » peuvent également être tenues de se soumettre au prélèvement d'un échantillon destiné à établir un profil d'ADN, si cette mesure paraît nécessaire pour distinguer leur propre matériel biologique de celui du prévenu.

Lorsque la comparaison a eu lieu et qu'il est « avéré que la personne en cause ne peut pas être l'auteur du crime ou du délit », l'échantillon prélevé doit être détruit, en exécution de l'art. 9 al. 1^{er} lettre c de la Loi sur les profils d'ADN, et le profil d'ADN n'est pas enregistré dans le système

¹⁴⁸⁶ Voir précédemment, p. 332.

¹⁴⁸⁷ Cette précision fait partie des modifications légales adoptées le 17 juin 2022, dont l'entrée en vigueur est prévue le 1^{er} janvier 2024.

¹⁴⁸⁸ Voir le Message modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351, 6405.

d'information CODIS, conformément à l'art. 11 al. 4 lettre b de la même Loi¹⁴⁸⁹.

4.4.6 Prélèvement lors d'enquêtes de grande envergure

Selon l'art. 256 CPP, afin d'élucider un crime, le tribunal des mesures de contrainte peut, à la demande du ministère public, ordonner le prélèvement d'échantillons sur des personnes présentant des caractéristiques spécifiques constatées en rapport avec la commission de l'acte, en vue de l'établissement de leur profil d'ADN¹⁴⁹⁰.

Une enquête de grande envergure est envisagée lorsque « [l]a police possède certaines indications concernant l'auteur de l'infraction, mais celles-ci sont trop imprécises pour lui permettre de soupçonner concrètement une ou plusieurs personnes. Elle a néanmoins lieu de supposer que l'auteur ou les auteurs présentent certains signes distinctifs, propres à un groupe de personnes »¹⁴⁹¹.

La notion légale de « caractéristique spécifique » est délicate à cerner et comporte en soi un risque de « stigmatisation »¹⁴⁹² ou de « dérive » au préjudice de certaines catégories de la population¹⁴⁹³. La couleur de la peau n'est ainsi pas un indice suffisant¹⁴⁹⁴ ; elle pourrait en revanche l'être si elle

¹⁴⁸⁹ Message du 8 novembre 2000 relatif à la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale et sur l'identification de personnes inconnues, FF 2001 19, 41.

¹⁴⁹⁰ Voir notamment Sandra CHARVET, Les conditions de mise en œuvre d'un prélèvement d'ADN lors d'enquêtes de grande envergure et recours contre cette décision (art. 256 CPP), *in*: Jusletter du 21 septembre 2015 ; voir aussi Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 256 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 2019 ss ; Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE., Commentaire *ad* art. 256 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1622 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 485 s. ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 840 s. ; Christoph FRICKER, Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 256 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1988 ss.

¹⁴⁹¹ Message Procédure pénale 2005, 1224.

¹⁴⁹² Voir Gérard PIQUEREZ, Alain MACALUSO, no1436, p. 502 s.

¹⁴⁹³ Voir Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 256 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 10, p. 1624.

¹⁴⁹⁴ Message, Procédure pénale 2005, 1224. Dans son Message relatif à la Loi sur les profils d'ADN, le Conseil fédéral avait en revanche exprimé l'opinion que ce critère était admissible, FF 2001 19, 37.

est associée à un autre signe distinctif présent chez l'auteur présumé de l'acte¹⁴⁹⁵.

Une mesure de cette ampleur ne peut être ordonnée que si elle peut être utile à retrouver l'auteur ou les auteurs d'un crime¹⁴⁹⁶; elle est en conséquence exclue si l'infraction est constitutive d'un délit ou d'une contravention. Elle est, en outre, on l'a dit, subordonnée à l'autorisation préalable du tribunal des mesures de contrainte¹⁴⁹⁷.

4.4.7 Prélèvement sur une personne condamnée

Selon l'art. 257 CPP, dans le jugement qu'elle rend, l'autorité judiciaire – tribunal, ou ministère public s'il rend une ordonnance pénale – peut ordonner, en vue de l'établissement d'un profil d'ADN, qu'un échantillon soit prélevé « sur une personne condamnée pour un crime ou un délit si des indices concrets laissent présumer qu'elle pourrait commettre d'autres crimes ou délits ».

Le texte de l'article a subi une modification assez notable en 2022 : la disposition ne vise plus spécifiquement les auteurs d'infractions ayant entraîné une condamnation à une peine privative de liberté supérieure à un an, ni certaines infractions spécifiques – les infractions contre la vie, l'intégrité physique ou l'intégrité sexuelle –, ni enfin les auteurs d'infractions contre lesquels une mesure thérapeutique ou l'internement a été prononcé¹⁴⁹⁸. Désormais, toute personne condamnée pour un crime ou un délit peut faire l'objet d'un prélèvement en vue de l'établissement d'un profil ADN lorsque des indices concrets justifient une telle mesure, dans la perspective d'une éventuelle nouvelle infraction.

Dans les faits, une telle mesure est assez rare : en général, le prélèvement, s'il est justifié, a lieu lorsque s'ouvre l'instruction. « L'art. 257 s'applique[...] donc aux rares cas où l'élucidation de l'infraction sur

¹⁴⁹⁵ Voir Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 256 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 13, p. 1624.

¹⁴⁹⁶ Message Procédure pénale 2005, 1224.

¹⁴⁹⁷ Message Procédure pénale 2005, *ibidem*.

¹⁴⁹⁸ Selon les lettres a, b et c, respectivement, de la disposition en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2011, remplacées à partir du 1^{er} janvier 2024 par le texte plus général adopté le 17 juin 2022.

laquelle porte la procédure ne nécessite pas de profil d'ADN et où il n'y a pas d'indices portant à croire que le prévenu pourrait avoir commis d'autres infractions »¹⁴⁹⁹. Le but poursuivi par la disposition est sans doute de faciliter l'instruction lors d'une éventuelle récidive. Si elle est ordonnée par le tribunal, la mesure ne peut être exécutée qu'une fois le jugement devenu exécutoire¹⁵⁰⁰.

4.4.8 Analyse en général

« Au surplus », selon l'art. 259 CPP, la loi fédérale sur les profils d'ADN est applicable¹⁵⁰¹. Ce renvoi concerne en particulière la phase d'analyse des échantillons prélevés.

Les exigences en matière d'analyse sont fixées dans une ordonnance, l'Ordonnance sur les profils d'ADN¹⁵⁰² qui, conformément à l'art. 22 de la loi, précise les modalités touchant non seulement la saisie des données dans le système d'information (lettre a), mais aussi l'organisation et le processus d'établissement des profils d'ADN (lettre c) ou les conditions requises pour la reconnaissance des laboratoires (lettre d). Ces exigences sont encore précisées dans une ordonnance spécifique édictée par le Département fédéral en charge de la police¹⁵⁰³, l'Ordonnance sur les laboratoires d'analyses d'ADN¹⁵⁰⁴.

¹⁴⁹⁹ Message modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351, 6406.

¹⁵⁰⁰ Message Procédure pénale 2005, 1224.

¹⁵⁰¹ Voir notamment Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 259 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 2029; Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE., Commentaire *ad* art. 259 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1633 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 488 ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 844 s. ; Christoph FRICKER, Stefan MAEDER, Kommentar *ad* Art. 257 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1997 s.

¹⁵⁰² Ordonnance du 3 décembre 2004 sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2005 (Ordonnance sur les profils d'ADN, RS 363.1). Comme la Loi sur les profils d'ADN, cette ordonnance pourrait subir quelques modifications ; le texte n'est pas encore disponible (état : octobre 2022).

¹⁵⁰³ Département fédéral de justice et police (DFJP).

¹⁵⁰⁴ Ordonnance du 8 octobre 2014 sur les exigences de prestation et de qualité requises pour les laboratoires forensiques d'analyse d'ADN, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2005 (Ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN, RS 363.11).

Seul un « laboratoire d'essais en génétique forensique » reconnu peut procéder à des analyses forensiques d'ADN¹⁵⁰⁵. Sept laboratoires d'analyses sont autorisés à effectuer de telles analyses en Suisse ; pour la Suisse romande, c'est le Centre Universitaire Romand de Médecine Légale (CURML) qui en est chargé¹⁵⁰⁶.

L'analyse du matériel confié à un laboratoire comporte notamment « deux extractions d'ADN indépendantes l'une de l'autre » à partir de l'échantillon soumis, effectuées par des personnes différentes ou à des moments différents (art. 3 et 4 de l'Ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyses d'ADN), puis la conversion des données relatives aux profils dans le format numérisé du fichier du système d'information, enfin la transmission de ces données au Service de coordination qui exploite la base de données CODIS (art. 9a de l'Ordonnance sur les profils d'ADN). Pour les aspects « techniques », les analyses sont réalisées conformément aux Recommandations du 1^{er} juin 2012 de la Société suisse de médecine légale pour l'analyse ADN des traces biologiques¹⁵⁰⁷ (art. 1 al. 3 de l'Ordonnance sur les laboratoires d'analyse d'ADN).

La loi sur les profils d'ADN autorise désormais également la recherche en parentèle et le phénotypage. Ces analyses portent sur du matériel biologique correspondant à des « traces » selon de l'art. 306 al. 2 lettre a CPP, recueilli par la police sur le lieu de l'infraction ou sur le corps ou les vêtements de la victime. Elles ne sont donc pas le produit d'un prélèvement au sens du CPP et ne sont brièvement abordées ici que par souci d'exhaustivité.

4.4.9 Recherche en parentèle

Comme l'expose l'art. 2a de la Loi sur les profils d'ADN¹⁵⁰⁸, une recherche en parentèle est une méthode qui consiste à interroger le système d'information [CODIS] « dans le but de trouver des personnes qui, en

¹⁵⁰⁵ Art. 2 al. 1^{er} de l'Ordonnance sur les profils d'ADN.

¹⁵⁰⁶ https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/sicherheit/personenidentifikation/dna-profile/die_dna-analyselabors.html (état: janvier 2019).

¹⁵⁰⁷ www.sgrm.ch, rubrique « Génétique forensique ».

¹⁵⁰⁸ Nouvelle disposition adoptée le 17 décembre 2021 (FF 2021 2998). L'entrée en vigueur est prévue pour l'été 2023.

raison de la similitude de leur profil d'ADN avec celui du donneur de la trace, pourraient être apparentées à ce dernier ».

Cette méthode était déjà admise par la jurisprudence du Tribunal pénal fédéral¹⁵⁰⁹ ; elle est désormais expressément prévue par la loi. Elle ne vise pas, comme lors d'une recherche « classique », à vérifier si un profil peut être attribué à une personne qui serait déjà identifiée dans le système d'information ou, au moins, dont le profil serait déjà enregistré. Elle permet plutôt, comme l'indique la définition de l'art. 2a, d'identifier, si elles sont présentes dans le système d'information, une ou des personnes qui présentent des caractéristiques génétiques proches de celles du donneur de trace. Le but n'est pas, dès lors, d'identifier une personne, mais d'ouvrir « une piste d'investigation »¹⁵¹⁰, au sein des membres d'une famille. Comme le relève le Message du Conseil fédéral, la décision du Tribunal pénal fédéral désigne d'ailleurs cette méthode comme une « recherche familiale », une terminologie que reprennent aussi d'autres pays francophones ou anglophones (*familial search*)¹⁵¹¹.

Le recours à une telle méthode, considérée comme une mesure de contrainte et qui doit dès lors être ordonnée par le ministère public selon l'art. 198 al. 1^{er} lettre a CPP)¹⁵¹², n'est autorisée que pour « élucider un crime », ce qui exclut son utilisation pour un délit ou pour une contravention.

4.4.10 Phénotypage

« Le phénotypage est l'analyse de marqueurs ADN spécifiques permettant d'obtenir, à partir d'une trace, des informations sur les caractéristiques morphologiques apparentes du donneur de la trace », à lire

¹⁵⁰⁹ Décision du 6 octobre 2015 rendue par le Tribunal pénal fédéral dans la cause TPF 2015 104, citée par le Conseil fédéral dans le Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44, 15.

¹⁵¹⁰ Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44, 15.

¹⁵¹¹ Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44, 28 ss et 43. Le Message contient en outre une description du déroulement de la mesure et un exemple concret, tiré de l'histoire criminelle française, p. 16 ss.

¹⁵¹² Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44, 43.

l'art. 2b al. 1^{er} de la Loi sur les profils d'ADN¹⁵¹³. Dans son Message, le Conseil fédéral souligne, en ajoutant que « c'est là un élément important », que l'établissement du profil d'ADN de la trace doit précéder le phénotypage¹⁵¹⁴.

L'al. 2 de la disposition précise en outre que peuvent être mis [ainsi] en évidence la couleur des yeux, des cheveux et de la peau (lettre a), l'origine biogéographique (lettre b) et l'âge (lettre c)¹⁵¹⁵. L'al. 4 permet au Conseil fédéral, par voie d'ordonnance, d'élargir la liste des caractéristiques morphologiques apparentes qui pourraient faire l'objet d'une recherche, en fonction des progrès de la science, « à condition que la fiabilité pratique des nouvelles méthodes visant à déterminer ces caractéristiques soit établie ». En revanche, la loi exclut de procéder à l'analyse de « caractéristiques liées à la personnalité, telles que le tempérament, le comportement ou l'intelligence, ou l'état de santé » (al. 3).

La méthode figurait dans le projet de loi proposé par le Conseil fédéral en 2000, cependant pour une utilisation à titre exceptionnel uniquement¹⁵¹⁶; à l'époque, elle n'avait pas convaincu le Parlement fédéral, qui l'avait biffée en considérant qu'elle « posait des problèmes de protection des données » et que les procédés techniques n'étaient pas au point¹⁵¹⁷. Ils le sont aujourd'hui, et ils permettent de réaliser avec une relative fiabilité des analyses « génético-moléculaires »¹⁵¹⁸ portant sur les caractéristiques énoncées dans la loi¹⁵¹⁹.

¹⁵¹³ Inséré dans la loi le 17 décembre 2021 (FF 2021 2998), dont l'entrée en vigueur est prévue pour l'été 2023.

¹⁵¹⁴ Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44, 8 et 10-11.

¹⁵¹⁵ Sur ces caractéristiques et les difficultés qui subsistent malgré l'analyse, Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44, 45 s.

¹⁵¹⁶ Message du 8 novembre 2000 relatif à la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale et sur l'identification de personnes inconnues, Feuille fédérale 2001 19, 33-34.

¹⁵¹⁷ ¹⁵¹⁷ Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44, 7.

¹⁵¹⁸ Décrites dans certains détails dans le Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44, 9 s.

¹⁵¹⁹ Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, FF 2021 44, 7.

Ainsi, à nouveau, la méthode ne conduit pas à une identification ; elle est conçue comme « un soutien direct d’une enquête pénale », dans la mesure où elle « permet de mieux cibler les investigations sur le cercle des possibles auteurs et de prioriser les indices disponibles¹⁵²⁰ », par exemple lors d’une enquête de grande envergure au sens de l’art. 256 CPP.

4.5 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Afin d’assurer l’exécution des mesures de contrainte, l’art. 200 CPP autorise le recours à la force¹⁵²¹. Elle ne peut toutefois être utilisée qu’en dernier recours ; l’intervention doit en outre être conforme au principe de proportionnalité.

La disposition s’applique à toutes les mesures énoncées au Titre 5 du Code de procédure pénale, notamment aux fouilles corporelles, aux examens physiques ou psychiques de la personne et aux prélèvements de matériel génétique à des fins d’analyse.

Lorsque les mesures de contrainte visent des personnes qui n’ont pas le statut de prévenu, elles appellent cependant de la part des autorités pénales une « retenue particulière », selon l’art. 197 CPP ; elles sont en effet synonymes d’atteinte aux droits fondamentaux, en particulier à la liberté personnelle garantie par l’art. 10 Cst pour les mesures de contrainte comportant une dimension médicale ou correspondant à une atteinte à l’intégrité physique ou psychique.

En cas de contestation, une mesure de contrainte, même déjà réalisée, peut faire l’objet d’un recours¹⁵²², qui peut conduire à l’invalidation de la mesure en cas d’admission.

¹⁵²⁰ Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d’ADN, FF 2021 44, *ibidem*.

¹⁵²¹ Voir notamment Sven ZIMMERLIN, *Kommentar ad Art. 200 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. II, p. 2024 ss; Baptiste VIREDAZ, Stephan JOHNER, *Commentaire ad art. 200 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1261 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 370 ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 639 ss ; Jonas WEBER, *Kommentar ad Art. 200 StPO*, in: Basler *Kommentar StPO* vol. II, p. 1512 ss.

¹⁵²² Voir plus loin, p. 367 ss.

5. Expertises médicales concernant le prévenu

Le ministère public et les tribunaux ont recours à un ou plusieurs experts lorsqu'ils ne disposent pas des connaissances et des capacités nécessaires pour constater ou juger un état de fait, aux termes de l'art. 182 CPP¹⁵²³.

Selon certains auteurs de doctrine, cette disposition comporte une dimension impérative : lorsque des points de fait nécessitent des éclaircissements, ces autorités doivent ordonner une expertise¹⁵²⁴.

En revanche, la police n'a pas la compétence pour ordonner une expertise, à l'exception de l'établissement d'un profil d'ADN à partir de traces retrouvées sur les lieux d'un crime¹⁵²⁵.

Les expertises judiciaires¹⁵²⁶ peuvent porter sur les matières les plus variées, « notamment dans le domaine médical (expertises médicales, médico-légales, psychiatriques, psychologiques) et en matière biologique, chimique et toxicologique »¹⁵²⁷.

Certains auteurs contestent cependant qu'une expertise puisse porter sur le caractère proportionnel d'une mesure, sur la dangerosité d'un prévenu ou sur la crédibilité d'un témoin qui ne souffrirait pas d'une affection psychique¹⁵²⁸ ; ils s'appuient sur la jurisprudence du Tribunal fédéral selon

¹⁵²³ Voir notamment Olivier Guillod, Rachel Christinat (éd.), *L'expertise médicale* : 26^e journée de droit de la santé, Berne 2021 ; Andreas DONATSCH, *Kommentar ad Art. 182 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. I, p. 1359 ss ; Niklaus OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 4e éd., Berne 2020, p. 309 ss ; Joëlle VUILLE, *Commentaire ad art. 182 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1139 ss ; Yvan JEANNERET, André KUHN, p. 311 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 338 s. ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 586 ss ; Jonas WEBER, *Kommentar ad Art. 182 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. II, p. 1512 ss.

¹⁵²⁴ Voir en particulier Joëlle VUILLE, *Commentaire ad art. 182 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1151 ; plus nuancée, Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 182 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. I, p. 1397.

¹⁵²⁵ Message Procédure pénale 2005, 1192 ; voir précédemment, p. 339 s.

¹⁵²⁶ Sur la distinction entre une expertise judiciaire et une expertise privée, voir notamment Joëlle VUILLE, *Commentaire ad art. 182 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1148 ss ; Gérard PIQUEREZ, Alain MACALUSO, no 1102, p. 381.

¹⁵²⁷ Gérard PIQUEREZ, Alain MACALUSO, no 1105, p. 383.

¹⁵²⁸ Joëlle VUILLE, *Commentaire ad art. 182 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, nos 2b et 2c, p. 1143. A propos de l'expertise de crédibilité, voir plus loin, p. 358 ss.

laquelle une expertise ne doit pas contenir d'appréciation juridique, à laquelle seul le juge peut procéder¹⁵²⁹. La dangerosité, notamment, « relève [...] de jugements juridiques et sociétaux et ne découle [...] pas directement des connaissances scientifiques que l'expert possède »¹⁵³⁰.

L'expert est une personne physique qui doit disposer, dans le domaine concerné, des connaissances et des compétences nécessaires (art. 183 al. 1^{er} CPP)¹⁵³¹. Il est désigné par la direction de la procédure, après consultation des parties, et doit établir un rapport, généralement écrit, éventuellement clarifié ou complété ultérieurement, contenant les réponses aux questions qui lui sont posées, à propos desquelles les parties sont également consultées (art. 184 al. 1^{er}, 2 et 3 CPP). Il doit en principe réaliser lui-même l'expertise, mais peut faire appel à d'autres personnes travaillant sous sa responsabilité lorsque le mandat qui lui est confié l'y autorise (art. 184 al. 2 lettre b CPP). Si l'expertise est incomplète ou peu claire, si plusieurs experts divergent notablement dans leurs conclusions ou si l'exactitude de l'expertise est mise en doute, la direction de la procédure peut désigner un nouvel expert (art. 189 CPP).

L'opportunité d'ordonner une expertise médicale au sens de l'art. 184 CPP plutôt qu'un examen de l'état physique ou psychique d'une personne par un médecin selon l'art. 251 CPP n'est pas toujours aisée à discerner. Le législateur lui-même semble parfois s'y perdre, ainsi lorsqu'il prévoit dans le Code de procédure pénale un examen psychique du prévenu pour en établir la responsabilité, alors que le Code pénal exige une expertise pour résoudre cette question¹⁵³². Cependant, schématiquement, on peut retenir que l'examen d'une personne, plus limité, vise avant tout à « établir les faits » (art. 251 al. 2 lettre a CPP), c'est-à-dire à procéder à des constatations objectives, tandis que l'expertise, plus complexe, est destinée à « constater ou juger un état de fait » (art. 182 CPP) et peut par conséquent

¹⁵²⁹ ATF 118 Ia 144, 145; JT 1994 IV 95.

¹⁵³⁰ Voir Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 182 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 2c, p. 1143. A propos de ces expertises, voir plus loin, p. 389 s.

¹⁵³¹ Voir notamment Andreas DONATSCH, Kommentar *ad* Art. 183 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. I, p. 1375 ss ; Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 183 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1155 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 339 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 590 ss ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 183 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1403 ss.

¹⁵³² Art. 20 CP ; voir plus loin, p. 355 s.

associer à ces investigations factuelles une évaluation ou une interprétation des éléments ainsi recueillis.

5.1 Expertise physique

Le Code de procédure pénale, à dessein et à juste titre, n'établit pas la liste des questions médicales de nature physique (ou somatique) touchant le prévenu qui pourraient devoir être élucidées par expertise à l'occasion d'une instruction pénale ; cette liste semble quasi infinie, en fonction des nécessités qui pourraient surgir lors d'une instruction pénale.

L'art. 184 al. 3 CPP n'en mentionne que quelques exemples, ainsi des analyses de laboratoire destinées à déterminer le taux d'alcoolémie dans le sang ou la présence de stupéfiants dans le sang¹⁵³³ ; un expert médical pourrait aussi être appelé à apprécier l'état de santé physique d'un prévenu, pour déterminer s'il peut être l'auteur d'une infraction¹⁵³⁴, ou pour évaluer son âge - s'il n'est pas établi - et le soumettre, le cas échéant, aux règles spécifiques applicables aux mineurs¹⁵³⁵.

5.2 Expertise psychique en général

Le Code de procédure pénale ne contient pas, non plus, de liste exhaustive dans ce domaine, mais une expertise de cette nature paraît avant tout requise lorsqu'il s'agit d'établir l'aptitude du prévenu à prendre part aux débats, une éventuelle irresponsabilité ou responsabilité restreinte – examinée plus en détail plus loin - et, enfin, son aptitude à subir la détention¹⁵³⁶.

¹⁵³³ Si ces investigations ont lieu en lien avec une infraction à la circulation routière, voir plus loin, p. 694 ss.

¹⁵³⁴ Par exemple, pour déterminer s'il est porteur d'un virus transmissible et si, en raison des traitements suivis, il pouvait ou non contaminer un partenaire, en violation de l'art. 231 CPS ; voir arrêt du 30 juin 2009 dans la cause 6B_266/2009.

¹⁵³⁵ Voir notamment Michaël GEIGER, Eduardo REDONDO et al., DPMin Droit pénal des mineurs, Petit commentaire, Bâle 2019, p. 50 s.

¹⁵³⁶ A propos de l'aptitude à subir la détention, voir plus loin, p. 507 ss.

Selon l'art. 185 al. 4 CPP, pour établir son rapport, l'expert mis en œuvre peut procéder lui-même à des investigations simples et qui ont un rapport étroit avec le mandat qui lui a été confié ; il peut notamment convoquer des personnes à cet effet. A lire le Message, une telle attribution se justifie en particulier lors d'une expertise psychiatrique : « [l]ors d'une telle expertise, la direction de la procédure serait rapidement dépassée en raison de son manque de connaissances scientifiques, si elle devait interroger elle-même les sujets de l'expertise. Par ailleurs, par manque de temps, il ne semblerait guère praticable que la direction de la procédure procédât elle-même à de tels interrogatoires qui, en raison des connaissances spécialisées qu'ils exigent, devraient effectivement être exécutés par l'expert lui-même [...] »¹⁵³⁷.

5.3 Expertise psychique en vue d'établir une éventuelle irresponsabilité ou responsabilité restreinte

5.3.1 *Irresponsabilité*

Selon l'art. 19 al. 3 CPS, les mesures thérapeutiques des art 56 ss CPS¹⁵³⁸ peuvent ordonnées à l'encontre d'un délinquant qualifié d'irresponsable, en général sur la base d'une expertise (art. 20 CPS)¹⁵³⁹. Les mesures prononcées dans de telles circonstances ne constituent dès lors pas une sanction, l'acte de l'auteur échappant à toute punissabilité faute de responsabilité¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁷ Message Procédure pénale 2005, 1193.

¹⁵³⁸ Les mesures d'interdiction d'exercer une activité, d'interdiction de contact et d'interdiction géographique des art. 67 et 67b CPS et la mesure d'interdiction de conduire de l'art. 67e CPS sont aussi envisageables. A propos des mesures thérapeutiques, voir plus loin, p. 373 ss.

¹⁵³⁹ Même si le Code de procédure pénale semble également envisager la possibilité d'un simple examen médical ; voir précédemment, p. 350.

¹⁵⁴⁰ Voir notamment Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 19 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 295 ss ; Felix BOMMER, Volker DITTMAN, Kommentar *ad* Art. 19 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 296 ss ; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 309 ss ; Michel Dupuis et al., p. 147 ss ; Martin KILLIAS et al., p. 168 ss ; Stefan TRECHSEL et al., p. 146 ss. Voir aussi Yves DONZALLAZ, Traité de droit médical vol. III, p. 4013 ss.

Doit être tenu pour irresponsable l'auteur qui, au moment d'agir, ne possédait pas la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation (art. 19 al. 1^{er} CPS). Cette définition n'est pas applicable à l'auteur qui pouvait éviter l'irresponsabilité et prévoir l'acte commis en cet état (art. 19 al. 4 CPS)¹⁵⁴¹.

La doctrine et la jurisprudence retiennent, selon la lettre de la disposition, que l'irresponsabilité fait référence à la fois à la capacité cognitive de l'auteur – la faculté d'apprécier le caractère illicite de l'acte, soit la « capacité intellectuelle de connaître ses devoirs, de se rendre compte de son insertion sociale et juridique et de comprendre les exigences de la société à son égard »¹⁵⁴² – et à sa capacité volitive – la faculté de se déterminer d'après cette appréciation, d'agir selon ses propres motivations, conformément au droit -¹⁵⁴³.

C'est la faculté volitive qui « pose le plus souvent problème pour ce qui est de la distinction entre le normal et le pathologique. En effet, les notions de volonté et de liberté d'action comportent des dimensions philosophiques qui risquent de faire entrer dans la discussion de la responsabilité des aspects subjectifs difficiles à cerner. La faculté volitive est plus clairement atteinte dans les cas d'hallucinations impérieuses ou de délires paranoïdes. Elle pose question dans des cas, par exemple, de troubles de la personnalité dont l'influence sur la capacité de décision peut être appréciée de façon très variable »¹⁵⁴⁴.

Dans ce contexte et contrairement à l'art. 10 aCPS, qui comportait une liste, au demeurant sommaire, des affections psychiques de nature à compromettre les capacités intellectuelles de l'auteur d'une infraction¹⁵⁴⁵, l'actuel art. 19 CPS ne contient plus de liste semblable. La doctrine considère toutefois, à titre d'exemples, que des cas de psychose particulière,

¹⁵⁴¹ En d'autres termes, *l'actio libera in causa*. Sur les rapports entre cette *actio* et l'art. 263 CPS, voir notamment Felix BOMMER, Kommentar *ad* Art. 263 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB II, p. 4645 ss ; Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 263 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 1447 ss.

¹⁵⁴² Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 19 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 15, p. 299, qui cite José HURTADO POZO.

¹⁵⁴³ Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 19 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 16, p. 300.

¹⁵⁴⁴ Gérard NIVEAU, Cécile DANG, p. 824 s.

¹⁵⁴⁵ Maladie mentale, idiotie ou grave altération de la conscience (art. 10 aCPS).

de schizophrénie ou d'atteinte psychologique affective grave, mais aussi de démence sévère, de capacité intellectuelle limitée, voire d'intoxication grave peuvent entraîner une irresponsabilité, même si l'altération n'est que passagère¹⁵⁴⁶.

5.3.2 Responsabilité restreinte

Les mesures thérapeutiques des art. 56 ss CPS peuvent aussi être ordonnées à l'encontre d'un délinquant qui ne disposerait que d'une responsabilité restreinte, en général établie au moyen d'une expertise (art. 20 CPS). Tel est le cas lorsque l'auteur, au moment d'agir, ne possédait que partiellement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation (art. 19 al. 2 CPS)¹⁵⁴⁷ ; le Code pénal suisse ne mentionne aucune affection psychique particulière qui pourrait en être la cause¹⁵⁴⁸. Cependant, à nouveau, un délinquant ne pourrait invoquer valablement sa responsabilité restreinte s'il pouvait l'éviter et prévoir l'acte commis en cet état (art. 19 al. 4 CPS)¹⁵⁴⁹.

Dans le cas d'une responsabilité restreinte, l'auteur détient tant la capacité cognitive que la capacité volitive, mais il agit « de façon diminuée » et il a « davantage de difficulté à résister aux impulsions délictueuses en comparaison avec tout auteur normal »¹⁵⁵⁰ ; le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour en décider¹⁵⁵¹. Tel serait probablement le cas d'un toxicomane en grave état de manque ; la jurisprudence a aussi admis la responsabilité restreinte d'un psychopathe, toutefois « avec retenue » et pour autant qu'elle soit « grave et

¹⁵⁴⁶ Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 19 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 23, p. 301.

¹⁵⁴⁷ Voir notamment Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 19 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 301 ss ; Felix BOMMER, Volker DITTMAN, Kommentar *ad* Art. 19 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 315 ss ; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 317 ss ; Michel Dupuis et al., p. 150 ss ; Martin KILLIAS et al., p. 170 ss ; Stefan TRECHSEL et al., p. 150 s.

¹⁵⁴⁸ Contrairement au législateur fédéral de 1937, qui considérait ce trouble comme un trouble de la santé mentale ou de la conscience ou comme un trouble lié à un développement mental incomplet (art. 11 aCPS).

¹⁵⁴⁹ Voir précédemment, p. 352.

¹⁵⁵⁰ Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 19 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 26, p. 301.

¹⁵⁵¹ ATF 102 IV 225, JT 1977 IV 130.

inhabituelle ». Elle l'a niée pour un auteur traité médicalement pour de « prétendus troubles de stress post-traumatique », pour un auteur qui souffrait « d'un sentiment profond d'insécurité et d'infériorité conduisant à des obsessions sans gravité particulière », pour un auteur « considéré comme psychopathe peu intelligent et sans originalité » ou encore pour un auteur « qui, bien que disposant de connaissances scolaires insuffisantes, [était] en mesure de se rendre compte qu'[il] pourrait agir contrairement au droit »¹⁵⁵².

L'auteur reconnu partiellement irresponsable n'échappe pas à une sanction, mais le juge doit atténuer la peine, conformément à l'art. 48 CPS¹⁵⁵³. L'exécution d'une mesure institutionnelle prime la peine privative de liberté prononcée conjointement (art. 57 al. 2 CPS) ; si la durée de la privation de liberté entraînée par la mesure est inférieure à celle de la peine privative de liberté suspendue, le reste de la peine n'est plus exécutée (art. 62b al. 3 CPS)¹⁵⁵⁴.

5.3.3 *Mise en œuvre de l'expertise*

L'irresponsabilité ou la responsabilité restreinte doivent être appréciées par le juge sur la base d'une expertise, en application de l'art. 20 CPS¹⁵⁵⁵.

Selon cette disposition, l'autorité d'instruction ou le juge ordonne une expertise s'il existe une raison sérieuse de douter de la responsabilité de l'auteur¹⁵⁵⁶. Cette expertise constitue par conséquent un acte d'instruction,

¹⁵⁵² Cas cités par Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 19 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, nos 27 et 28, p. 302.

¹⁵⁵³ Voir notamment Marc PELLET, Commentaire *ad* art. 48 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 674 ss ; Hans WIPRÄCHTIGER, Stefan KELLER, Kommentar *ad* Art. 48 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 886 ss.

¹⁵⁵⁴ Sur les rapports entre les mesures et les peines, voir plus loin, p. 468 s.

¹⁵⁵⁵ Selon la lettre du Code de procédure pénale, un « examen médical » serait aussi possible ; voir précédemment, p. 350.

¹⁵⁵⁶ Voir notamment Bernhard STRÄULI, Commentaire *ad* art. 20 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 305 ss ; Felix BOMMER, Kommentar *ad* Art. 20 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 339 ss ; Michel Dupuis et al., p. 156 ss.

mis en œuvre en cours d’instruction ou, au plus tard, avant que le juge ne statue¹⁵⁵⁷.

La jurisprudence¹⁵⁵⁸ précise qu’une expertise doit être ordonnée non seulement lorsque l’autorité éprouve effectivement des doutes quant à la responsabilité de l’auteur, mais aussi lorsque, d’après les circonstances du cas particulier, elle aurait dû en éprouver, c’est-à-dire lorsqu’elle se trouve en présence d’indices sérieux propres à faire douter de la responsabilité pleine et entière de l’auteur au moment des faits¹⁵⁵⁹. Constituent notamment de tels indices une contradiction manifeste entre l’acte et la personnalité de l’auteur, le comportement aberrant du prévenu, un séjour antérieur dans un hôpital psychiatrique, une « interdiction » prononcée en vertu du Code civil¹⁵⁶⁰, une attestation médicale, l’alcoolisme chronique, la dépendance aux stupéfiants, la possibilité que la culpabilité ait été influencée par un état affectif particulier ou l’existence d’une faiblesse d’esprit ou d’un retard mental¹⁵⁶¹.

Dans les faits, de telles expertises sont aussi ordonnées non pas en lien avec les doutes qui surgissent à propos de la responsabilité de l’auteur, mais en raison de la gravité des actes commis : « Globalement, la fréquence de mise en œuvre d’une expertise psychiatrique [relative à la responsabilité] est proportionnelle à la gravité des charges qui pèsent sur l’accusé : rares pour les infractions, moins rares pour les délits, elles sont très fréquemment demandées dans les cas de crimes »¹⁵⁶².

Pour le surplus, il s’agit d’une expertise ordonnée dans le cadre de l’instruction, selon les règles de procédure pénale habituelles, telles qu’elles sont énoncées aux art. 182 ss CPP.

¹⁵⁵⁷ Ce juge peut cependant être juridiction, à condition qu’il dispose du pouvoir de revoir le fait et le droit ; voir en particulier Bernhard STRÄULI, Commentaire *ad* art. 20 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 7, p. 310.

¹⁵⁵⁸ Bernhard STRÄULI propose une abondante recension de cas où l’existence d’un doute sérieux a été reconnue, Commentaire *ad* art. 20 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 14, p. 313, et des cas où ce doute a été nié, no 15, p. 313-314.

¹⁵⁵⁹ Arrêt du 3 mai 2019 dans la cause 6B_1222/2018 ; arrêt du 22 mai 2015 dans la cause 6B_352/2014, cons. 5.1 non publié aux ATF 141 IV 271 ; ATF 133 IV 145 cons. 3.3.

¹⁵⁶⁰ Aujourd’hui curatelle de portée générale selon l’art. 398 CC.

¹⁵⁶¹ ATF 116 IV 273, cons. 4a ; arrêt du 3 mai 2019 dans la cause 6B_1222/2018, cons. 2.2 ; arrêt du 20 juillet 2010 dans la cause 6B_341/2010, cons. 3.3.1.

¹⁵⁶² Gérard NIVEAU, Cécile DANG, p. 824.

5.4 Expertise avant le prononcé d'une mesure thérapeutique (renvoi)

Il n'est question dans ce chapitre que des expertises destinées à élucider les faits à l'origine de la procédure pénale. Les dispositions légales relatives aux expertises nécessaires avant le prononcé d'une mesure thérapeutique ou d'un internement sont analysées dans le chapitre consacré aux mesures thérapeutiques de droit pénal¹⁵⁶³.

5.5 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

L'expert peut procéder lui-même à des investigations simples qui ont un rapport étroit avec le mandat qui lui a été confié et convoquer des personnes à cet effet, en particulier le prévenu. Celles-ci doivent donner suite à la convocation ; si elles refusent, la police peut les amener devant l'expert, selon l'art. 185 al. 4 CPP¹⁵⁶⁴.

Le Code de procédure pénale prévoit par conséquent une obligation « partielle » de collaborer, dans ce sens que le prévenu peut être contraint de se présenter devant l'expert et, en cas de refus, peut y être amené par la force si nécessaire (art. 208 al. 2 CPP)¹⁵⁶⁵, avec le « maximum d'égards » possibles (art. 209 al. 1^{er} CPP)¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶³ Voir plus loin, p. 405 ss.

¹⁵⁶⁴ Voir notamment Andreas DONATSCH, *Kommentar ad Art. 185 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. I, p. 1409 ss ; Joëlle VUILLE, *Commentaire ad art. 185 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1194 s. ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 339 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 590 ss ; Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 183 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. II, p. 1403 ss.

¹⁵⁶⁵ Voir notamment Ulrich WEDER, *Kommentar ad Art. 208 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. I, p. 1620 ss ; Gregor CHATTON, Gaétan DROZ, *Commentaire ad art. 208 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1335 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 381 ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 663 s. ; Peter RÜEGGER, *Kommentar ad Art. 208 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. II, p. 1535 ss.

¹⁵⁶⁶ Voir notamment Ulrich WEDER, *Kommentar ad Art. 209 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. II, p. 1620 ss ; Gregor CHATTON, Gaétan DROZ, *Commentaire ad art. 209 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1343 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 381 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 664 ss ; Peter RÜEGGER, *Kommentar ad Art. 209 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. II, p. 1537 ss.

Le prévenu reste cependant libre de collaborer à l'expertise ordonnée dans le cadre d'une instruction pénale ou, au contraire, de refuser de collaborer à sa réalisation, selon l'art. 185 al. 5 CPP. L'expert doit l'en informer au début de ses investigations.

On peut néanmoins imaginer que le prévenu sera assez souvent disposé à y participer. L'admission par le juge de son irresponsabilité ou, au moins, de sa responsabilité restreinte, notamment, est en effet de nature à permettre à l'auteur d'éviter une sanction ou, au moins, une sanction trop lourde à son gré et, lorsqu'une mesure thérapeutique privative de liberté est prononcée, de bénéficier de conditions d'exécution peut-être moins rigoureuses que celles d'une exécution de peine habituelle. Au contraire, lorsque le prévenu pourrait faire l'objet d'un traitement institutionnel pour trouble mental grave selon l'art. 59 CPS, ou d'un internement selon l'art. 64 CPS – des mesures qui pourraient, par le jeu de prolongations, être imposées pour la durée de vie du prévenu - voire d'un internement à vie, il n'est pas rare que le prévenu refuse de collaborer à la mise en œuvre de l'expertise.

L'attitude d'un prévenu qui refuse de répondre aux questions de l'expert ne constitue pas toujours un obstacle absolu à la réalisation d'une expertise ; elle peut parfois être menée, au moins partiellement, sans la collaboration du prévenu¹⁵⁶⁷, sur la base d'éléments pertinents déjà contenus dans le dossier de la procédure pénale, par exemple. En revanche, il paraît exclu que l'expert utilise d'autres documents ou dossiers de nature médicale établis lors d'hospitalisations ou de prises en charge sans lien avec l'expertise et auxquels il pourrait avoir accès¹⁵⁶⁸. A moins que le prévenu n'y consente expressément ou, en cas de refus du prévenu, que le secret ait été levé par l'autorité compétente¹⁵⁶⁹, ce procédé apparaît clairement contraire au secret médical et aux principes découlant de la protection des

¹⁵⁶⁷ Pour un cas concret, voir par exemple la décision du 14 mars 2018 du Tribunal pénal fédéral dans la cause BB.2017.202.

¹⁵⁶⁸ Voir notamment l'arrêt du 12 décembre 2016 dans la cause 1B_342/2016 à propos de la production d'un dossier de l'assurance-invalidité de la victime dans une affaire de mœurs, ordonnée par le Ministère public mais refusée par le Tribunal fédéral.

¹⁵⁶⁹ Voir notamment Frédéric ERARD, *Le secret médical, Etude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, Zurich 2021, p. 361 ss.

données, plus particulièrement au principe de "finalité" de l'art. 4 al. 3 LPD¹⁵⁷⁰.

6. Expertises médicales sur une personne qui n'a pas le statut de prévenu

6.1 Expertise de crédibilité de la victime ou d'un témoin

La multiplication des procédures pénales découlant d'actes de maltraitance ou d'agressions sexuelles à l'encontre de mineurs, trop longtemps ignorés, a entraîné l'émergence d'une nouvelle forme d'expertise, destinée à évaluer la fiabilité des déclarations de l'enfant.

Ces expertises de crédibilité peuvent souvent jouer un rôle important dans l'appréciation des faits, en particulier lorsque l'accusation repose uniquement sur les affirmations de la victime¹⁵⁷¹. Evidemment, la même question peut survenir lorsqu'une personne adulte se dit victime d'une infraction aux mœurs ou d'une autre agression¹⁵⁷². Enfin, une telle expertise peut également être envisagée si l'enfant n'est pas la victime de l'infraction, mais en a été - ou en aurait été - le témoin. En réalité, elle pourrait même être mise en œuvre à propos des déclarations d'un témoin adulte, même si, de manière générale, il appartient au juge d'apprécier la valeur probante d'un témoignage (art. 10 al. 2 CPP) ; certains auteurs contestent d'ailleurs que la crédibilité de la victime ou celle d'un témoin puisse faire l'objet

¹⁵⁷⁰ Voir notamment Bruno BAERISWYL, Kommentar *ad* Art. 4 DSG, *in*: Bruno Baeriswyl, Kurt Pärli (éd.), Datenschutzgesetz, Berne 2015, p. 50 ss; Urs MAURER-LAMBROU, Andrea STEINER, Kommentar *ad* Art. 4 DSG, *in*: Urs Maurer-Lambrou, Gabor Blechta (ed.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3e éd., Bâle 2014, p. 120 ss; Philippe MEIER, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, p. 281 ss.

¹⁵⁷¹ Voir notamment Gérard NIVEAU, Cécile DANG, Les expertises psychiatriques, *in* Romano La Harpe et al., p. 823 ss, en particulier les pages consacrées aux expertises en crédibilité, p. 827 ss ; Nathalie DONGOIS, Place et incidence de l'expertise de crédibilité dans la procédure pénale, *in*: PJA/AJP 2020, p. 1121 ss.

¹⁵⁷² La victime au sens de la procédure pénale bénéficie de soutiens particuliers découlant de la Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI, RS 312.5). Voir notamment Peter Gomm, Dominik Zehntner (éd.), Opferhilferecht, 4e éd., Berne 2020; Marianne SCHWANDER, Das Opfer im Strafrecht, 3e éd., Berne 2010.

d'une expertise, à moins que la personne concernée ne souffre d'une affection psychique¹⁵⁷³.

Le Tribunal fédéral a résumé ainsi le processus suivi afin d'évaluer la crédibilité d'un témoignage ou d'une déclaration d'une victime : « Pour examiner la validité d'un témoignage, la méthode dite de l'analyse du témoignage s'est imposée. Selon celle-ci, les témoignages relatant des événements factuels réellement vécus sont qualitativement différents de déclarations qui ne sont pas fondées sur l'expérience vécue. Dans un premier temps, on examinera par conséquent si la personne interrogée, compte tenu des circonstances, de ses capacités intellectuelles et des motifs du dévoilement, était capable de faire une telle déposition même en l'absence d'un vécu réel. Cette procédure complexe est une sorte de mise à l'épreuve d'hypothèses dans le cadre de l'analyse de contenu (critères d'analyse appelés aussi axes d'orientation), de l'évaluation de la genèse de la déclaration et du comportement, complétée par l'analyse des caractéristiques du témoin, de son vécu, de son histoire personnelle notamment ainsi que de divers éléments extérieurs »¹⁵⁷⁴. Des protocoles¹⁵⁷⁵ et d'autres méthodes spécifiques¹⁵⁷⁶ ont été développés en la matière.

6.2 Expertise psychique sur un témoin

L'art. 164 al. 2 CPP permet de soumettre un témoin à une expertise psychique afin de déterminer sa capacité de discernement – au sens du droit civil - ou l'existence éventuelle de troubles mentaux, si l'importance de l'enquête ou du témoignage le justifie¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷³ Voir notamment Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 182 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 2b, p. 1143.

¹⁵⁷⁴ Arrêt du 25 mars 2015 dans la cause 6B_1008/2014, cons. 1.2.

¹⁵⁷⁵ Par exemple, le protocole du National Institute of Child Health and Human Development (NICHD), auquel le Tribunal fédéral fait référence dans l'arrêt du 19 janvier 2018 dans la cause 6B_288/2017.

¹⁵⁷⁶ Notamment la méthode SVA (« *Statement Validity Analysis* »), analogue à la méthode dite de l'analyse du témoignage, préconisée par le Tribunal fédéral dans ses arrêts 6B_693/2015 du 31 mars 2016 (cons. 2.5) et 6B_539/2010 du 30 mai 2011 (cons. 2.2.3).

¹⁵⁷⁷ Voir notamment Andreas DONATSCH, Kommentar *ad* Art. 164 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. I, p. 1223 ss ; Nathalie DONGOIS, Commentaire *ad* art. 164 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1040 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 303 s. ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 546 ss ; Jürg BÄHLER, Kommentar *ad* Art. 164 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 1286 ss.

Lorsqu'elle est ordonnée, une telle expertise a évidemment pour but d'évaluer la crédibilité du témoin et, partant, la fiabilité de sa déposition. « [...], [T]outefois, [...] s'il est une tâche inhérente à l'activité des tribunaux, c'est bien celle d'examiner la crédibilité de témoins dans le cadre de l'appréciation des preuves. Il n'est donc indiqué d'ordonner une expertise sur la crédibilité d'un témoin que si le tribunal a besoin des connaissances spécifiques d'un spécialiste externe pour pouvoir réunir les éléments qui lui permettront de déterminer si le témoin est crédible ou non »¹⁵⁷⁸.

Une privation de liberté dans une telle situation est en principe exclue et l'expertise doit être réalisée de manière ambulatoire ; seul le prévenu peut être hospitalisé contre sa volonté en vue d'une expertise (art. 186 CPP)¹⁵⁷⁹. Cependant, l'hospitalisation d'un témoin afin que soit menée l'expertise nécessaire est conforme au droit s'il y consent¹⁵⁸⁰.

Dans l'hypothèse où l'expertise conclurait à une « capacité de discernement restreinte » - une notion que le Code civil ne connaît pas -¹⁵⁸¹, le témoin pourrait néanmoins être entendu, à titre de personne appelée à donner des renseignements (selon l'art. 178 lettre c CPP).

6.3 Expertise physique sur un témoin ?

Si l'art. 164 al. 2 CPP prévoit une expertise ambulatoire pour évaluer la capacité de discernement d'un témoin ou l'existence chez lui de troubles mentaux, partant une expertise psychique de ce témoin, le Code de procédure pénale suisse ne dit en revanche rien sur la question d'une éventuelle expertise physique.

Cette absence ne devrait pas être interprétée comme un silence qualifié, en d'autres termes comme l'expression de la volonté du législateur de l'empêcher en ne la mentionnant pas, délibérément. L'art. 182 CPP permet d'ordonner une expertise en lien avec tout état de fait qui

¹⁵⁷⁸ Message Procédure pénale 2005, 1177.

¹⁵⁷⁹ Voir plus loin, p. 366.

¹⁵⁸⁰ Message Procédure pénale 2005, 1177.

¹⁵⁸¹ Voir précédemment, p. 101 s.

nécessiterait une élucidation, de sorte qu'une expertise physique sur un témoin ne paraît pas devoir être exclue d'emblée.

Un examen physique pourrait être ordonné, par exemple, pour évaluer les facultés visuelles ou auditives d'un témoin qui affirmerait avoir vu ou entendu certains faits alors que ses capacités sensorielles semblent réduites. Comme pour une expertise psychique d'un témoin, elle ne devrait être mise en œuvre que si l'importance de la procédure pénale et du témoignage le justifient, en rappelant que l'appréciation de la valeur probante d'un témoignage est avant tout l'affaire du juge (art. 10 al. 2 CPP) ; partant, une expertise physique sur un témoin ne devrait être ordonnée que lorsque des circonstances particulières la rendent indispensable.

6.4 Concours d'un expert pour l'audition d'une personne atteinte de troubles mentaux

Selon l'art. 155 al. 2 CPP, un expert peut être appelé à prêter son concours lors de l'audition d'une personne atteinte de troubles mentaux¹⁵⁸² ; la direction de la procédure peut également solliciter l'assistance d'autres personnes, telles que des membres de la famille ou d'autres personnes de confiance, ou charger une autorité pénale spécialisée ou un service social spécialisé de procéder à l'audition. Parmi les personnes de confiance ou les experts concernés par cette disposition figurent notamment, à lire le Message, des membres du personnel soignant ou un psychiatre¹⁵⁸³.

L'art. 154 al. 4 lettre d CPP, lui, prévoit que l'audition d'un enfant a lieu en présence d'un « spécialiste » « s'il est à prévoir que l'audition ou la confrontation pourrait entraîner une atteinte psychique grave de l'enfant ». Dans la mesure où ce « spécialiste » ne revêt pas le statut d'expert, cette disposition n'est pas analysée plus en détail ici¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸² Voir notamment Wolfgang WOHLERS, *Kommentar ad Art. 155 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. I, p. 1130 ss ; Coralie DEVAUD, *Commentaire ad art. 155 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 994 s. ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 289 s. ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 521 s. ; Stefan WEHRENBURG, *Kommentar ad Art. 155 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. I, p. 1222 ss.

¹⁵⁸³ Message Procédure pénale 2005, 1171.

¹⁵⁸⁴ Voir notamment Coralie DEVAUD, *Commentaire ad art. 154 CPP*, in : *Commentaire romand CPP*, p. 987 ss.

Conformément à l'art. 155 al. 1^{er} CPP, les auditions de personnes atteintes de troubles mentaux devraient être « limitées à l'indispensable » et « leur nombre [...] restreint autant que possible ». L'art. 155 CPP ne distingue pas entre une audition qui concernerait une telle personne en tant que prévenu ou en tant que témoin ou personne entendue à titre de renseignement. Le Message précise que la personne qui a procédé à l'audition, l'expert par exemple, et les autres personnes présentes lors de l'audition peuvent être « dans certains cas » appelées à déposer elles-mêmes en qualité de témoins, sans doute sur les circonstances ayant entouré cette audition déléguée.

On se trouve ici aux limites de la notion de contrainte : le législateur s'efforce plutôt, avec cette disposition, de protéger la personnalité de celles et ceux qui souffrent de troubles mentaux, de tenir compte de leurs besoins particuliers et de faciliter ainsi leur audition, plutôt que de permettre la découverte sans consentement d'éléments utiles à la procédure.

Cependant, la présence d'un expert professionnel de la santé et le recours à ses connaissances particulières peuvent en théorie être imposés par la direction de la procédure, selon la lettre de la disposition. Reste qu'une audition réalisée dans ces conditions, c'est-à-dire menée par un expert qui serait désigné sans l'accord de la personne concernée - voire contre sa volonté -, pourrait être de nature à compromettre la bonne fin.

6.5 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

L'expert peut procéder lui-même à des investigations simples qui ont un rapport étroit avec le mandat qui lui a été confié et convoquer des personnes à cet effet, on l'a dit précédemment¹⁵⁸⁵, notamment des personnes qui n'auraient pas le statut de prévenu. Celles-ci doivent donner suite à la convocation ; si elles refusent, la police peut les amener devant l'expert, selon l'art. 185 al. 4 CPP¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸⁵ La disposition est en effet aussi applicable aux prévenus ; voir précédemment, p. 351.

¹⁵⁸⁶ Voir notamment Andreas DONATSCH, *Kommentar ad Art. 185 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. I, p. 1409 ss ; Joëlle VUILLE, *Commentaire ad art. 185 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1194 s. ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 339 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 590 ss ;

Le Code de procédure pénale prévoit par conséquent, à nouveau, une obligation « partielle » de collaborer, dans ce sens qu'une personne qui n'aurait pas le statut de prévenu et qui serait visée par une expertise pourrait être contrainte de se présenter devant l'expert et, en cas de refus, pourrait y être amenée par la force (art. 208 al. 2 CPP)¹⁵⁸⁷, avec le « maximum d'égards » possibles (art. 209 al. 1^{er} CPP)¹⁵⁸⁸.

Toutefois, conformément à l'art. 185 al. 5 CPP, si l'expert procède à des investigations, les personnes qui ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner peuvent, dans les limites de ce droit, refuser de collaborer ou de faire des déclarations¹⁵⁸⁹ ; l'expert doit informer les personnes concernées de leur droit au début des investigations. Ainsi, toutes les personnes autorisées à faire valoir un droit de refuser de témoigner selon les art. 168 ss CPP, même amenées contre leur gré devant l'expert, peuvent toujours refuser de collaborer à l'exécution de l'expertise proprement dite.

Logiquement, une obligation inconditionnelle de collaborer à une expertise ne pourrait par conséquent viser qu'une personne qui ne pourrait pas invoquer un droit à refuser de témoigner ; il pourrait s'agir par exemple de la victime d'une infraction, ou d'un témoin dont la capacité de discernement est douteuse. Cependant, si l'expertise est de nature

Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 183 StPO, in: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1403 ss.

¹⁵⁸⁷ Voir notamment Ulrich WEDER, Kommentar *ad* Art. 208 StPO, in: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. I, p. 1620 ss ; Gregor CHATTON, Gaétan DROZ, Commentaire *ad* art. 208 CPP, in: Commentaire romand CPP, p. 1335 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 381 ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 663 s. ; Peter RÜEGGER, Kommentar *ad* Art. 208 StPO, in: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1535 ss.

¹⁵⁸⁸ Voir notamment Ulrich WEDER, Kommentar *ad* Art. 209 StPO, in: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1620 ss ; Gregor CHATTON, Gaétan DROZ, Commentaire *ad* art. 209 CPP, in: Commentaire romand CPP, p. 1343 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 381 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 664 ss ; Peter RÜEGGER, Kommentar *ad* Art. 209 StPO, in: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1537 ss.

¹⁵⁸⁹ Les normes instaurant un droit de refuser de témoigner sont réunies au sein du Chapitre 3 du Titre 4 du Code de procédure pénale relatif aux moyens de preuve. C'est d'abord l'art. 168 CPP qui confère à certaines personnes, parce qu'elles ont un lien de parenté ou sont considérées comme proches du prévenu, un « droit de refuser de témoigner pour cause de relations personnelles » ; l'art. 169 CPP prévoit ensuite un « droit de refuser de témoigner pour sa propre protection ou celle d'un proche ». Les art. 170 et 171 CPP fondent encore un droit de refuser de témoigner reposant sur le secret de fonction et le secret professionnel, respectivement ; enfin, l'art. 172 CPP permet aux professionnels des médias de protéger leurs sources.

psychologique ou psychiatrique, elle ne peut être réalisée sans la collaboration de la personne concernée, de sorte que la question d'une éventuelle obligation de collaborer et d'un recours à la force pour l'y contraindre est essentiellement théorique.

Quoi qu'il en soit, l'usage de la contrainte, en cas de refus de collaborer manifesté par une personne qui n'a pas le statut de prévenu - et pour autant qu'elle puisse avoir un sens -, paraît douteux : en effet, les expertises, prévues aux art. 182 ss CPP, ne figurent pas parmi les mesures d'instruction pour lesquelles des mesures de contrainte sont prévues (art. 196 ss CPP)¹⁵⁹⁰. Ce sont dès lors les dispositions générales du CPP relatives aux moyens de preuve qui paraissent devoir être applicables (art. 139 ss CPP) ; dans ce contexte, l'art. 140 al. 1^{er} CPP interdit notamment le « recours à la force » dans l'administration des preuves.

Certes, une expertise pourrait être considérée comme un « examen de la personne », qui peut être imposé si cette personne n'a pas le statut de prévenu au sens de l'art. 251 al. 4 CPP à certaines conditions et dans le cas d'une infraction grave¹⁵⁹¹ ; l'exécution d'une mesure de cette nature pourrait en principe être assurée en recourant à la force en cas de besoin, selon l'art. 200 CPP. Toutefois, la mesure de contrainte que représenterait alors un examen de la personne exécutée de cette manière ne viserait aucun des objectifs énoncés à l'art. 196 CPP : mettre les preuves en sûreté (lettre a) ; assurer la présence de certaines personnes durant la procédure (lettre b) ; et enfin garantir l'exécution de la décision finale (lettre c). Faute de base légale pour la légitimer, ce qu'exige l'art. 197 al. 1^{er} lettre a CPP, elle apparaîtrait alors contraire au droit. Il faut rappeler enfin que les mesures de contrainte portant atteinte aux droits fondamentaux des personnes n'ayant pas le statut de prévenu dans une procédure pénale doivent être mises en œuvre « avec une retenue particulière » (art. 197 al. 2 CPP).

En principe, même lorsque la personne concernée refuse de collaborer, une expertise peut parfois être réalisée, au moins partiellement, au moyen d'éléments pertinents déjà contenus dans le dossier de la procédure pénale.

¹⁵⁹⁰ A l'exception de la phase qui précède l'expertise proprement dite : selon l'art. 185 al. 4 CPP, une personne qui ne se rendrait pas à une convocation d'un expert peut être amenée devant lui par la police ; voir précédemment, p. 357.

¹⁵⁹¹ Soit une infraction selon les art. 111 à 113, 122, 124, 140, 184, 185, 187, 189, 190 ou 191 CPS ; voir précédemment, p. 337.

Si la personne objet de l'expertise n'est pas le prévenu, cette hypothèse n'est guère vraisemblable, la présence de documents à son sujet dans le dossier de la procédure étant peu probable ; pour le surplus, l'utilisation de documents de nature médicale provenant d'autres sources sans son consentement n'apparaît pas conforme au droit, sauf si les soignants qui détiennent ces documents sont déliés de leur obligation de confidentialité par l'autorité compétente¹⁵⁹².

7. Hospitalisation à des fins d'expertise

7.1 Conditions de réalisation

Selon l'art. 186 CPP¹⁵⁹³, le ministère public et les tribunaux peuvent ordonner l'hospitalisation du prévenu si cela est nécessaire pour l'établissement d'une expertise médicale. Le ministère public requiert auprès du tribunal des mesures de contrainte l'hospitalisation du prévenu lorsque celui-ci n'est pas en détention provisoire. S'il apparaît durant la procédure devant le tribunal qu'une hospitalisation s'impose en prévision d'une expertise, c'est le tribunal saisi lui-même qui statue en procédure écrite (al. 3) Le séjour à l'hôpital doit être imputé sur la durée de la peine (al. 4).

Seul le prévenu peut être visé par une hospitalisation sans consentement ; une hospitalisation en vue d'expertise d'une autre personne est toutefois possible, mais requiert son consentement¹⁵⁹⁴. L'expertise peut porter sur tout élément nécessaire à la conduite de la procédure mais notamment la responsabilité ou l'irresponsabilité du prévenu et sa capacité à subir la détention.

¹⁵⁹² Voir précédemment, pour la même hypothèse applicable à un prévenu, p. 358.

¹⁵⁹³ Voir notamment Andreas DONATSCH, *Kommentar ad Art. 186 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. I, p. 1414 ss ; Joëlle VUILLE, *Commentaire ad art. 186 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1200 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 348 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 607 ss ; Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 186 StPO*, in: *Basler Kommentar StPO* vol. II, p. 1455 ss.

¹⁵⁹⁴ Joëlle VUILLE, *Commentaire ad art. 186 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1201.

Une hospitalisation en vue d'expertise se distingue évidemment d'une admission d'un prévenu en détention provisoire dans un hôpital ou une clinique psychiatrique tel qu'il est prévu par l'art. 234 al. 2 CPP¹⁵⁹⁵. Il s'agit dans ce cas-là de fournir au prévenu les soins que son état de santé requiert, et non de mettre en œuvre une mesure d'instruction médicale.

7.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

L'hospitalisation à des fins d'expertise peut être ordonnée par le ministère public lorsque le prévenu est détenu, par le tribunal des mesures de contrainte lorsque le prévenu n'est pas en détention provisoire ou, enfin, par le tribunal si l'expertise se révèle nécessaire lors des débats devant le tribunal.

Un prévenu peut en conséquence être amené contre sa volonté au sein d'une institution sanitaire, le cas échéant en recourant à la force, puisque les dispositions sur la détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté sont applicables par analogie à l'hospitalisation à des fins d'expertise, selon l'art. 186 al. 5 CPP, et que ces normes autorisent l'usage de la force, en exécution de l'art. 200 CPP.

Cependant, après la phase initiale de l'hospitalisation proprement dite, ce sont les règles habituelles en matière d'expertise qui déploient leurs effets : le prévenu peut toujours refuser de collaborer à l'exécution d'une expertise, comme le prévoit l'art. 185 al. 5 CPP. En conséquence, lorsque le prévenu indique clairement sa volonté de refuser toute collaboration, une hospitalisation à des fins d'expertise peut paraître futile, au moins si la bonne fin de l'expertise, notamment une expertise psychologique ou psychiatrique, requiert sa collaboration.

¹⁵⁹⁵ Voir notamment Mirjam FREI, Simone ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, *Kommentar ad Art. 234 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. I, p. 1844 ss ; Baptiste VIREDAZ, *Commentaire ad art. 234 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 1497 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 439 s. ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 771 ss ; Matthias HÄRRI, *Kommentar ad Art. 234 StPO*, in: Basler *Kommentar StPO* vol. II, p. 1715 ss.

8. Voies de droit

8.1 Mesures de contrainte

Une fouille corporelle, un examen de la personne ou un prélèvement d'ADN nécessitent un mandat écrit, émis par le ministère public ou par le tribunal saisi et, à titre exceptionnel et si la loi le prévoit, par la police (art. 198 al. 1^{er} CPP) ; selon les circonstances, le mandat peut être dans un premier temps oral, mais doit être ultérieurement confirmé par écrit (art. 241 al. 1^{er} CPP). Le mandat indique en particulier les autorités ou les personnes chargées de l'exécution (art. 241 al. 2 lettre c CPP). Dans l'hypothèse où il y aurait « péril en la demeure », la police elle-même peut ordonner une fouille corporelle consistant en un examen des orifices ou cavités corporelles accessibles avec un instrument, sans mandat ; elle doit toutefois en informer sans délai l'autorité pénale compétente (art. 241 al. 3 CPP).

Selon l'art. 199 CPP, lorsqu'une mesure de contrainte est ordonnée par écrit, une copie du mandat et une copie d'un éventuel procès-verbal d'exécution sont remis contre accusé de réception à la personne directement touchée, pour autant que la mesure de contrainte ne soit pas secrète. Cette notification ouvre la voie d'un éventuel recours, au sens de l'art. 384 CPP, dans un délai de 10 jours auprès de l'autorité de recours, selon l'art. 396 CPP.

La possibilité de recourir contre l'ordonnance ou l'exécution de mesures de contrainte était expressément prévue dans le projet de loi transmis aux Chambres fédérales en 2005¹⁵⁹⁶, compte tenu du « caractère incisif [de telles mesures] et, partant, de l'importance que revêtent les moyens de recours »¹⁵⁹⁷. Cette disposition a toutefois été biffée à l'occasion des débats parlementaires ; il est vrai qu'elle était quelque peu redondante, les dispositions sur la recevabilité et les motifs de recours contenues à l'art. 393 CPP¹⁵⁹⁸ mentionnant déjà la possibilité de recourir contre les

¹⁵⁹⁶ Art. 198 Proj CPP, « Voies de droit », placé après la disposition relative au recours à la force (art. 200 dans l'actuel CPP).

¹⁵⁹⁷ Message Procédure pénale 2005, 1108.

¹⁵⁹⁸ Voir notamment Andreas KESSLER, *Kommentar ad Art. 393 StPO*, in: Andreas Donatsch et al., *Kommentar StPO* vol. II, p. 3235 ss ; Bernhard STRÄULI, *Commentaire ad art. 393 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 2478 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel

ordonnances, décisions et actes de procédure – partant, contre les mesures de contrainte - qui seraient ordonnées par la police ou le ministère public (lettre a), par un tribunal de première instance (lettre b) ou par le tribunal des mesures de contrainte (lettre c).

Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l’excès et l’abus du pouvoir d’appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, la constatation incomplète ou erronée des faits et l’inopportunité, selon l’art. 393 al. 2 CPP.

8.2 Expertise et hospitalisation à des fins d’expertise

Le champ d’application de l’art. 393 CPP englobe les décisions relatives à une expertise, qu’il s’agisse de la nomination d’un expert ou du refus de nommer un expert¹⁵⁹⁹. Un recours contre une décision ordonnant une expertise ou ordonnant une hospitalisation à des fins d’expertise est par conséquent recevable.

Pour ce qui a trait à l’hospitalisation en vue d’une expertise, le CPP dans sa version originale n’autorisait un recours que si le prévenu était placé en détention provisoire : c’est alors le ministère public qui statuait et sa décision pouvait être portée devant la juridiction de recours. En revanche, lorsque le prévenu était libre ou lorsque la décision d’hospitalisation était prise pendant la procédure devant le tribunal, la décision appartenait respectivement au tribunal des mesures de contrainte ou au tribunal lui-même et l’un et l’autre statuaient définitivement (art. 186 al. 2 et 3 CPP *in fine*)¹⁶⁰⁰. Avec les modifications adoptées en juin 2022¹⁶⁰¹, qui introduisent notamment le principe de la double instance pénale

JOSITSCH, p. 792 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1296 ss ; Patrick GUIDON, Kommentar *ad* Art. 393 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2937 ss.

¹⁵⁹⁹ Voir notamment Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 182 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 31, p. 1155.

¹⁶⁰⁰ Voir notamment Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 186 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1202 s.

¹⁶⁰¹ Dont l’entrée en vigueur est prévue en principe pour le 1^{er} janvier 2024.

cantonale généralisée¹⁶⁰², un recours est désormais aussi recevable dans ces deux situations.

8.3 Qualité pour recourir

Quiconque a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision a qualité pour recourir contre celle-ci, selon l'art. 382 al. 1^{er} CPP¹⁶⁰³.

Cette disposition englobe évidemment le prévenu¹⁶⁰⁴, mais aussi la victime, un témoin ou un tiers qui seraient visés ou touchés par une décision relative à un acte de procédure ou une mesure de contrainte ; en théorie, le ministère public peut également interjeter recours en exécution de l'art. 381 al. 1^{er} CPP¹⁶⁰⁵, même si cette hypothèse paraît peu probable lorsqu'une mesure de contrainte, une expertise ou une hospitalisation en vue d'une expertise est en jeu.

8.4 Recours au Tribunal fédéral

Une décision sur recours statuant sur la régularité d'une mesure de contrainte ou d'une mesure d'instruction ne met pas fin à la procédure pénale.

¹⁶⁰² Voir le Message modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351, 6365 et 6393.

¹⁶⁰³ Voir notamment Richard CALAME, Commentaire *ad* art. 382 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2440 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1266 ss ; Martin ZIEGLER, Stefan KELLER, Kommentar *ad* Art. 382 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2911 ss.

¹⁶⁰⁴ Et ses proches, si le prévenu est décédé, selon l'art. 382 al. 3 CPP, à condition que leurs intérêts juridiquement protégés aient été lésés.

¹⁶⁰⁵ Voir notamment Richard CALAME, Commentaire *ad* art. 381 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2437 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1263 ss ; Martin ZIEGLER, Stefan KELLER, Kommentar *ad* Art. 381 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2906 ss.

En conséquence, un recours en matière pénale (selon les art. 78 ss LTF¹⁶⁰⁶) formé ultérieurement contre une telle décision devant le Tribunal fédéral n'est recevable qu'en présence d'un préjudice irréparable, conformément à l'art. 93 LTF¹⁶⁰⁷ ; il appartient au recourant de l'alléguer et de le démontrer, à moins « que cela ne fasse d'emblée aucun doute »¹⁶⁰⁸. Tel est par exemple le cas lorsque la loi prévoit une destruction immédiate d'un moyen de preuve obtenu irrégulièrement et que la juridiction inférieure refuse de l'ordonner¹⁶⁰⁹. Selon la jurisprudence, une expertise est également de nature à causer un préjudice irréparable¹⁶¹⁰ ; la voie du recours en matière pénale selon les art. 78 ss LTF paraît par conséquent ouverte à qui voudrait la contester.

9. Synthèse

A l'occasion d'une procédure pénale, les fouilles corporelles, les examens physiques ou les examens psychiques de la personne ainsi que les prélèvements de matériel génétique à des fins d'analyse peuvent être réalisés sans consentement, voire, « en dernier recours », en utilisant la force en cas de refus de collaboration (art. 200 CPP).

Toutefois, « une retenue particulière » est de mise lorsque ces mesures sont appliquées au moyen de la contrainte physique à des personnes qui n'ont pas le statut de prévenu (art. 197 al. 2 CPP). Ces modalités apparaissent légitimes, l'objectif poursuivi par le législateur étant de mettre en sûreté des moyens de preuve et de garantir une administration efficace de la justice pénale.

¹⁶⁰⁶ Voir notamment Marc THOMMEN, Roberto FAGA, *Kommentar ad Art. 78 BGG*, in: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss; Bernard CORBOZ et al., *Commentaire de la LTF*, Berne 2014, p. 758 ss.

¹⁶⁰⁷ ATF 134 III 188. Voir notamment Felix UHLMANN, *Kommentar ad Art. 93 BGG*, in: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss; Bernard CORBOZ et al., *Commentaire de la LTF*, Berne 2014, p. 1063 ss.

¹⁶⁰⁸ ATF 133 III 629.

¹⁶⁰⁹ Ainsi, une analyse d'ADN ordonnée par la police et non par le ministère public ; la destruction doit avoir lieu immédiatement, conformément à l'art. 9 al. 1^{er} lettre b de la Loi sur les profils d'ADN – en fait, dans un délai de trois mois -. Voir ATF 144 IV 127, 130 S.

¹⁶¹⁰ En tout cas en matière civile ; arrêt du 5 août 2016 dans la cause 5A_492/2016, cons. 1 ; arrêt du 16 mars 2015 dans la cause 5A_745/2014, cons. 1.2.3.

Quant aux expertises médicales, physiques ou psychiques, notamment celles qui viseraient à déterminer une éventuelle responsabilité partielle ou une irresponsabilité, elles peuvent aussi être exécutées par la contrainte, au moins dans leur phase préliminaire : la personne prévenue - ou toute autre personne concernée - peut en effet être amenée par la force devant l'expert lorsqu'elle s'y refuse (art. 208 al. 2 CPP), même si la loi exige le « maximum d'égards » possibles (art. 209 al. 1^{er} CPP). Au cas où une hospitalisation est nécessaire pour réaliser une expertise visant un prévenu, elle peut être ordonnée et, elle aussi, exécutée au moyen de la force si nécessaire (art. 200 CPP).

Le prévenu reste cependant libre de ne pas collaborer à la seconde phase, plus essentielle, de l'expertise, sa réalisation proprement dite, de sorte qu'un transfert sous escorte policière dans le cabinet de l'expert ou une hospitalisation forcée peut paraître futile (art. 185 al. 5 CPP). Le prévenu, et plus généralement toute personne qui aurait le droit de refuser de déposer ou de témoigner, peuvent en effet refuser de collaborer ou de faire des déclarations.

L'obligation de collaborer ne pourrait par conséquent concerner qu'une personne qui ne peut pas invoquer un droit de refuser de déposer au sens des art. 168 ss CPP. Les expertises ne figurent toutefois pas parmi les mesures d'instruction pour lesquelles des mesures de contrainte sont envisageables (art. 196 ss CPP *a contrario*) ; dès lors, la disposition générale du Code de procédure pénale prohibant l'usage de la force dans l'administration des preuves (art. 140 CPP) paraît applicable.

* * * * *

CHAPITRE X :

Les mesures thérapeutiques de droit pénal

1. Contexte

Parmi les sanctions qui peuvent être prononcées à l'encontre de l'auteur d'une infraction pénale, à la place d'une peine ou en concours avec une peine¹⁶¹¹, figurent notamment les mesures thérapeutiques, destinées à traiter les troubles mentaux, les addictions ou les graves troubles du comportement chez les jeunes adultes¹⁶¹². Dans certaines circonstances, le traitement, en principe institutionnel, peut être remplacé par un traitement ambulatoire. Un tel traitement ambulatoire peut également être ordonné à titre de règle de conduite imposée lors de l'octroi d'un sursis ou à l'occasion d'une libération conditionnelle.

Au contraire, dans les cas plus graves et lorsqu'une récidive est à craindre¹⁶¹³, un internement peut être ordonné, c'est-à-dire une privation de liberté sécuritaire immédiatement consécutive à la fin de la peine privative de liberté, éventuellement accompagné d'une prise en charge psychiatrique. Un tel internement ne prend fin que lorsqu'« il est à prévoir que l'auteur se conduira correctement en liberté »¹⁶¹⁴ ; quand l'auteur doit être qualifié de

¹⁶¹¹ Les deux sanctions doivent être prononcées si les conditions de l'une et de l'autre sont remplies, selon l'art. 57 al. 1^{er} CPS. Voir plus loin, p. 469 s.

¹⁶¹² En outre, le juge peut ordonner des mesures personnelles, prévues aux art. 66 ss CPS, par exemple l'expulsion, l'interdiction d'exercer une activité ou l'interdiction de conduire, et des mesures matérielles, en particulier la confiscation sous diverses formes, prévues aux art. 69 ss CPS.

¹⁶¹³ En application de l'art. 64 al. 1^{er} CPS.

¹⁶¹⁴ Art. 64a al. 1^{er} CPS ; voir plus loin, p. 456.

« non amendable », parce qu'une thérapie semble vouée à l'échec, l'internement à vie peut être prononcé¹⁶¹⁵.

Toutes ces mesures thérapeutiques peuvent être ordonnées, en général par le juge à l'occasion du jugement, parfois par l'autorité judiciaire ou administrative d'exécution des peines et mesures¹⁶¹⁶ ; le délinquant est en principe contraint de s'y soumettre et, dans certaines circonstances, le recours à la force peut être utilisé.

2. Bref historique

En 2002, le législateur fédéral a considérablement modifié la Partie générale du Code pénal suisse¹⁶¹⁷, à l'occasion d'une révision législative quasi totale entrée en vigueur le 1er janvier 2007¹⁶¹⁸ ; certaines des modifications apportées en 2002 ont toutefois déjà été revues en 2006, avant même leur entrée en vigueur¹⁶¹⁹. La révision de 2002 englobait l'actuel Titre 3 du « Livre 1 Dispositions générales », avec ses articles relatifs au traitement des délinquants dans le cadre d'une prise en charge thérapeutique imposée par le juge, selon les art. 56 ss CPS. La version actuelle du Code pénal, dans une systématique remaniée et de nouvelles formulations, contient notamment des dispositions communes, applicables aux diverses mesures thérapeutiques institutionnelles.

¹⁶¹⁵ En application de l'art. 64 al. 1bis CPS.

¹⁶¹⁶ Désignée par le droit cantonal, voir plus loin, 470 ss.

¹⁶¹⁷ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, Livre 1 : Dispositions générales, art. 1^{er} à 110 CPS (RS 311.0).

¹⁶¹⁸ RO 2006 3459 ; voir le Message Partie générale CPS 1998, 1787 ss.

¹⁶¹⁹ Voir à ce propos le Message du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, FF 2005, 4425 ; à cette occasion, le Parlement fédéral a notamment modifié les dispositions relatives à l'internement.

Dans la version initiale du Code pénal suisse, adoptée en 1937, des mesures thérapeutiques, dénommées « mesures de sûreté »¹⁶²⁰, étaient énoncées aux art. 42 à 45 aCPS¹⁶²¹. L'art. 42 aCPS prévoyait l'« internement [pour une durée indéterminée] des délinquants d'habitude »¹⁶²² qui « manifest[aient] un penchant au crime ou au délit, à l'inconduite ou à la fainéantise ». L'art. 43 aCPS permettait, lui, le « renvoi dans une maison d'éducation au travail »¹⁶²³ des délinquants auteurs d'un crime ou d'un délit qui « vivai[ent] dans l'inconduite ou la fainéantise », si l'infraction était en rapport avec « ce genre de vie » et s'ils paraissaient « pouvoir être formé[s] au travail ». Quant à l'art. 44 aCPS, il concernait le « renvoi des buveurs d'habitude » dans un « asile pour buveurs », si l'infraction était en rapport avec le « penchant à la boisson »¹⁶²⁴ ; cette disposition était applicable par analogie aux « personnes adonnées à l'usage de stupéfiants », conformément à l'art. 45 aCPS.

Le Code pénal ne contenait aucune norme relative à d'éventuels traitements ambulatoires ; en revanche, des normes relatives aux mineurs y étaient présentes (art. 82 ss aCPS), qui prévoyaient notamment un « traitement spécial » si l'enfant (art. 85 aCPS) ou l'adolescent (art. 92 aCPS) était atteint « d'une maladie mentale, faible d'esprit, aveugle, sourd-muet, épileptique, adonné à la boisson, ou si son développement mental ou moral présent[ait] un retard anormal ».

¹⁶²⁰ Voir le Message du 23 juillet 1918 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de code pénal suisse, FF 1918 IV 1 ss, p. 17 ss pour les explications du Conseil fédéral et p. 182 ss pour les articles du projet de loi (art. 40 à 42 du projet). Le projet ne contenait pas de norme assimilant la consommation de stupéfiants à une dépendance, et prévoyant une application analogique de la disposition visant les buveurs d'habitude.

¹⁶²¹ A propos de l'ancien droit, voir notamment Patricia MEYLAN, *La capacité pénale – Le concept de Carl Stooss (1893) et sa continuité dans le Code pénal suisse*, Bâle 2019, p. 228 ; Anne JUNG, *Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel : Suisse et Belgique*, Genève, Zurich, Bâle 2008 ; Paul LOGOZ, *Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie générale (Art. 1 à 110)*, 2^e éd., Neuchâtel, Paris 1976.

¹⁶²² Mais au moins pour trois ans ou, si la peine prononcée était plus longue, au moins pour la durée de cette peine (art. 42 al. 5 aCPS). Durant l'internement, les internés devaient porter « un costume spécial » (art. 42 al. 2 aCPS).

¹⁶²³ Pendant les deux tiers de la peine prononcée mais au moins pour une année (art. 43 al. 5 aCPS).

¹⁶²⁴ L'interné devait être « élargi » dès sa « guérison » et le « séjour à l'asile » ne devait pas excéder deux ans (art. 44 al. 3 aCPS).

Les irresponsables échappaient quant à eux à toute sanction selon l'art. 10 aCPS¹⁶²⁵ ; ils étaient toutefois internés s'ils compromettaient la sécurité ou l'ordre publics (art. 14 aCPS) ou hospitalisés si un traitement ou un placement dans un hôpital ou un « hospice » étaient nécessaires (art. 15 aCPS)¹⁶²⁶. Ces deux mesures pouvaient aussi concerner les délinquants à responsabilité restreinte visés par l'art. 11 aCPS¹⁶²⁷ et devaient cesser « dès que la cause en [avait] disparu », selon l'art. 17 al. 2 aCPS.

En 1971, les Chambres fédérales procédaient à une première révision d'ampleur du Code pénal suisse¹⁶²⁸, notamment des normes de sa Partie générale¹⁶²⁹ ; les art. 42 à 45 aCPS relatifs aux mesures de sûreté, en particulier, subissaient une refonte considérable. Si la mesure d'internement des délinquants d'habitude demeurait dans son principe (art. 42 aCPS), le Code contenait désormais un article 43 aCPS visant les « délinquants anormaux », qui pouvaient être hospitalisés afin d'obtenir les soins requis par leur état, voire internés s'ils compromettaient gravement la sécurité publique¹⁶³⁰. En conséquence, les dispositions des art. 14 à 17 aCPS – qui prévoyaient les modalités d'internement ou d'hospitalisation des délinquants irresponsables ou dont la responsabilité était restreinte – pouvaient être abrogés ; quant aux art. 10 et 11 aCPS, ils ne comportaient plus que des définitions de ces deux notions.

¹⁶²⁵ Parce qu'ils étaient atteints « d'une maladie mentale, d'idiotie ou d'une grave altération de la conscience » qui les privait de la faculté d'apprécier le caractère illicite de leur acte ou de se déterminer d'après cette appréciation (art. 10 aCPS). Voir notamment Patricia MEYLAN, La capacité pénale – Le concept de Carl Stooss (1893) et sa continuité dans le Code pénal suisse, Bâle 2019, p. 224 ss.

¹⁶²⁶ Voir notamment Patricia MEYLAN, La capacité pénale – Le concept de Carl Stooss (1893) et sa continuité dans le Code pénal suisse, Bâle 2019, p. 252 ss.

¹⁶²⁷ Un délinquant à responsabilité restreinte ne possédait pas pleinement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation « par suite d'un trouble dans sa santé mentale ou dans sa conscience, ou par suite d'un développement mental incomplet » (art. 11 aCPS). L'exécution de la peine, librement atténuée (art. 66 aCPS) était alors suspendue au profit de la mesure, selon les art. 14 al. 2 et 15 al. 2 aCPS.

¹⁶²⁸ Après quelques retouches mineures en 1950, RO 1951 I 1 ; Voir le Message du Conseil fédéral du 20 juin 1949, FF 1949 I 1233.

¹⁶²⁹ RO 1971 IV 777. Voir aussi Message du 1^{er} mars 1965 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi révisant partiellement le code pénal, FF 1965 I 569.

¹⁶³⁰ Voir notamment Patricia MEYLAN, La capacité pénale – Le concept de Carl Stooss (1893) et sa continuité dans le Code pénal suisse, Bâle 2019, p. 275 ss.

« Si le délinquant n’[était] pas dangereux pour autrui », un traitement ambulatoire était désormais possible (art. 43 chiffre 1 aCPS et art. 44 chiffre 1 aCPS) ; un « contrôle médical » pouvait également être ordonné lors de la libération conditionnelle de la mesure (art. 45 chiffre 2 aCPS). Un article permettait en outre le « traitement des alcooliques et des toxicomanes » (art. 44 aCPS) et un nouvel article 100bis aCPS offrait au juge la possibilité de placer les jeunes adultes dans une « maison d’éducation au travail ».

Les mesures institutionnelles du Code pénal suisse dans sa version 1971 ont été en grande partie reprises dans la version actuelle, avec une systématique présentée comme plus claire et simplifiée et une formulation plus précise et davantage conforme au principe de légalité¹⁶³¹, à lire le Conseil fédéral dans son Message à l’appui de la révision de 2002¹⁶³². Les dispositions relatives aux traitements ambulatoires ont été, elles, développées et désormais réunies dans trois articles ; elles peuvent également viser les auteurs de contraventions. Outre sa volonté d’éviter le recours abusif aux mesures thérapeutiques, le projet était conçu de manière à renforcer la sécurité publique, notamment par le traitement en établissement fermé des délinquants que des troubles psychiques rendent dangereux, par une nouvelle forme d'internement, par des dispositions plus sévères concernant la levée d'une mesure ainsi que par la possibilité de prolonger le délai d'épreuve et le traitement ambulatoire¹⁶³³.

Quant aux dispositions légales prévoyant la possibilité d’ordonner une mesure d’internement à vie, elles sont entrées en vigueur en 2008¹⁶³⁴. Leur insertion dans le droit pénal suisse résulte d’une initiative populaire,

¹⁶³¹ Michel Dupuis et al., no 4, p. 401.

¹⁶³² Message Partie Générale CPS 1998, 1874 ss.

¹⁶³³ Voir notamment le Message Partie générale CPS 1998, 1875 ; Patricia MEYLAN, La capacité pénale – Le concept de Carl Stooss (1893) et sa continuité dans le Code pénal suisse, Bâle 2019, p. 352 ss ; Michel Dupuis et al., no 4, p. 401.

¹⁶³⁴ Selon la loi du 21 décembre 2007 modifiant le code pénal suisse, RO 2008 2961 ; voir notamment le Message du 23 novembre 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 (Mise en œuvre de l’art. 123a de la Constitution fédérale sur l’internement à vie pour les délinquants extrêmement dangereux), FF 2006 869 (cité Message internement à vie 2005) ; Patricia MEYLAN, La capacité pénale – Le concept de Carl Stooss (1893) et sa continuité dans le Code pénal suisse, Bâle 2019, p. 367 ss.

acceptée en février 2004¹⁶³⁵ et introduisant dans la Constitution fédérale un art. 123a Cst relatif à l'« internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables »¹⁶³⁶. Il s'agit d'une mesure dont la compatibilité avec la CEDH et avec la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme est délicate¹⁶³⁷. C'est plus spécifiquement le caractère définitif de l'internement à vie qui soulève les problèmes les plus épineux et qui a nécessité certains aménagements légaux, afin de laisser une possibilité théorique de lever la mesure. Ainsi, l'internement à vie est certes une réalité légale, mais une telle mesure pourrait être exceptionnellement levée au profit d'une autre mesure thérapeutique institutionnelle, si de nouvelles connaissances scientifiques devaient être disponibles, qui permettraient le traitement de la personne internée à vie de manière qu'elle ne représente plus de danger pour la collectivité.

3. Normes applicables

3.1 Droit fédéral

3.1.1 *Code pénal suisse*

Selon l'art. 56 al. 1^{er} CPS, une mesure thérapeutique doit être ordonnée par le juge lorsqu'une peine seule ne peut écarter le danger que l'auteur commette d'autres infractions (lettre a), si l'auteur a besoin d'un traitement ou que la sécurité publique l'exige (lettre b) et si les conditions légales particulières prévues pour chacune des mesures thérapeutiques sont remplies (lettre c).

Le Code pénal suisse distingue, aux art. 59 ss CPS, entre le traitement des troubles mentaux, le traitement des addictions et les mesures applicables aux jeunes adultes. Le Code prévoit en outre l'internement pour

¹⁶³⁵ Article accepté en votation populaire du 8 février 2004, RO 2004 2341 ; sur l'aboutissement de l'initiative populaire, voir la décision de la Chancellerie fédérale du 13 juin 2000, FF 2000 3124.

¹⁶³⁶ Voir notamment Christian DENYS, Commentaire *ad* art. 123a Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 2485 ss; Tarkan GÖKSU, Kommentar *ad* Art. 123a BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 2005 ss; Hans VEST, Kommentar *ad* Art. 123a BV, *in*: St.Galler Kommentar vol. II, p. 2230 ss.

¹⁶³⁷ Voir plus loin, p. 461 s.

des troubles mentaux, voire l'internement à vie dans des cas tout à fait exceptionnels (art. 64 à 64c CPS).

A l'exception des mesures d'internement et d'internement à vie, les mesures et traitements précités peuvent être dispensés soit dans une institution, ouverte ou fermée, soit sous forme ambulatoire, conformément à l'art. 63 CPS. Un traitement ambulatoire peut également être imposé non pas à titre de sanction mais à titre de « règle de conduite », pendant le délai de mise à l'épreuve accompagnant l'octroi d'un sursis¹⁶³⁸, ou lors de la libération conditionnelle d'une peine privative de liberté ou d'une mesure thérapeutique¹⁶³⁹.

Ces mesures thérapeutiques peuvent être ordonnées même si le prévenu est irresponsable au sens de l'art. 19 al. 1^{er} CPS, comme le prévoient les art. 374 al. 1^{er} CPP¹⁶⁴⁰ et 375 CPP¹⁶⁴¹, ou encore si le juge retient que l'auteur ne dispose que d'une responsabilité restreinte, conformément à l'art. 19 al. 3 CPS.

3.1.2 Ordonnances d'exécution

L'art. 387 al. 1^{er} lettre a CPS autorise le Conseil fédéral à édicter des dispositions complémentaires, en particulier dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures exécutables simultanément¹⁶⁴². Selon l'al. 1bis, le Conseil fédéral doit en outre édicter les dispositions relatives au fonctionnement de la commission chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie, notamment la nomination des membres et leur rémunération, ainsi que la procédure et l'organisation.

¹⁶³⁸ En application de l'art. 44 al. 2 CPS ou de l'art. 46 al. 2 CPS.

¹⁶³⁹ En application de l'art. 87 al. 2 CPS.

¹⁶⁴⁰ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Linda MANTELLI RODRIGUEZ, Commentaire *ad* art. 374 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2392 ss ; Felix BOMMER, Kommentar *ad* Art. 374 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2865 ss.

¹⁶⁴¹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Linda MANTELLI RODRIGUEZ, Commentaire *ad* art. 375 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2404 ss ; Felix BOMMER, Kommentar *ad* Art. 375 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2877 ss.

¹⁶⁴² Voir notamment Esther OMLIN, Kommentar *ad* Art. 387 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB II, p. 5988 ss ; François PAYCHERE, Commentaire *ad* art. 387 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 2581 ss.

Sur la base de ces dispositions, le Conseil fédéral a élaboré et édicté l'Ordonnance relative au code pénal et au code pénal militaire¹⁶⁴³, qui contient notamment une section 3 (art. 4 ss) consacrée au « concours, lors de l'exécution, de plusieurs sanctions », qui prévoit les modalités d'exécution des mesures lorsque plusieurs d'entre elles sont prononcées et exécutables simultanément¹⁶⁴⁴.

Il a aussi édicté l'Ordonnance sur la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie¹⁶⁴⁵. Cette ordonnance règle plus spécifiquement les tâches, la composition et le fonctionnement de cette commission consultative, qui compte dix membres, tous « experts possédant les connaissances requises dans les domaines de la psychiatrie forensique ou de la thérapeutique », nommés par le Conseil fédéral¹⁶⁴⁶.

3.2 Droit intercantonal et cantonal

Comme le prévoit la norme constitutionnelle pertinente (art. 123 Cst¹⁶⁴⁷), les compétences législatives cantonales en matière de droit pénal sont désormais limitées à l'organisation judiciaire¹⁶⁴⁸, soit d'une part à la désignation des autorités judiciaires compétentes et d'autre part à l'administration de la justice.

¹⁶⁴³ Ordonnance du 19 septembre 2006 relative au code pénal et au code pénal militaire (O-CP-CPM, RS 311.01).

¹⁶⁴⁴ Voir plus loin, p. 468 s.

¹⁶⁴⁵ Ordonnance du 26 juin 2013 sur la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie (RS 311.039.2).

¹⁶⁴⁶ Voir plus loin, p. 465 s.

¹⁶⁴⁷ Voir notamment Stéphane GRODECKI, *Commentaire ad art. 123 Cst*, in : *Commentaire romand Cst*, p. 2475 ss; Tarkan GÖKSU, *Kommentar ad Art. 123 BV*, in: *Basler Kommentar BV*, p. 1997 ss; Hans VEST, *Kommentar ad Art. 123 BV*, in: *St.Galler Kommentar vol. II*, p. 2221 ss.

¹⁶⁴⁸ Voir notamment Raphaël ARN, Nicole SAURER, André KUHN, *Organisation des autorités pénales cantonales et fédérales et dispositions d'application en matière pénale*, Bâle 2011.

L'art. 123 Cst attribue aussi aux cantons l'exécution des peines et mesures¹⁶⁴⁹. L'art. 372 CPS¹⁶⁵⁰ le formalise dans la loi : les cantons doivent exécuter les jugements rendus en application du Code pénal suisse ; ils doivent en conséquence instituer les autorités chargées de cette tâche¹⁶⁵¹. Ils doivent aussi créer et exploiter les établissements nécessaires pour l'exécution des peines et des mesures, notamment des mesures thérapeutiques institutionnelles et des mesures d'internement (art. 377 CPS)¹⁶⁵².

L'art. 378 al. 1^{er} CPS¹⁶⁵³ autorise les cantons à conclure des accords sur la création et l'exploitation conjointes d'établissements d'exécution des peines et des mesures ou à s'assurer le droit d'utiliser des établissements d'autres cantons ; l'art. 379 al. 1^{er} CPS¹⁶⁵⁴ précise encore que l'exécution des mesures thérapeutiques institutionnelles visées aux art. 59 à 61 CPS et des traitement ambulatoires prévus à l'art. 63 CPS peut être confiée à des établissements gérés par des exploitants privés. Conformément à ces dispositions, les cantons romands ont conclu en 2006 le Concordat latin sur

¹⁶⁴⁹ Pour ce dernier point, sous réserve des compétences financières particulières que la Confédération pourrait utiliser pour contribuer à la construction d'établissements d'exécution de peines et mesures, pour améliorer l'exécution des peines et mesures ou pour soutenir des institutions destinées aux enfants, aux adolescents et aux jeunes adultes (art. 123 al. 2 Cst).

¹⁶⁵⁰ Voir notamment Martino IMPERATORI, *Kommentar ad Art. 372 StGB*, in: Basler *Kommentar StGB II*, p. 5868 ss; Baptiste VIREDAZ, François CHANSON, *Commentaire ad art. 372 CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 2507 ss.

¹⁶⁵¹ A titre d'exemple, voir la Loi valaisanne d'application du code pénal (LACP) du 12 mai 2016 (autorités d'exécution et autres autorités, art. 12 ss), ainsi que l'Ordonnance du 12 avril 2017 concernant l'organisation, les droits et les devoirs du personnel du service de l'application des peines et mesures.

¹⁶⁵² Voir notamment Martino IMPERATORI, *Kommentar ad Art. 377 StGB*, in: Basler *Kommentar StGB II*, p. 5902 ss; Baptiste VIREDAZ, François CHANSON, *Commentaire ad art. 377 CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 2521 ss.

¹⁶⁵³ Voir notamment Martino IMPERATORI, *Kommentar ad Art. 378 StGB*, in: Basler *Kommentar StGB II*, p. 5908 ss; Baptiste VIREDAZ, François CHANSON, *Commentaire ad art. 378 CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 2530 ss.

¹⁶⁵⁴ Voir notamment Martino IMPERATORI, *Kommentar ad Art. 379 StGB*, in: Basler *Kommentar StGB II*, p. 5913 ss; Baptiste VIREDAZ, François CHANSON, *Commentaire ad art. 379 CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 2534 ss.

la détention pénale des adultes¹⁶⁵⁵, qui a été approuvé par la Confédération, en exécution de l'art. 387 al. 5 CPS.

Selon l'art. 6 du Règlement sur les établissements édicté sur la base du Concordat¹⁶⁵⁶, les cantons partenaires disposent, pour le traitement des troubles mentaux, d'établissements psychiatriques appropriés (cliniques psychiatriques publiques ou privées). L'exécution des mesures thérapeutiques en régime fermé et des internements a cependant lieu dans l'établissement « Curabilis » de Genève ou dans les établissements pénitentiaires du Concordat latin, pour autant que ces derniers soient dotés du personnel qualifié, ou encore dans des établissements appropriés des deux autres concordats pénitentiaires.

Pour le traitement des addictions, chaque canton dispose, dans une certaine mesure, d'établissements ou de places en milieu hospitalier ou parahospitalier ouvert ou fermé, y compris pour les femmes¹⁶⁵⁷. Quant aux mesures applicables aux jeunes adultes, pour les cantons signataires du Concordat latin, elles sont mises en œuvre dans un secteur distinct du Centre éducatif de Pramont, à Granges, près de Sion, dans le canton du Valais¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵⁵ Concordat du 10 avril 2006 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins (Concordat latin sur la détention pénale des adultes), signé par les cantons de Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève, Jura ainsi que le canton du Tessin (adhésion partielle), <https://www.cldjp.ch/wp-content/uploads/2016/07/concordat-adultes-060410.pdf>; il existe un Commentaire article par article de ce texte, <https://www.cldjp.ch/wp-content/uploads/2016/07/commentaire-concordat-adultes.pdf>. Les cantons de Suisse centrale et du Nord-Ouest ont conclu un concordat visant les mêmes objectifs, comme les cantons de la Suisse orientale. Voir notamment Blaise PEQUIGNOT, Contribution *ad* « Concordats », in: Benjamin Brägger, Joëlle Vuille (éd.), *Lexique pénitentiaire suisse – De l'arrestation provisoire à la libération conditionnelle*, Bâle 2016, p. 95 ss.

¹⁶⁵⁶ Règlement du 29 octobre 2010 concernant la liste des établissements pour l'exécution des privations de liberté à caractère pénal (détention avant jugement, peines et mesures, respectivement sanctions pénales en force ou subies à titre anticipé, <https://www.cldjp.ch/wp-content/uploads/2018/01/règlement-établissements-101029.pdf>.

¹⁶⁵⁷ Par exemple dans la Loi valaisanne d'application du code pénal (LACP) déjà citée : exécution des mesures thérapeutiques institutionnelles et de l'internement (art. 42 ss).

¹⁶⁵⁸ L'art. 61 al. 2 CPS exige en effet que « [l]es établissements pour jeunes adultes [soient] séparés des autres établissements prévus par [le Code pénal suisse] ».

En revanche, les traitements ambulatoires ne sont pas visés par le Concordat ; ils sont dès lors gérés de manière autonome par les autorités désignées par le droit cantonal et chargées de l'exécution des peines et mesures¹⁶⁵⁹.

3.3 Directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales

L'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)¹⁶⁶⁰ a émis des Directives médico-éthiques spécifiques en matière de « [m]esures de contrainte en médecine »¹⁶⁶¹, approuvées par le Sénat de l'ASSM en novembre 2015. Elles sont applicables aux soins dispensés sans consentement dans le cadre du droit civil, notamment à un placement à des fins d'assistance¹⁶⁶², et aux mesures sanitaires imposées par la législation sur les épidémies¹⁶⁶³, mais aussi à la mise en œuvre de traitements ordonnés par une autorité pénale en tant que « mesures pénales »¹⁶⁶⁴.

Elles contiennent en particulier une – très brève - section 4.6 relative aux « [p]atients en milieu carcéral »¹⁶⁶⁵. Il en ressort principalement que « les décisions médicales doivent être prises indépendamment de l'administration pénitentiaire ». L'articulation de ce principe, formulé de manière très sommaire, avec une mesure thérapeutique ordonnée par un juge ou par l'autorité d'exécution est difficile à cerner. En fait, il ne semble pouvoir s'appliquer qu'à la mise en œuvre concrète du traitement¹⁶⁶⁶ ; en revanche, le principe d'un traitement médical ou psychiatrique échappe au corps médical dans le contexte des mesures thérapeutiques du droit pénal. La section 2.2¹⁶⁶⁷ semble y faire allusion : « le traitement forcé d'un patient capable de discernement est inadmissible », mais il « peut néanmoins être

¹⁶⁵⁹ Par exemple dans la Loi valaisanne d'application du code pénal (LACP) déjà citée : exécution des autres mesures – traitement ambulatoire (art. 45).

¹⁶⁶⁰ Voir précédemment, p. 470 ss.

¹⁶⁶¹ <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

¹⁶⁶² Voir précédemment, p. 245 ss.

¹⁶⁶³ Voir plus loin, p. 539 ss.

¹⁶⁶⁴ Page 8 des Directives, 1^{er} §.

¹⁶⁶⁵ Environ un tiers de page, p. 32 des Directives.

¹⁶⁶⁶ Telle qu'elle est esquissée dans la section 3.1, page 14 1^{er} §.

¹⁶⁶⁷ Page 9 des Directives.

envisagé dans l'intérêt public », « dans certaines situations exceptionnelles soumises à des réglementations spécifiques ».

Pour le surplus, le rappel des principes de subsidiarité et de proportionnalité au sens strict (section 3.2), déjà énoncés dans le Code pénal suisse¹⁶⁶⁸, l'exigence d'un « environnement approprié » pour la mise en œuvre d'une mesure thérapeutique (section 3.3) celle d'une communication adéquate au sein de l'équipe soignante et avec le patient et, enfin, celle de la documentation détaillée des mesures entreprises (section 3.4) s'intègrent sans difficulté dans le cadre légal.

La section 4.6 propose en outre un renvoi aux directives médico-éthiques relatives à « l'[e]xercice de la médecine auprès de personnes détenues »¹⁶⁶⁹, de 2002, sans préciser la portée de ce renvoi. Or, l'Académie indique clairement dans le préambule¹⁶⁷⁰ que ces directives de 2002 ne sont pas exhaustives et qu'en particulier, « la question générale des mesures de contrainte décidées dans un contexte psychiatrique [...] n'a pas été abordée ». Le principe du respect de l'autodétermination de la personne détenue, tel qu'il est énoncé à la section 7 des directives de 2002, paraît en tout cas contraire aux dispositions du Code pénal suisse : il ne connaît qu'une seule exception, celle de l'urgence avec un « risque immédiat de gestes auto- ou hétéro-agressifs ». En revanche, il ne mentionne pas les situations dans lesquelles le traitement serait ordonné à titre de mesure thérapeutique.¹⁶⁷¹

3.4 Déontologie médicale ?

Dans une jurisprudence de 2015¹⁶⁷², le Tribunal fédéral retient que la mise en œuvre d'une mesure thérapeutique institutionnelle doit correspondre aux normes de la « déontologie médicale ». Il s'agit plus

¹⁶⁶⁸ Voir plus loin, p. 404 s.

¹⁶⁶⁹ Voir plus loin, p. 504 s.

¹⁶⁷⁰ Page 5 des Directives, 4^e §.

¹⁶⁷¹ Quant à la section 6, en dépit de son titre (« Mesures de contrainte décidées et appliquées par les autorités policières ou pénitentiaires »), elle ne concerne pas la mise en œuvre de telles mesures, mais le rôle du médecin qui serait appelé à « renseigner les autorités compétentes sur les risques et les conséquences » sur l'état de santé de la personne détenue.

¹⁶⁷² Arrêt du 26 février 2015 dans la cause 5A_96/2015, cons. 4.1.

spécifiquement des situations où un traitement ou une médication forcée, voire des « soins spéciaux », pourraient être envisagés.

La déontologie vise à « règle[r] le comportement [du professionnel de la santé] envers ses patients, ses confrères, les autres partenaires de la santé publique et la société »¹⁶⁷³ ; elle concrétise en particulier les devoirs professionnels des soignants¹⁶⁷⁴. En Suisse, elle est arrêtée par la profession elle-même ; celle des médecins est formalisée dans un Code de déontologie adoptée par l'organisme faîtière de la profession, la Fédération des médecins suisses, (« *Federatio medicorum helveticorum* », FMH)¹⁶⁷⁵.

Le Code de déontologie actuellement en vigueur a été adopté par la FMH en décembre 1996 et révisé à plusieurs reprises par la suite. Il énonce en termes généraux le devoir de respecter la dignité humaine et de livrer au patient une information appropriée avant qu'il ne se détermine par rapport à un acte médical (art. 4 et 10). Il ne contient en revanche aucune norme spécifique à propos d'un éventuel traitement sans consentement. C'est en réalité par le biais des directives médico-éthiques de l'ASSM que cette question est résolue dans la déontologie médicale ; l'art. 18 prévoit en effet que bon nombre de ces directives sont « applicables ». Celles qui le sont figurent en conséquence dans le Code de déontologie au sein de l'Annexe 1, qui reprend la totalité des Directives émises par l'ASSM, notamment les deux directives évoquées précédemment, celle de 2015 relative aux « mesures de contrainte en médecine » et celle de 2002 concernant l'« exercice de la médecine auprès de personnes détenues »¹⁶⁷⁶.

Il apparaît en conséquence que, lorsque le Tribunal fait référence à la déontologie médicale, il renvoie en fait aux directives éthiques émises par l'ASSM dans ce domaine.

¹⁶⁷³ Art. 1 du Code de déontologie de la FMH, dans sa version du 7 octobre 2021.

¹⁶⁷⁴ Voir notamment Jean-François DUMOULIN, Droit de la santé, éthique médicale ou déontologie ?, in: Romano LaHarpe et al., p. 117.

¹⁶⁷⁵ https://www.fmh.ch/files/pdf22/standesordnung_februar_2019_f.pdf.

¹⁶⁷⁶ Désormais également la directive intitulée « Attitude face à la fin de vie et à la mort » de 2018, adaptée en 2021, que la FMH avait dans un premier temps renoncé à insérer dans l'Annexe 1 du Code de déontologie, préférant s'en tenir à la directive intitulée « Prise en charge des patientes et patients en fin de vie » de 2004.

4. Conditions générales d'une mesure thérapeutique

4.1 Principes

Les principes permettant le prononcé d'une mesure thérapeutique sont énoncés à l'art. 56 CPS¹⁶⁷⁷. Le texte distingue entre conditions personnelles et conditions matérielles, en insistant notamment sur la nécessité de disposer d'une expertise, et prévoit encore quelques modalités touchant au prononcé et à l'exécution d'une éventuelle mesure. Enfin, il rappelle l'exigence du respect du principe de proportionnalité, dans un contexte où les droits de la personnalité de l'auteur de l'infraction sont en jeu.

4.1.1 Conditions personnelles

Le juge doit envisager une mesure thérapeutique lorsqu'« une peine seule ne peut écarter le danger que l'auteur commette d'autres infractions » (art. 56 al. 1^{er} lettre a CPS) et « lorsque l'auteur a besoin d'un traitement » ou lorsque les manifestations de sa pathologie peuvent constituer une menace pour la collectivité, au point « que la sécurité publique l'exige » (lettre b).

En outre, les conditions particulières posées pour chacune des mesures thérapeutiques à disposition du juge doivent être remplies (art. 56 al. 1^{er} lettre c CPS) ; elles sont examinées plus loin. Toutefois, certaines de ces conditions particulières sont en fait formulées de la même manière pour chacune des mesures prévues par le Code pénal suisse, de sorte qu'elles constituent par essence des conditions générales. Ainsi, une mesure thérapeutique ne peut en principe être prononcée que si, d'une part, l'auteur a commis un crime ou un délit – mais un traitement ambulatoire est admissible pour une contravention - et si, d'autre part, le juge parvient à la

¹⁶⁷⁷ Voir notamment Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., p. 785 ss ; Benjamin BRÄGGER, Tanja ZANGGER, *Freiheitsentzug in der Schweiz*, Berne 2020, p. 79 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 273 ss ; Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 56 StGB*, in: *Basler Kommentar StGB I*, p. 1135 ss ; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 474 ss ; Michel Dupuis et al., p. 403 ss ; Martin KILLIAS et al., p. 267 ss.

conclusion que cette mesure « le détournera de nouvelles infractions en relation avec [sa pathologie] ».

4.1.2 *Conditions matérielles*

Avant d'ordonner une mesure thérapeutique, le juge doit disposer d'une, voire de plusieurs expertises pour étayer son appréciation.

Il doit aussi s'assurer qu'une institution appropriée peut accueillir le délinquant visé par la mesure et lui fournir le traitement imposé.

4.1.3 *Prononcé et exécution*

Selon la lettre de la disposition, le juge doit prononcer la mesure dont les conditions personnelles et matérielles sont réunies, de sorte que la loi ne lui laisse en théorie guère de marge d'appréciation. Sur ce point, la rédaction des dispositions légales pertinentes n'est pas idéale : selon l'art. 56 al. 1^{er} CPS, dont la portée est générale, une mesure « doit » être prononcée si ses conditions sont remplies, tandis que le juge « peut » ordonner chacune des mesures thérapeutiques considérée pour elle-même, sauf l'internement ou l'internement à vie, visés par l'art. 64 CPS, dont la formulation apparaît à nouveau contraignante.

La pratique semble plutôt pencher en faveur de « grandes libertés » avec le principe de l'art. 56 al. 1^{er} CPS¹⁶⁷⁸. Il est vrai que, dans son appréciation du cas, le juge doit aussi veiller au caractère proportionnel de la mesure qu'il va ordonner (art. 56 al. 2 CPS)¹⁶⁷⁹. Le Tribunal fédéral a cependant déjà jugé, au moins pour ce qui a trait aux mesures destinées aux jeunes adultes, que « [n]onobstant sa formulation potestative, si les conditions de l'art. 61 CPS sont remplies, le juge est tenu d'ordonner ce placement »¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁸ Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 20, p. 792.

¹⁶⁷⁹ Voir plus loin, p. 404 s.

¹⁶⁸⁰ ATF 142 IV 49, 52 s.

Au contraire, si les conditions posées pour l'exécution d'une mesure thérapeutique ne sont plus remplies, elle doit être levée, conformément à l'art. 56 al. 4 CPS. Tel serait le cas, par exemple, lorsque la mesure paraît vouée à l'échec (art. 62 al. 1^{er} lettre a ou art. 63a al. 2 lettre b CPS). Une mesure d'internement ne peut toutefois pas être levée, mais plutôt remplacée par une autre mesure thérapeutique ; une mesure d'internement à vie ne peut pas être levée non plus, mais remplacée par une mesure d'internement¹⁶⁸¹.

4.2 Conditions personnelles selon l'art. 56 CPS

4.2.1 *Pathologie en lien avec les activités délictueuses*

Cette condition essentielle à la mise en œuvre d'une mesure thérapeutique n'est pas formulée explicitement à l'art. 56 CPS. Elle l'est toutefois de manière implicite à l'art. 56 al. 1^{er} lettre b CPS, qui fait référence à un « besoin de traitement », et à l'art. 56 al. 3 lettre a CPS, qui requiert de l'expert qu'il se détermine sur « la nécessité et les chances de succès d'un traitement ». Un traitement, évidemment, ne peut se concevoir que si l'auteur est affecté d'une pathologie.

Il importe qu'existe un lien entre la pathologie affectant le délinquant et ses activités délictueuses¹⁶⁸² ce que prévoient sans ambiguïté chacune des dispositions spécifiques énonçant les conditions particulières de chacune des mesures thérapeutiques. Cette pathologie devrait avoir contribué à la commission des actes délictueux, ou même être à l'origine de ces actes. Une pathologie qui ne serait pas en lien avec le crime ou le délit commis pourrait être traitée, avec le consentement du détenu, par le service médical de l'établissement d'exécution de la peine, mais ne justifierait pas qu'une mesure thérapeutique soit ordonnée.

Le législateur fédéral a inséré dans les dispositions relatives à chacune des mesures thérapeutiques une description un peu plus précise des pathologies qui peuvent entraîner le prononcé d'une telle mesure : « grave trouble mental » à l'art. 59 CPS, « toxico-dépendance ou autre addiction » à

¹⁶⁸¹ Voir plus loin, p. 458 et p. 466.

¹⁶⁸² Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 15, p. 791 ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4^e éd., Berne 2020, no 3, p. 179.

l'art. 60 CPS - deux affections qui se retrouvent aussi à l'art. 63 CPS pour un traitement ambulatoire - et, enfin, « graves troubles du développement de la personnalité » d'un jeune délinquant, à l'art. 61 CPS. L'internement, lui, est subordonné à l'existence d'un « grave trouble mental chronique ou récurrent » (art. 64 al. 1^{er} lettre b CPS) qui ne semble pas pouvoir être traité dans le cadre de la mesure thérapeutique institutionnelle de l'art. 59 CPS. Si l'auteur est affecté du même « grave trouble mental chronique et récurrent » mais qu'il doit être qualifié de « non amendable », toute thérapie semblant à longue échéance vouée à l'échec, c'est un internement à vie qui doit être prononcé (art. 64 al. 1bis lettre c CPS).

4.2.2 *Risque de récidive*

Outre l'existence d'une pathologie en relation avec des activités délictueuses, le prononcé d'une mesure thérapeutique suppose un risque de récidive si l'affection n'est pas traitée. Selon l'art. 56 al. 1^{er} CPS, une mesure doit en effet être ordonnée si une peine seule ne peut écarter le danger que l'auteur commette d'autres infractions (lettre a). *A contrario*, si une peine seule suffit à écarter ce danger, c'est bien une peine qui doit être prononcée ; le prononcé d'une mesure thérapeutique revêt ainsi un caractère subsidiaire¹⁶⁸³.

L'évaluation du risque de récidive a longtemps été réalisé selon le « modèle clinique », soit « [...] par] la collecte de tous les signes censés être significatifs d'un état dangereux ou de l'absence d'un tel état »¹⁶⁸⁴. Une expertise de cette nature est aujourd'hui effectuée à la fois selon le modèle clinique mais aussi sur la base d'« échelles d'évaluation »¹⁶⁸⁵, destinées à pallier les défauts du modèle clinique, critiqué à partir des années 1980 pour sa dimension subjective. Cette nouvelle approche combinée,

¹⁶⁸³ Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 12, p. 790 s. ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, no 3, p. 179; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 56 StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 1154 ss; Michel Dupuis et al., note 4, p. 405 ; arrêt du 5 octobre 2007 dans la cause 6B_283/2007.

¹⁶⁸⁴ Gérard NIVEAU, Cécile DANG, p. 829.

¹⁶⁸⁵ Gérard NIVEAU, Cécile DANG, p. 829 ss.

quoiqu'imparfaite, a permis « une nette amélioration de l'appréciation de la dangerosité »¹⁶⁸⁶.

Ce risque fait partie des points spécifiquement mentionnés à l'art. 56 al. 3 CPS relatif au contenu de l'expertise ; il doit dès lors être abordé et évalué par l'expert mis en œuvre avant le prononcé de toute mesure thérapeutique¹⁶⁸⁷.

4.2.3 *Besoin d'un traitement ou menace pour la sécurité publique*

Outre l'existence d'une pathologie en relation avec des activités délictueuses et d'un risque de récidive, le prononcé d'une mesure thérapeutique suppose un besoin de traitement ou, alternativement, une menace pour la sécurité publique, conformément à l'art. 56 al. 1^{er} CPS (lettre b)¹⁶⁸⁸.

Le sens et la portée de la condition correspondant au « besoin de traitement » ne sont pas entièrement clairs. On pourrait penser que le législateur fait ici référence à un besoin de traitement subjectif, celui de l'auteur lui-même. Cependant, ce besoin de traitement ne peut réellement se comprendre qu'en lien avec la volonté d'éviter la récidive, formulée à l'al. 1^{er} lettre a de cette disposition. En d'autres termes, le législateur exige ici que le traitement constitue la réponse appropriée pour espérer pallier ce risque de récidive ; les deux notions paraissent en fait assez étroitement liées. Le traitement devrait dès lors plutôt correspondre à une « nécessité » - selon la formulation de l'art. 56 al. 3 lettre a CPS -, c'est-à-dire à un besoin de traitement plus objectif, correspondant à un intérêt public de prévention générale¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸⁶ Gérard NIVEAU, Cécile DANG, p. 831 ; voir aussi Gérard NIVEAU, *Evaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, Paris 2011.

¹⁶⁸⁷ Voir plus loin, p. 405 ss.

¹⁶⁸⁸ Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., nos 16 et 17, p. 791 s. ; Wolfgang WOHLERS et al., *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar*, 4e éd., Berne 2020, no 5, p. 180 ; Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 56 StGB*, in: *Basler Kommentar StGB I*, p. 1157 ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 277 ss ; Michel Dupuis et al., note 5, p. 405.

¹⁶⁸⁹ Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 281 s.

Le simple « besoin d'un traitement » quelconque, même de nature psychiatrique mais qui ne comporterait pas de risque de récidive, ne justifie pas le prononcé d'une mesure thérapeutique spécifique, la pathologie à l'origine de ce besoin pouvant être prise en charge par le service médical d'un établissement d'exécution de peine¹⁶⁹⁰.

Une mesure thérapeutique doit aussi être ordonnée si la sécurité publique l'exige (art. 56 al. 1^{er} lettre b CPS *in fine*)¹⁶⁹¹. La dimension thérapeutique de la mesure passe alors au second plan et son aspect sécuritaire l'emporte sur toute autre considération. La sécurité publique dont il est question ici est généralement celle de la collectivité, mais elle peut aussi être celle d'une partie d'entre elle, voire d'un nombre relativement restreint de personnes¹⁶⁹².

Comme le risque de récidive, le besoin de traitement ou la menace pour la sécurité publique fait partie des points qui doivent être abordés et évalués dans l'expertise qui doit précéder le prononcé de toute mesure thérapeutique¹⁶⁹³.

4.3 Autres conditions personnelles

4.3.1 *Commission d'un crime, d'un délit ... ou d'une contravention*

En principe, à l'exception des traitements ambulatoires – qui peuvent être ordonnés pour tout type d'infraction –, une mesure thérapeutique ne peut être ordonnée que si l'auteur a commis un crime ou un délit,

¹⁶⁹⁰ A propos de la médecine carcérale, voir Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. III, p. 4126 ss.

¹⁶⁹¹ Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., nos 16 et 17, p. 791 s.; Wolfgang WOHLERS et al., *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar*, 4e éd., Berne 2020, no 5, p. 180; Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 56 StGB*, in: *Basler Kommentar StGB I*, p. 1157; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 277 ss; Michel Dupuis et al., note 5, p. 405.

¹⁶⁹² Par exemple l'entourage de l'ex-employeur du prévenu, dans l'ATF 127 IV 1, JT 2004 IV 83, cité par Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 17, p. 791 s.

¹⁶⁹³ Voir plus loin, p. 405 ss.

conformément aux art. 59 al. 1^{er} lettre a, 60 al. 1^{er} lettre a, 61 al. 1^{er} lettre a, 64 al. 1^{er} et 64 al. 1bis CPS.

Selon l'art. 10 CPS¹⁶⁹⁴, constitue un crime une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans ; une infraction passible d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire correspond à un délit.

Les traitements ambulatoires peuvent toutefois être ordonnés pour tout « acte punissable » (art. 63 al. 1^{er} lettre a CPS), partant pour une contravention, passible d'une amende selon l'art. 103 CPS.

4.3.2 *Pronostic favorable en cas de traitement*

Pour toutes les mesures thérapeutiques, il faut pouvoir prévoir que la mesure détournera l'auteur de nouvelles infractions en relation avec sa pathologie ; il faut, en d'autres termes, qu'un pronostic favorable puisse être émis. Il est question ici, en quelque sorte, du risque ou de la chance de « non-récidive » en cas de traitement.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette condition est réalisée « lorsque, au moment de la décision, il est suffisamment vraisemblable qu'un traitement institutionnel entraînera dans les cinq ans de sa durée normale une réduction nette du risque de récidive »¹⁶⁹⁵.

Il n'est dès lors pas nécessaire de disposer d'une réelle certitude, étant entendu qu'en matière de prévision des risques de récidive, bien peu d'experts se hasarderaient à exprimer une opinion en des termes aussi catégoriques. En revanche, « [l]a possibilité vague d'une diminution du risque ou l'espoir d'une diminution seulement minimale de ce risque ne sont [...] pas suffisants. L'exigence d'un tel pronostic ne signifie pas qu'un condamné souffrant de trouble mental ne pourra pas recevoir l'assistance

¹⁶⁹⁴ Voir notamment Nathalie DONGOIS, Commentaire *ad* art. 10 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 160 ss ; Marcel Alexander NIGGLI, Kommentar *ad* Art. 10 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 99 ss.

¹⁶⁹⁵ ATF 140 IV 1 cons. 3.2.4, p. 9 ; 134 IV 315 cons. 3.4.1, p. 321 s.

nécessaire, mais seulement que la mesure préconisée [...] ¹⁶⁹⁶ n'est pas adéquate, tout au moins dans l'état des choses, au moment où la décision est rendue » ¹⁶⁹⁷.

Comme le risque de récidive, le besoin de traitement ou la menace pour la sécurité publique, les chances de succès d'un traitement font partie des points qui doivent être abordés et évalués dans l'expertise qui doit précéder le prononcé de toute mesure thérapeutique ¹⁶⁹⁸.

4.4 Expertise psychiatrique

4.4.1 *Obligation d'ordonner une expertise*

Pour pouvoir prononcer une mesure thérapeutique institutionnelle, un traitement ambulatoire, un internement ou un internement à vie, le juge doit fonder sa décision sur une ou plusieurs expertises (art. 56 al. 3, 4 et 4bis CPS).

Cette exigence est en outre également formulée pour plusieurs des étapes de la prise en charge institutionnelle ou du traitement ambulatoire qui suivent le prononcé de la mesure thérapeutique, en particulier la libération conditionnelle, la libération définitive ou la levée de la mesure prononcée. Elle n'est en revanche pas expressément mentionnée lorsque le juge, après la fin d'un traitement ambulatoire, remplace l'exécution de la peine suspendue par une mesure thérapeutique institutionnelle selon l'art. 63b al. 5 CPS ; la jurisprudence requiert aussi une expertise dans un tel cas ¹⁶⁹⁹.

Dans deux situations, toutefois, l'exigence de l'expertise tombe. Ainsi, un simple rapport médical émanant du soignant en charge du patient peut suffire lors de l'examen de la libération conditionnelle d'une mesure

¹⁶⁹⁶ Il s'agissait dans ce cas d'une mesure thérapeutique institutionnelle destinée à traiter un trouble mental.

¹⁶⁹⁷ ATF 141 IV 1, 8 s. ; 134 IV 315, 321.

¹⁶⁹⁸ Voir plus loin, p. 405 ss.

¹⁶⁹⁹ ATF 145 IV 281, 283, cité par Maria LADWICZAK GLASSEY et al., no 34a, p. 796.

thérapeutique institutionnelle – à moins que l’auteur n’ait commis un crime grave - et lors de l’examen de la levée d’un traitement ambulatoire¹⁷⁰⁰.

En outre, lorsque des soins médicaux ou psychologiques sont ordonnés à titre de règle de conduite pendant un délai d’épreuve, le rapport de suivi qui évalue le respect ou l’inobservation de cette règle de conduite imposée, ou son éventuelle inadéquation, est rédigé par l’autorité chargée de l’assistance de probation, à l’intention du juge ou de l’autorité d’exécution (art. 95 al. 1^{er} CPS)¹⁷⁰¹.

4.4.2 *Qualifications professionnelles de l’expert*

Une expertise doit être en principe réalisée par un « médecin en psychiatrie ou en psychothérapie »¹⁷⁰², mais le droit cantonal peut prévoir des conditions complémentaires, par exemple une formation postgraduée en psychiatrie et psychothérapie forensique¹⁷⁰³. Le recours aux services d’un psychologue paraît en conséquence exclu¹⁷⁰⁴.

L’art. 56 al. 4bis CPS précise que, si un internement à vie est envisagé, ce sont alors deux expertises qui doivent être remises au tribunal, réalisées par deux experts indépendants l’un de l’autre et « expérimentés »¹⁷⁰⁵.

Les Directives médico-éthiques de l’ASSM relatives à l’exercice de la médecine auprès de personnes détenues¹⁷⁰⁶ ajoutent quant à elles que « le médecin ne peut pas cumuler à la fois l’identité de médecin thérapeute et de médecin expert » et qu’« [a]vant tout acte d’expertise, il doit clairement

¹⁷⁰⁰ Voir plus loin, p. 410 s et p. 420.

¹⁷⁰¹ Michel PERRIN et al., Commentaire *ad* art. 95 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1411 s ; Martino IMPERATORI, Kommentar *ad* Art, 95 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2186 s.

¹⁷⁰² Michel Dupuis et al., no 13, p. 407.

¹⁷⁰³ ATF 140 IV 49, cité par Michel Dupuis et al., no 13, p. 407.

¹⁷⁰⁴ Michel Dupuis et al., no 13, p. 407 ; Marc THOMMEN, Nur noch Psychiater als Gutachter (BGE 140 IV 49), *forumpoenale* 1/2015, p. 14 ss.

¹⁷⁰⁵ Sur le sens des qualificatifs « indépendant » et « expérimenté », voir plus loin, p. 407 s.

¹⁷⁰⁶ Section 3, p. 6 ; voir précédemment, p. 504 s.

informer la personne qu'il est chargé d'examiner que le secret médical ne couvrira pas le résultat des examens pratiqués ».

4.4.3 *Contenu de l'expertise*

Le contenu général de l'expertise requise est spécifié dans la loi, conformément à l'art. 56 al. 3 lettres a à c CPS¹⁷⁰⁷. L'expertise doit porter en particulier sur :

- la nécessité et les chances de succès d'un traitement (lettre a) ;
- la vraisemblance que l'auteur commette d'autres infractions et la nature de celles-ci (lettre b) ;
- et les possibilités de faire exécuter la mesure (lettre c)¹⁷⁰⁸.

Ces trois « rubriques » recourent partiellement certaines des conditions dont le juge doit vérifier l'existence avant de rendre sa décision. La « nécessité d'un traitement » correspond en partie au « besoin de traitement » énoncé à l'art. 56 al. 1^{er} lettre b CPS ; la « vraisemblance que l'auteur commette d'autres infractions » se réfère sans doute au risque de récidive de l'art. 56 al. 1^{er} lettre a CPS, tandis que les « chances de succès d'un traitement » et les « possibilités de faire exécuter la mesure » reprennent la notion de pronostic favorable en cas de traitement et celle de l'existence d'un établissement approprié, telles qu'elles sont formulées aux art. 59 al. 1^{er} lettre b CPS, 60 al. 1^{er} lettre b CPS, 61 al. 1^{er} lettre b CPS et 56 al. 5 CPS, respectivement.

Au surplus, l'expert devra apporter des éléments de réponse aux éventuelles questions complémentaires que la direction de la procédure ou les parties pourraient lui soumettre.

¹⁷⁰⁷ Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., p. 796 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 277 ss ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 183 s. ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 56 StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 1157 ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 56 StGB, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 362 ss ; Michel Dupuis et al., p. 407 ss.

¹⁷⁰⁸ Arrêt du 28 décembre 2016 dans la cause 6B_289/2016.

4.4.4 *Caractère actuel de l'expertise*

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral considère que le recours à un expert n'est pas nécessaire lors de chaque évaluation exigée par la loi, pour autant qu'une première expertise existe déjà et qu'elle n'ait pas perdu de son actualité¹⁷⁰⁹.

La doctrine retient parfois qu'une expertise vieille de plus d'une année¹⁷¹⁰ ne devrait pas être prise en considération. Le Tribunal fédéral, lui, sans doute à juste titre, préfère se focaliser avant tout sur l'éventuelle modification de l'état de santé du délinquant. Si aucun changement significatif dans la situation du condamné et son état de santé ne s'est produit, qui pourrait conduire remettre en cause l'actualité de l'expertise, l'autorité compétente peut en général se fonder sur les conclusions d'une expertise existante¹⁷¹¹.

Toutefois, les milieux de la psychiatrie sont d'avis qu'un pronostic de dangerosité fiable ne peut pas être établi pour une longue période. La doctrine, dans ce contexte particulier, évoque un délai de l'ordre de trois ans pour un renouvellement de l'expertise¹⁷¹².

Suivant les circonstances, il est également concevable de se contenter d'un complément apporté à une expertise précédente¹⁷¹³. Ce qui précède n'est sans doute pas applicable aux situations dans lesquelles le Code pénal suisse exige que l'expertise soit rendue par un expert indépendant – avant un internement –, voire par deux experts indépendants – avant un internement à vie –. L'exigence d'indépendance ne serait en effet pas respectée si l'expert ou les experts s'appuyaient sur une expertise préexistante et se bornaient à la compléter.

¹⁷⁰⁹ ATF 134 IV 246.

¹⁷¹⁰ Michel Dupuis et al., no 18, p. 408.

¹⁷¹¹ ATF 128 IV 241, JT 2005 IV 110, cité par Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 37, p. 557 ; dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que l'autorité cantonale n'avait pas violé le droit fédéral en se fondant sur une expertise vieille de huit ans, dans la mesure où son contenu était toujours d'actualité et que l'autorité cantonale avait en effet constaté l'absence d'évolution de l'auteur.

¹⁷¹² Evoquée dans l'arrêt 6B_413/2012 cons. 2.1, publié in SJ 2013 I 401, 402.

¹⁷¹³ ATF 134 IV 246, 254; 128 IV 241, 247 s.; jurisprudence confirmée par l'arrêt 6B_352/2014 du 22 mai 2015, cons. 5.1 non publié aux ATF 141 IV 273.

4.4.5 *Portée de l'expertise*

Dans son rapport, l'expert devrait se déterminer sur l'ensemble des conditions de fait de la mesure, en gardant à l'esprit qu'il incombe au juge de déterminer si une mesure doit être ordonnée et, le cas échéant, laquelle¹⁷¹⁴ ; l'art. 56 al. 3 CPS en esquisse le contenu et ses diverses rubriques. Ce n'est toutefois pas à l'expert, mais bien au juge qu'il appartient de résoudre les questions juridiques qui se posent, dans le complexe de faits faisant l'objet de l'expertise¹⁷¹⁵.

En effet, « [l]e juge apprécie librement une expertise et n'est pas lié par les conclusions formulées par l'expert. Toutefois, il ne peut s'en écarter que lorsque des circonstances ou des indices importants et bien établis en ébranlent sérieusement la crédibilité; il est alors tenu de motiver sa décision de ne pas suivre le rapport d'expertise. Inversement, si les conclusions d'une expertise judiciaire apparaissent douteuses sur des points essentiels, le juge doit alors recueillir des preuves complémentaires, pour tenter de dissiper ses doutes. A défaut, en se fondant sur une expertise non concluante, il pourrait commettre une appréciation arbitraire des preuves et violer ainsi l'art. 9 Cst »¹⁷¹⁶.

4.5 *Etablissement de soins approprié et modalités d'exécution*

4.5.1 *Etablissement psychiatrique ou établissement d'exécution des mesures*

Le prononcé d'une mesure thérapeutique est en outre subordonné à l'existence d'un « établissement approprié », en Suisse, apte à fournir le traitement ordonné par le juge et requis par la pathologie affectant le délinquant, permettant ainsi l'exécution de la mesure thérapeutique institutionnelle.

¹⁷¹⁴ Voir notamment Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 56 StGB*, in: Basler *Kommentar StGB I*, no 50, p. 1173 ; arrêts du 3 décembre 2015 dans la cause 6B_265/2015, cons. 4.1.3 ; arrêt du 8 octobre 2015 dans la cause 6B_206/2015, cons. 3.3.5.

¹⁷¹⁵ ATF 118 Ia 144, 145 ss.

¹⁷¹⁶ Arrêt du 26 juin 2014 dans la cause 6B_253/2014, cons. 1.3 ; ATF 136 II 539, 547 s ; 133 II 384, 391.

La formulation de l'art. 56 al. 5 CPS pourrait laisser penser que l'existence d'un établissement approprié n'est pas une exigence absolue, puisque le juge ne doit veiller à la disponibilité d'un tel établissement qu'« en règle générale ». Cependant, la doctrine relève à juste titre qu'une mesure institutionnelle doit être levée s'il n'y a pas ou plus d'établissement approprié (art. 62c al. 1^{er} lettre c CPS), de sorte que l'exigence est bien réelle et doit être respectée¹⁷¹⁷.

Le Tribunal fédéral quant à lui a déjà jugé que le fait qu'un établissement approprié ne puisse pas être trouvé ne justifie pas de placer la personne condamnée à une mesure institutionnelle dans un établissement pénitentiaire pendant des semaines ou des mois¹⁷¹⁸. Il a notamment jugé dans un tel contexte qu'une détention dans un établissement pénitentiaire ordinaire de près de trois mois, ordonnée dans le but de « motiver » l'intéressé et de « préparer » la mesure thérapeutique, ne reposait sur aucun fondement juridique¹⁷¹⁹. La détention d'un condamné à une mesure thérapeutique dans un établissement carcéral ne peut être conforme au droit fédéral matériel que dans le cas d'une situation d'urgence transitoire de courte durée¹⁷²⁰.

L'expert doit se prononcer sur la disponibilité d'un établissement approprié dans son rapport, puisqu'il doit y inclure des éléments de réponse sur « les possibilités de faire exécuter la mesure » thérapeutique envisagée (art. 56 al. 3 lettre c CPS) ; les autorités d'exécution peuvent également être sollicitées à ce propos. C'est toutefois bien à elles qu'il appartient de désigner l'institution qui va accueillir le délinquant, si le juge prononce la mesure¹⁷²¹.

¹⁷¹⁷ Michel Dupuis et al., no 25, p. 410.

¹⁷¹⁸ ATF 142 IV 105, 115.

¹⁷¹⁹ Arrêt du 17 juillet 2013 dans la cause 1P.334/2003, cons. 8.5-8.6.

¹⁷²⁰ Arrêt du 12 mai 2006 dans la cause 6A.20/2006, cons. 4.5 ; arrêts du 10 mai 2017 dans les causes 6B_842/2016 et 6B_1377/2016.

¹⁷²¹ Message Partie générale CPS 1998, 1879.

Selon l'art. 379 al. 1^{er} CPS¹⁷²², les cantons peuvent confier à des établissements gérés par des exploitants privés l'exécution des mesures visées aux art. 59 à 61 et 63 CPS¹⁷²³; l'exécution des internements ou des internements à vie est ainsi exclue sous cette forme. Ces établissements sont alors placés sous la surveillance des cantons (al. 2).

Un établissement d'exécution d'une mesure institutionnelle peut être « ouvert » ou « fermé », selon l'art. 76 al. 1^{er} CPS,¹⁷²⁴ sans que le droit fédéral ne prescrive les critères de différenciation¹⁷²⁵. Les hommes et les femmes sont placés dans des établissements distincts ou des sections d'établissement distincts, en application de l'art. 13 du Concordat latin sur la détention pénale des adultes¹⁷²⁶, comme l'art. 377 al. 2 lettre a CPS l'autorise.

4.5.2 *Etablissement ouvert*

Selon le Conseil fédéral, un établissement peut être considéré comme « ouvert » lorsque « les mesures de sécurité [qui y sont] prises sur les plans de l'organisation, du personnel et des constructions sont peu importantes »¹⁷²⁷.

A lire le Message du Conseil fédéral, l'exécution en milieu ouvert d'une mesure institutionnelle devrait être considérée comme la règle, l'exécution en milieu fermé comme l'exception¹⁷²⁸.

¹⁷²² Voir notamment Martino IMPERATORI, Kommentar *ad* Art. 379 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB II, p. 5913 ss; Baptiste VIREDAZ, François CHANSON, Commentaire *ad* art. 379 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 2534 ss.

¹⁷²³ Ainsi que l'exécution des peines sous forme de semi-détention ou de travail externe.

¹⁷²⁴ Voir notamment Benjamin BRÄGGER, Kommentar *ad* Art. 76 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1956 ss; Baptiste VIREDAZ, François CHANSON, Commentaire *ad* art. 76 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1231 ss.

¹⁷²⁵ Message Partie générale CPS 1998, 1919.

¹⁷²⁶ Voir précédemment, p. 380 ss.

¹⁷²⁷ Message Partie générale CPS 1998, 1918.

¹⁷²⁸ Message Partie générale CPS 1998, *ibidem*.

Les lieux d'exécution des mesures thérapeutiques institutionnelles doivent être séparés des lieux d'exécution des peines, selon l'art 58 al. 2 CPS¹⁷²⁹. Il peut cependant s'agir de divisions distinctes d'un même établissement pénitentiaire, sauf pour les établissements pour jeunes adultes qui doivent être séparés des autres établissements d'exécution des peines et mesures (art. 61 al. 3 CPS).

4.5.3 *Etablissement fermé ou section fermée au sein d'un établissement ouvert*

Selon l'art. 59 al. 3 CPS, le traitement institutionnel des troubles mentaux doit s'effectuer dans un établissement fermé « tant qu'il y a lieu de craindre que l'auteur ne s'enfuie ou ne commette de nouvelles infractions »¹⁷³⁰. C'est également un établissement fermé qui doit servir à l'exécution d'un internement, selon l'art. 76 al. 2 CPS, auquel renvoie l'art. 64 al. 4 CPS.

Un établissement ou une section d'un établissement ouvert sont considérés comme fermés lorsque les mesures de sécurité prises sur le plan de l'organisation, du personnel, des constructions et des équipements techniques sont importantes ou très importantes, et permettent d'assurer la protection de la collectivité, du personnel et des co-détenus, selon l'art. 3 du Règlement sur les établissements édicté sur la base du Concordat latin sur la détention pénale des adultes¹⁷³¹.

¹⁷²⁹ Voir notamment Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., p. 813 ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 313 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 186 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 58 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1217 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 58 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 376 s. ; Michel Dupuis et al., p. 417.

¹⁷³⁰ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 826 s. ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 313 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 186 s.; Marianne HEER, Elmar HABERMERYER, Kommentar *ad* Art. 59 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1310 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 59 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 385 s. ; Michel Dupuis et al., p. 417.

¹⁷³¹ Voir précédemment, p. 380 ss.

Le Tribunal fédéral retient en particulier, à propos du risque de fuite, que ce risque énoncé à l'art. 59 al. 3 CPS doit s'entendre comme un risque qualifié, puisque toutes les mesures thérapeutiques supposent un risque de récidive, conformément à l'art. 56 al. 1^{er} lettre b CPS. « Le risque est qualifié quand il est concret et qu'il est hautement probable que le condamné commette d'autres infractions dans l'établissement [ou à l'extérieur]. Il s'agit d'un danger qui ne peut être combattu que par le placement dans un établissement fermé. Conformément au principe de la proportionnalité, l'exécution de la mesure dans un établissement fermé suppose une sérieuse mise en danger de biens juridiques essentiels »¹⁷³².

La jurisprudence du Tribunal fédéral exige aussi que le risque de fuite soit avéré. « Pour qu'un risque de fuite soit avéré, il faut que l'intéressé ait la ferme et durable intention de s'évader, en ayant recours à la force si nécessaire, et qu'il dispose des facultés intellectuelles, physiques et psychiques nécessaires pour pouvoir établir un plan et le mener à bien. Le fait que l'intéressé puisse tenter de s'enfuir sur un coup de tête et sans aucune préparation préalable ne suffit pas. Il est clair que le risque de fuite devra être lié à la peur que le condamné puisse représenter une menace envers les tiers une fois en liberté »¹⁷³³. Le Tribunal fédéral fait ainsi référence à ce qu'il désigne comme la « dangerosité externe du prévenu »¹⁷³⁴.

Quant au risque de récidive, pour le Tribunal fédéral, il « doit être concret et hautement probable, c'est-à-dire résulter de l'appréciation d'une série de circonstances. Il vise cette fois la dangerosité interne du prévenu. Ce sera, par exemple, le cas d'un condamné qui profère des menaces bien précises ou qui combat sciemment l'ordre de l'établissement ; en revanche, l'art. 59 al. 3 CPS ne devrait pas s'appliquer à de simples difficultés de comportement ou à l'insoumission vis-à-vis des employés de l'établissement »¹⁷³⁵. « Savoir si le risque est qualifié est une question

¹⁷³² Arrêt du 28 septembre 2017 dans la cause 6B_319/2017, cons. 1.1 ; arrêt du 29 juin 2017 dans la cause 6B_845/2016, cons. 3.1.2 ; arrêt du 29 juin 2016 dans la cause 6B_1040/2015, cons. 5.1.

¹⁷³³ Arrêt du 28 septembre 2017 dans la cause 6B_319/2017 précité, cons. 1.1 ; arrêt du 14 avril 2014 dans la cause 6B_1045/2013, cons. 2.1.1 ; arrêt du 21 décembre 2009 dans la cause 6B_629/2009, cons. 1.2.2.2.

¹⁷³⁴ *Ibidem*.

¹⁷³⁵ Arrêt du 13 mars 2018 dans la cause 6B_1243/2017 ; arrêt 6B_319/2017 précité, cons. 1.1 ; arrêt du 14 octobre 2013 dans la cause 6B_538/2013, cons. 3.1.

juridique. Toutefois les questions psychiatrique et juridique sont souvent difficiles à distinguer en pratique. La tâche principale d'une expertise médico-légale est de clarifier l'état psychique de l'intéressé et de poser un pronostic »¹⁷³⁶. On l'a dit, « [l]e juge ne peut s'écarter de l'appréciation d'une expertise que pour des motifs déterminants »¹⁷³⁷.

4.5.4 *Autres modalités d'exécution*

Selon l'art. 90 al. 2bis CPS¹⁷³⁸, les mesures thérapeutiques institutionnelles, y compris une mesure d'internement – mais pas une mesure d'internement à vie –, pourraient même être exécutées sous la forme du travail et du logement externes¹⁷³⁹.

Ces modalités sont envisageables lorsque l'on peut raisonnablement supposer qu'elles contribueront ainsi de manière décisive à atteindre le but poursuivi et qu'il n'y a pas lieu de craindre que la personne placée ne s'enfuit ou ne commette d'autres infractions¹⁷⁴⁰.

4.5.5 *Plan de traitement au début de l'exécution de la mesure thérapeutique*

Lors de l'admission dans l'établissement¹⁷⁴¹, un plan de traitement est établi avec la personne concernée ou avec son représentant légal. Ce plan porte notamment sur le traitement du trouble mental, de la dépendance ou

¹⁷³⁶ Arrêt du 22 janvier 2018 dans la cause 6B_1348/2017, cons. 1.1.3 ; arrêt du 22 octobre 2015 dans la cause 6B_708/2015, cons. 3.3 non publié aux ATF 142 IV 1.

¹⁷³⁷ ATF 141 IV 369 cons. 6.1.

¹⁷³⁸ Introduit par une modification du CPS du 24 mars 2006, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2007 ; voir le Message du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, FF 2005 4425.

¹⁷³⁹ Tels qu'ils sont prévus par l'art. 77a CPS, cependant dans le cadre de l'exécution d'une peine privative de liberté.

¹⁷⁴⁰ Voir notamment Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 90 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1331 s. ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 90 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2128 s. ; ; Michel Dupuis et al., p. 636.

¹⁷⁴¹ Selon Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 18, p. 900, il n'existe pas de plan de traitement lorsqu'une mesure ambulatoire est ordonnée et les pratiques des cantons romands et du Tessin à ce propos ne sont pas harmonisées.

du trouble du développement de la personnalité, ainsi que sur les moyens d'éviter la mise en danger de tiers (art. 90 al. 2 CPS et art. 18 du Concordat latin)¹⁷⁴². Ce plan est en quelque sorte le pendant, en droit pénal, du plan de traitement de droit civil, établi lors de l'admission dans une institution de soins dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance, selon l'art. 433 CC.

Une personne exécutant une mesure thérapeutique institutionnelle ne peut en principe pas être soumise à l'isolement ininterrompu, à moins que cet isolement constitue une « mesure thérapeutique provisoire » (art. 90 al. 1^{er} lettre a CPS), par exemple lors d'un « état d'excitation aigu » ; un isolement ininterrompu ne devrait en aucun cas constituer une sanction disciplinaire¹⁷⁴³.

Le seul fait que les thérapeutes à disposition ne parlent pas la langue maternelle du recourant n'est pas déterminant et ne suffit pas à retirer à l'établissement son caractère approprié. Il incombe aux autorités d'exécution de trouver une solution pour mettre en place la mesure, au besoin en recourant à un interprète ou en trouvant un thérapeute parlant la langue du détenu¹⁷⁴⁴.

4.6 Respect du principe de proportionnalité

La mesure thérapeutique prononcée par le juge en application des art. 56 ss CPS doit respecter le principe de la proportionnalité, c'est-à-dire que l'atteinte aux droits de la personnalité qui en résulte pour l'auteur ne doit pas être disproportionnée au regard de la vraisemblance qu'il commette de

¹⁷⁴² Voir notamment Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 90 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1330 s. ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 320 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 90 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2121 ss; ; Michel Dupuis et al., p. 636.

¹⁷⁴³ Message Partie générale CPS 1998, 1930.

¹⁷⁴⁴ *In casu*, l'espagnol, dans l'arrêt du 20 mai 2018 dans la cause 6B_2018.

nouvelles infractions et de leur gravité, comme le précise l'art. 56 al. 2 CPS¹⁷⁴⁵.

Certes, le principe de proportionnalité régit l'activité étatique de manière générale et devrait guider l'autorité pour toutes les décisions rendues en matière de mesures de droit pénal¹⁷⁴⁶; il a paru toutefois « opportun de [le] rappeler et de l'ériger expressément en condition préalable à l'admissibilité de conséquences juridiques aussi graves que peuvent l'être celles des mesures »¹⁷⁴⁷.

Le principe de proportionnalité suppose que « la mesure envisagée soit apte à produire les résultats d'intérêt public escomptés (règle de l'aptitude ou de l'adéquation) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité ou de la subsidiarité). En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et postule un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts) »¹⁷⁴⁸. Le principe de la proportionnalité exige ainsi un rapport raisonnable entre le but de l'intérêt public visé, le moyen choisi pour atteindre ce but et la restriction apportée à la liberté concernée¹⁷⁴⁹.

L'art. 56 al. 2 CPS requiert par conséquent du juge qu'il procède à une pesée des intérêts entre l'atteinte aux droits inhérente à la mesure ordonnée et la dangerosité de l'auteur¹⁷⁵⁰. Présente un caractère de dangerosité le délinquant dont l'état mental est si gravement atteint qu'il est fortement à craindre qu'il commette de nouvelles infractions. Lors de l'examen du risque de récidive, le juge doit tenir compte de l'imminence et de la gravité

¹⁷⁴⁵ Voir notamment Message Partie générale CPS 1998, 1877. Voir aussi Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., p. 793 ss; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 282 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 180 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 56 StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 1157 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 56 StGB, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 360 ss; Michel Dupuis et al., p. 405 ss.

¹⁷⁴⁶ Voir précédemment, p. 139 s.

¹⁷⁴⁷ Message Partie générale CPS 1998, 1876.

¹⁷⁴⁸ ATF 140 I 218, 235; 136 IV 97, 104; 135 I 169, 174.

¹⁷⁴⁹ Voir notamment Andreas AUER et al., vol. II, note 226 ss, p. 105 ss, qui rappellent dans ce contexte cette maxime tirée de la sagesse populaire : « on ne tire pas sur des moineaux avec un canon ».

¹⁷⁵⁰ 6B_457/2007 du 12 novembre 2007 cons. 5.2.

du danger, ainsi que de la nature et de l'importance du bien juridique menacé. Selon le Tribunal fédéral, lorsque des biens juridiques importants tels que la vie ou l'intégrité corporelle sont mis en péril, il faut se montrer moins exigeant quant à l'imminence et à la gravité du danger que lorsque des biens de moindre valeur tels que la propriété ou le patrimoine sont menacés¹⁷⁵¹.

5. Expertises médicales, rapports médicaux et rapports administratifs

5.1 Avant une mesure thérapeutique

5.1.1 *Avant toute mesure thérapeutique*

Pour pouvoir prononcer une mesure thérapeutique, le juge doit se fonder sur une expertise (art. 56 al. 3 CPS).

En général, une seule expertise suffit pour prononcer une mesure thérapeutique institutionnelle, un traitement ambulatoire ou un internement, sous réserve d'une ou plusieurs contre-expertises qui seraient ordonnées d'office ou à la requête d'une partie dans le cadre de la procédure diligentée selon le Code de procédure pénale¹⁷⁵². Une décision d'internement à vie requiert toutefois « au moins » deux expertises¹⁷⁵³.

5.1.2 *Avant un internement*

Lorsque l'auteur a commis une des infractions pouvant entraîner le prononcé d'un internement au sens de l'art. 64 al. 1^{er} CPS¹⁷⁵⁴, le Code pénal suisse ajoute aux conditions générales de l'art. 56 al. 3 CPS une condition supplémentaire, celle d'une objectivité stricte de l'expert mis en œuvre, en ce sens qu'il ne doit pas avoir préalablement « traité l'auteur ni s'en être occupé d'une quelconque manière » (art. 56 al. 4 CPS).

¹⁷⁵¹ ATF 137 IV 201, 203 ; ATF 127 IV 1 cons. 2a p. 5 et les arrêts cités.

¹⁷⁵² Selon l'art. 189 CPP ; voir précédemment, p. 351.

¹⁷⁵³ Voir plus loin, p. 407 s.

¹⁷⁵⁴ Voir plus loin, p. 450 ss.

Egalement formulée pour l'internement à vie, cette exigence pourrait occasionnellement être difficile à réaliser ou, en tout cas, soulever des difficultés pratiques, le nombre d'experts présentant un profil correspondant aux conditions fixées dans la loi étant relativement faible en Suisse¹⁷⁵⁵, si l'on tient compte encore des barrières linguistiques.

En fait, ces modalités particulières ne sont pas prévues avant le prononcé d'un internement, mais plutôt si l'auteur a commis une des infractions pouvant entraîner un internement, telles qu'elles sont énoncées à l'art. 64 al. 1^{er} CPS. Le juge peut ensuite prononcer un internement si l'ensemble des conditions spécifiques d'un internement prévues par la disposition sont réunies dans le cas d'espèce, mais il pourrait également prononcer une autre mesure thérapeutique si ces conditions n'étaient pas satisfaites.

Contrairement à un internement à vie, une seule expertise peut suffire pour ordonner un internement, à nouveau sous réserve d'une ou de plusieurs contre-expertises qui seraient ordonnées d'office ou à la requête d'une partie dans le cadre de la procédure pénale¹⁷⁵⁶. Le législateur n'exige pas, non plus, que l'expertise soit confiée à un expert particulièrement expérimenté, comme il le formule pour l'internement à vie.

5.1.3 *Avant un internement à vie*

Dans l'hypothèse où l'internement à vie serait envisagé, ce sont alors au moins deux expertises qui doivent être réalisées, établies par au moins deux experts « indépendants l'un de l'autre » ; ces deux exigences sont déjà formulées dans le texte de la disposition constitutionnelle qui a introduit l'internement à vie dans le droit fédéral, (art. 123a Cst, à son al. 3)¹⁷⁵⁷. Les deux experts doivent en outre être « expérimentés » et, comme pour l'internement, ils ne doivent pas avoir traité l'auteur ni s'en être occupé d'une quelconque manière (art. 56 al. 4bis CPS).

¹⁷⁵⁵ Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 40, p. 798.

¹⁷⁵⁶ Toujours selon l'art. 189 CPP ; voir précédemment, p. 351.

¹⁷⁵⁷ Voir précédemment, p. 377 s.

Pour que l'exigence d'indépendance réciproque soit satisfaite, il ne peut pas s'agir d'une expertise commune, rédigée par deux co-experts¹⁷⁵⁸. Puisqu'il faut « au moins » deux expertises, une troisième ou une quatrième¹⁷⁵⁹ sont évidemment envisageables, mais la loi n'exige pas que le juge ne puisse pas se prononcer tant qu'il n'a pas obtenu deux rapports concordants¹⁷⁶⁰.

Quoique la disposition n'énonce pas plus en détail ce que doivent être les qualifications de ces deux experts « expérimentés », le Conseil fédéral retient dans son Message que de telles expertises devraient être confiées à des médecins spécialistes de la psychiatrie forensique, de l'évaluation de pronostics judiciaires et de traitements des délinquants sexuels et violents¹⁷⁶¹, partant à des experts particulièrement expérimentés, tandis que les autres expertises peuvent être réalisées par des experts disposant plus simplement des « connaissances et des compétences nécessaires » dans ce domaine (art. 183 CPP).

Quant à l'exigence d'objectivité stricte et d'absence de toute forme de traitement ou d'interaction antérieurs, déjà présente pour un éventuel internement, elle pourrait être occasionnellement, on l'a dit, difficile à réaliser ou, en tout cas, soulever des difficultés pratiques, le nombre d'experts présentant les qualifications professionnelles et l'expérience requises par la loi étant peu élevé en Suisse, où peut encore surgir la barrière de la langue¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁸ Michel Dupuis et al., no 20, p. 409.

¹⁷⁵⁹ Ou d'autres encore

¹⁷⁶⁰ Message internement à vie 2005, 880, cité par Michel Dupuis et al., no 20, p. 409 ; voir aussi Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 47, p. 800 s.

¹⁷⁶¹ Message internement à vie 2005, 881, cité par Michel Dupuis et al., no 21, p. 409 ; voir aussi Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 49, p. 801.

¹⁷⁶² Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 40, p. 558.

5.2 Avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'un internement

5.2.1 *Avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'un internement, pour ordonner une mesure thérapeutique institutionnelle*

Conformément à l'art. 65 al. 1^{er} CPS¹⁷⁶³, si, avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'un internement au sens de l'art. 64 al. 1^{er} CPS, le condamné réunit les conditions d'une mesure thérapeutique institutionnelle, le juge peut ordonner cette mesure ultérieurement¹⁷⁶⁴.

Dans l'un et l'autre cas, il s'agirait évidemment d'une nouvelle mesure ; le juge devrait préalablement vérifier, comme l'énonce la disposition, que les conditions de cette nouvelle mesure thérapeutique institutionnelle sont réunies. Or, le prononcé de toute mesure thérapeutique institutionnelle suppose que soit réalisée une expertise, selon l'art. 56 al. 3 CPS¹⁷⁶⁵.

5.2.2 *Avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté, pour ordonner un internement*

L'hypothèse de l'art. 65 al. 1^{er} CPS, examinée précédemment, est celle d'un délinquant dont l'état de santé psychique a évolué après le jugement. L'art. 65 al. 2 CPS concerne, lui, un délinquant dont l'état n'a pas évolué : il remplissait déjà les conditions d'un internement au moment du jugement,

¹⁷⁶³ Voir notamment Katia VILLARD, Robert ROTH, Commentaire *ad* art. 65 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 975 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 312 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 225 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1635 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 453 ss ; Michel Dupuis et al., p. 480 ss.

¹⁷⁶⁴ Michel Dupuis et al., no 3, p. 481.

¹⁷⁶⁵ Voir précédemment, p. 405 s.

mais le juge n'a pas pu en avoir connaissance¹⁷⁶⁶ ; il s'agit matériellement d'une révision en défaveur du condamné¹⁷⁶⁷. Lorsque sont révélés « des faits ou des moyens de preuve nouveaux » permettant de l'établir, le juge peut alors ordonner l'internement ultérieurement, en mettant en œuvre les règles de procédure relatives à la révision¹⁷⁶⁸.

Pour établir, même ultérieurement, que les conditions d'un internement sont réunies, le juge ne peut faire l'économie d'une expertise, conformément à l'art. 56 al. 3 CPS¹⁷⁶⁹ et selon les modalités particulières de l'expertise qui précède un internement¹⁷⁷⁰.

« Une nouvelle expertise peut justifier une révision si elle permet d'établir que les faits retenus par le premier jugement étaient faux ou imprécis. Si elle conclut à une appréciation différente, elle ne constitue pas déjà une cause de révision. Elle doit s'écarter de la première expertise pour des motifs sérieux et établir des erreurs claires de nature à ébranler le fondement du premier jugement. Une expertise pourra aussi être considérée comme un moyen de preuve nouveau si elle se fonde sur de nouvelles connaissances ou applique une autre méthode »¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁶ Voir notamment Katia VILLARD, Robert ROTH, Commentaire *ad* art. 65 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 988 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 312 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 227 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1663 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 455 ss ; Michel Dupuis et al., p. 482 ss.

¹⁷⁶⁷ Katia VILLARD, Robert ROTH, Commentaire *ad* art. 65 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 988 s.

¹⁷⁶⁸ Voir plus loin, p. 453 s.

¹⁷⁶⁹ Voir précédemment, p. 405 s.

¹⁷⁷⁰ Voir précédemment, p. 406 s.

¹⁷⁷¹ ATF 137 IV 59, 67; arrêts 6B_986/2018 du 22 novembre 2018 cons. 2.1; 6B_1192/2016 du 9 novembre 2017 cons. 4 non publié aux ATF 143 IV 445; 6B_413/2016 du 2 août 2016 cons. 1.3.1.

5.3 Avant la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique

5.3.1 *Avant la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle*

L'examen de la libération conditionnelle d'une mesure institutionnelle s'effectue conformément aux conditions énoncées à l'art. 62d CPS¹⁷⁷². Une expertise ne figure en principe pas parmi ces conditions.

En revanche, la loi exige que l'autorité compétente demande un rapport à la direction de l'établissement chargé de l'exécution de la mesure, conformément à l'art. 62d al. 1^{er} CPS. Quoique la disposition ne le précise pas, selon la jurisprudence¹⁷⁷³, le rapport doit « émaner du médecin traitant, dresser un bilan du traitement, comporter les éléments d'appréciation médicaux utiles à l'évaluation de la dangerosité actuelle de l'auteur et se prononcer sur l'évolution probable de ces éléments en cas de poursuite du traitement selon les modalités les plus indiquées ».

Cependant, si l'auteur a commis l'une des infractions prévues à l'art. 64 al. 1^{er} CPS et même si le juge n'a pas prononcé un internement mais une autre mesure thérapeutique, l'autorité compétente prend une décision concernant la libération conditionnelle sur la base d'une expertise indépendante, après avoir entendu une commission – dite « commission de dangerosité » –, composée de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁷² Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62d CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 885 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 316 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 206 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62d StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1452 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62d StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 410 ss ; Michel Dupuis et al., p. 446 ss.

¹⁷⁷³ ATF 132 IV 201, 202 ; arrêt du 21 janvier 2013 dans les causes 6B_471/2012 et 6B_517/2012 ; arrêt du 19 novembre 2009 dans la cause 6B_714/2009, cons. 1.1.

¹⁷⁷⁴ Par exemple, la Commission neuchâteloise instaurée par la Loi du 24 mai 2016 sur l'exécution des peines et mesures pour les personnes adultes, ou la Commission genevoise instaurée par la Loi d'application du code pénal du 27 août 2009, avec son Règlement de fonctionnement du 16 janvier 2014.

L'expert et les représentants des milieux de la psychiatrie ne doivent ni avoir traité l'auteur ni s'être occupés de lui d'une quelconque manière.

Ces commissions sont cantonales, ou intercantionales, et ne doivent pas être confondues avec la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie, dont la mission est bien spécifique¹⁷⁷⁵. Tandis qu'il existe deux commissions de dangerosité en Suisse alémanique, compétentes pour chacune des régions englobées par les deux concordats alémaniques consacrés à l'exécution des peines et mesures¹⁷⁷⁶, la pratique latine maintient à ce jour l'existence d'une commission par canton¹⁷⁷⁷. Certains auteurs le déplorent¹⁷⁷⁸, en invoquant un possible manque de professionnalisme et un risque d'inégalité de traitement.

5.3.2 *Avant la libération conditionnelle d'un internement*

L'auteur est libéré conditionnellement de l'internement au sens de l'art. 64 al. 1^{er} CPS « dès qu'il est à prévoir qu'il se conduira correctement en liberté » (art.64a al. 1^{er} lettre a CPS)¹⁷⁷⁹.

Une telle décision requiert une expertise indépendante réalisée conformément à l'art. 56 al. 4 CPS, soit « par un expert qui n'a pas traité l'auteur ni ne s'en est occupé d'une quelconque manière » (art. 64b al. 2 lettre b CPS).

¹⁷⁷⁵ Voir plus loin, p. 465.

¹⁷⁷⁶ Voir précédemment, p. 382.

¹⁷⁷⁷ Etat : juin 2021.

¹⁷⁷⁸ Voir notamment Aimée ZERMATTEN, Les commissions cantonales de dangerosité : singularité latine à reconsidérer, *in*: Le Temps du 15 février 2016, <https://www.letemps.ch/opinions/commissions-cantonales-dangerosite-singularite-latine-reconsiderer>.

¹⁷⁷⁹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Marco TRAGLIA, Commentaire *ad* art. 64a CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 948 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 373 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 220 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1609 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 441 ss ; Michel Dupuis et al., p. 472 ss.

Une libération conditionnelle d'un internement peut même être envisagée avant que la mesure n'ait réellement débuté, pendant l'exécution de la peine privative de liberté qui le précède, à nouveau « s'il est à prévoir que l'auteur se conduira correctement en liberté » (art. 64 al. 3 CPS), c'est-à-dire que si le juge parvient à la conclusion que la dangerosité a effectivement disparu¹⁷⁸⁰. Une telle libération conditionnelle ne peut toutefois être fixée avant que l'auteur n'ait exécuté deux tiers de sa peine privative de liberté ou quinze ans en cas de condamnation à vie.

L'art. 64a CPS - relatif à la levée et à la libération d'un internement - reste néanmoins applicable (selon l'art. 64 al. 3 *in fine* CPS) et, si l'art. 64a CPS reste applicable, l'art. 64b CPS – relatif à l'examen de la libération d'un internement – l'est aussi. C'est par conséquent sur la base d'une expertise indépendante au sens de l'art. 56 al. 4 CPS qu'une telle libération conditionnelle pourrait avoir lieu¹⁷⁸¹.

5.3.3 *Avant la libération conditionnelle d'un internement à vie*

Dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, la libération conditionnelle d'un internement à vie est possible, lorsque l'auteur, « à cause de son âge, d'une maladie grave ou pour une autre raison, ne représente plus de danger pour la collectivité » (art. 64c al. 4 CPS)¹⁷⁸² ; ce qui précède correspond à une forme d'exécution dérogatoire, également prévue pour les peines privatives de liberté (art. 80 al. 1^{er} CPS)¹⁷⁸³.

Une décision relative à une telle libération conditionnelle ne peut être prise qu'en se fondant sur les expertises réalisées par au moins deux experts indépendants l'un de l'autre, expérimentés et qui n'ont pas traité l'auteur ni

¹⁷⁸⁰ Michel Dupuis et al., no 28, p. 471.

¹⁷⁸¹ ATF 136 IV 165, cité par Michel Dupuis et al., no 28, p. 471.

¹⁷⁸² Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 963 ss ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 223 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64c StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1629 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 446 ss ; Michel Dupuis et al., p. 477 ss.

¹⁷⁸³ Voir notamment Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 80 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1273 ss ; Cornelia KOLLER, Kommentar *ad* Art. 80 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2032 ss.

ne s'en sont occupés d'une quelconque manière (art. 64c al. 5 2^e phrase CPS).

5.4 Avant une réintégration, en cas d'échec d'une mise à l'épreuve

5.4.1 *Après la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle*

L'échec de la mise à l'épreuve après la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle peut d'abord résulter de la commission, pendant le délai d'épreuve, d'une infraction dénotant la persistance du danger que la mesure devait écarter, selon l'art. 62a al. 1^{er} CPS¹⁷⁸⁴. La doctrine retient, dans une lecture fidèle de la disposition, que l'élément déterminant de la nouvelle infraction n'est pas sa gravité, mais bien son caractère symptomatique¹⁷⁸⁵.

Le juge qui connaît de la nouvelle infraction peut alors lever la mesure institutionnelle et en ordonner une autre, pour autant que les conditions soient réunies. Cette « autre » mesure correspond dans les faits à une nouvelle mesure thérapeutique, pour laquelle le juge ne peut faire l'économie d'une expertise, conformément à l'art. 56 al. 3 CPS.

L'échec de la mise à l'épreuve peut aussi résulter du comportement du délinquant pendant la mise à l'épreuve (art. 62a al. 3 CPS)¹⁷⁸⁶. Dans de telles circonstances, il ne commet pas de nouvelle infraction, mais son attitude conduit à penser que la libération conditionnelle n'a pas eu l'effet escompté et qu'il n'a pas fait ses preuves en liberté. L'al. 6 de la disposition énonce en outre que la personne libérée conditionnellement se trouve aussi

¹⁷⁸⁴ Michel Dupuis et al., no 3, p. 438.

¹⁷⁸⁵ Michel Dupuis et al., no 1, p. 438, qui cite le Message Partie générale CPS 1998, 1890.

¹⁷⁸⁶ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62a CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 868 s.; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 318 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 199 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1418 s.; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 404 ; Michel Dupuis et al., p. 438.

en situation d'échec si elle se soustrait à l'assistance de probation ou viole les règles de conduite imposées par le juge, ce que la doctrine définit comme un « manque de coopération »¹⁷⁸⁷. Il importe toutefois que ces défaillances dénotent la persistance d'un danger, en d'autres termes qu'existe « une sérieuse probabilité qu'il commette de nouvelles infractions »¹⁷⁸⁸.

Dans tous ces cas – nouvelle infraction, comportement dénotant la persistance du danger ou manque de coopération -, le juge peut ordonner la réintégration du délinquant, c'est-à-dire son retour dans l'établissement où il exécutait la mesure thérapeutique¹⁷⁸⁹. La disposition n'exige pas de nouvelle expertise lorsque la réintégration est ordonnée en raison de son comportement défaillant ; plusieurs auteurs retiennent quant à eux, et sans doute à juste titre, qu'en raison des effets importants d'une réintégration, une expertise est « nécessaire »¹⁷⁹⁰.

S'il renonce à ordonner la réintégration ou une nouvelle mesure, le juge peut, notamment, ordonner un traitement ambulatoire¹⁷⁹¹.

5.4.2 *Après la libération conditionnelle d'un internement ou d'un internement à vie*

Selon la lettre de l'art. 64a al. 3 CPS, l'échec de la mise à l'épreuve ne peut résulter que du comportement du délinquant après la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle.

¹⁷⁸⁷ Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62a CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 869.

¹⁷⁸⁸ Message Partie générale CPS 1998, 1890.

¹⁷⁸⁹ Ou éventuellement dans un autre établissement, mais pour y exécuter la même mesure, dans les mêmes conditions.

¹⁷⁹⁰ Michel Dupuis et al, no 3, p. 438, qui cite Hans WIPRÄCHTIGER, Die Revision des Strafgesetzbuches : Freiheitsentziehende Massnahmen – eine Bestandaufnahme nach den Beratungen des Ständerates, *in*: AJP/PJA 2001 139, 145.

¹⁷⁹¹ Voir plus loin, p. 441 ss.

En revanche, le législateur n'a pas envisagé que le détenu libéré conditionnellement d'un internement puisse commettre de nouvelles infractions dénotant la persistance du danger que l'internement devait écarter, comme il l'a fait pour les mesures thérapeutiques institutionnelles, à l'art. 62a al. 1^{er} CPS. Certes, de nouvelles infractions de cette nature commises pendant le délai d'épreuve constitueraient évidemment un comportement laissant craindre un risque de récidive, mais le respect du principe de légalité n'est ici peut-être pas entièrement satisfait.

L'art. 64a al. 4 CPS précise que tel est notamment le cas si la personne libérée conditionnellement se soustrait à l'assistance de probation ou viole les règles de conduite imposées par le juge¹⁷⁹². Selon la doctrine, une telle éventualité ne devrait être envisagée qu'en présence d'un « risque sérieux » de récidive ; le juge ou l'autorité d'exécution va fonder sa décision sur la base du rapport établi par l'autorité chargée de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement (art. 95 al. 3 CPS)¹⁷⁹³.

Le juge peut alors ordonner la réintégration du délinquant, c'est-à-dire son retour dans l'établissement où il exécutait la mesure thérapeutique¹⁷⁹⁴. La disposition n'exige pas de nouvelle expertise lorsque la réintégration est ordonnée en raison de son comportement défaillant ; à nouveau, plusieurs auteurs retiennent quant à eux, et sans doute à juste titre, qu'en raison des conséquences importantes d'une réintégration pour le délinquant, une expertise devrait être « nécessaire »¹⁷⁹⁵.

¹⁷⁹² Les dispositions prévues à l'art. 95 al. 3 à 5 CPS sont applicables dans une telle situation.

¹⁷⁹³ Voir notamment Michel PERRIN et al., *Commentaire ad art. 95 CPS*, in: *Commentaire romand CP I*, no 21, p. 1413.

¹⁷⁹⁴ Ou éventuellement dans un autre établissement, mais pour y exécuter la même mesure, dans les mêmes conditions.

¹⁷⁹⁵ Michel Dupuis et al., no 3, p. 489, qui cite Hans WIPRÄCHTIGER, PJA 2001 139, 145.

5.5 Avant la levée d'une mesure thérapeutique

5.5.1 *Avant la levée d'une mesure thérapeutique institutionnelle*

L'art. 62c CPS¹⁷⁹⁶ prévoit plusieurs situations dans lesquelles le juge peut lever une mesure thérapeutique institutionnelle. Cette levée peut correspondre à la fin de la mesure ; cependant, le juge peut plutôt opter pour une levée de la mesure thérapeutique initialement ordonnée puis son remplacement par une autre.

La première hypothèse est celle qui est formulée à l'art. 62c al. 3 CPS. Lorsqu'une mesure doit être levée pour une des causes prévues à l'al. 1^{er} – la mesure paraît vouée à l'échec, la durée maximale de la mesure ordonnée a été atteinte ou, enfin, il n'y a plus d'établissement approprié –, le solde éventuel de la peine privative de liberté doit être exécuté, à moins que les conditions du sursis ou d'une libération conditionnelle ne soient réunies (art. 62c al. 2 CPS). Cependant, le juge peut aussi ordonner une nouvelle mesure à la place de l'exécution de la peine « s'il est à prévoir que cette nouvelle mesure détournera l'auteur d'autres crimes ou délits en relation avec son état ». Dans un tel cas, il s'agit bien d'une « nouvelle » mesure, dont le prononcé doit respecter les conditions légales, en particulier celle qui a trait à l'expertise et à ses modalités particulières, selon le genre de mesure retenu par le juge.

L'hypothèse qui précède est celle qui résulte de la levée de la mesure thérapeutique institutionnelle à l'issue de son exécution. Le juge peut cependant aussi lever une mesure institutionnelle et la remplacer par une autre mesure institutionnelle avant ou pendant son exécution, selon l'art. 62c al. 6 CPS, « s'il est à prévoir que cette nouvelle mesure sera

¹⁷⁹⁶ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 876 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 319 ss ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 203 ss ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62c StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1431 ss ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62c StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 406 ss ; Michel Dupuis et al., p. 442 ss.

manifestement mieux à même de détourner l'auteur d'autres crimes ou délits en relation avec son état »¹⁷⁹⁷.

De même, si la mesure institutionnelle est levée en raison d'un échec de la mise à l'épreuve après une libération conditionnelle, le juge peut lever la mesure et « en ordonner une autre pour autant que les conditions soient réunies » (art. 62a al. 1^{er} lettre b CPS). A nouveau, dans ces deux situations, puisqu'il s'agit d'une nouvelle mesure, le prononcé de cette nouvelle mesure doit respecter les conditions légales, notamment celle qui a trait à l'expertise et à ses modalités particulières, selon le genre de mesure retenu par le juge.

En outre, si, lors de la levée d'une mesure thérapeutique ordonnée en raison d'une infraction prévue à l'art. 64 al. 1 CPS, « il est sérieusement à craindre que l'auteur ne commette d'autres infractions du même genre », le juge peut ordonner l'internement, à la requête de l'autorité d'exécution, conformément à l'art. 62c al. 4 CPS¹⁷⁹⁸. Dans un tel cas, l'internement n'a pas été initialement prononcé, alors que le délinquant a bien commis une des infractions ouvrant la voie à une telle mesure. Une mesure d'internement prononcée dans de telles circonstances doit en respecter les conditions légales, notamment, une fois encore, celle qui a trait à l'expertise et à ses modalités particulières, selon le genre de mesure retenu par le juge, en l'espèce l'internement.

¹⁷⁹⁷ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 882 s.; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 320; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 205; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62c StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1450 s.; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62c StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 410 ; Michel Dupuis et al., p. 445 s.

¹⁷⁹⁸ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 884 ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 320; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 320; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62c StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1450 s.; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62c StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 409 s. ; Michel Dupuis et al., p. 445 s.

5.5.2 *Avant la levée d'un internement*

A la requête de l'autorité d'exécution, le juge peut lever une mesure d'internement et la remplacer par une mesure thérapeutique institutionnelle ; l'autorité d'exécution doit examiner l'opportunité d'une telle demande au moins une fois tous les deux ans et pour la première fois avant le début de l'internement (art. 64b al. 1^{er} lettre b CPS)¹⁷⁹⁹.

Une telle décision requiert une expertise indépendante réalisée conformément à l'art. 56 al. 4 CPS, c'est-à-dire « par un expert qui n'a pas traité l'auteur ni ne s'en est occupé d'une quelconque manière » (art. 64b al. 2 lettre b CPS).

Conformément à l'art. 64b al. 2 lettres a, c et d CPS, la demande présentée par l'autorité compétente doit aussi être accompagnée d'un rapport de la direction de l'établissement où la mesure est exécutée ; elle exige en outre l'audition de l'auteur – dans ce qui constitue l'exercice d'un droit d'être entendu oralement – et l'audition de la commission cantonale ou intercantonale de dangerosité instaurée par l'art. 62d al. 2 CPS¹⁸⁰⁰.

5.5.3 *Avant la levée d'un internement à vie*

Le juge peut remplacer l'internement à vie par une mesure thérapeutique institutionnelle dans un établissement fermé, en exécution de l'art. 64c al. 3 CPS¹⁸⁰¹. Cette mesure peut déjà être envisagée pendant

¹⁷⁹⁹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Marco TRAGLIA, Commentaire *ad* art. 64b CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 957 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 318 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 199 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1418 s.; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 404 ; Michel Dupuis et al., p. 476.

¹⁸⁰⁰ Voir précédemment, p. 410 s.

¹⁸⁰¹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 970 ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 223 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64c StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1629 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 446 ss ; Michel Dupuis et al., p. 477 ss.

l'exécution de la peine privative de liberté qui précède l'internement à vie, selon l'art. 64c al. 6 CPS.

Une telle décision requiert certes une expertise – en réalité, deux au moins - mais, dans un premier temps, c'est un rapport émanant de la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie qui doit être rendu (art. 64c al. 1^{er} CPS). Si cette autorité parvient à la conclusion que l'auteur peut être traité, elle lui propose un traitement, qui a lieu dans un établissement fermé (art. 64c al. 2 CPS)¹⁸⁰².

Dans un deuxième temps, « [l]orsque le traitement a permis de diminuer notablement la dangerosité de l'auteur et peut encore être réduite au point qu'il ne représente plus de danger pour la collectivité »¹⁸⁰³, le juge peut alors lever l'internement à vie, et le remplacer par une mesure thérapeutique institutionnelle, qui doit être exécutée dans un établissement fermé (art. 64c al. 3 CPS).

Cette décision de levée de la mesure est subordonnée, on l'a dit, comme pour le prononcé d'un internement à vie, aux « expertises réalisées par au moins deux experts indépendants l'un de l'autre », « expérimentés » et « qui n'ont pas traité l'auteur ni ne s'en sont occupés d'une quelconque manière » (art. 64c al. 5 CPS)¹⁸⁰⁴.

5.5.4 *Avant la levée d'un traitement ambulatoire*

Avant de décider de lever un traitement ambulatoire, l'autorité compétente doit demander un rapport à la personne chargée du traitement, selon l'art. 63a al. 1^{er} CPS¹⁸⁰⁵.

¹⁸⁰² Voir précédemment, p. 400 ss.

¹⁸⁰³ La syntaxe de cette phrase dans sa version française est perfectible.

¹⁸⁰⁴ Sur ces trois points, voir précédemment, p. 407 s.

¹⁸⁰⁵ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63a CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 905 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 332 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 210 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 63a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1509 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 63a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 421 ss ; Michel Dupuis et al., p. 455 ss.

Ce cas constitue une des deux situations pour lesquelles le législateur fédéral n'exige pas une ou plusieurs expertises, mais se contente d'un rapport médical, établi par le professionnel de la santé en charge de la mesure thérapeutique. L'autre cas est celui de la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle¹⁸⁰⁶.

5.6 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Lorsque l'expertise est ordonnée dans le cadre d'une instruction pénale, c'est-à-dire avant qu'un jugement ne soit prononcé, l'auteur a le statut de prévenu et, à ce titre, il est libre d'y collaborer ou, au contraire, de refuser de collaborer à sa réalisation, selon l'art. 185 al. 5 CPP¹⁸⁰⁷. L'expert doit l'en informer au début de ses investigations.

Ni le Code de procédure pénale suisse ni le Code pénal suisse ne règlent les modalités pratiques d'une expertise qui a lieu après le jugement, en particulier une éventuelle obligation d'y collaborer.

Dans une lecture stricte de l'art. 1^{er} al. 1^{er} CPP, le Code de procédure pénale régit en effet la poursuite et le jugement, par les autorités pénales de la Confédération et des cantons, des infractions prévues par le droit fédéral ; certes, les art. 363 à 365 CPP¹⁸⁰⁸ énoncent certains principes applicables aux « décisions judiciaires ultérieures indépendantes », qui sont parfois des décisions administratives ultérieures indépendantes (art. 363 al. 3 CPS), mais ces normes ne contiennent aucune disposition expresse permettant d'imposer une expertise de nature médicale¹⁸⁰⁹. Quant aux dispositions du Code pénal suisse consacrées à ce thème (Titre 3 et Titre 4), elles ne disent rien à propos d'une éventuelle obligation de collaborer à la réalisation d'une

¹⁸⁰⁶ A moins que l'auteur n'ait commis un crime grave, voir précédemment, p. 410 s.

¹⁸⁰⁷ Voir précédemment, p. 357 s.

¹⁸⁰⁸ Y compris les art. 364a et 364b CPP consacrés à la détention pour motifs de sûreté, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2021.

¹⁸⁰⁹ Voir notamment Christian ROTEN, Michel PERRIN, Commentaire *ad* art. 363 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2309 ss; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1212 ss ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 363 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2793 ss.

expertise, et sont aussi muettes à propos des conséquences qui pourraient survenir si le délinquant refusait de collaborer à sa réalisation.

La participation du délinquant à la réalisation d'une expertise – qu'elle précède le jugement ou qu'elle soit postérieure au jugement – peut parfois découler de son intérêt subjectif à obtenir une mesure plutôt qu'une peine privative de liberté et, une fois que la mesure est prononcée, de son intérêt à obtenir des modalités d'exécution favorables, comme des congés – impossibles toutefois pour un internement à vie (art. 90 al. 4ter CPS)¹⁸¹⁰ –, la possibilité d'exécuter la peine dans un établissement ouvert plutôt qu'un établissement fermé ou, à moyen terme, une libération conditionnelle.

Dans l'hypothèse où le délinquant refuserait définitivement toute collaboration, la participation forcée à une expertise de nature psychiatrique ne peut être que théorique : on ne voit pas comment elle pourrait être mise en œuvre sans son consentement, même par la contrainte physique. Dans des circonstances de ce genre, le Tribunal fédéral admet, mais à titre exceptionnel seulement, qu'une expertise psychiatrique soit réalisée sans examen de l'expertisé lui-même.

Une telle expertise peut alors être entreprise sur la base d'éventuelles expertises précédentes (« *Aktengutachten* »), pour autant qu'elles ne soient pas trop anciennes ou que l'état du délinquant n'ait pas évolué de manière significative¹⁸¹¹. Elle pourrait peut-être aussi être réalisée en interrogeant les professionnels, de la santé ou autres, qui traitent ou côtoient le délinquant régulièrement¹⁸¹², comme le propose la doctrine, encore que ce procédé soulève un réel problème de secret médical, au moins pour les professionnels de la santé. Le Tribunal fédéral n'a pas voulu statuer sur la nature et la régularité d'informations obtenues par téléphone auprès de proches¹⁸¹³.

¹⁸¹⁰ Voir plus loin, p. 461.

¹⁸¹¹ ATF 127 I 54, cité par Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 36, p. 796 s.

¹⁸¹² Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 36, p. 796.

¹⁸¹³ ATF 146 IV 1, 11 ; JT 2020 IV 179, 188. La controverse porte sur le devoir de l'expert de s'adresser à la direction de la procédure pour obtenir des compléments au dossier (art. 185 al. 3 CPP), ou sa faculté de procéder lui-même à des investigations simples (art. 185 al. 4 CPP). Voir Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 36, p. 796 s. ; Felix BOMMER, *Schwere psychische Störung und schwere systematische Folgen*, in: recht 2020, p. 24 ss.

6. Traitements institutionnels visant les délinquants souffrant de troubles mentaux

6.1 Conditions particulières

6.1.1 *La mesure ordinaire*

Selon l’art. 59 CPS¹⁸¹⁴, lorsque l'auteur souffre d'un grave trouble mental, le juge peut alors ordonner un traitement institutionnel si l'auteur a commis un crime ou un délit en relation avec ce trouble (al. 1er lettre a) et s'il est à prévoir que cette mesure le détournera de nouvelles infractions en relation avec ce trouble (al. 1er lettre b).

La définition juridique du trouble mental ne recoupe pas celle de la psychiatrie ; au sens du Code pénal suisse, le trouble mental recouvre « tout l'éventail des phénomènes anormaux et susceptibles d'être diagnostiqués selon des critères scientifiques »¹⁸¹⁵. Certains auteurs regrettent le caractère très large de cette définition¹⁸¹⁶. Selon le Conseil fédéral, une mesure peut aussi être ordonnée pour un délinquant souffrant de graves troubles de la personnalité.

¹⁸¹⁴ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 813 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 298 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 187 ss; Marianne HEER, Elmar HABERMEYER, Kommentar *ad* Art. 59 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1221 ss; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 476; Daniel JOSITSCH et al., Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9e éd., Zurich, Bâle, Genève 2018, p. p. 175 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 59 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 377 ss ; Michel Dupuis et al., p. 417 ss.

¹⁸¹⁵ Message Partie générale CPS 1998, 1882. Voir aussi Marianne HEER, Kriterien für eine Umschreibung der Schwere einer psychischen Störung gemäss Art. 59 und Art. 63 StGB, *in*: Marianne Herr et al. (éd.), Die Schwere psychische Störung als Voraussetzung von therapeutischen Massnahmen, Berne 2019, p. 25 ss; Nicolas QUELOZ, Philippe DELACRAUSAZ, Difficultés et limites de l’art. 59 CPS : traitement institutionnel des troubles mentaux, *in*: Daniel Jositsch et al. (éd.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich, Bâle, Genève 2017, p. 191 ss.

¹⁸¹⁶ Philippe DELACRAUSAZ, Nicolas QUELOZ, La notion de « grave trouble mental », *in*: Bulletin des médecins suisses 2016, 1015 ss.

Une telle mesure thérapeutique n'est envisageable que si le trouble présente un caractère de gravité. Par gravité, il faut comprendre, selon la jurisprudence et la doctrine, que le « trouble mental doit être significatif sur le plan psychiatrique, tout comme sur le plan juridique »¹⁸¹⁷.

6.1.2 *La mesure ordonnée ultérieurement*

En exécution de l'art. 65 al. 1er CPS¹⁸¹⁸, si, avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'un internement au sens de l'art. 64 al. 1^{er} CPS, le condamné réunit les conditions de la mesure thérapeutique institutionnelle prévue à l'art. 59 CPS, le juge peut ordonner cette mesure ultérieurement¹⁸¹⁹.

6.2 *Durée et fin de la mesure*

Selon l'art. 59 al. 4 CPS, la privation de liberté entraînée par le traitement institutionnel de troubles mentaux ne peut en règle générale excéder cinq ans.

Si les conditions d'une libération conditionnelle ne sont pas réunies après cinq ans et qu'il est à prévoir que le maintien de la mesure détournera l'auteur de nouveaux crimes ou de nouveaux délits en relation avec le trouble mental qui l'affecte, le juge peut toutefois, à la requête de l'autorité d'exécution, ordonner la prolongation de la mesure de cinq ans au plus à chaque fois.

¹⁸¹⁷ Michel Dupuis et al., no 8, p. 420 ; voir aussi arrêt du 6 avril 2006 dans la cause 6S.427/2005, cons. 2.3, relatif à l'ancien droit mais qui contient déjà une référence au droit actuellement en vigueur.

¹⁸¹⁸ Voir notamment Katia VILLARD, Robert ROTH, Commentaire *ad* art. 65 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 975 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 312 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 225 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1635 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 453 ss ; Michel Dupuis et al., p. 480 ss.

¹⁸¹⁹ La compétence et la procédure sont déterminées par les règles sur la révision, prévues aux art. 410 ss CPP, selon l'art. 65 al. 1^{er} *in fine* CPS.

Il n'y a pas de restriction légale quant au nombre de prolongations pour une mesure thérapeutique institutionnelle ordonnée sur la base de l'art. 59 CPS. En théorie, une mesure thérapeutique de cette nature, par le jeu de prolongations successives, pourrait ainsi correspondre matériellement à un internement à vie.

6.3 Lieu d'exécution et nature du traitement médical

Selon l'art. 59 al. 2 CPS, à moins que le délinquant ne présente un risque de fuite ou de récidive (al. 3), une mesure thérapeutique destinée à traiter des troubles mentaux s'effectue dans un établissement psychiatrique approprié ou dans un établissement d'exécution des mesures, partant dans un établissement ouvert.

Le délinquant condamné à une mesure thérapeutique institutionnelle doit toutefois être placé dans un établissement fermé s'il y a lieu de craindre qu'il ne s'enfuit ou ne commette de nouvelles infractions, même au sein de l'établissement d'exécution, au détriment d'un autre détenu, d'un membre du personnel ou d'une personne de l'extérieur (art. 59 al. 3 CPS)¹⁸²⁰. La disposition autorise la création de sections fermées au sein des établissements ouverts ; la mesure peut aussi être exécutée dans un établissement pénitentiaire, pour autant que le traitement nécessaire soit dispensé par du personnel qualifié¹⁸²¹. Certains auteurs désignent cette forme d'exécution comme « un petit internement » (*kleine Verwahrung*)¹⁸²².

Le traitement institutionnel des troubles mentaux, prévu par l'art. 59 CPS, ne se limite pas au seul placement dans un établissement approprié « mais comprend également le traitement médical ou les soins spéciaux,

¹⁸²⁰ Message Partie générale CPS 1998, 1918-1919. Voir précédemment, p. 389 s. et 401 s.

¹⁸²¹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS, in: Commentaire romand CP I, p. 827 s. et Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 59 StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 1316 s., l'un et l'autre critiques sur cette option prévue par la loi, en principe exceptionnelle mais devenue la règle en raison du manque d'établissements appropriés.

¹⁸²² Voir Benjamin BRÄGGER, Tafeln zum Schweizerischen Freiheitsentzug und Sanktionensystem, Berne 2011, p. 194.

voire aussi la médication forcée, si celle-ci se révèle nécessaire et qu'elle respecte la déontologie médicale »¹⁸²³.

L'art. 194 CPS, qui réprime l'exhibitionnisme, offre expressément au procureur ou au juge la possibilité de « suspendre » la procédure « si l'auteur se soumet à un traitement médical » (al. 2)¹⁸²⁴. L'exhibitionnisme étant punissable d'une peine pécuniaire selon l'art. 194 al. 1^{er} CPS, le traitement peut prendre la forme d'une mesure thérapeutique institutionnelle au sens de l'art. 59 CPS¹⁸²⁵ ; alternativement, un traitement ambulatoire selon l'art. 63 CPS peut aussi être ordonné.

Selon les Directives éthiques de l'ASSM relatives à l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues¹⁸²⁶, de tels traitements prennent souvent la forme de « traitements pharmacologiques, psychotropes la plupart du temps ».

6.4 Libération conditionnelle et libération définitive de la mesure

6.4.1 Libération conditionnelle et mise à l'épreuve

Les art. 62, 62a et 62d CPS règlent les modalités de la libération conditionnelle des trois mesures institutionnelles prévues aux art. 59, 60 et 61 CPS, ainsi que les détails de la mise à l'épreuve qui l'accompagne. Ces modalités sont présentées ici à propos des mesures institutionnelles visant les délinquants souffrant de troubles mentaux ; sur ces deux points, les sections consacrées plus loin aux deux autres traitements institutionnels ne contiennent qu'un renvoi aux lignes qui suivent. Ces normes communes ne sont toutefois pas applicables aux traitements ambulatoires ou à

¹⁸²³ Arrêt du 26 février 2015 dans la cause 5A_96/2015, cons. 4.1. Cette décision renvoie aussi à l'ATF 130 IV 49, 52, qui se réfère lui aux « Regeln der ärztlichen Kunst und Ethik », comme l'ATF 127 IV 154, 159.

¹⁸²⁴ Voir Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 194 CPS, *in* : Commentaire romand CP II, p. 1000 ss ; Michel Dupuis et al., p. 1310 ss.

¹⁸²⁵ Michel Dupuis et al., no 15, p. 1312. Contra, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 194 CPS, *in* : Commentaire romand CP II, no 17 s., p. 1005, qui semble retenir que seul un traitement ambulatoire est envisageable.

¹⁸²⁶ Page 18 ; voir précédemment, p. 504 s.

l'internement et à l'internement à vie, qui font l'objet de dispositions particulières à ce propos¹⁸²⁷.

L'auteur est libéré conditionnellement de l'exécution institutionnelle de la mesure thérapeutique dès que son état justifie de lui donner l'occasion de faire ses preuves en liberté (62 al. 1^{er} CPS)¹⁸²⁸. L'autorité compétente doit examiner, d'office ou sur demande, si l'auteur peut être libéré conditionnellement de la mesure ; elle prend une décision à ce sujet au moins une fois par an, après avoir auditionné l'auteur et pris connaissance d'un rapport de la direction de l'établissement chargé de l'exécution de la mesure (art. 62d al. 1^{er} CPS).

Selon la jurisprudence, la notion énoncée à l'art. 62 al. 1^{er} CPS – une amélioration de son état qui « justifie de lui donner l'occasion de faire ses preuves en liberté » - n'exige pas la guérison de l'auteur, mais plutôt une évolution ayant eu pour effet d'éliminer ou de réduire dans une mesure suffisante le risque de nouvelles infractions. Il n'est donc pas nécessaire que l'auteur soit « mentalement normal ». Il suffit « qu'il ait appris à vivre avec ses déficits, de manière que l'on puisse poser un pronostic favorable quant à son comportement futur »¹⁸²⁹ ; le principe *in dubio pro reo* n'est toutefois pas applicable à la décision de l'autorité compétente sur ce genre de pronostic¹⁸³⁰.

Cette libération conditionnelle est assortie d'une mise à l'épreuve, pendant laquelle le détenu ne doit pas commettre « une infraction dénotant la persistance du danger que la mesure devait écarter » (art. 62a al. 1^{er} CPS). Selon l'art. 62 al. 2 CPS, le délai d'épreuve est de un an à cinq ans en cas de libération conditionnelle de la mesure prévue à l'art. 59 CPS et de un à trois

¹⁸²⁷ Voir plus loin, p. 456 et p. 464.

¹⁸²⁸ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 853 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 315 ss ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 198 s. ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1391 ss ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 399 ss ; Michel Dupuis et al., p. 433 ss.

¹⁸²⁹ Arrêt du 19 novembre 2009 dans la cause 6B_714/2009, cons. 1.2 ; ATF 137 IV 201, 202-203.

¹⁸³⁰ ATF 137 IV 201 ; 127 IV 1, 4 s.

ans en cas de libération conditionnelle d'une des mesures prévues aux art. 60 et 61 CPS.

La personne libérée conditionnellement peut être obligée de se soumettre à un traitement ambulatoire¹⁸³¹ pendant le délai d'épreuve (art. 62 al. 3 CPS)¹⁸³². La notion de traitement médical doit être entendue largement. Même la simple prise en charge de l'auteur dans un milieu structuré et surveillé, accompagnée d'un suivi psychothérapeutique relativement lointain, constitue un traitement, « si elle a pour effet prévisible d'améliorer l'état de l'intéressé de manière à permettre, à terme, sa réinsertion dans la société »¹⁸³³. Lorsque, à son expiration, il paraît nécessaire de poursuivre le traitement ambulatoire de la personne libérée conditionnellement¹⁸³⁴ pour prévenir le danger qu'elle commette d'autres crimes ou délits en relation avec son état, le juge peut, à la requête de l'autorité d'exécution, prolonger le délai d'épreuve (art. 62 al. 4 CPS).

Si le délinquant a été libéré de la mesure destinée à traiter un trouble mental selon l'art. 59 CPS, la prolongation peut être de un à cinq ans, renouvelable (« à chaque fois ») (art. 62 al. 4 lettre a CPS) ; lorsque la mesure prononcée visait une personne dépendante ou un jeune adulte selon les art. 60 et 61 CPS, la prolongation peut être de un à trois ans (art. 62 al. 4 lettre b CPS) et ne peut excéder six ans au total (art. 62 al. 5 CPS). Toutefois, si l'auteur a commis une des infractions prévues à l'art. 64 al. 1^{er} CPS¹⁸³⁵ - c'est-à-dire une des infractions pouvant entraîner un internement mais qui, dans ce cas, n'ont entraîné qu'un traitement institutionnel -, le délai d'épreuve peut être prolongé autant de fois qu'il le faut pour prévenir la commission d'autres infractions de même genre, conformément à l'art. 62 al. 6 CPS.

¹⁸³¹ Voir plus loin, p. 441 ss.

¹⁸³² L'autorité d'exécution peut aussi ordonner, pour la durée du délai d'épreuve, une assistance de probation et lui imposer des règles de conduite, selon l'art. 62 al. 3 *in fine* CPS.

¹⁸³³ ATF 137 IV 201, 204.

¹⁸³⁴ Ou encore de maintenir l'assistance de probation ou les règles de conduite, selon le texte de l'art. 62 al. 4 CPS.

¹⁸³⁵ Soit « un assassinat, un meurtre, une lésion corporelle grave, un viol, un brigandage, une prise d'otage, un incendie, une mise en danger de la vie d'autrui, ou une autre infraction passible d'une peine privative de liberté maximale de cinq ans au moins, par laquelle il a porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui ».

6.4.2 *Echec de la mise à l'épreuve*

Lorsque, durant le délai d'épreuve, la personne libérée conditionnellement commet une infraction dénotant la persistance du danger que la mesure devait écarter, le Code pénal suisse confère au juge qui connaît de la nouvelle infraction plusieurs options, après avoir entendu l'autorité d'exécution (art. 62a al. 1^{er} CPS)¹⁸³⁶.

Il doit bien s'agir d'une infraction ayant un caractère symptomatique, c'est-à-dire une infraction comportant un lien avec la pathologie dont souffre le délinquant, et non de n'importe quelle infraction, quelle qu'en soit la gravité¹⁸³⁷.

Le juge peut en premier lieu ordonner la réintégration, c'est-à-dire un retour de la personne libérée conditionnellement dans l'institution où la mesure était exécutée avant la libération conditionnelle. Il peut aussi, à la requête de l'autorité d'exécution, l'ordonner même en l'absence de nouvelle infraction, mais « [s]il est sérieusement à craindre qu'en raison de son comportement durant le délai d'épreuve, la personne libérée conditionnellement ne commette une infraction prévue à l'art. 64 al. 1^{er} CPS » (art. 62a al. 3 CPS).

La réintégration ne peut excéder cinq ans pour la mesure prévue à l'art. 59 CPS et deux ans pour les mesures ordonnées sur la base des art. 60 ou 61 CPS, selon l'art. 62a al. 4 CPS.

Le juge peut également lever la mesure et en ordonner une autre, pour autant que les conditions en soient réunies (art. 62a al. 1^{er} lettre b CPS)¹⁸³⁸, notamment si la durée maximale de six ans prévue pour les mesures des art. 60 et 61 CPS est atteinte, ou parce que la reprise de la mesure antérieure paraît vouée à l'échec¹⁸³⁹. Il peut enfin lever la mesure et ordonner

¹⁸³⁶ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62a CPS, in: Commentaire romand CP I, p. 868 ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62a StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 1418; Michel Dupuis et al., p. 438.

¹⁸³⁷ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62a CPS, in: Commentaire romand CP I, no 3, p. 868.

¹⁸³⁸ ATF 106 IV 101, JT 1981 IV 35.

¹⁸³⁹ Michel Dupuis et al., no 4, p. 438 s.

l'exécution d'une peine privative de liberté, à nouveau pour autant que les conditions en soient réunies (art. 62a al. 1^{er} lettre c CPS).

Lorsqu'il renonce à ordonner la réintégration ou une nouvelle mesure thérapeutique, le juge peut (selon l'al. 5 de la disposition) adresser un avertissement à la personne libérée conditionnellement (lettre a); ordonner un traitement ambulatoire ou une assistance de probation (lettre b) ; imposer des règles de conduite (lettre c) et, enfin, prolonger le délai d'épreuve de un à cinq ans dans le cas de la mesure prévue à l'art. 59 CPS et de un à trois ans pour une des mesures prononcées sur la base de l'art. 60 ou 61 CPS (lettre d).

Avant que le juge compétent ne statue sur la requête de réintégration, la détention pour des motifs de sûreté peut être ordonnée par l'autorité compétente pour l'introduction de la procédure de réintégration, aux conditions énoncées à l'art. 364a CPP, en particulier « de sérieuses raisons de penser que [le condamné] commettra à nouveau un crime ou un délit grave » (art. 364a al. 1^{er} lettre b chiffre 2 CPP). Cette nouvelle disposition¹⁸⁴⁰ est ainsi conçue pour « contrer rapidement le risque qu'un condamné fait courir à la population »¹⁸⁴¹. (L'art. 364b CPP, inséré simultanément dans le Code de procédure pénale, constitue la base légale permettant d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté pendant la procédure judiciaire ultérieure, ce que le CPP ne réglait pas expressément précédemment¹⁸⁴²).

¹⁸⁴⁰ Adoptée le 25 septembre 2020, en vigueur dès le 1^{er} mars 2021(RO 2021 75).

¹⁸⁴¹ Voir Message Modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351, 6415. La norme faisait partie de celles que proposait le Conseil fédéral en août 2019 dans son Message Modification du Code de procédure pénale 2019. Avec l'art. 364b CPP, elle en a été extraite pour être soumise au vote parlementaire de manière accélérée, en septembre 2020 ; son entrée en vigueur, six mois après son adoption, témoigne également d'une volonté d'agir rapidement, après un drame qui avait ému le pays (Message Modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351, 6415). Les autres modifications proposées par le Conseil fédéral dans le Message ont été adoptées en juin 2022.

¹⁸⁴² Voir Message Modification du Code de procédure pénale 2019, FF 2019 6351, 6416 s.

6.4.3 Libération définitive

La personne libérée conditionnellement est libérée définitivement si elle a subi la mise à l'épreuve avec succès (art. 62b al. 1^{er} CPS)¹⁸⁴³, c'est-à-dire si elle n'a commis aucune infraction qui pourrait dénoter la persistance du danger que la mesure thérapeutique devait écarter.

Alternativement, l'auteur est aussi libéré lorsque la durée maximale prévue aux art. 60 CPS (six ans) ou 61 CPS (six ans également) est atteinte et si les conditions de la libération conditionnelle sont réunies (art. 62b al. 2 CPS). Dans l'hypothèse où ces conditions ne seraient pas réunies – c'est-à-dire qu'il ne serait pas possible de poser un pronostic favorable quant au comportement futur du délinquant -¹⁸⁴⁴, le Code pénal suisse prévoit la levée de mesure, selon l'art. 62c al. 1^{er} lettre b CPS.

6.5 Levée de la mesure

Selon l'art. 62c al. 1^{er} CPS¹⁸⁴⁵, la mesure est levée si son exécution ou sa poursuite paraît vouée à l'échec (lettre a) ou si la durée maximale prévue aux art. 60 et 61 CPS – six ans – a été atteinte et que les conditions de la libération conditionnelle ne sont pas réunies (lettre b).

¹⁸⁴³ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62b CPS, in: Commentaire romand CP I, p. 873 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 318; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 202 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62b StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 1428 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62b StGB, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 405 s.; Michel Dupuis et al., p. 440 s.

¹⁸⁴⁴ Voir précédemment, p. 392 s.

¹⁸⁴⁵ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62c CPS, in: Commentaire romand CP I, p. 876 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 319 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 203 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62d StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 1431 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62c StGB, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 406 ss ; Michel Dupuis et al., p. 442 ss.

A lire l'al. 2, si la durée de la privation de liberté entraînée par la mesure est inférieure à celle de la peine privative de liberté suspendue, le reste de la peine est alors exécuté. Lorsque les conditions du sursis à l'exécution de la peine privative de liberté ou de la libération conditionnelle sont réunies, l'exécution du reste de la peine est suspendue.

Le juge peut ordonner une nouvelle mesure à la place de l'exécution de la peine s'il est à prévoir que cette nouvelle mesure détournera l'auteur d'autres crimes ou délits en relation avec son état (al. 3). Le juge peut même ordonner l'internement à la requête de l'autorité d'exécution si, lors de la levée d'une mesure ordonnée en raison d'une infraction prévue à l'art. 64 al. 1^{er} CPS – soit une mesure pouvant entraîner l'internement mais qui dans ce cas, n'a entraîné qu'une mesure thérapeutique institutionnelle –, il est sérieusement à craindre que l'auteur ne commette d'autres infractions du même genre (al. 4)¹⁸⁴⁶.

Le juge peut également lever une mesure thérapeutique institutionnelle et ordonner, à la place de cette mesure, une autre mesure thérapeutique institutionnelle « s'il est à prévoir que cette nouvelle mesure sera manifestement mieux à même de détourner l'auteur d'autres crimes ou délits en relation avec son état » (art. 62c al. 6 CPS). La modification peut avoir lieu pendant l'exécution de la mesure et même avant qu'elle n'ait commencé.

Enfin, parmi les hypothèses légales de la levée d'une mesure thérapeutique institutionnelle figure celle de l'inexistence ou de la fermeture d'un établissement approprié (art. 62c al. 1^{er} lettre c CPS). Cette dernière hypothèse est théorique : les cantons ont créé les établissements d'exécution des mesures destinés à traiter les délinquants visés par une mesure thérapeutique institutionnelle ; ils y sont tenus par l'art. 377 al. 3 CPS et on ne voit pas comment ils pourraient opter pour la suppression de telles institutions sans violer le droit fédéral. C'est davantage le problème de la disponibilité d'une place dans un établissement approprié pour le

¹⁸⁴⁶ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, *Commentaire ad art. 62c CPS*, in: *Commentaire romand CP I*, p. 884 ; Wolfgang WOHLERS et al., *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar*, 4e éd., Berne 2020, p. 205; Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 62d StGB*, in: *Basler Kommentar StGB I*, p. 1450 s.; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, *Kommentar ad Art. 62d StGB*, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), *Praxiskommentar*, p. 409 s. ; Michel Dupuis et al., p. 445 s.

délinquant qui peut poser des problèmes¹⁸⁴⁷. A défaut de place, la détention d'un condamné à une mesure dans un établissement pénitentiaire ordinaire n'est admissible que dans le cas d'une situation d'urgence transitoire de courte durée¹⁸⁴⁸.

6.6 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

L'art. 59 CPS, comme plus loin l'art. 60 CPS, contient dans son énoncé la notion de traitement médical imposé par le juge.

La participation du délinquant à la mise en œuvre du traitement peut résulter de sa réelle volonté de soigner son trouble mental. Elle peut aussi découler de son intérêt à obtenir de modalités d'exécution favorables, par exemple des congés, ou la possibilité d'exécuter la peine dans un établissement ouvert plutôt qu'un établissement fermé ou encore, à moyen terme, une libération conditionnelle.

Toutefois, lorsque le prévenu annonce d'emblée qu'il va s'opposer à toute forme de traitement, la nécessité d'avoir recours à une médication forcée peut apparaître déjà à l'occasion du jugement ; alternativement, une telle nécessité peut se révéler seulement pendant l'exécution de la mesure thérapeutique institutionnelle. Une médication forcée peut alors être ordonnée si le délinquant refuse toute collaboration au traitement. Il importe toutefois que ce traitement spécifique corresponde au but de la mesure et qu'il s'inscrive dans le cadre du traitement déterminé par le jugement pénal¹⁸⁴⁹.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 59 CPS constitue dès lors une base légale suffisante pour ordonner le traitement de force du délinquant, les mesures qu'elle prévoit ou permet ne pouvant être

¹⁸⁴⁷ Michael LIEBRENZ et al., Art. 59 StGB: Zur Platzierung von Patient*innen im Kanton Bern, *in*: Jusletter du 11 janvier 2021.

¹⁸⁴⁸ Voir précédemment, p. 398 s.

¹⁸⁴⁹ Arrêt du 26 février 2015 dans la cause 5A_96/2015, déjà cité.

remplacées par une intervention de l'autorité civile fondée sur les art. 426 ss CC¹⁸⁵⁰.

7. Traitements institutionnels visant les délinquants souffrant d'addictions

7.1 Conditions particulières

7.1.1 *La mesure ordinaire*

Selon l'art. 60 al. 1^{er} CPS¹⁸⁵¹, lorsque l'auteur est toxico-dépendant ou qu'il souffre d'une autre addiction, le juge peut ordonner un traitement institutionnel si l'auteur a commis un crime ou un délit en relation avec cette addiction (lettre a) et s'il est à prévoir que ce traitement le détournera d'autres infractions en relation avec cette addiction (lettre b).

A lire le Message du Conseil fédéral, cette disposition est non seulement applicable aux « délinquants dépendant de l'alcool ou de stupéfiants », mais aussi aux « auteurs pharmacodépendants, car la dépendance de médicaments peut aussi être une cause d'infractions et nécessiter un traitement particulier »¹⁸⁵².

L'al. 4 de l'art. 19a LFStup prévoit expressément la possibilité d'un « renvoi dans une maison de santé » par le juge lorsqu'un auteur condamné en application de cette disposition souffre d'une dépendance aux stupéfiants et qu'il a commis l'infraction pour assurer sa propre consommation. La conformité de cette norme spéciale aux principes généraux du CPS est cependant problématique, dans la mesure où un traitement institutionnel

¹⁸⁵⁰ ATF 130 IV 49, JT 2006 IV 200 ; ATF 127 IV 154, JT 2006 IV 219. Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 823 s. ; Marianne HEER, Elmar HABERMEYER, Commentaire *ad* Art. 59 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 83 ss p. 1293 ss.

¹⁸⁵¹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 60 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 834 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 337 ss ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 192 ss ; José HURTADO POZO, p. 476 s. ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 60 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1337 ss ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 60 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 387 ss ; Michel Dupuis et al., p. 424 ss.

¹⁸⁵² Voir Message Partie générale CPS 1998, 1885 s.

selon l'art. 60 CPS est réservé aux crimes ou aux délits ; or, la sanction prévue à l'art. 19a LFStup est une « amende », en d'autres termes une sanction réservée aux contraventions (art. 103 CPS).

La dépendance au jeu, de hasard ou autres, – le « démon du jeu »¹⁸⁵³ – ne constitue pas une forme de dépendance au sens de l'art. 60 CPS, selon le Tribunal fédéral. Il s'agit plutôt d'un « fort trouble de la personnalité et d'un développement psychopathologique provoquant une altération de la personnalité et de la faculté de gérer sa vie »¹⁸⁵⁴, qui pourrait dès lors éventuellement entraîner le prononcé d'une mesure thérapeutique institutionnelle destinée à traiter les troubles mentaux, en application de l'art. 59 CPS¹⁸⁵⁵.

7.1.2 La mesure ordonnée ultérieurement

En exécution de l'art. 65 al. 1er CPS¹⁸⁵⁶, si, avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'un internement au sens de l'art. 64 al. 1^{er} CPS, le condamné réunit les conditions de la mesure thérapeutique institutionnelle prévue à l'art. 60 CPS, le juge peut ordonner cette mesure ultérieurement.

La compétence et la procédure sont déterminées par les règles sur la révision, prévues aux art. 410 ss CPP, selon l'art. 65 al. 1er *in fine* CPS.

¹⁸⁵³ Selon la formule rappelée par Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 60 CPS, *in*: Commentaire romand CPP, no 10, p. 837 s.

¹⁸⁵⁴ Arrêt du 27 avril 2000 dans la cause 6P. 153/1999, cons. 4c, cité par Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 60 CPS, *in*: Commentaire romand CPP, no 10, p. 838.

¹⁸⁵⁵ Voir aussi le Message Partie générale CPS 1998, 1882.

¹⁸⁵⁶ Voir notamment Katia VILLARD, Robert ROTH, Commentaire *ad* art. 65 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 975 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 312 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 225 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1635 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 453 ss ; Michel Dupuis et al., p. 480 ss.

7.2 Durée et fin de la mesure

Selon l'art. 60 al. 4 CPS, la privation de liberté entraînée par le traitement institutionnel des addictions ne peut en règle générale excéder trois ans.

Si les conditions d'une libération conditionnelle ne sont pas réunies après trois ans et qu'il est à prévoir que le maintien de la mesure détournera l'auteur d'autres crimes ou délits en relation avec son addiction, le juge peut, à la requête de l'autorité d'exécution, ordonner, mais une seule fois, la prolongation d'un an de la mesure (art. 60 al. 4 CPS).

La privation de liberté entraînée par la mesure ne peut toutefois excéder six ans au total en cas de prolongation et de réintégration à la suite de la libération conditionnelle¹⁸⁵⁷.

7.3 Lieu d'exécution et nature du traitement médical

Le traitement s'effectue dans un établissement spécialisé ou, si besoin est, dans un hôpital psychiatrique (art. 60 al. 3 CPS)¹⁸⁵⁸.

En règle générale, le traitement devrait dès lors se dérouler dans un établissement spécialisé, le placement dans un hôpital psychiatrique, exceptionnel, ne devant constituer qu'un dernier recours¹⁸⁵⁹, par exemple si aucune place n'est disponible dans une institution spécialisée, ou en cas de risque de complications pendant le traitement, auxquelles l'institution spécialisée ne pourrait faire face¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁷ Voir précédemment, p. 428 s.

¹⁸⁵⁸ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 60 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 840 ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 343; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 194; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 60 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1356 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 60 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 391 ; Michel Dupuis et al., p. 427.

¹⁸⁵⁹ Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 60 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 20, p. 840 ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 60 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 64, p. 1357; Michel Dupuis et al., no 11, p. 427.

¹⁸⁶⁰ Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 60 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 20, p. 840.

Selon le Conseil fédéral, il serait possible d'hospitaliser d'abord le délinquant, pour une courte durée, dans une clinique soignant les affections psychosomatiques ou psychiatriques avant le début d'un traitement institutionnel dans un établissement spécialisé pour alcooliques ou toxicomanes¹⁸⁶¹.

Le traitement doit être adapté aux besoins particuliers de l'auteur et à l'évolution de son état, conformément à l'art. 60 al. 3 CPS *in fine*¹⁸⁶².

7.4 Libération conditionnelle, libération définitive et levée de la mesure (renvoi)

Les conditions et modalités d'une libération conditionnelle, d'une libération définitive et d'une levée de la mesure sont les mêmes pour les trois mesures thérapeutiques institutionnelles¹⁸⁶³. Elles sont détaillées dans la section consacrée aux traitements institutionnels visant les délinquants souffrant de troubles mentaux.

7.5 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

L'art. 60 CPS, comme précédemment l'art. 59 CPS et plus loin l'art. 63 CPS, contient dans son énoncé la notion de traitement médical imposé par le juge.

Lorsqu'une mesure thérapeutique visant le traitement d'une addiction est envisagée, le législateur invite cependant le juge à tenir compte « de la demande et de la motivation de l'auteur » (art. 60 al. 2 CPS).), l'issue favorable d'une mesure thérapeutique contre une dépendance étant, selon l'expérience, fortement tributaire de l'attitude du patient face au traitement qui va être mis en place.

¹⁸⁶¹ Message Partie générale CPS 1998, 1886, cité par Michel Dupuis et al., no 10, p. 427 et par Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 60 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 21, p. 840.

¹⁸⁶² Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 60 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 64, p. 1358 s.

¹⁸⁶³ Voir précédemment, p. 425 ss.

Dans ces circonstances, un traitement imposé contre la volonté du délinquant est vraisemblablement voué à l'échec ; on doit dès lors douter de sa conformité avec le principe de proportionnalité, notamment dans sa dimension d'aptitude. Le caractère obligatoire de la mesure paraît ainsi essentiellement théorique¹⁸⁶⁴ ; cependant, dans une application analogique des principes retenus par le Tribunal fédéral à propos du traitement des troubles mentaux¹⁸⁶⁵, un traitement médicamenteux mis en œuvre par la force serait, dans l'abstrait, envisageable pour traiter une dépendance, l'art. 60 CPS contenant dans son énoncé, comme l'art. 59 CPS, la notion de traitement imposé par le juge.

8. Traitements institutionnels visant les jeunes délinquants souffrant de graves troubles du comportement

8.1 Conditions particulières

8.1.1 *La mesure ordinaire*

Selon l'art. 61 al. 1^{er} CPS¹⁸⁶⁶, si l'auteur avait moins de 25 ans¹⁸⁶⁷ au moment de l'infraction et qu'il souffre de graves troubles du développement de la personnalité, le juge peut ordonner son placement dans un établissement pour jeunes adultes, si l'auteur a commis un crime ou un délit en relation avec ces troubles (lettre a) et s'il est à prévoir que cette

¹⁸⁶⁴ Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 21a ss, p. 823 s.

¹⁸⁶⁵ ATF 130 IV 49, JT 2006 IV 200 ; ATF 127 IV 154, JT 2006 IV 219. Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 823 s. ; Marianne HEER, Elmar HABERMEYER, Commentaire *ad* Art. 59 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 83 ss p. 1293 ss.

¹⁸⁶⁶ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Frédérique BÜTIKOFER REPOND, Commentaire *ad* art. 61 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 841 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 347 ss ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 195 ss ; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 477 s. ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 61 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1363 ss ; Daniel JOSITSCH et al., Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 198 ss ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 61 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 392 ss ; Michel Dupuis et al., p. 428 ss.

¹⁸⁶⁷ Mais 18 ans ou plus ; les actes commis par des auteurs âgés de moins de 18 ans au moment de l'infraction sont jugés selon les dispositions de la Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (DPMIn, RS 311.1).

mesure le détournera de nouvelles infractions en relation avec ces troubles (lettre b). Selon le Tribunal fédéral, « [n]onobstant sa formulation potestative, si les conditions de l'art. 61 CPS sont remplies, le juge est tenu d'ordonner ce placement¹⁸⁶⁸ », comme le prévoit d'ailleurs l'art. 56 al. 1^{er} CPS¹⁸⁶⁹.

La mesure visée par l'art. 61 CPS concerne les jeunes délinquants âgés de 18 à 25 ans. L'existence de normes pénales particulières pour cette catégorie de délinquants est justifiée par le fait que « dans la plupart des cas, le jeune adulte peut encore être influencé dans son développement, de sorte que qu'il peut encore s'améliorer et développer l'ensemble de sa personnalité »¹⁸⁷⁰.

Cette mesure ne doit toutefois pas être envisagée pour tous les jeunes délinquants, mais bien réservée à ceux qui souffrent de graves troubles du développement de la personnalité et pour lesquels une mesure institutionnelle paraît appropriée¹⁸⁷¹. « Un tel placement est en particulier indiqué pour les jeunes adultes qui peuvent encore être largement influencés dans leur développement et qui apparaissent accessibles à cette éducation. Moins l'intéressé semble encore malléable, moins cette mesure peut entrer en considération. En outre, les carences du développement pertinentes sous l'angle pénal doivent pouvoir être comblées par l'éducation, en tout cas dans la mesure où ce moyen permet de prévenir une future délinquance »¹⁸⁷².

La mesure s'effectue dans un établissement qui doit être séparé des autres établissements d'exécution de peines prévues par le Code pénal suisse (art. 61 al. 2 CPS). Le placement doit notamment favoriser l'aptitude de l'auteur à vivre de façon responsable et sans commettre d'infractions

¹⁸⁶⁸ ATF 142 IV 49, 52 s.

¹⁸⁶⁹ Voir précédemment, p. 387 s.

¹⁸⁷⁰ Voir Message Partie générale CPS 1998, 1887.

¹⁸⁷¹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Frédérique BÜTIKOFER REPOND, Commentaire *ad* art. 61 CPS, in: Commentaire romand CP I, p. 847 ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 350 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 196; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 61 StGB, in: Basler Kommentar StGB I, no 26, p. 1372; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 61 StGB, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 389 s. ; Michel Dupuis et al., p. 430.

¹⁸⁷² Arrêt du 26 avril 2018 dans la cause 6B_1321/2017 ; ATF 142 IV 49, 52.

(art. 61 al. 3 CPS *in initio*¹⁸⁷³), tout en mettant les jeunes délinquants à l’abri des contacts avec les criminels endurcis¹⁸⁷⁴.

8.1.2 La mesure ordonnée ultérieurement

En exécution de l’art. 65 al. 1er CPS¹⁸⁷⁵, si, avant ou pendant l’exécution d’une peine privative de liberté ou d’un internement au sens de l’art. 64 al. 1^{er} CPS, le condamné réunit les conditions de la mesure thérapeutique institutionnelle prévue à l’art. 61 CPS, le juge peut ordonner cette mesure ultérieurement¹⁸⁷⁶.

8.2 Durée et fin de la mesure

La privation de liberté entraînée par le traitement institutionnel ne peut excéder quatre ans (art. 61 al. 4 CPS).

En cas de réintégration à la suite de la libération conditionnelle, elle ne peut excéder six ans au total ; en outre, la mesure doit être levée au plus tard lorsque l’auteur a atteint l’âge de trente ans (art. 61 al. 4 2^e phrase CPS).

8.3 Lieu d’exécution et nature du traitement médical

Une mesure visant un jeune adulte doit être exécutée au sein d’un établissement qui doit être séparé des autres établissements d’exécution des peines et mesures (art. 61 al. 2 CPS).

¹⁸⁷³ Notamment en lui permettant d’acquérir une formation ou une formation continue, selon l’art. 61 al. 3 CPS *in fine*).

¹⁸⁷⁴ José HURTADO POZO, Thierry GODEL, no 1201, p. 477.

¹⁸⁷⁵ Voir notamment Katia VILLARD, Robert ROTH, Commentaire *ad* art. 65 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 975 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 312 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 225 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1635 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 453 ss ; Michel Dupuis et al., p. 480 ss.

¹⁸⁷⁶ La compétence et la procédure sont déterminées par les règles sur la révision, prévues aux art. 410 ss CPS.

Une telle mesure est ordonnée principalement en raison de l'état personnel du jeune adulte délinquant et de sa capacité à recevoir un soutien socio-pédagogique, mais aussi thérapeutique pouvant influencer favorablement le développement de sa personnalité¹⁸⁷⁷.

Toutefois, bien que la disposition soit intitulée : « Mesures thérapeutiques institutionnelles / Mesures applicables aux jeunes adultes » et qu'elle figure dans une section du Code pénal suisse consacrée aux « [m]esures thérapeutiques et internement », l'art. 61 CPS ne contient en fait aucune mention d'un quelconque traitement, médical ou psychiatrique. Dans une lecture stricte de la disposition et de la jurisprudence, la mesure paraît avant tout de nature éducative, même si le Tribunal fédéral semble vouloir lui associer un « soutien thérapeutique »¹⁸⁷⁸.

8.4 Libération conditionnelle, libération définitive et levée de la mesure (renvoi)

Les conditions et modalités d'une libération conditionnelle, d'une libération définitive et d'une levée de la mesure sont les mêmes pour les trois mesures thérapeutiques institutionnelles. Elles sont détaillées dans la section consacrée aux traitements institutionnels visant les délinquants souffrant de troubles mentaux¹⁸⁷⁹.

8.5 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

L'art. 61 CPS ne prévoit pas, contrairement aux art. 59, 60, 63 et 64 CPS, la possibilité d'ordonner un traitement, mais uniquement d'ordonner le placement dans une institution. Dans une application stricte du principe de légalité, la mise en œuvre d'un traitement de nature médicale dans de telles circonstances devrait par conséquent résulter du prononcé, parallèlement au traitement institutionnel visant le jeune délinquant, d'un traitement médical ambulatoire, les deux mesures pouvant être combinées

¹⁸⁷⁷ Arrêt du 26 avril 2018 dans la cause 6B_1321/2017.

¹⁸⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁷⁹ Voir précédemment, p. 425 ss.

lorsqu'elles s'avèrent l'une et l'autre nécessaires, selon l'art. 56a al. 2 CPS¹⁸⁸⁰.

La collaboration du jeune délinquant à un traitement peut cependant souvent être obtenue grâce à la perspective de congés ou d'autres allègements dans l'exécution de la mesure, selon l'art. 90 al. 4bis CPS, qui renvoie à l'art. 75a CPS applicable à ce propos dans le cadre de l'exécution d'une peine. A plus long terme, l'espoir d'obtenir une libération conditionnelle, compromise s'il n'est pas possible de poser un pronostic favorable quant à son comportement futur¹⁸⁸¹, peut sans doute aussi l'y encourager.

Reste que, dans l'hypothèse où un jeune délinquant s'opposerait définitivement à la mise en place d'un traitement de nature médicale ou psychiatrique, il faudrait probablement retenir que l'exécution par la contrainte de ce traitement ne serait pas admissible, faute de disposition expresse dans l'art. 61 CPS, dans un domaine du droit où le principe de légalité est interprété strictement¹⁸⁸².

9. Traitements ambulatoires

A certaines conditions, un traitement ambulatoire peut être ordonné lors du jugement, à titre de mesure thérapeutique, en lieu et place d'un traitement institutionnel, conformément à l'art. 63 al. 1^{er} CPS. Selon l'al. 2, il peut également être ordonné à la place d'une peine privative de liberté « si la peine n'est pas compatible avec le traitement »¹⁸⁸³.

¹⁸⁸⁰ Sur le concours entre plusieurs mesures thérapeutiques, voir plus loin, p. 468 ss.

¹⁸⁸¹ Voir précédemment, p. 392 s.

¹⁸⁸² Sur le principe de légalité en droit pénal, voir notamment José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 35 s.

¹⁸⁸³ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 894 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 321 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 207 ss; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 479 ss ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 63 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1477 ss; Daniel JOSITSCH et al., Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 205 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 63 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 413 ss ; Michel Dupuis et al., p. 450 ss.

Le Code pénal suisse prévoit encore la possibilité d'ordonner un traitement ambulatoire à titre de règle de conduite au sens de l'art. 94 CPS, imposée à l'occasion de l'octroi du sursis ou lors de la libération conditionnelle d'une peine privative de liberté, ou encore en cas d'échec de la mise à l'épreuve, après un sursis ou une libération conditionnelle. Il ne s'agit dès lors plus d'une sanction, mais d'une mesure d'accompagnement dépourvue de toute portée répressive¹⁸⁸⁴, dans l'intérêt de la réinsertion sociale du délinquant et dans celui de la prévention des récidives¹⁸⁸⁵.

9.1 Conditions particulières

9.1.1 *Les traitements ambulatoires ordonnés à titre de sanction*

Lorsque l'auteur souffre d'un grave trouble mental, qu'il est toxico-dépendant ou qu'il souffre d'une autre addiction, le juge peut ordonner un traitement ambulatoire au lieu d'un traitement institutionnel, aux conditions suivantes : l'auteur a commis un acte punissable en relation avec son état (art. 63 al. 1^{er} lettre a CPS) et il est à prévoir que ce traitement le détournera de nouvelles infractions en relation avec son état (lettre b)¹⁸⁸⁶.

Un traitement ambulatoire peut par conséquent être ordonné non seulement si le délinquant a commis un crime ou un délit en relation avec sa pathologie, mais également pour une contravention, puisque la disposition est applicable lors de la commission de « tout acte punissable en relation avec son état » (art. 63 al. 1^{er} lettre a CPS).

Pour le surplus, les conditions fixées par le Code pénal suisse pour le prononcé d'un traitement ambulatoire lors du jugement sont les mêmes que celles qui figurent à l'art. 59 CPS – un grave trouble mental – ou à l'art. 60

¹⁸⁸⁴ Voir Michel PERRIN et al., Commentaire *ad* art. 94 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 27, p. 1399 s.

¹⁸⁸⁵ Message Partie générale CPS 1998, 1896, cité par Michel Dupuis et al., no 8, p. 452.

¹⁸⁸⁶ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 894 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 321 ss ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 207 ss ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 63 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1477 ss ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 63 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 413 ss ; Michel Dupuis et al., p. 450 ss.

CPS – une toxico-dépendance ou autre addiction –, associé à la détermination que ce traitement ambulatoire détournera l’auteur de commettre de nouvelles infractions en relation avec son état (art. 63 al. 1^{er} lettre b CPS).

L’art. 63 al. 2 CPS précise encore que le juge peut suspendre l’exécution d’une peine privative de liberté ferme prononcée en même temps que le traitement ambulatoire si la peine n’est pas compatible avec ce dernier. La suspension de la peine au bénéfice d’un traitement ambulatoire revêt par conséquent un caractère exceptionnel et doit reposer sur une justification particulière¹⁸⁸⁷.

Lorsque l’exécution de la peine a été suspendue et que le traitement ambulatoire s’est achevé avec succès, la peine privative de liberté n’est pas exécutée, selon l’art. 63b al. 1^{er} CPS. Au contraire, si le traitement ambulatoire est arrêté parce que sa poursuite paraît vouée à l’échec, parce qu’il a atteint la durée légale maximale ou parce qu’il est resté sans résultat, la peine privative de liberté suspendue doit être exécutée (art. 63b al. 2 CPS).

9.1.2 *Les traitements ambulatoires ordonnés à titre de règle de conduite*

Selon l’art. 44 al. 2 CPS, un condamné dont la peine privative de liberté ou la peine pécuniaire a été assortie du sursis selon l’art. 42 CPS peut se voir imposer des règles de conduite pour la durée du délai d’épreuve¹⁸⁸⁸.

¹⁸⁸⁷ Voir arrêt du 24 septembre 2009 dans la cause 6B_141/2009, cons. 4 ; ATF 129 IV 161 cons. 4.1 et 4.3, pour une application de l’ancien droit.

¹⁸⁸⁸ Voir notamment André KUHN, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 44 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 632 s. ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 137; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 464 ; Roland SCHNEIDER, Roy GARRE, Kommentar *ad* Art. 44 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 782 ss ; Michel Dupuis et al., p. 328.

En outre, un détenu libéré conditionnellement après les deux tiers de sa peine (art. 86 al. 1^{er} CPS) peut se voir imposer des règles de conduite pour la durée du délai d'épreuve (art. 87 al. 2 CPS)¹⁸⁸⁹. De telles règles de conduite peuvent aussi être imposées à un délinquant qui a obtenu sa libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 62 al. 3 CPS) ou d'un internement (art. 64a al. 1^{er} CPS), pour la durée du délai d'épreuve.

Parmi ces règles de conduite peut figurer l'obligation de se soumettre à un traitement ambulatoire afin de recevoir des « soins médicaux et psychologiques » (art. 94 CPS)¹⁸⁹⁰.

9.1.3 *Les traitements ambulatoires ordonnés en cas d'échec de la mise à l'épreuve*

En cas d'échec de la mise à l'épreuve –c'est-à-dire si le condamné qui a bénéficié du sursis ou le détenu qui a été libéré conditionnellement commet un crime ou un délit (art. 46 al. 1^{er} CPS et art. 89 al. 1^{er} CPS) –, le juge qui connaît de la nouvelle infraction peut prolonger le délai d'épreuve initial et imposer des règles de conduite pour la durée de ce délai ainsi prolongé (art. 46 al. 2 CPS¹⁸⁹¹ et art. 89 al. 2 *in fine* CPS¹⁸⁹²).

¹⁸⁸⁹ Voir notamment André KUHN, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 87 CPS, in: Commentaire romand CP I, p. 1316 s. ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 316 s.; Cornelia KOLLER, Kommentar *ad* Art. 87 StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 2106 s.; Michel Dupuis et al., p. 628 s.

¹⁸⁹⁰ Voir notamment Michel PERRIN et al., Commentaire *ad* art. 94 CPS, in: Commentaire romand CP I, p. 1392 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 75 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 328 ss; Martino IMPERATORI, Kommentar *ad* Art. 94 StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 2177 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 94 StGB, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 591 ss ; Michel Dupuis et al., p. 648 ss.

¹⁸⁹¹ Voir notamment André KUHN, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 46 CPS, in: Commentaire romand CP I, p. 638 ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 140; Roland SCHNEIDER, Roy GARRE, Kommentar *ad* Art. 46 StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 801 s. ; Michel Dupuis et al., p. 335 s.

A nouveau, parmi ces règles de conduite peut figurer l'obligation de se soumettre à un traitement ambulatoire afin de recevoir des « soins médicaux et psychologiques » (art. 94 CPS).

9.2 Durée et fin de la mesure

Un traitement ambulatoire selon l'art. 63 CP ne peut en règle générale excéder cinq ans. Il peut cependant être prolongé, pour une durée d'un à cinq ans, si l'auteur souffre d'un trouble mental et que la poursuite du traitement paraît de nature à le détourner d'autres crimes ou délits en lien avec sa pathologie (art. 63 al. 4 CPS) ; une telle prolongation est possible aussi souvent que cela est nécessaire, cependant dans le respect du principe de proportionnalité¹⁸⁹³.

Par conséquent, « [l]a mesure ne prend pas fin avec l'écoulement du temps, mais dure en principe le temps nécessaire pour que son but soit atteint ou jusqu'à ce qu'il paraisse exclu qu'il puisse l'être »¹⁸⁹⁴.

Ce qui précède n'est pas applicable aux traitements ambulatoires ordonnés pour les personnes dépendantes de l'alcool, de stupéfiants ou de médicaments (art. 63a al.2 lettre c CPS). Pour elles, la durée maximale d'un traitement ambulatoire est celle qui est prévue par principe à l'art. 63 al. 4 CPS, soit cinq ans¹⁸⁹⁵. La doctrine relève à juste titre que le renvoi implicite contenu à l'art. 63a al. 2 lettre c CPS est peu précis¹⁸⁹⁶ ; certains auteurs sont d'ailleurs plutôt d'avis que la durée maximale est de six ans¹⁸⁹⁷.

¹⁸⁹² Voir notamment André KUHN, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 89 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1321 s. ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 319; Cornelia KOLLER, Kommentar *ad* Art. 89 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2110 ss ; Michel Dupuis et al., p. 632.

¹⁸⁹³ Michel Dupuis et al., no 18, p. 454.

¹⁸⁹⁴ Arrêt du 1er octobre 2018 dans la cause 6B_773/2018 ; ATF 143 IV 445, 447; 141 IV 236, 240; 141 IV 49, 51 s.

¹⁸⁹⁵ Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63a CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 15, p. 910 ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, no 4, p. 212.

¹⁸⁹⁶ Michel Dupuis et al., no 5, p. 457.

¹⁸⁹⁷ Michel Dupuis et al., *ibidem*.

9.3 Lieu d'exécution et nature du traitement médical

En principe, le délinquant reste libre durant l'exécution d'une mesure thérapeutique consistant en un traitement ambulatoire¹⁸⁹⁸. Cependant, « si le traitement ambulatoire exécuté en liberté paraît dangereux pour autrui, la peine privative de liberté suspendue est exécutée et le traitement ambulatoire poursuivi durant l'exécution de la peine privative de liberté » (art. 63b al. 3 CPS)¹⁸⁹⁹.

L'autorité compétente peut en outre ordonner que l'auteur soit momentanément soumis à un traitement institutionnel initial temporaire, si cette mesure permet de passer ensuite à un traitement ambulatoire. Ce traitement institutionnel initial ne peut cependant excéder deux mois au total (art. 63 al. 3 CPS).

Selon le Tribunal fédéral, « [l]a notion de traitement doit être comprise dans un sens large. Il peut s'agir de toutes les formes de traitement de type médical mais aussi paramédical, à condition qu'ils soient à même d'éliminer ou d'atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables »¹⁹⁰⁰. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'a cependant pas voulu préciser en quoi les traitements « paramédicaux » pourraient consister.

En se basant sur les déterminations de l'expert, le juge devra préciser le type de traitement ambulatoire, les résultats attendus, les différents moyens médicaux à utiliser et la fréquence des séances à suivre, en général une à deux par semaine¹⁹⁰¹. Le juge ne peut toutefois pas entrer dans les détails de la mise en œuvre, en décidant par exemple quel médecin va s'occuper du traitement¹⁹⁰².

¹⁸⁹⁸ Michel Dupuis et al., no 1, p. 451.

¹⁸⁹⁹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63b CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 914 s. ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 63 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1531 ; Michel Dupuis et al., p. 460.

¹⁹⁰⁰ ATF 124 IV 246, JT 2000 IV 66, cité par Michel Dupuis et al., no 1, p. 451 ; cet arrêt consacre un revirement de jurisprudence : les traitements n'étaient jusqu'alors que des traitements médicaux.

¹⁹⁰¹ Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 15 ss, p. 899 s.

¹⁹⁰² Arrêt du 1^{er} février 2007 dans la cause 6S.369/2006, cons. 3.2.

9.4 Libération conditionnelle et libération définitive de la mesure ?

Le Code pénal suisse ne prévoit pas la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique consistant en un traitement ambulatoire.

Dans la mesure où la libération conditionnelle pour un traitement ambulatoire n'est pas prévue, la question de la libération définitive ne se pose pas.

9.5 Levée de la mesure

Une mesure dont les conditions ne sont plus remplies doit être levée (art. 56 al. 6 CPS). L'autorité compétente doit par conséquent ordonner l'arrêt du traitement ambulatoire s'il s'est achevé avec succès ou, au contraire, si sa poursuite paraît vouée à l'échec (art. 63a al. 2 lettres a et b CPS). L'échec du traitement ambulatoire ne doit pas être « admis à la légère ». La mesure doit apparaître définitivement impossible à exécuter ; une crise passagère de l'intéressé ne suffit pas pour considérer qu'il se trouve en situation d'échec¹⁹⁰³.

Lorsque le traitement ambulatoire est levé à la suite de son échec, le tribunal doit déterminer si la peine privative de liberté suspendue doit être exécutée (art. 63b al. 2 CPS) ou si une mesure thérapeutique institutionnelle doit être ordonnée (art. 63b al. 5 CPS). A la différence de l'art. 62c al. 4 CPS qui prévoit expressément la possibilité d'ordonner un internement en cas de levée d'une mesure thérapeutique institutionnelle, l'art. 63b al. 5 CPS ne mentionne pas une telle option¹⁹⁰⁴.

La jurisprudence considère dès lors que l'internement n'est pas une alternative directe à un traitement ambulatoire¹⁹⁰⁵. Le législateur a ainsi restreint le choix du juge par rapport à l'ancien droit. Il est toutefois toujours

¹⁹⁰³ ATF 143 IV 445, 447; arrêt du 23 juillet 2015 dans la cause 6B_253/2015, cons. 2.1.

¹⁹⁰⁴ ATF 143 IV 445, 448.

¹⁹⁰⁵ Arrêt du 12 septembre 2016 dans la cause 6B_463/2016, cons. 1.4. Voir aussi Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 63b StGB*, in: *Basler Kommentar StGB I*, vol. I, no 26, p. 1530 ; Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, *Commentaire ad art. 63b CPS*, in: *Commentaire romand, CP I*, p. 921.

possible de modifier, d'abord, le traitement ambulatoire en une mesure institutionnelle selon l'art. 63b al. 5 CPS, puis par la suite de convertir cette mesure institutionnelle en un internement en application de l'art. 62c al. 4 CPS.

9.6 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

L'art. 63 CPS prévoit bien, comme l'art. 59 et l'art. 60 CPS mais contrairement à l'art. 61 CPS, la possibilité d'ordonner un traitement ambulatoire de nature médicale.

Dans ces circonstances, un traitement ambulatoire imposé contre la volonté du délinquant paraît possible, au moins en théorie, dans une application analogique des principes retenus par le Tribunal fédéral à propos du traitement des troubles mentaux¹⁹⁰⁶. Un tel traitement supposerait que le délinquant soit amené de force au lieu de traitement ou qu'il soit soumis à un traitement forcé, probablement médicamenteux ; on peut également concevoir que les deux hypothèses se réalisent l'une après l'autre.

Un tel scénario paraît cependant peu probable, et peut-être disproportionné ; en tout cas, il resterait sans effet si le traitement était de nature psychothérapeutique et n'impliquait pas de médication. En réalité, le moyen de pression le plus efficace pour obtenir la collaboration du délinquant est celui de la menace des conséquences auxquelles il s'expose lorsqu'il ne collabore pas. Si le traitement est un échec, le délinquant s'expose en effet à une levée de la mesure et à son remplacement par une mesure institutionnelle ; si l'échec du traitement est le fait d'un délinquant

¹⁹⁰⁶ ATF 130 IV 49, JT 2006 IV 200 ; ATF 127 IV 154, JT 2006 IV 219. Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 823 s. ; Marianne HEER, Elmar HABERMEYER, Commentaire *ad* Art. 59 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 83 ss p. 1293 ss.

bénéficiant du sursis ou libéré conditionnellement, il risque la réintégration dans l'établissement d'exécution de la peine¹⁹⁰⁷.

Lorsque le traitement est appliqué en cours d'exécution de peine, la mesure aura le caractère d'une injonction judiciaire, qui obligera la direction de l'établissement d'y donner suite et qui empêchera le condamné de s'y soustraire¹⁹⁰⁸.

10. Internement

10.1 Conditions particulières

L'internement – comme l'internement à vie - poursuit avant tout des objectifs de sécurité publique et non de traitement¹⁹⁰⁹. Bien qu'il soit rangé, dans le Code pénal suisse, parmi les dispositions relatives aux mesures thérapeutiques, l'internement prévu aux l'art 64 ss CPS ne constitue une telle mesure qu'à titre accessoire.

Cependant, si un internement est ordonné par le juge, il peut être éventuellement accompagné d'une prise en charge psychiatrique¹⁹¹⁰, imposée « si besoin est » (art. 64 al. 4 CPS *in fine*)¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁷ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 894 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 321 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 207 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 63 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1477 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 63 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 413 ss ; Michel Dupuis et al., p. 450 ss

¹⁹⁰⁸ Arrêt du 10 février 2017 dans la cause 6B_371/2016, cons. 1.3 ; arrêt du 5 juillet 2018 dans la cause 6B_39/2018.

¹⁹⁰⁹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkin BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 921 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 359 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 214 ss; Marianne HEER, Elmar HABERMEYER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1533 ss; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 481 ss ; Daniel JOSITSCH et al., p. 211 ss ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 427 ss ; Michel Dupuis et al., p. 461 ss.

¹⁹¹⁰ Selon l'art. 64 al. 4 *in fine* CPS.

¹⁹¹¹ En application de l'art. 64 al. 1^{er} CPS.

10.1.1 *L'internement ordinaire*

L'internement peut être prononcé si l'auteur a commis l'une des infractions énoncées à l'art. 64 al. 1er CPS¹⁹¹², ou une autre infraction passible d'une peine privative de liberté maximale de cinq ans au moins, en ayant porté ou en ayant voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui.

La disposition contient ainsi une liste spécifique d'infractions, complétée par une clause générale qui permet aussi de prononcer un internement pour toute autre infraction passible d'une peine menacée maximale de cinq ans au moins¹⁹¹³. Un internement peut aussi être ordonné lorsqu'est prononcée une peine privative de liberté à vie¹⁹¹⁴.

La mise en œuvre de l'art. 64 CPS suppose que l'auteur ait porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui. Le législateur s'attache ainsi à apporter une réponse au caractère de dangerosité particulière que présente l'auteur de l'infraction¹⁹¹⁵.

En outre, l'une des conditions alternatives de l'art. 64 al. 1^{er} CPS doit être présente : en raison des caractéristiques de la personnalité de l'auteur, des circonstances dans lesquelles il a commis l'infraction et de son vécu, il est sérieusement à craindre qu'il ne commette d'autres infractions du même genre (lettre a) ou, en raison d'un grave trouble mental chronique ou récurrent en relation avec l'infraction, il est sérieusement à craindre que l'auteur ne commette d'autres infractions du même genre et que la mesure prévue à l'art. 59 CPS – c'est-à-dire une mesure thérapeutique

¹⁹¹² C'est-à-dire assassinat, meurtre, lésion corporelle grave, viol, brigandage, prise d'otage, incendie ou mise en danger de la vie d'autrui.

¹⁹¹³ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkin BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 921 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 359 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 214 ss; Marianne HEER, Elmar HABERMEYER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1533 ss; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 481 ss ; Daniel JOSITSCH et al., p. 211 ss ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 427 ss ; Michel Dupuis et al., p. 461 ss.

¹⁹¹⁴ ATF 142 IV 56, JT 2016 IV 367.

¹⁹¹⁵ Nicolas QUELOZ, Belkin BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 7, p. 926.

institutionnelle - semble vouée à l'échec (lettre b). Il est question ici de la dimension « sécuritaire »¹⁹¹⁶ de la mesure envisagée.

Selon le Tribunal fédéral, par rapport aux autres mesures, l'internement n'intervient qu'en cas de danger « qualifié ». Il suppose en particulier un risque de récidive hautement vraisemblable. « Pratiquement, le juge devra admettre un tel risque s'il ne peut guère s'imaginer que l'auteur ne commette pas de nouvelles infractions du même genre. Une supposition, une vague probabilité, une possibilité de récidive ou un danger latent ne suffisent pas »¹⁹¹⁷.

« Le risque de récidive doit concerner des infractions du même genre que celles qui exposent le condamné à l'internement. En d'autres termes, le juge devra tenir compte, dans l'émission de son pronostic, uniquement du risque de commission d'infractions graves contre l'intégrité psychique, physique ou sexuelle »¹⁹¹⁸.

Au surplus « [e]n présence d'un trouble psychiatrique, l'internement constitue, conformément au principe de proportionnalité consacré par l'art. 56 al. 2 CP, une mesure subsidiaire aux mesures institutionnelles prévues par l'art. 59 CP. En tant qu'*ultima ratio*, en raison de la gravité de l'atteinte à la liberté personnelle qu'il représente, l'internement n'entre pas en considération tant que la mesure institutionnelle apparaît utile. Ce n'est que lorsque cette dernière semble dénuée de chances de succès que l'internement peut être ordonné, s'il est nécessaire. Cette démarche doit permettre d'éviter qu'un auteur soit déclaré *a priori* « incurable » et interné dans un établissement d'exécution des peines »¹⁹¹⁹. Cependant, un internement peut être prononcé d'emblée par le juge : le législateur n'a pas voulu conditionner cette mesure à l'échec préalable d'un traitement institutionnel¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁶ Nicolas QUELOZ, Belkin BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 6, p. 926.

¹⁹¹⁷ ATF 137 IV 59, 70.

¹⁹¹⁸ ATF 137 IV 59, 70 ; 135 IV 49, 53.

¹⁹¹⁹ ATF 140 IV 1, 9 ; 134 IV 315, 320.

¹⁹²⁰ Arrêt du 5 février 2019 dans la cause 6B_94/2019, cons. 2.4.

Enfin, « [l]e pronostic doit également tenir compte de la durée de la privation de liberté déjà subie par l'auteur »¹⁹²¹. Cet élément ne joue cependant aucun rôle « lorsque la dangerosité actuelle de l'auteur atteint le degré requis pour justifier l'internement chez un individu inaccessible à un traitement médical. En effet, la loi ne limite pas l'internement dans le temps et n'autorise la libération conditionnelle d'un interné que s'il est hautement vraisemblable que celui-ci se comportera correctement en liberté »¹⁹²². Dès lors, « dans la pesée des intérêts opérée par le législateur, le droit à la liberté personnelle d'un auteur qui présente une dangerosité susceptible de justifier un internement ne l'emporte jamais sur l'intérêt public à la sécurité des personnes »¹⁹²³.

10.1.2 *L'internement ordonné ultérieurement*

En exécution de l'art. 65 al. 2 CPS¹⁹²⁴, si, pendant l'exécution de la peine privative de liberté, des faits ou des moyens de preuve nouveaux permettent d'établir qu'un condamné remplit les conditions de l'internement et que ces conditions étaient déjà remplies au moment du jugement sans que le juge ait pu en avoir connaissance, le juge peut ordonner l'internement ultérieurement¹⁹²⁵.

Cependant, « [l]es conditions de l'internement doivent déjà avoir été remplies au moment du jugement. Le juge de la révision ne doit pas adapter un jugement entré en force à un autre état de fait, mais uniquement corriger une erreur commise dans une procédure précédente. Il ne saurait ainsi tenir compte de l'attitude du condamné ou de l'évolution de sa situation pendant

¹⁹²¹ ATF 137 IV 201, 203. Voir Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* 62 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 25, p. 861.

¹⁹²² ATF 137 IV 201, 203. Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Basler Kommentar, StGB I, no 13, p. 1613 s.

¹⁹²³ ATF 137 IV 201, 203.

¹⁹²⁴ Voir notamment Katia VILLARD, Robert ROTH, Commentaire *ad* art. 65 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 975 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 312 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 2225 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 65 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1635 ss ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 453 ss ; Michel Dupuis et al., p. 480 ss.

¹⁹²⁵ La compétence et la procédure sont déterminées par les règles sur la révision, prévues aux art. 410 ss CPP.

sa détention, par exemple un refus de traitement »¹⁹²⁶. Pour procéder à une telle révision, le juge doit s'appuyer sur des faits et des moyens de preuve sérieux, dont il ne disposait pas précédemment, et qui « doivent être propres à ébranler les constatations de fait sur lesquelles se fonde la condamnation et l'état de fait ainsi modifié doit rendre vraisemblable le prononcé d'un internement »¹⁹²⁷.

La jurisprudence précise encore en quoi consistent les faits et les moyens de preuve précités. « Par faits, on entend les circonstances susceptibles d'être prises en considération dans l'état de fait qui fonde le jugement. La dangerosité d'un condamné ne constitue pas un fait, mais une appréciation basée sur un certain nombre de facteurs de risque, lesquels peuvent être considérés comme des faits. Quant aux moyens de preuve, ils apportent la preuve d'un fait, qui peut déjà avoir été allégué. Une opinion, une appréciation personnelle ou une conception juridique nouvelle ne peuvent pas justifier une révision »¹⁹²⁸.

10.2 Durée et fin de la mesure

En raison de la nature sécuritaire de cette mesure, liée à la personnalité de l'auteur de l'infraction, le Code pénal suisse ne fixe pas de durée maximale pour un internement, qui pourrait en conséquence rester en place pour la durée de la vie du délinquant. Cependant, un délinquant peut, à certaines conditions, être libéré conditionnellement d'une mesure d'internement (art. 64b al. 1^{er} lettre a CPS).

En outre, la mesure peut être levée et remplacée par une mesure thérapeutique institutionnelle, si les conditions d'une mesure de ce genre sont réunies. Une telle possibilité doit être examinée par l'autorité compétente, d'office ou à la requête du délinquant, au moins une fois tous les deux ans, mais pour la première fois avant le début de l'internement (art. 64b al. 1^{er} lettre b CPS). Si tel est le cas, une demande dans ce sens doit alors être présentée auprès du juge compétent (art. 64b al. 1^{er} lettre b *in fine* CPS).

¹⁹²⁶ Arrêt du 11 mars 2019 dans la cause 6B_157/2019 ; ATF 137 IV 59, 67 s.

¹⁹²⁷ ATF 137 IV 59, 68.

¹⁹²⁸ ATF 137 IV 59, 66.

10.3 Lieu d'exécution et nature du traitement psychiatrique

Une mesure d'internement – comme une mesure d'internement à vie – doit être exécutée dans un établissement d'exécution des mesures ou dans un établissement prévu à l'art. 76 al. 2 CPS – c'est-à-dire un établissement fermé ou la section fermée d'un établissement ouvert – (art. 64 al. 4 CPS), au sein duquel « la sécurité publique doit être garantie » (art. 64 al. 4 2^e phrase CPS). Cette exigence particulière exclut en effet toute possibilité d'exécution ouverte, pour laquelle les mesures de sécurité sont « peu importantes »¹⁹²⁹.

Pour ce qui a trait au traitement psychiatrique, le Tribunal fédéral considère que, « [...] même si elles ne visent pas prioritairement l'amélioration du pronostic, respectivement si elles ne sont pas aptes à l'améliorer nettement à cinq ans de vue, des possibilités thérapeutiques doivent être offertes, tout au moins dans la perspective, même éloignée, de la fin de l'internement »¹⁹³⁰.

En outre, les traitements doivent avoir un « impact thérapeutique dynamique », en vue d'« une amélioration du pronostic légal » et ne pas correspondre à la « simple administration statique et conservatoire de soins », que le détenu pourrait obtenir dans le cadre de l'assistance médicale et psychiatrique habituelle fournie aux détenus¹⁹³¹.

¹⁹²⁹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 64 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 894 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 321 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 207 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1477 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 413 ss ; Michel Dupuis et al., p. 450 ss.

¹⁹³⁰ Arrêts 6B_1348/2017 du 22 janvier 2018 ; 6B_954/2016 du 28 septembre 2017, cons. 1.1.2; 6B_1307/2015 du 9 décembre 2016, cons. 4.1.3.

¹⁹³¹ Message Partie générale CPS 1998, 1883.

10.4 Libération conditionnelle et libération définitive de la mesure

10.4.1 Libération conditionnelle et mise à l'épreuve

L'auteur d'une infraction ayant conduit au prononcé d'une mesure d'internement doit être libéré conditionnellement de cette mesure « dès qu'il est à prévoir qu'il se conduira correctement en liberté » (art. 64a al. 1^{er} CPS)¹⁹³².

Au moins une fois par an et pour la première fois après une période de deux ans, l'autorité compétente doit examiner, d'office ou sur requête du délinquant, s'il peut être libéré conditionnellement de l'internement et, si tel est le cas, quand il peut l'être (art. 64b al. 1^{er} lettre a CPS). Lorsque l'autorité compétente parvient à la conclusion que la mesure peut être levée, une demande dans ce sens doit être présentée auprès du juge compétent (art. 64b al. 1^{er} lettre b *in fine* CPS)¹⁹³³.

Une demande acceptée est assortie d'un délai d'épreuve, de deux à cinq ans (art. 64a al. 1^{er} CPS), qui peut être prolongé de deux à cinq ans à chaque fois, si la poursuite de l'assistance de probation ou des règles de conduite paraît nécessaire pour prévenir d'autres infractions prévues à l'art. 64 al. 1^{er} CPS.

10.4.2 Echec de la mise à l'épreuve

Selon la lettre de l'art. 64a al. 3 CPS, l'échec de la mise à l'épreuve ne peut résulter que du comportement du délinquant pendant la mise à l'épreuve¹⁹³⁴. En revanche, le législateur n'a pas envisagé que le détenu

¹⁹³² Voir notamment Nicolas QUELOZ, Marco TRAGLIA, Commentaire *ad* art. 64a CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 948 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 373 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 220 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1609 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 441 ss ; Michel Dupuis et al., p. 472 ss.

¹⁹³³ Sur l'expertise requise à ce stade de la procédure, voir précédemment, p. 411 s.

¹⁹³⁴ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Marco TRAGLIA, Commentaire *ad* art. 64a CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 953 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix

libéré conditionnellement d'un internement puisse commettre de nouvelles infractions dénotant la persistance du danger que l'internement devait écarter, comme il l'a fait pour les mesures thérapeutiques institutionnelles, à l'art. 62a al. 1^{er} CPS. Certes, de nouvelles infractions de cette nature commises pendant le délai d'épreuve constitueraient évidemment un comportement laissant craindre un risque de récidive, mais le respect du principe de légalité ne paraît pas entièrement satisfait ici.

L'art. 64a al. 4 CPS précise que tel est notamment le cas si la personne libérée conditionnellement se soustrait à l'assistance de probation ou viole les règles de conduite imposées par le juge¹⁹³⁵. Le juge peut alors ordonner la réintégration du délinquant, c'est-à-dire son retour dans l'établissement où il exécutait la mesure thérapeutique¹⁹³⁶.

10.4.3 Libération définitive

Si elle a subi avec succès la mise à l'épreuve qui accompagne la libération conditionnelle, la personne libérée conditionnellement est libérée définitivement de la mesure d'internement (art. 64a al. 5 CPS).

10.5 Levée de la mesure

A la requête de l'autorité d'exécution, le juge peut lever une mesure d'internement et la remplacer par une mesure thérapeutique institutionnelle. L'autorité d'exécution doit examiner cette éventualité au moins une fois tous les deux ans et pour la première fois avant le début de l'internement

BOMMER, p. 374; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 221 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, in: Basler Kommentar StGB I, p. 1617 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, in: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 443 ; Michel Dupuis et al., p. 474 s.

¹⁹³⁵ Les dispositions prévues à l'art. 95 al. 3 à 5 CPS sont applicables dans une telle situation.

¹⁹³⁶ Ou éventuellement dans un autre établissement, mais pour y exécuter la même mesure, dans les mêmes conditions.

(art. 64b al. 1^{er} lettre b CPS)¹⁹³⁷, c'est-à-dire à l'issue de la peine privative de liberté qui a précédé l'internement (art. 64 al. 2 CPS).

Une telle décision requiert une expertise indépendante réalisée conformément à l'art. 56 al. 4 CPS, c'est-à-dire « par un expert qui n'a pas traité l'auteur ni ne s'en est occupé d'une quelconque manière » (art. 64b al. 2 lettre b CPS)¹⁹³⁸.

Conformément à l'art. 64b al. 2 lettres a, c et d CPS, la demande présentée par l'autorité compétente doit aussi être accompagnée d'un rapport de la direction de l'établissement où la mesure est exécutée ; elle exige en outre l'audition de l'auteur – dans ce qui constitue l'exercice d'un droit d'être entendu oralement – et l'audition de la commission de dangerosité instaurée par l'art. 62d al. 2 CPS¹⁹³⁹.

10.6 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Un traitement psychiatrique peut être imposé à l'occasion d'un internement. Selon la lettre de l'art. 64 al. 4 CPS, l'auteur peut en effet être soumis à une prise en charge psychiatrique, « si besoin est »¹⁹⁴⁰.

¹⁹³⁷ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Marco TRAGLIA, Commentaire *ad* art. 64b CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 957 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 373 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 222 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64b StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1619 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUENBORER, Kommentar *ad* Art. 64b StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 444 ss ; Michel Dupuis et al., p. 475 ss.

¹⁹³⁸ Voir précédemment, p. 418.

¹⁹³⁹ Voir précédemment, p. 410 s.

¹⁹⁴⁰ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 6, p. 926 ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 371 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 220; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1607 ss ; ; Michel Dupuis et al., p. 471 s.

Un traitement imposé contre la volonté du délinquant paraît en conséquence possible, dans une application analogique des principes retenus par la jurisprudence à propos du traitement des troubles mentaux¹⁹⁴¹. Toutefois, le Tribunal fédéral n'évoque, dans le contexte de l'internement, que des possibilités thérapeutiques « offertes » au délinquant, dans la perspective, certes éloignée, de la fin de son internement.

Si ce traitement peut réellement être imposé et qu'il consiste en une médication forcée, il est certes envisageable. S'il correspond plutôt à une psychothérapie ou à des séances d'entretiens avec un thérapeute, la « collaboration » forcée du délinquant paraît illusoire. En réalité, la collaboration du délinquant au traitement va sans doute résulter plutôt de son intérêt à obtenir des conditions d'exécution plus favorables, des congés ou encore, à plus long terme, à bénéficier d'une libération conditionnelle ou d'une levée de la mesure au profit d'un traitement thérapeutique institutionnel.

11. Internement à vie

11.1 Conditions particulières

Comme l'internement, l'internement à vie prévu à l'art. 64 al. 1bis CPS¹⁹⁴² vise avant tout des objectifs de sécurité publique et non de traitement. Bien que l'un et l'autre soient rangés, dans le Code pénal suisse, parmi les dispositions relatives aux mesures thérapeutiques, ils ne constituent pas, matériellement, de telles mesures, au moins pas prioritairement.

¹⁹⁴¹ ATF 130 IV 49, JT 2006 IV 200 ; ATF 127 IV 154, JT 2006 IV 219. Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 823 s. ; Marianne HEER, Elmar HABERMEYER, Commentaire *ad* Art. 59 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 83 ss p. 1293 ss.

¹⁹⁴² Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64 Ibis CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 940 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 374 ss ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 219 s. ; José HURTADO POZO, Thierry GODEL, p. 483 s. ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1600 ss ; Daniel JOSITSCH et al., p. 216 ss ; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 436 ss ; Michel Dupuis et al., p. 468 ss.

L'internement à vie peut être prononcé si l'auteur a commis l'une des infractions énoncées à l'art. 64 al. 1bis CPS¹⁹⁴³, en ayant porté ou en ayant voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui (lettre a).

En outre, les conditions de l'art. 64 al. 1bis lettres b et c CPS doivent être présentes : il est hautement probable que l'auteur commette à nouveau l'un de crimes précités (lettre b) et il est qualifié de durablement non amendable, dans la mesure où la thérapie semble, à longue échéance, vouée à l'échec (lettre c).

Le Tribunal fédéral a jugé que la notion d'auteur durablement non amendable au sens de l'art. 64 al. 1bis lettre c CPS fait référence à « un état lié à la personne de l'auteur, non modifiable à vie. Ainsi, seul celui qui est véritablement inaccessible à un traitement sa vie durant peut être interné à vie »¹⁹⁴⁴ ; ce qui précède reste valable même si le délinquant exprime sa volonté de se soumettre à une thérapie¹⁹⁴⁵. Cette formulation est de plus « censée mettre l'accent sur le fait que seuls sont déterminants les critères structurels, étroitement et durablement liés à la personnalité de l'auteur, et non les critères qui peuvent varier, tels que le manque de motivation de l'auteur, le fait de ne pas reconnaître rationnellement son acte, les symptômes qui pourraient être influencés au moyen de médicaments ou le fait que l'on ne dispose pas d'une institution adaptée pour ce genre de traitement »¹⁹⁴⁶.

¹⁹⁴³ C'est-à-dire s'il a commis un assassinat, un meurtre, une lésion corporelle grave, un viol, un brigandage, une contrainte sexuelle, une séquestration, un enlèvement, une prise d'otage ou un crime de disparation forcée ou s'il s'est livré à la traite d'êtres humains, a participé à un génocide ou a commis un crime contre l'humanité ou un crime de guerre ; la liste ne recoupe pas entièrement celle qui figure à l'art. 64 al. 1^{er} CPS.

¹⁹⁴⁴ Arrêt du 3 juin 2014 dans la cause 6B_13/2014, cons. 4.2.1 ; ATF 140 IV 1, 5 ss.

¹⁹⁴⁵ Arrêt du 28 septembre 2017 dans la cause 6B_954/2016, cons. 1.2.3 ; la juridiction cantonale avait estimé que ces déclarations relevaient de la pure stratégie et ne dénotaient aucune volonté sérieuse d'initier une thérapie.

¹⁹⁴⁶ Message relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 [Mise en oeuvre de l'art. 123a Cst.]; FF 2006 869, 883; ATF 140 IV 1, 6 s.

11.2 Compatibilité avec la Convention européenne des Droits de l'Homme

Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale, selon l'art. 5 al. 4 de la Convention¹⁹⁴⁷.

« Ce droit à voir la légalité de la détention examinée par un tribunal est formulée de façon large »¹⁹⁴⁸. En effet, « [e]n vertu de l'article 5 par. 4, un aliéné détenu dans un établissement psychiatrique pour une durée illimitée ou prolongée a donc en principe le droit, au moins en l'absence de contrôle judiciaire périodique et automatique, d'introduire à des intervalles raisonnables un recours devant un tribunal pour contester la « légalité » (...) de son internement, que ce dernier ait été prescrit par une juridiction civile ou pénale ou par une autre autorité »¹⁹⁴⁹.

Certains auteurs relèvent que l'examen de la légalité de l'internement à vie n'a lieu, selon le texte de l'art. 64c al. 1^{er} CPS, que si de nouvelles connaissances scientifiques permettant de traiter l'auteur de manière à supprimer sa dangerosité sont disponibles ; par conséquent, si de telles connaissances ne sont pas disponibles, l'examen n'a pas lieu ou, au moins, est sans objet, de sorte que les exigences de la CEDH ne seraient pas respectées¹⁹⁵⁰. Le Conseil fédéral retient quant à lui, que les nouvelles connaissances scientifiques précitées peuvent certes correspondre à de nouvelles méthodes thérapeutiques, mais aussi à des connaissances « acquises par le biais de procédés méthodiques qui concernent la nature dangereuse ou non amendable du délinquant ayant amené à son

¹⁹⁴⁷ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64 Ibis CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 946 s.

¹⁹⁴⁸ Rapport du 15 juillet 2004 du groupe de travail « internement » concernant la mise en œuvre de l'art. 123a Cst sur l'internement à vie pour les délinquants jugés très dangereux, p. 12 s.

¹⁹⁴⁹ Voir en particulier l'arrêt du 5 novembre 1981 dans l'affaire X. contre Royaume-Uni, requête no 7215/75, § 52.

¹⁹⁵⁰ Benjamin BRÄGGER, Tanja ZANGGER, *Freiheitsentzug in der Schweiz*, Berne 2020, p. 91 ss; Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 64 Ibis CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 946 s.

internement ». Cette interprétation permettrait, selon lui, de retenir que la disposition est conforme à l'art. 5 al. 4 CEDH¹⁹⁵¹.

11.3 Durée et fin de la mesure

Par essence, l'internement à vie constitue une mesure prononcée pour la durée de la vie du délinquant. La disposition constitutionnelle à l'origine des normes relatives à l'internement à vie précise d'ailleurs que « [t]oute mise en liberté anticipée et tout congé sont exclus » (art. 123a al. 1^{er} Cst *in fine*).

En conséquence, un internement à vie ne peut en principe prendre fin qu'avec le décès de l'auteur. A des conditions très particulières, la mesure peut toutefois faire l'objet d'une libération conditionnelle ou d'une levée¹⁹⁵².

11.4 Lieu d'exécution et nature du traitement psychiatrique

Une mesure d'internement à vie – comme une mesure d'internement – doit être exécutée dans un établissement d'exécution des mesures ou dans un établissement prévu à l'art. 76 al. 2 CPS – c'est-à-dire un établissement fermé ou la section fermée d'un établissement ouvert – (art. 64 al. 4 CPS), au sein duquel « la sécurité publique doit être garantie » (art. 64 al. 4 2^e phrase CPS). Comme pour l'internement, cette exigence particulière semble exclure toute possibilité d'exécution ouverte, pour laquelle les mesures de sécurité sont « peu importantes ».

¹⁹⁵¹ Message relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 [Mise en œuvre de l'art. 123a Cst.]; FF 2006 869, 886.

¹⁹⁵² Voir plus loin, p. 463.

11.4.1 *Traitement psychiatrique ordinaire*

Pour le Tribunal fédéral, malgré la nature sécuritaire de la mesure, qui laisse au second plan son aspect thérapeutique, une prise en charge médicale doit être mise en place lors d'un internement à vie : « [...] même si elles ne visent pas prioritairement l'amélioration du pronostic, respectivement si elles ne sont pas aptes à l'améliorer nettement à cinq ans de vue, des possibilités thérapeutiques doivent être offertes, tout au moins dans la perspective, même éloignée, de la fin de l'internement »¹⁹⁵³.

En outre, les traitements doivent avoir un « impact thérapeutique dynamique », en vue d'« une amélioration du pronostic légal » et ne pas correspondre à la « simple administration statique et conservatoire de soins », que le détenu pourrait obtenir dans le cadre de l'assistance médicale et psychiatrique habituelle fournie aux détenus¹⁹⁵⁴.

11.4.2 *Traitement psychiatrique en vue de diminuer notablement la dangerosité*

L'autorité d'exécution doit examiner, d'office ou à la demande du délinquant, si de nouvelles connaissances scientifiques pourraient permettre de traiter l'auteur de manière qu'il ne représente plus de danger pour la collectivité (art. 64c al. 1^{er} CPS) ; cette condition est déjà formulée dans l'article pertinent de la Constitution fédérale (art. 123a al. 2 Cst). Le Code pénal suisse ne dit pas quand ou à quel intervalle une telle éventualité doit être examinée.

La décision de l'autorité fonde sa décision sur un rapport de la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie (art. 64c al. 1^{er} CPS). Si l'autorité d'exécution parvient à la conclusion que l'auteur peut être traité, elle lui propose un traitement, qui a lieu dans un établissement fermé (art. 64c al. 2 CPS).

¹⁹⁵³ Arrêts 6B_1348/2017 du 22 janvier 2018 ; 6B_954/2016 du 28 septembre 2017, cons. 1.1.2; 6B_1307/2015 du 9 décembre 2016, cons. 4.1.3.

¹⁹⁵⁴ Message Partie générale CPS 1998, 1883. A propos de la médecine carcérale, voir Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. III, p. 4126 ss.

11.5 Libération conditionnelle et levée de l'internement à vie

11.5.1 Libération conditionnelle de l'internement à vie

La notion de libération conditionnelle d'un internement à vie peut paraître insolite. En effet, le Code pénal suisse prévoit plutôt la levée de la mesure¹⁹⁵⁵ et son remplacement par une mesure thérapeutique institutionnelle dans un établissement fermé, à certaines conditions strictes, notamment la disparation de la dangerosité du délinquant¹⁹⁵⁶.

Cependant, l'auteur qui, à cause de son âge, d'une maladie grave ou pour une autre raison, ne représente plus de danger pour la collectivité peut bénéficier d'une libération conditionnelle (art. 64c al. 4 CPS)¹⁹⁵⁷.

Selon l'art. 64c al. 4 CPS *in fine*, les conditions de mise en œuvre d'une telle libération conditionnelle, tout à fait exceptionnelle, sont celles qui sont énoncées pour la libération conditionnelle d'un internement, à l'art. 64a CPS¹⁹⁵⁸.

11.5.2 Rapport de la Commission fédérale compétente avant la levée de l'internement à vie

Avant que le juge ne se prononce sur une éventuelle levée de l'internement à vie, l'autorité compétente doit disposer d'un rapport de la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie, qu'elle a saisie d'office ou sur requête de l'auteur (art. 64c al. 1^{er} CPS).

¹⁹⁵⁵ Le législateur utilise le terme de « libération » dans le titre de l'art. 64c CPS et celui de « levée » dans le texte.

¹⁹⁵⁶ Voir plus loin, p. 345.

¹⁹⁵⁷ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 971 s. ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 223 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64c StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1633 s.; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64c StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 413 ss ; Michel Dupuis et al., p. 450 ss.

¹⁹⁵⁸ Voir précédemment, p. 455.

Une Ordonnance fédérale règle plus spécifiquement les tâches, la composition et le fonctionnement de cette commission consultative, qui compte dix membres, tous « experts possédant les connaissances requises dans les domaines de la psychiatrie forensique ou de la thérapeutique », nommés par le Conseil fédéral¹⁹⁵⁹.

Un comité de cinq membres est désigné pour examiner la possibilité de traiter la personne internée à vie grâce à de nouvelles connaissances scientifiques, de sorte qu'elle ne représente plus de danger pour la collectivité (art. 7 al. 1^{er} et art. 2 lettre a).

Le comité auditionne la personne internée à vie, à moins que cette audition soit manifestement inutile, « notamment parce que le dossier livre suffisamment d'informations sur l'état de santé actuel de la personne internée » (art. 10 al. 3). Le comité peut aussi auditionner d'autres personnes, en particulier des membres des autorités chargées de l'exécution des peines et mesures et des membres du personnel de l'établissement où se trouve la personne internée à vie (art. 10 al. 1^{er}).

A l'issue de ses travaux, le comité rend une décision, adoptée à la majorité simple de ses membres (art. 9 al. 2), et la transmet à l'autorité d'exécution (art. 11 al. 1^{er}).

11.5.3 *Levée de l'internement à vie*

Si l'autorité compétente conclut que l'auteur peut être traité, elle lui propose un traitement, qui doit avoir lieu dans un établissement fermé. Les dispositions sur l'exécution de l'internement à vie restent applicables jusqu'à la levée de la mesure d'internement à vie (art. 64c al. 2 CPS).

« Lorsque le traitement a permis de diminuer notablement la dangerosité de l'auteur et peut être encore réduite au point qu'il ne présente plus de danger pour la collectivité, le juge lève l'internement à vie » (art.

¹⁹⁵⁹ Ordonnance du 26 juin 2013 sur la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie, RS 311.039.2. Voir aussi la page du site internet de la Confédération consacrée à cette commission, https://www.admin.ch/ch/f/cf/ko/gremium_10432.html.

64c al. 2 CPS *in initio*)¹⁹⁶⁰. Le juge ordonne alors une mesure thérapeutique institutionnelle au sens des art. 59 à 61 CPS, qui doit être exécutée dans un établissement fermé (art. 64c al. 3 CPS)¹⁹⁶¹.

Une telle décision ne peut cependant être prise que lorsque lorsque l'auteur a purgé deux tiers de sa peine ou quinze ans de la peine en cas de condamnation à vie (art. 64c al. 6 *in fine* CPS).

11.6 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

11.6.1 Traitement psychiatrique ordinaire

Comme à l'occasion d'un internement, un traitement psychiatrique peut être imposé lors d'un internement à vie. Selon la lettre de l'art. 64 al. 4 CPS, l'auteur peut en effet être soumis à une prise en charge psychiatrique, « si besoin est »¹⁹⁶².

Un traitement imposé contre la volonté du délinquant paraît en conséquence possible, au moins en théorie, dans une application analogique des principes retenus par la jurisprudence à propos du traitement des troubles mentaux¹⁹⁶³.

¹⁹⁶⁰ La syntaxe de cette disposition est perfectible.

¹⁹⁶¹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 970 ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64c StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1633 s.; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 63 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 452 ; Michel Dupuis et al., p. 479.

¹⁹⁶² Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 939 ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1477 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 63 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 413 ss ; Michel Dupuis et al., p. 471 s.

¹⁹⁶³ ATF 130 IV 49, JT 2006 IV 200 ; ATF 127 IV 154, JT 2006 IV 219. Voir notamment Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 823 s. ; Marianne HEER, Elmar HABERMEYER, Commentaire *ad* Art. 59 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 83 ss p. 1293 ss.

Toutefois, le Tribunal fédéral n'évoque que des possibilités thérapeutiques « offertes » au délinquant dans la perspective de la fin de l'internement¹⁹⁶⁴ ou, ici, dans la perspective hypothétique de la fin de son internement à vie. S'y ajoute le fait que la thérapie semble vouée à l'échec à long terme, puisqu'un internement à vie a été prononcé ; l'opportunité d'un traitement imposé est dès lors douteuse au regard du principe de proportionnalité dans sa dimension d'aptitude.

En réalité, la collaboration du délinquant au traitement, lorsqu'elle est présente, va sans doute plutôt résulter de son espoir, certes ténu, de bénéficier, un jour peut-être, d'une levée de la mesure au profit d'un traitement thérapeutique institutionnel¹⁹⁶⁵.

11.6.2 *Traitement psychiatrique en vue de diminuer notablement la dangerosité*

Le traitement en vue de diminuer la dangerosité, mis en place dans la perspective d'une éventuelle levée de la mesure et de son remplacement par une mesure thérapeutique institutionnelle dans un établissement fermé, est « proposé » au délinquant (art. 64c al. 2 CPS *in initio*).

Il n'est dès lors, manifestement, pas question de l'imposer. Comme pour le traitement psychiatrique ordinaire, la collaboration du délinquant au traitement va sans doute résulter de son espoir, à ce stade un peu plus substantiel puisqu'un traitement est désormais possible selon l'avis de la Commission fédérale, de bénéficier d'une levée de son internement à vie au profit d'un traitement thérapeutique institutionnel.

¹⁹⁶⁴ Arrêts 6B_1348/2017 du 22 janvier 2018 ; 6B_954/2016 du 28 septembre 2017, cons. 1.1.2; 6B_1307/2015 du 9 décembre 2016, cons. 4.1.3.

¹⁹⁶⁵ Aucun congé ou autre allègement dans l'exécution n'est accordé aux personnes internées à vie pendant l'exécution de la peine qui précède l'internement, selon l'art. 84 al. 6bis CPS, ni durant l'internement à vie, selon l'art. 90 al. 4ter CPS.

12. Concours entre les mesures thérapeutiques et rapports entre les mesures thérapeutiques et les peines

12.1 Concours entres plusieurs mesures thérapeutiques

Selon l'art. 56a al. 1^{er} CPS¹⁹⁶⁶, le juge ordonne, parmi les mesures thérapeutiques qui s'avèrent appropriées, celle qui porte à l'auteur les atteintes les moins graves.

Le législateur fédéral souligne à nouveau l'importance du respect du principe de proportionnalité, exprimé en particulier en termes de subsidiarité, une condition déjà énoncée de manière plus générale à l'art. 56 al. 2 CPS¹⁹⁶⁷. Le juge viole cette disposition s'il ordonne un traitement institutionnel au lieu d'un traitement ambulatoire, alors que l'expert recommande dans son rapport un traitement ambulatoire, qui lui paraît suffisant, ou s'il ordonne un internement sans examiner si une autre mesure moins restrictive serait également appropriée¹⁹⁶⁸.

Conformément à l'art. 56a al. 2 CPS, le juge peut ordonner conjointement plusieurs mesures si elles s'avèrent toutes nécessaires. La doctrine relève à juste titre le manque de clarté dans la rédaction de cette disposition et les incertitudes qui en découlent¹⁹⁶⁹, malgré certaines précisions apportées par l'Ordonnance relative au code pénal et au code pénal militaire¹⁹⁷⁰. L'exécution simultanée de certaines mesures thérapeutiques paraît en effet concrètement impossible. Ainsi, une mesure institutionnelle et un traitement ambulatoire semblent *a priori* incompatibles¹⁹⁷¹; pareillement, une mesure thérapeutique institutionnelle ou un internement ou un traitement ambulatoire et un internement ne

¹⁹⁶⁶ Voir notamment Maria LUDWICZAK et al., p. 803 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 294 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 184 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art.56a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1210 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 56a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 372 ss ; Michel Dupuis et al., p. 411 ss.

¹⁹⁶⁷ Voir précédemment, p. 404 s.

¹⁹⁶⁸ Arrêt du 7 mai 2007 dans la cause 6B_65/2007 et arrêt du 2 février 2006 dans la cause 6S.432/2005, cité par Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., nos 3 et 4, p. 804.

¹⁹⁶⁹ Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., no 7, p. 805 ; Michel Dupuis et al., no 3, p. 412.

¹⁹⁷⁰ Voir précédemment, p. 379 s.

¹⁹⁷¹ Voir cependant précédemment, p. 440.

peuvent être ordonnés conjointement, l'internement revêtant toujours un caractère subsidiaire.

Lorsque plusieurs mesures thérapeutiques institutionnelles ou un traitement ambulatoire sont ordonnés simultanément et qu'elles sont « identiques », elles sont fusionnées et exécutées à titre de mesure unique, selon l'art. 6 al. 1^{er} O-CP-CPM. Alternativement, si elles sont « différentes », elles sont exécutées l'une après l'autre, en commençant par celle qui paraît être la plus urgente ou la plus appropriée. Si plusieurs d'entre elles sont aussi urgentes ou aussi appropriées les unes que les autres, l'autorité compétente ordonne leur exécution conjointe, à condition qu'il existe un établissement approprié (art. 6 al. 2 O-CP-CPM), et suspend l'exécution des autres. L'autorité compétente peut toutefois, ultérieurement, ordonner l'exécution des mesures suspendues parallèlement aux mesures exécutées jusqu'alors ou en lieu et place de celles-ci (art. 6 al. 3 O-CP-CPM).

Lorsqu'il y a concours de mesures thérapeutiques ou de traitement ambulatoire avec un internement, l'autorité compétente assure l'exécution de l'internement et suspend celle des autres mesures, selon l'art. 7 O-CP-CPM. S'il y a concours de plusieurs internements, ils sont fusionnés et exécutés à titre d'internement unique (art. 8 O-CP-CPM).

12.2 Rapport entre les mesures thérapeutiques et les peines

Conformément à l'art. 57 al. 1^{er} CPS¹⁹⁷², si les conditions sont remplies aussi bien pour le prononcé d'une peine que pour le prononcé d'une mesure, le juge ordonne les deux sanctions. C'est notamment le cas pour une peine privative de liberté à vie, qui peut être doublée d'un internement¹⁹⁷³ ou d'un internement à vie¹⁹⁷⁴.

¹⁹⁷² Voir notamment Maria LUDWICZAK et al., p. 806 ss ;; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 185 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art.57 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1213 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 57 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 374 ss ; Michel Dupuis et al., p. 414 ss.

¹⁹⁷³ ATF 142 IV 56, 57 ss.

¹⁹⁷⁴ Arrêt du 26 février 2018 dans la cause 6B_35/2017, cons. 8.1.

L'exécution d'une des mesures thérapeutiques institutionnelles prévues aux art. 59 à 61 CPS précède une peine privative de liberté prononcée conjointement ou une peine privative de liberté qui doit être exécutée en raison de la révocation ou d'une réintégration (art. 9 al. 1^{er} O-CP-CPM). En revanche, l'exécution d'une peine privative de liberté précède l'exécution d'un internement ou d'un internement à vie (art. 9 al. 2 O-CP-CPM).

S'il y a concours entre un traitement ambulatoire et une peine privative de liberté, l'autorité compétente assure l'exécution simultanée des mesures ambulatoires et des peines privatives de liberté ou ordonne l'exécution de la mesure ou de la peine privative de liberté la plus urgente ou la plus appropriée et suspend l'exécution des autres sanctions (art. 10 al. 1^{er} lettres a et b O-CP-CPM).

13. Autorités compétentes et règles particulières de procédure

13.1 « Juge », « autorité d'exécution » ou « autorité compétente »

Les décisions relatives à une mesure thérapeutique relèvent en général du « juge » ou de l'« autorité d'exécution » ; certaines des dispositions relatives aux mesures thérapeutiques du Code pénal suisse font aussi référence à l'« autorité compétente »¹⁹⁷⁵. Ces décisions peuvent porter sur le principe même d'une mesure thérapeutique, mais aussi sur ses modalités d'exécution. A la faveur d'appels ou de recours, les décisions peuvent toutefois être déferées à des juridictions supérieures, voire au Tribunal fédéral¹⁹⁷⁶.

Le juge est l'autorité juridictionnelle qui est compétente pour prononcer la mesure thérapeutique, dans un jugement ou une décision, conformément au Code de procédure pénale. La décision d'ordonner une expertise qui doit précéder le prononcé de toute mesure thérapeutique, relève, elle, de la compétence de l'autorité de poursuite pénale, en général

¹⁹⁷⁵ Art. 62c al. 5; art. 62d al. 1er et al. 2; art. 63 al. 3 ; art 63a al. 1^{er} et al. 2; art. 64b al. 1er; art. 64c al. 1er et al. 2 CPS.

¹⁹⁷⁶ Voir plus loin, p. 482 ss.

le ministère public, même si elle peut être ordonnée par le juge, avant l'audience de jugement ou à l'occasion des débats.

L'autorité d'exécution est l'autorité juridictionnelle ou administrative du canton auquel incombe l'exécution de la mesure et qui est chargée de cette tâche selon le droit cantonal, conformément à l'art. 372 CPS¹⁹⁷⁷. Il ne s'agit pas forcément de l'autorité du canton où la mesure est exécutée¹⁹⁷⁸. L'autorité compétente est bien celle du canton qui a prononcé la mesure thérapeutique ; elle reste compétente pour toute modification ultérieure, libération conditionnelle ou levée de cette mesure, à moins qu'elle n'ait expressément délégué ces compétences au canton dans lequel le délinquant exécute la sanction¹⁹⁷⁹.

Quant à l'autorité compétente, le Tribunal fédéral a jugé qu'elle peut être l'autorité d'exécution administrative, pour autant que ses décisions soient susceptibles de recours devant une autorité judiciaire dotée du pouvoir d'examiner le fait et le droit¹⁹⁸⁰.

13.2 Pour ordonner une ou des expertises avant une éventuelle mesure thérapeutique, un internement ou un internement à vie

En principe, il appartient au ministère public, en sa qualité d'autorité chargée de la poursuite des infractions dans le cadre de l'instruction (art. 16 CPP), d'ordonner les expertises nécessaires pour constater ou juger un état de fait (art. 182 CPP)¹⁹⁸¹, en particulier lorsque la loi l'exige, comme c'est le cas avant toute mesure thérapeutique.

Une telle décision pourrait cependant également être prise par le tribunal de première instance à qui il appartient de statuer sur l'infraction ou les infractions commises par l'auteur, tribunal qui pourrait par exemple ordonner d'autres expertises ou des expertises complémentaires.

¹⁹⁷⁷ Juge selon le droit genevois, juge selon le droit vaudois ; autorité administrative selon le droit valaisan, à titre d'exemples.

¹⁹⁷⁸ Art. 16 du Concordat latin du 10 avril 2006 sur la détention pénale des adultes.

¹⁹⁷⁹ Art. 17 du Concordat latin du 10 avril 2006 sur la détention pénale des adultes.

¹⁹⁸⁰ ATF 139 I 51.

¹⁹⁸¹ Voir précédemment, p. 348 ss.

13.3 Pour ordonner une mesure thérapeutique, un internement ou un internement à vie

13.3.1 Lors du jugement

C'est le Tribunal de première instance instauré par l'art. 19 CPP et désigné par le droit cantonal qui est compétent pour ordonner une mesure thérapeutique, y compris le prononcé d'une mesure thérapeutique à l'égard d'un prévenu irresponsable, selon l'art. 374 al. 1^{er} CPP¹⁹⁸².

Il peut s'agir d'un juge unique, mais le Code de procédure pénale exige une autorité collégiale pour un internement ou un internement à vie et pour une mesure thérapeutique institutionnelle destinée au traitement d'un trouble mental en milieu fermé (art. 19 al. 2 lettre b CPP)¹⁹⁸³. Les jugements de cette nature, en raison des conséquences qui en découlent pour le délinquant, font souvent l'objet d'appels devant la juridiction cantonale d'appel ou devant le Tribunal fédéral¹⁹⁸⁴.

Le prononcé d'une mesure thérapeutique, même un « simple » traitement ambulatoire, par le biais d'une ordonnance pénale rendue par le ministère public n'est pas prévu par le Code de procédure pénale (art. 352 al. 1^{er} et al. 2 CPP *a contrario*)¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁸² Voir notamment Nicolas QUELOZ, Linda MANTELLI RODRIGUEZ, Commentaire *ad* art. 374 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2392 ss; Felix BOMMER, Kommentar *ad* Art. 374 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2865 ss

¹⁹⁸³ Voir notamment Marc HENZELIN, Sonja MAEDER MORVANT, Commentaire *ad* art. 19 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 129 ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 85 s. ; Daniel KIPFER, Kommentar *ad* Art. 19 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 228 s.

¹⁹⁸⁴ Voir plus loin, p. 482 ss.

¹⁹⁸⁵ Voir notamment Gwladys GILLIERON, Martin KILLIAS, Commentaire *ad* art. 352 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2229 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1157 ss ; Franz RIKLIN, Kommentar *ad* Art. 352 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2674 ss.

13.3.2 Lors d'un jugement ultérieur

L'autorité juridictionnelle compétente pour prononcer une mesure thérapeutique à la place d'une peine privative de liberté ou d'un internement est celle qui a prononcé la peine ou ordonné l'internement, selon l'art. 65 al. 1^{er} CPS *in fine*.

Si le changement de sanction consiste en un internement, prononcé pendant l'exécution d'une peine privative de liberté, parce que des faits nouveaux permettent d'établir que le condamné en remplit les conditions et les remplissait déjà lors du jugement sans que le juge ait pu en avoir connaissance, ce sont les règles relatives à la révision qui sont applicables (art. 65 al. 2 CPS *in fine*). Ce sont alors les juridictions d'appel qui sont compétentes (art. 21 al. 1^{er} lettre b CPP et art. 411 CPP).

13.4 Pour ordonner les modalités d'exécution d'une mesure thérapeutique

Les cantons doivent pourvoir à l'exécution des peines et des mesures, selon l'art. 372 CPS, notamment en désignant les autorités chargées de cette tâche et en créant les établissements nécessaires à l'exécution des mesures thérapeutiques (art. 377 al. 1^{er} CPS). Il peut s'agir d'une autorité judiciaire ou d'une autorité administrative, selon les cantons.

A moins que le Code pénal suisse ne prévoit des modalités d'exécution particulières – par exemple, une exécution en milieu institutionnel fermé pour le traitement des délinquants présentant un trouble mental accompagné d'un risque de fuite ou de récidive (art. 59 al. 3 CPS)¹⁹⁸⁶, une exécution en établissement spécialisé pour le traitement institutionnel d'un délinquant souffrant d'une addiction (art. 60 al. 3 CPS)¹⁹⁸⁷ ou encore l'exécution d'un internement ou d'un internement à vie dans un établissement devant garantir la sécurité publique (art. 64 al. 4 CPS)¹⁹⁸⁸ –, l'autorité d'exécution cantonale dispose d'une assez large marge de manœuvre dans la mise en œuvre des décisions.

¹⁹⁸⁶ Voir précédemment, p. 401 ss.

¹⁹⁸⁷ Voir précédemment, p. 434 s.

¹⁹⁸⁸ Voir précédemment, p. 453 s. et p. 461 s.

L'art. 74 CPS, qui garantit la dignité des détenus et une restriction de leurs droits conforme au principe de proportionnalité¹⁹⁸⁹, et l'art. 90 CPS, qui énonce certaines modalités pratiques d'exécution pour les délinquants concernés par une mesure thérapeutique institutionnelle¹⁹⁹⁰, n'entament guère cette marge de manœuvre.

13.5 Pour recommander une mesure thérapeutique institutionnelle en milieu fermé

La compétence de placer le condamné dans une institution fermée ou un établissement pénitentiaire appartient en principe à l'autorité d'exécution¹⁹⁹¹.

Cependant, lorsqu'un placement en milieu fermé apparaît déjà nécessaire au moment du prononcé du jugement, le juge peut et doit d'ores et déjà l'indiquer dans sa décision lorsqu'il aborde les conditions de l'art. 59 al. 3 CPS¹⁹⁹².

Selon le Tribunal fédéral, il est souhaitable que le tribunal s'exprime à ce propos dans les considérants de son jugement, mais non dans son dispositif. Même si ces considérants se réfèrent bien à la nécessité d'exécuter la mesure thérapeutique institutionnelle en milieu fermé, ils ne constituent que des recommandations en faveur d'une telle modalité d'exécution, formulées de manière non contraignante à l'intention de l'autorité d'exécution¹⁹⁹³.

¹⁹⁸⁹ Voir notamment Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 74 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1211 ss, p. 1157 ss ; Benjamin BRÄGGER, Kommentar *ad* Art. 74 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB vol. I, p. 1921 ss ; Michel Dupuis et al., p. 579 ss.

¹⁹⁹⁰ Voir notamment Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 90 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1324 ss, p. 1157 ss ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 90 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB vol. I, p. 2115 ss ; Michel Dupuis et al., p. 633 ss.

¹⁹⁹¹ ATF 142 IV 1. Voir plus loin, p. 470.

¹⁹⁹² ATF 142 IV 1, 9 s.

¹⁹⁹³ ATF 142 IV 1, 10 ; arrêt du 1^{er} novembre 2016 dans la cause 6B_22/2016, cons. 2 et arrêt du 29 juin 2016 dans la cause 6B_1040/2015, cons. 3.1.1.

13.6 Pour ordonner une médication forcée dans le cadre d'une mesure institutionnelle

Lorsque, au moment où la mesure thérapeutique est ordonnée, la médication forcée paraît déjà indispensable pour traiter le délinquant, il appartient au juge de le mentionner expressément dans les considérants du jugement¹⁹⁹⁴.

La nécessité d'avoir recours à une médication forcée peut toutefois n'apparaître que pendant l'exécution de la mesure. Ce sont alors les autorités d'exécution qui sont compétentes pour ordonner une médication forcée, pour autant toutefois que celle-ci corresponde bien au but de la mesure thérapeutique et qu'elle s'inscrive dans le cadre du traitement déterminé par le jugement pénal¹⁹⁹⁵.

13.7 Pour libérer conditionnellement d'une mesure thérapeutique

13.7.1 *Traitement ambulatoire ?*

Le Code pénal suisse ne prévoit pas la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique consistant en un traitement ambulatoire.

13.7.2 *Mesure thérapeutique institutionnelle et internement*

C'est l'autorité compétente, administrative ou judiciaire, qui doit examiner, d'office ou sur demande, si l'auteur peut être libéré conditionnellement de l'exécution de la mesure thérapeutique institutionnelle ou de l'internement et si tel est le cas, quand il peut l'être

¹⁹⁹⁴ ATF 130 IV 49, 52.

¹⁹⁹⁵ *Ibidem*.

(art. 62d al. 1^{er} CPS *in initio*¹⁹⁹⁶ ; art. 64b al. 1^{er} lettre a CPS)¹⁹⁹⁷. Elle prend une décision à ce sujet au moins une fois par an.

Au préalable, elle doit entendre l'auteur et demander un rapport à la direction de l'établissement chargé de l'exécution de la mesure, conformément à l'art. 62d al. 1^{er} CPS.

En outre, lorsque l'auteur a commis une infraction prévue à l'art. 64 al. 1^{er} CPS – mais qui n'a pas entraîné le prononcé d'un internement – ou lorsque l'auteur a bien été sanctionné d'un internement, l'autorité compétente prend une décision sur la base d'une expertise indépendante, après avoir entendu la commission de dangerosité prévue à l'art. 62d al. 2 CPS¹⁹⁹⁸. L'expert et les représentants des milieux de la psychiatrie ne doivent ni avoir traité l'auteur ni s'être occupés de lui d'une quelconque manière (art. 62d al. 2 CPS et art. 64b al. 2 CPS).

13.7.3 Internement à vie

Le juge peut libérer conditionnellement de l'internement à vie l'auteur qui, à cause de son âge, d'une maladie grave ou pour une autre raison, ne représente plus de danger pour la collectivité (art. 64c al. 4 CPS)¹⁹⁹⁹.

¹⁹⁹⁶ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62d CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 885 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 316 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 206 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62d StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1452 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62d StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 410 ss ; Michel Dupuis et al., p. 446 ss.

¹⁹⁹⁷ Voir précédemment, p. 425 ss.

¹⁹⁹⁸ Voir précédemment, p. 410 s.

¹⁹⁹⁹ Voir précédemment, p. 463.

13.8 Pour prolonger un délai de mise à l'épreuve ou statuer sur le sort d'un délinquant après l'échec d'une mise à l'épreuve

Si, à l'expiration de la durée maximale, il paraît nécessaire de le poursuivre pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits en relation avec son trouble mental, le juge peut, à la requête de l'autorité d'exécution, le prolonger de un à cinq ans à chaque fois (art. 63 al. 4 CPS).

Lorsque l'autorité d'exécution considère la poursuite du traitement ambulatoire comme vouée à l'échec, elle constate l'échec du traitement et ordonne son arrêt, par une décision susceptible de recours (art. 63a al. 2 lettre b CPS).

Une fois que cette décision est entrée en force, il appartient au juge de décider si la peine privative de liberté doit être exécutée (art. 63b al. 2 CPS) ou si une mesure thérapeutique institutionnelle doit être ordonnée (art. 63b al. 5 CPS). En revanche, une autre mesure ambulatoire n'entre pas en considération²⁰⁰⁰.

13.9 Pour libérer définitivement d'une mesure thérapeutique

13.9.1 *Traitement ambulatoire ?*

Dans la mesure où le Code pénal suisse ne prévoit pas la possibilité d'une libération conditionnelle pour un traitement ambulatoire, la question de la libération définitive ne se pose pas.

²⁰⁰⁰ ATF 134 IV 246.

13.9.2 *Mesure thérapeutique institutionnelle, internement et internement à vie*

La personne libérée conditionnellement d'une mesure thérapeutique institutionnelle ou d'un internement est libérée définitivement si elle a subi la mise à l'épreuve avec succès (art. 62b al. 1^{er} CPS²⁰⁰¹ et art. 64a al. 5 CPS²⁰⁰²).

Le succès est présent lorsque la personne libérée n'a commis aucune infraction de nature à faire craindre la persistance du danger que la mesure thérapeutique institutionnelle ou l'internement devait écarter. Une libération de cette nature ne fait pas l'objet d'une décision formelle mais résulte simplement de l'écoulement du temps et de l'absence de nouvelle infraction.

Alternativement, l'auteur est aussi libéré lorsque la durée maximale prévue aux art. 60 (six ans) ou 61 CPS (six ans également) est atteinte et si les conditions de la libération conditionnelle sont réunies (art. 62b al. 2 CPS). Dans l'hypothèse où ces conditions ne seraient pas réunies – c'est-à-dire qu'il ne serait pas possible de poser un pronostic favorable quant au comportement futur du délinquant⁻²⁰⁰³, le Code pénal suisse prévoit la levée de la mesure, selon l'art. 62c al. 1^{er} lettre b CPS.

²⁰⁰¹ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62b CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 873 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 318; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 202 s.; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62b StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1428 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62b StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 405 s.; Michel Dupuis et al., p. 440 s.

²⁰⁰² Voir notamment Nicolas QUELOZ, Marco TRAGLIA, Commentaire *ad* art. 64a CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 948 ss ; Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 373 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 220 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1609 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 441 ss ; Michel Dupuis et al., p. 472 ss.

²⁰⁰³ Voir précédemment, p. 392 s.

13.10 Pour lever une mesure thérapeutique

13.10.1 *Traitement ambulatoire*

L'autorité compétente doit ordonner l'arrêt du traitement ambulatoire lorsqu'il s'est achevé avec succès, si sa poursuite paraît vouée à l'échec ou à l'expiration de la durée légale maximale du traitement des personnes dépendantes de l'alcool, de stupéfiants ou de médicaments (art. 63a al. 2 lettres a, b et c CPS)²⁰⁰⁴.

Lorsque le traitement ambulatoire est levé à la suite de son échec, le juge détermine si la peine privative de liberté suspendue doit être exécutée (art. 63b al. 2 CPS) ou si une mesure thérapeutique institutionnelle doit être ordonnée (art. 63b al. 5 CPS).

13.10.2 *Mesure thérapeutique institutionnelle*

Selon l'art. 62c al. 1^{er} CPS²⁰⁰⁵, la mesure thérapeutique institutionnelle est levée si son exécution ou sa poursuite paraît vouée à l'échec (lettre a) ou si la durée maximale prévue aux art. 60 et 61 CPS – six ans – a été atteinte et que les conditions de la libération conditionnelle ne sont pas réunies (lettre b)²⁰⁰⁶. La décision appartient au juge, selon l'al. 3, l'al. 4 et l'al. 6.

²⁰⁰⁴ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63a CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 905 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 332 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 210 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 63a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1509 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 63a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 421 ss ; Michel Dupuis et al., p. 455 ss.

²⁰⁰⁵ Voir notamment Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 876 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 319 ss; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 203 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62c StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1431 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 62c StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 406 ss ; Michel Dupuis et al., p. 442 ss.

²⁰⁰⁶ La lettre b ne concerne que les art. 60 et 61 CPS : « si la durée maximale prévue aux art. 60 et 61 a été atteinte et que les conditions de la libération conditionnelle ne sont pas réunies ».

Selon l'al. 2, si la durée de la privation de liberté entraînée par la mesure est inférieure à celle de la peine privative de liberté suspendue, le reste de la peine est alors exécuté. Lorsque les conditions du sursis à l'exécution de la peine privative de liberté ou de la libération conditionnelle sont réunies, l'exécution du reste de la peine est suspendue.

13.10.3 Internement

A la requête de l'autorité d'exécution, le juge peut lever une mesure d'internement et la remplacer par une mesure thérapeutique institutionnelle. L'autorité d'exécution doit examiner cette éventualité au moins une fois tous les deux ans et pour la première fois avant le début de l'internement (art. 64b al. 1^{er} lettre b CPS)²⁰⁰⁷, c'est-à-dire à l'issue de la peine privative de liberté qui a précédé l'internement (art. 64 al. 2 CPS).

Une telle décision requiert une expertise indépendante réalisée conformément à l'art. 56 al. 4 CPS, c'est-à-dire « par un expert qui n'a pas traité l'auteur ni ne s'en est occupé d'une quelconque manière » (art. 64b al. 2 lettre b CPS)²⁰⁰⁸.

Conformément à l'art. 64b al. 2 lettres a, c et d CPS, la demande présentée par l'autorité compétente doit aussi être accompagnée d'un rapport de la direction de l'établissement où la mesure est exécutée ; elle exige en outre l'audition de l'auteur – dans ce qui constitue l'exercice d'un droit d'être entendu oralement – et l'audition de la commission de dangerosité instaurée par l'art. 62d al. 2 CPS²⁰⁰⁹.

Le contrôle annuel prévu par l'art. 62d al. 1 CPS doit être opéré par une autorité judiciaire. La compétence d'une autorité administrative en première instance est toutefois admissible dès lors qu'une voie de recours

²⁰⁰⁷ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Marco TRAGLIA, Commentaire *ad* art. 64b CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 957 ss ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, p. 318 s.; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 199 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 62a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1418 s.; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 404 ; Michel Dupuis et al., p. 476.

²⁰⁰⁸ Voir précédemment, p. 406 s.

²⁰⁰⁹ Voir précédemment, p. 410 s.

avec plein pouvoir d'examen devant une autorité judiciaire est aménagée et garantit ainsi l'accès au juge prévu par les art. 31 al. 4 Cst. et 5 par. 4 CEDH²⁰¹⁰.

13.10.4 Internement à vie

Lorsque le traitement proposé par l'autorité compétente sur la base du rapport de la Commission fédérale a permis de diminuer notablement la dangerosité de l'auteur et peut être encore réduite au point qu'il ne présente plus de danger pour la collectivité, le juge lève l'internement à vie et ordonne une mesure thérapeutique institutionnelle au sens des art. 59 à 61 CPS, dans un établissement fermé (art. 64c al. 3 CPS)²⁰¹¹.

Une telle décision ne peut cependant être prise que lorsque l'auteur a purgé deux tiers de sa peine ou quinze ans de la peine en cas de condamnation à vie (art. 64c al. 6 *in fine* CPS).

14. Responsabilité de l'Etat en cas de récidive après une levée de l'internement à vie

Si la mesure d'internement à vie est levée et que la personne commet à nouveau l'un des crimes à l'origine de la mesure prononcée, la collectivité publique dont relève l'autorité répond du dommage qui en résulte, selon l'art. 380a CPS²⁰¹². Cette exigence est déjà énoncée dans le texte de la

²⁰¹⁰ ATF 139 I 51.

²⁰¹¹ Voir notamment Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 963 ss ; Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4e éd., Berne 2020, p. 223 ss; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 64c StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1629 ss; Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 64a StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 446 ss ; Michel Dupuis et al., p. 477 ss.

²⁰¹² Voir notamment Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 380a StGB, *in*: Basler Kommentar StGB II, p. 5925 ss; François CHANSON, Baptiste VIREDAZ, Commentaire *ad* art. 380a CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 2545 ss ; Michel Dupuis et al., p. 2194 s.

disposition constitutionnelle relative à l'internement à vie (art. 123a al. 2 Cst *in fine*)²⁰¹³.

L'art. 380a CPS instaure un régime de responsabilité causale ou objective, c'est-à-dire qu'elle ne nécessite ni faute ni même acte illicite de la part des autorités concernées²⁰¹⁴. Par rapport aux régimes « classiques » de responsabilité publique, il s'agit d'un régime élargi, la législation fédérale et les législations cantonales exigeant un acte illicite pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée²⁰¹⁵. Une action en responsabilité contre le délinquant libéré et récidiviste est évidemment aussi envisageable²⁰¹⁶; en outre, l'al. 3 prévoit la possibilité d'une action récursoire contre les membres de l'autorité qui a statué²⁰¹⁷.

Pour que la collectivité publique dont relève l'autorité qui a ordonné la mesure soit amenée à répondre, l'auteur précédemment interné à vie puis libéré doit avoir commis une récidive. Cette récidive doit concerner l'une des infractions visées à l'art. 64 al. 1bis CPS; il doit par conséquent avoir porté atteinte de manière particulièrement grave à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de la victime. Il doit ensuite avoir été libéré par décision de l'autorité compétente, ce qui exclut des actes qui auraient lieu après une évasion ou après une libération par erreur de l'autorité judiciaire ou administrative. Enfin, la disposition exige que la victime ait subi un dommage.

Pour le surplus, en particulier pour ce qui a trait à la prescription, l'art. 380a al. 2 CPS renvoie au Code des obligations. C'est bien le délai pour agir après une nouvelle infraction qui est visé ici, et non le délai qui

²⁰¹³ Voir précédemment, p. 377 s.

²⁰¹⁴ Voir François CHANSON, Baptiste VIREDAZ, Commentaire art. 380a CPS, *in*: Commentaire romand CP II, no 5, p. 2547.

²⁰¹⁵ Par exemple, art. 3 al. 1^{er} de la Loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité [LRCF], RS 170.32): « La Confédération répond du dommage causé *sans droit* »; François CHANSON et Baptiste VIREDAZ, Commentaire art. 380a CPS, *in*: Commentaire romand CP II, no 6, p. 2547.

²⁰¹⁶ Quoique très peu probable, dans la mesure où, s'il devait être reconnu responsable, il ne serait sans doute pas en mesure de faire face aux obligations financières qui en découleraient, contrairement aux cantons ou à la Confédération.

²⁰¹⁷ Sur les diverses voies de droit qui s'ouvrent dans le contexte d'une telle responsabilité, voir plus loin, p. 482 ss.

séparerait la libération du délinquant et la commission de cette nouvelle infraction ; la loi ne fixe aucune limite temporelle à ce propos²⁰¹⁸.

15. Voies de droit

15.1 Les expertises avant une mesure thérapeutique, un internement ou un internement à vie

L'art. 393 al. 1^{er} CPP autorise un recours notamment contre les ordonnances, décisions et actes de procédure du ministère public et des tribunaux de première instance²⁰¹⁹. Les décisions relatives à une expertise, qu'il s'agisse de la nomination d'un expert ou du refus de nommer un expert, entrent dans ce champ d'application²⁰²⁰ ; un recours fondé sur cette disposition devant la juridiction désignée par le droit cantonal est par conséquent recevable dans un tel contexte.

Une décision cantonale sur recours statuant sur la régularité d'une mesure d'instruction ne met pas fin à la procédure pénale. En conséquence, un recours en matière pénale (selon les art. 78 ss LTF²⁰²¹) formé ultérieurement contre une telle décision devant le Tribunal fédéral n'est recevable qu'en présence d'un préjudice irréparable, conformément à l'art. 93 LTF²⁰²² ; il appartient au recourant de l'alléguer et de le démontrer, à moins « que cela ne fasse d'emblée aucun doute »²⁰²³.

²⁰¹⁸ Voir François CHANSON, Baptiste VIREDAZ, Commentaire art. 380a CPS, *in*: Commentaire romand CP II no 17, p. 2550.

²⁰¹⁹ Voir notamment Andreas KESSLER, Kommentar *ad* Art. 393 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 3235 ss ; Bernhard STRÄULI, Commentaire *ad* art. 393 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2478 ss ; Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, p. 792 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1296 ss ; Patrick GUIDON, Kommentar *ad* Art. 393 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2937 ss.

²⁰²⁰ Voir notamment Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 182 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, no 31, p. 1155.

²⁰²¹ Voir notamment Marc THOMMEN, Roberto FAGA, Kommentar *ad* Art. 78 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss ; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, Berne 2014, p. 758 ss.

²⁰²² ATF 134 III 188. Voir notamment Felix UHLMANN, Kommentar *ad* Art. 93 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss ; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, Berne 2014, p. 1063 ss.

²⁰²³ ATF 133 III 629.

15.2 Les mesures thérapeutiques, l'internement ou l'internement à vie dans leur principe

15.2.1 *Lors d'un premier jugement*

Les jugements rendus par les tribunaux de première instance peuvent faire l'objet d'un appel devant la juridiction d'appel instaurée par l'art. 21 CPP et désignée par le droit cantonal. La juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (art. 398 al. 2 CPP)²⁰²⁴ ; elle n'examine en principe que les griefs invoqués, mais elle peut examiner en faveur du prévenu des points du jugement qui ne sont pas attaqués, afin de prévenir des décisions illégales ou inéquitable (art. 404 CPC).

A l'issue de la procédure d'appel, la juridiction rend un nouveau jugement qui remplace le jugement de première instance (408 CPP) ; elle peut en conséquence également ordonner une mesure thérapeutique, que l'autorité de première instance n'aurait pas prononcée. Alternativement, elle peut aussi annuler la décision de première instance et renvoyer la cause pour nouvelle décision, selon l'art. 409 CPP.

L'appel peut porter en particulier sur le contenu de l'expertise ordonnée dans la perspective éventuelle d'une mesure thérapeutique, si l'expert n'a pas répondu aux questions qui lui étaient posées, si ses appréciations ne sont pas étayées par les éléments du dossier, ou encore si son expertise comporte des contradictions²⁰²⁵. Des griefs relatifs à la légalité ou à la proportionnalité de la mesure sont évidemment également recevables.

²⁰²⁴ Voir notamment Marlène KISTLER VIANIN, Commentaire *ad* art. 398 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2533 ss ; Luzius EUGSTER, Kommentar *ad* Art. 398 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2997 ss; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1314 ss.

²⁰²⁵ Arrêt du 30 janvier 2012 dans la cause 6B_487/2011, cons. 3.1.2, cité avec d'autres références de jurisprudence par Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 56 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 74a, p. 1200 s.

La décision de la juridiction d'appel cantonale peut ensuite être déférée au Tribunal fédéral, au moyen d'un recours en matière pénal au sens des art. 78 ss LTF²⁰²⁶. L'appréciation portée par un tribunal sur une expertise constitue en principe un élément de fait, de sorte que le Tribunal fédéral ne s'en distancie pas²⁰²⁷, à moins que le recourant n'invoque avec succès une constatation manifestement inexacte ou arbitraire des faits, selon l'art. 97 al. 1^{er} LTF²⁰²⁸. Il ressort cependant de la jurisprudence du Tribunal fédéral que « les questions psychiatrique et juridique sont souvent difficiles à distinguer en pratique. Il est clair que la tâche principale d'une expertise médico-légale est de clarifier l'état psychique de l'intéressé et de poser un diagnostic »²⁰²⁹.

15.2.2 Lors d'un jugement ultérieur

Une mesure thérapeutique institutionnelle ultérieure ou un internement ultérieur selon l'art. 65 CPS étant prononcés par la juridiction d'appel, un appel devant cette même juridiction paraît exclu.

La décision de la juridiction d'appel cantonale statuant en qualité de juridiction de révision peut être déférée au Tribunal fédéral, au moyen d'un recours en matière pénale au sens des art. 78 ss LTF²⁰³⁰.

²⁰²⁶ Voir notamment Marc THOMMEN, Roberto FAGA, Kommentar *ad* Art. 78 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, Berne 2014, p. 758 ss

²⁰²⁷ Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 56 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 81 ss, p. 1204 ss.

²⁰²⁸ Voir notamment Markus SCHOTT, Kommentar *ad* Art. 97 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1538 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, p. 1110 ss.

²⁰²⁹ Arrêt du 28 septembre 2017 dans la cause 6B_319/2017, cons. 1.1 ; arrêt du 22 octobre 2015 dans la cause 6B_708/2015, cons. 1.1.

²⁰³⁰ Voir notamment Marc THOMMEN, Roberto FAGA, Kommentar *ad* Art. 78 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, Berne 2014, p. 758 ss.

15.3 Les mesures thérapeutiques, l'internement ou l'internement à vie dans leur mise en œuvre

Les modalités concrètes de mise en œuvre d'une mesure thérapeutique ou d'un internement relèvent de l'autorité d'exécution. Selon les cantons, il s'agit soit d'une autorité judiciaire, par exemple dans le canton de Genève, le Tribunal d'application des peines et mesures, soit d'une autorité administrative, par exemple l'Office d'exécution des peines dans le canton de Vaud²⁰³¹. La décision de première instance peut être portée devant l'autorité cantonale de recours prévue par le droit cantonal.

La décision cantonale de dernière instance, rendue par une juridiction de recours pénale ou administrative, peut ensuite faire l'objet d'un recours en matière pénale sur la base de l'art. 78 al. 2 lettre b LTF. Cette disposition crée une compétence expresse du Tribunal fédéral en matière d'exécution des peines et mesures, « [m]ême si la matière ne relève pas directement du droit pénal, [mais] en raison du rapport de connexité suffisant pour justifier pleinement la solution du législateur »²⁰³².

15.4 La libération conditionnelle d'une exécution institutionnelle, d'un internement ou d'un internement à vie

Conformément à l'art. 62 al. 1^{er} CPS et à l'art. 64a al. 1^{er} CPS, l'auteur est libéré conditionnellement de l'exécution institutionnelle d'une mesure ou d'un internement « dès que son état justifie de lui donner l'occasion de faire ses preuves en liberté » ou « dès qu'il est à prévoir qu'il se conduira correctement en liberté » (art. 64a al. 1^{er} CPS), selon les modalités énoncées à l'art. 62 al. 2 et 3 CPS et à l'art. 64b CPS ; la libération conditionnelle est assortie d'un délai d'épreuve. En outre, le Code pénal permet, à des

²⁰³¹ Selon l'art. 36 de la Loi d'application genevoise du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 27 août 2009 et l'art. 22 de la Loi vaudoise du 4 juillet 2006 sur l'exécution des condamnations pénales.

²⁰³² Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 766. Voir aussi Marc THOMMEN, Roberto FAGA, Kommentar *ad* Art. 78 BGG, in: Basler Kommentar BGG, p. 1011; Hansjörg SEILER et al., Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2e éd., Berne 2015, p. 333; ; Karl SPÜHLER et al., Bundesgerichtsgesetz Praxiskommentar, 2e éd., Zurich, St-Gall 2013, p. 305 s.

conditions très restrictives, une libération conditionnelle de l'internement à vie, elle aussi assortie d'un délai d'épreuve (art. 64c al. 4 CPS²⁰³³).

Les décisions précitées correspondent à des décisions administratives ultérieures indépendantes au sens de l'art. 363 al. 3 CPP²⁰³⁴. Elles peuvent faire l'objet d'un recours devant l'autorité judiciaire désignée par le droit cantonal, puis d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral conformément à l'art. 78 al. 2 lettre b LTF²⁰³⁵.

15.5 La poursuite du traitement ambulatoire après la libération conditionnelle d'une exécution institutionnelle

Un délinquant libéré conditionnellement d'une exécution institutionnelle peut être contraint de se soumettre à un traitement ambulatoire pendant le délai d'épreuve, selon l'art. 62 al. 3 CPS et selon l'art. 64a al. 3 CPS. Exceptionnellement, cette mesure pourrait aussi concerner un délinquant libéré conditionnellement d'un internement à vie, par renvoi de l'art. 64c al. 4 CPS.

Si, à l'expiration de ce délai, il paraît nécessaire de poursuivre le traitement ambulatoire de la personne libérée conditionnellement, pour prévenir le danger qu'elle commette d'autres crimes ou délits en relation avec son état, le juge peut, à la requête de l'autorité d'exécution, prolonger le délai d'épreuve (art. 62 al. 4 CPS).

La décision précitée correspond à une décision judiciaire ultérieure indépendante au sens de l'art. 363 CPP²⁰³⁶. Elle peut faire l'objet d'un recours devant l'autorité judiciaire de recours désignée par le droit cantonal,

²⁰³³ Voir précédemment, p. 463.

²⁰³⁴ Voir notamment Christian ROTEN, Michel PERRIN, Commentaire *ad* art. 363 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2316 s.

²⁰³⁵ Voir notamment Christian ROTEN, Michel PERRIN, Commentaire *ad* art. 363 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2309 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1212 ss ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 363 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2793 ss.

²⁰³⁶ Voir notamment Christian ROTEN, Michel PERRIN, Commentaire *ad* art. 363 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2309 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1212 ss ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 363 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2793 ss

puis d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral en application de l'art. 78 al. 2 lettre b LTF²⁰³⁷

15.6 La réintégration après l'échec d'une mise à l'épreuve

Si, durant le délai d'épreuve, la personne libérée conditionnellement commet une infraction dénotant la persistance du danger que la mesure devait écarter, le juge qui connaît de la nouvelle infraction peut notamment, après avoir entendu l'autorité d'exécution, ordonner la réintégration (art. 62a al. 1^{er} lettre a CPS).

Les décisions précitées peuvent faire l'objet d'un appel devant la juridiction d'appel instaurée par l'art. 21 CPP et désignée par le droit cantonal, puis d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, conformément aux art. 78 ss LTF²⁰³⁸.

15.7 La libération définitive d'une mesure thérapeutique

La personne libérée conditionnellement d'une mesure thérapeutique institutionnelle ou d'un internement est libérée définitivement si elle a subi la mise à l'épreuve avec succès (art. 62b al. 1^{er} CPS et art. 64a al. 5 CPS), c'est-à-dire si elle n'a commis aucune infraction qui pourrait dénoter la persistance du danger que la mesure thérapeutique devait écarter. Alternativement, l'auteur est aussi libéré lorsque la durée maximale prévue aux art. 60 CPS (six ans) ou 61 CPS (six ans également) est atteinte et si les conditions de la libération conditionnelle sont réunies (art. 62b al. 2 CPS).

Les décisions par lesquelles l'autorité compétente refuserait une libération définitive²⁰³⁹ correspondent à des décisions administratives ultérieures indépendantes au sens de l'art. 363 al. 3 CPP²⁰⁴⁰. Elles peuvent

²⁰³⁷ LTF 78.

²⁰³⁸ Voir notamment Marc THOMMEN, Roberto FAGA, *Kommentar ad Art. 78 BGG*, in: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss; Bernard CORBOZ et al., *Commentaire de la LTF*, Berne 2014, p. 758 ss

²⁰³⁹ Dans les cas où la libération définitive n'a pas lieu parce que la durée maximale a été atteinte.

²⁰⁴⁰ Voir notamment Christian ROTEN, Michel PERRIN, *Commentaire ad art. 363 CPP*, in: *Commentaire romand CPP*, p. 2316 s.

faire l'objet d'un recours devant l'autorité judiciaire désignée par le droit cantonal, puis d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, conformément à l'art. 78 al. 2 lettre b LTF²⁰⁴¹.

15.8 La levée d'une mesure thérapeutique

Lorsque l'exécution ou la poursuite de l'exécution d'une mesure paraissent vouées à l'échec, le Code pénal suisse en prévoit la levée, selon l'art. 62c al. 1^{er} lettre a CPS pour les mesures institutionnelles et l'art. 63a al. 2 lettre b CPS pour les traitements ambulatoires. Pour ce type de traitements, le Code pénal prévoit aussi un arrêt lorsque l'auteur commet, pendant le traitement ambulatoire, une infraction dénotant un risque de récidive en relation avec son état (art. 63a al. 3 CPS).

La mesure doit aussi être levée si la durée maximale prévue aux art. 60 et 61 CPS a été atteinte et que les conditions d'une libération conditionnelle ne sont pas atteintes (lettre b), en rappelant ici qu'il n'y a pas de durée maximale pour les traitements ambulatoires en général, mais qu'il y en a une pour les traitements ambulatoires des personnes dépendantes de l'alcool, de stupéfiants ou de médicaments (art. 63a al. 2 lettre c CPS). Enfin, la mesure doit être levée s'il n'y a pas ou plus d'établissement approprié (lettre c).

La décision de levée appartient au « juge » ; elle peut faire l'objet d'un recours cantonal devant la juridiction de recours désignée par le droit cantonal puis d'un recours en matière pénal au Tribunal fédéral, selon l'art. 78 al. 2 lettre b LTF.

S'il s'agit d'un « arrêt », en raison d'une nouvelle infraction commise pendant le traitement ambulatoire, c'est le juge qui connaît de la nouvelle infraction qui peut le prononcer. Sa décision peut être déférée devant la juridiction d'appel désignée par le droit cantonal, puis au Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours en matière pénale au sens des art. 78 ss LTF.

²⁰⁴¹ Voir notamment Christian ROTEN, Michel PERRIN, Commentaire *ad* art. 363 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2309 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 1212 ss ; Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 363 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2793 ss.

15.9 La levée d'un internement à vie

Enfin, la levée éventuelle d'un internement à vie et son remplacement par une mesure thérapeutique institutionnelle, aux conditions fixées par l'art. 64c CPS²⁰⁴², doit être examinée par « le juge qui a ordonné l'internement à vie » (art. 64c al. 5 CPS). Sa décision pourrait faire l'objet d'un recours devant la juridiction désignée par le droit cantonal, puis au Tribunal fédéral en exécution de l'art. 78 al. 2 lettre b LTF.

Une contestation pourrait déjà naître, préalablement, si l'autorité administrative compétente parvenait à la conclusion qu'aucune nouvelle connaissance scientifique permettant le traitement de l'auteur n'est disponible et qu'elle refusait en conséquence de lui proposer un traitement (art. 64c al. 1^{er} et al. 2 CPS). Une telle décision pourrait être soumise à l'autorité administrative ou judiciaire de recours désignée par le droit cantonal, puis au Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours en matière pénale fondé sur l'art. 78 al. 2 lettre b LTF.

15.10 Action en responsabilité de l'Etat en cas de récidive après une levée de l'internement à vie

Lorsqu'une autorité décide de lever l'internement à vie ordonné contre une personne ou de mettre en liberté conditionnelle une personne internée à vie et que cette personne commet à nouveau l'un des crimes visés à l'art. 64 al. 1bis CPS, la collectivité publique dont relève l'autorité répond du dommage qui en résulte, conformément à l'art. 380a al. 1^{er} CPS²⁰⁴³.

La décision de levée de la mesure d'internement à vie, qui est à l'origine de la récidive, est généralement rendue par un canton ; elle pourrait l'être aussi, éventuellement, par la Confédération si c'est le Tribunal pénal fédéral qui statue.

²⁰⁴² Voir précédemment, p. 465.

²⁰⁴³ Voir précédemment, p. 481 s.

Les dispositions du code des obligations sur les actes illicites s'appliquent au recours contre l'auteur du crime ainsi qu'à la prescription de l'action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral²⁰⁴⁴ (al. 2).

L'action récursoire contre les membres de l'autorité est régie par le droit cantonal ou par la Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité²⁰⁴⁵ (al. 3).

16. Synthèse

Le Code de procédure pénale confère expressément au prévenu le droit de refuser de collaborer aux expertises médicales ordonnées avant le prononcé d'une éventuelle mesure thérapeutique (art. 185 al. 5 CPP). Aucune des dispositions du Code de procédure pénale ou du Code pénal ne permet au surplus d'imposer, au besoin par la contrainte, une expertise médicale qui serait ordonnée ultérieurement, notamment pour évaluer l'opportunité de modifier ou de lever une mesure. Au demeurant, une expertise de nature psychiatrique, qui nécessite une collaboration du patient, paraît objectivement impossible à réaliser contre sa volonté.

Cette même difficulté peut survenir lorsqu'il s'agit d'obtenir la collaboration à un traitement institutionnel d'un délinquant souffrant de troubles mentaux, qu'un juge peut ordonner conformément à l'art. 59 CPS. Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si le traitement consiste en une médication, la disposition précitée peut constituer la base légale d'une médication forcée, pour autant que ce traitement corresponde au but de la mesure thérapeutique et qu'il s'inscrive dans le cadre du traitement ordonné. Cette mesure, synonyme de grave atteinte à la liberté individuelle, paraît justifiée par les intérêts de sécurité publique de la collectivité, dans une perspective de libération éventuelle du délinquant ; elle l'est aussi par les intérêts particuliers du délinquant lui-même, qui ne peut être libéré conditionnellement de la mesure que si son état a évolué de

²⁰⁴⁴ Voir notamment Marianne HEER, *Kommentar ad Art. 380a StGB*, in: Basler *Kommentar StGB II*, p. 5925 ss; François CHANSON, Baptiste VIREDAZ, *Commentaire ad art. 380a CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 2545 ss ; Michel Dupuis et al., p. 2194 s.

²⁰⁴⁵ Loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité, LRCF) (RS 170.32).

telle façon que le risque de nouvelles infractions a été éliminé ou, au moins, réduit de manière suffisante.

La lettre de l'art. 60 CPS permet également au juge d'ordonner un traitement institutionnel destiné à lutter contre une addiction. Dès lors, dans une application analogique des principes retenus par le Tribunal fédéral à propos de l'art. 59 CPS, un traitement sans consentement pourrait peut-être être envisagé. Selon l'expérience, cependant, les traitements destinés à lutter contre une dépendance nécessitent la collaboration du patient, à défaut de quoi ils paraissent voués à l'échec, partant contraires au principe de proportionnalité dans sa dimension d'aptitude ; le juge est d'ailleurs invité, avant de prononcer une telle mesure, à tenir « compte de la demande et de la motivation de l'auteur ».

Quant aux mesures applicables aux jeunes adultes en exécution de l'art. 61 CPS, elles correspondent par essence à des mesures éducatives ; elles ne contiennent aucune référence à un éventuel traitement de nature médicale, qui ne pourrait dès lors être imposé. Un traitement médical pourrait cependant résulter d'une décision du juge ordonnant simultanément une mesure de placement institutionnel en raison du jeune âge de l'auteur et un traitement ambulatoire au sens de l'art. 63 CPS, ce que l'art. 56a al. 2 CPS autorise.

L'art. 63 CPS prévoit en effet la possibilité d'ordonner un traitement médical sous forme ambulatoire ; un tel traitement peut aussi correspondre à une règle de conduite au sens de l'art. 94 CPS, imposée lors d'une libération conditionnelle selon l'art. 87 CPS ou à l'occasion de l'octroi du sursis selon l'art. 44 CPS. La mise en œuvre d'un traitement médical dans ces circonstances sans le consentement du patient, voire en dépit de son refus d'y collaborer, impliquerait que le délinquant soit amené de force au lieu de traitement ou qu'il soit soumis à un traitement forcé, probablement sous forme de médication ; on peut également concevoir que les deux hypothèses se réalisent l'une après l'autre. Un tel scénario paraît peu probable, et sans doute contraire au principe de proportionnalité ; en tout cas, il resterait sans effet si le traitement n'impliquait pas de médication. Pour obtenir la collaboration du patient, la menace des conséquences auxquelles il s'expose en cas de refus de collaborer paraît en réalité plus efficace : la mesure pourrait en effet être levée et remplacée par une mesure institutionnelle. Lorsqu'elle a été ordonnée pour un délinquant bénéficiant

du sursis ou qui a été libéré conditionnellement, il risque alors la réintégration dans l'établissement d'exécution de la peine.

Enfin, un traitement psychiatrique peut être aussi imposé à l'occasion d'un internement ou d'un internement à vie, même si ces deux mesures sont par essence des mesures sécuritaires et non thérapeutiques. Selon la lettre de l'art. 64 al. 4 CPS, l'auteur peut en effet être « soumis » à une prise en charge psychiatrique, « si besoin est ». Toutefois, le Tribunal fédéral n'évoque que des possibilités thérapeutiques « offertes » au délinquant. Au surplus, la thérapie semble « vouée à l'échec » en cas d'internement, voire « vouée à l'échec à longue échéance » en cas d'internement à vie ; l'opportunité d'un traitement imposé est dès lors douteuse au regard du principe de proportionnalité dans sa dimension d'aptitude. Pour ce qui a trait au traitement en vue de diminuer la dangerosité, mis en place dans la perspective d'une éventuelle levée d'un internement à vie - et de son remplacement par une mesure thérapeutique institutionnelle -, il est « proposé » au délinquant selon l'art. 64c al. 2 CPS *in initio*. Il n'est dès lors pas question, non plus, de l'imposer.

* * * * *

CHAPITRE XI :

Les autres mesures médicales lors de la détention pénale

1. Contexte

Ce chapitre traite des mesures de nature médicale qui peuvent être ordonnées lors de la détention pénale, mais dont le but n'est ni d'élucider les faits à l'origine d'une procédure pénale, ni de traiter une pathologie liée à un comportement délictueux avec l'espoir d'amender le délinquant²⁰⁴⁶. Il est plutôt question des expertises médicales destinées à évaluer l'aptitude à supporter la détention, des fouilles corporelles dans les établissements carcéraux et, enfin, de l'alimentation forcée des détenus engagés dans un jeûne de protestation. Les actes examinés et analysés ici peuvent être accomplis tant à l'occasion de la détention provisoire que lors de l'exécution d'une peine privative de liberté.

Toutes ces mesures peuvent être imposées ; le délinquant est contraint de s'y soumettre et, dans certaines circonstances, le recours à la force peut être utilisé en cas de nécessité.

2. Bref historique

En 2002, le législateur fédéral a considérablement modifié la Partie générale du Code pénal suisse, restée quasi inchangée depuis 1937, une révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Cette vaste révision a touché

²⁰⁴⁶ Ces deux thèmes font chacun l'objet d'un précédent chapitre, voir p. 313 ss et p. 373 ss.

notamment l'art. 92 CPS, relatif à une éventuelle interruption de l'exécution d'une peine ou d'une mesure et, partant, sur l'aptitude à subir la détention ; elle a également porté sur l'art. 85 CPS, consacré en général aux contrôles et aux inspections et, en particulier, aux fouilles corporelles à l'occasion de l'exécution d'une sanction.

L'interruption de l'exécution d'une peine ou d'une mesure, telle qu'elle découle de l'art. 92 CPS, correspond au principe de l'art. 40 al. 1^{er} CPS dans sa version d'origine adoptée en 1937. Elle ne suscite guère de commentaire – quatre lignes - dans le Message à l'appui de la révision de 2002²⁰⁴⁷. Le Conseil fédéral se borne à illustrer la mise en œuvre de la norme en précisant à titre d'exemple que, pour une femme, un motif important d'interruption de l'exécution peut être la naissance d'un enfant. Si l'état de santé du détenu nécessite son transfert vers un hôpital, un tel transfert, autrefois énoncé à l'art. 40 al. 2 CPS, figure désormais à l'art. 80 CPS. Cet article prévoit, de façon générale, des formes d'exécution dérogatoires lorsque l'état de santé du prévenu l'exige (lettre a) et fait spécifiquement référence aux femmes enceintes ou aux mères d'enfants en bas âge (lettres b et c). On peut encore observer que le projet proposait une interruption « pour des motifs importants »²⁰⁴⁸ et que la version finalement adoptée par le législateur permet l'interruption « pour un motif grave », fidèle à la formulation du Code pénal suisse dans sa version d'origine. En revanche, aucun des deux textes n'indique de quelle manière il convient d'évaluer le caractère sérieux du motif, notamment d'un motif lié à l'état de santé du détenu.

Le Message à l'appui de la révision de 2002 ne livre pas beaucoup plus de précision à propos de fouilles corporelles lors de l'exécution d'une peine ou d'une mesure²⁰⁴⁹. Il souligne cependant que la fouille constitue une atteinte aux droits de la personnalité, qui nécessite dès lors une réglementation expresse dans la loi, dans le Titre spécifiquement consacré à l'exécution des sanctions introduit à l'occasion de la révision de 2002. Auparavant, le Code pénal suisse ne contenait aucune disposition consacrée à ce thème, pas même dans ses principes²⁰⁵⁰, un domaine jusque-là laissé à l'appréciation des cantons dans leur législation d'exécution.

²⁰⁴⁷ Message Partie générale CPS 1998, 1931.

²⁰⁴⁸ Message Partie générale CPS 1998, 2133.

²⁰⁴⁹ Message Partie générale CPS 1998, 1926.

²⁰⁵⁰ Message Partie générale CPS 1998, 1791.

Si la fouille corporelle a lieu à titre d'inspection ou de contrôle à l'occasion de la détention provisoire, c'est l'art. 235 CPP qui est applicable. Cette disposition récente au plan fédéral – le Code de procédure pénale suisse adopté le 5 octobre 2007 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 – n'énonce cependant aucune des conditions auxquelles une fouille corporelle serait subordonnée dans ce cadre-là, laissant les cantons régler la question dans leur propre législation ou réglementation d'exécution. Le Conseil fédéral ne paraît pas davantage concerné par cette problématique : dans son Message à propos de l'unification du droit de la procédure pénale en Suisse, il ne livre aucun commentaire sur ce point précis²⁰⁵¹.

Quant à la question de l'alimentation forcée, longtemps restée confidentielle²⁰⁵², elle a surgi avec un certain fracas dans l'actualité médiatique et juridique suisse en 2010, quand un détenu condamné pour trafic de stupéfiants et incarcéré dans le canton du Valais a entamé dès mars 2010 une grève de la faim. Il entendait ainsi protester contre la pénalisation de la consommation et de la vente de cannabis, d'une part, et contre la sévérité de la sanction qui lui avait été infligée, d'autre part.²⁰⁵³

Transféré dans le quartier cellulaire d'un hôpital universitaire après quelques semaines de jeûne en raison de la péjoration de son état, il saisit, sans succès, le Tribunal cantonal valaisan puis le Tribunal fédéral d'un recours contre la décision de l'autorité administrative qui lui avait refusé une suspension de l'exécution de la peine en raison de la grave dégradation de sa santé.

Au contraire, alors que le recours portait bien, on l'a dit, sur la question de la suspension de l'exécution de la peine, le Tribunal fédéral autorisa l'alimentation forcée du détenu ; cette mesure ne fut toutefois jamais mise en œuvre, les médecins en charge du patient ayant refusé de l'exécuter, malgré une injonction de la juridiction cantonale. Finalement, le détenu cessa sa grève de la faim en décembre 2010, de sorte qu'un recours

²⁰⁵¹ Dans le projet, la disposition figurait sous l'art. 234 CPP ; FF 2006 1057, 1217.

²⁰⁵² Un des rares auteurs à s'être penché sur cette problématique considérait qu'il était inutile de légiférer : Jean SCHNETZLER, L'intervention pratiquée contre le gré du patient par les médecins d'un établissement hospitalier public, *in*: RDAF 1967 61, 72 s., cité par le Tribunal fédéral dans l'ATF 136 IV 97, 111.

²⁰⁵³ Il s'agit de l'« affaire Bernard Rappaz », un chanvrier valaisan condamné en 2008 à 5 ans et 8 mois de prison, engagé dans une grève de la faim dès le premier jour de son incarcération, en mars 2010.

interjeté devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, formé contre l'arrêt du Tribunal fédéral, fut déclaré irrecevable, faute d'intérêt actuel²⁰⁵⁴.

A la suite de cette affaire, plusieurs cantons ont adopté des dispositions ou modifié leur législation à propos de la grève de la faim. Celui du Valais, directement touché par l'affaire citée précédemment, a remplacé son Règlement du 10 décembre 1993 sur les établissements de détention par une Ordonnance du 18 décembre 2013 sur les droits et les obligations de la personne détenue²⁰⁵⁵. L'art. 49 al. 4 du Règlement abrogé invitait la direction de l'établissement, en cas de grève de la faim d'un détenu, à prendre contact avec le médecin et à « agir selon les principes dictés par la conscience universelle et la morale traditionnelle », ce qui ne permettait pas d'en tirer des conclusions précises²⁰⁵⁶.

3. Normes applicables

3.1 Droit fédéral

3.1.1 Evaluation de l'aptitude à subir la détention

L'art. 92 CPS vise à résoudre la problématique de l'aptitude à subir la détention à l'occasion de l'exécution d'une peine ou d'une mesure. En principe, cette disposition prévoit implicitement l'exécution ininterrompue d'une sanction²⁰⁵⁷; cependant, à titre exceptionnel, « [l]'exécution des peines et mesures peut être interrompue pour un motif grave » (art. 92 CPS *in fine*).

Lorsque la question survient au cours de la détention provisoire, l'art. 251 al. 2 CPP prévoit qu'un examen de la personne peut avoir lieu notamment pour apprécier l'aptitude du prévenu à supporter la détention. Comme le Code pénal suisse, le Code de procédure pénale ne précise toutefois pas à quelles conditions une interruption de la détention pourrait être accordée à ce stade de la procédure. Selon le Tribunal fédéral, les

²⁰⁵⁴ Décision d'irrecevabilité du 26 mars 2013 dans l'affaire Rappaz c. Suisse, requête 73175/10.

²⁰⁵⁵ Voir plus loin, p. 503 s.

²⁰⁵⁶ ATF 136 IV 97, 111.

²⁰⁵⁷ ATF 136 IV 97, 101.

principes développés par la jurisprudence à propos de l'art. 92 CPS sont applicables par analogie avant le jugement²⁰⁵⁸.

3.1.2 Fouilles corporelles et autres contrôles dans un établissement de détention

Les modalités des contrôles et des inspections dans un établissement de détention, à la recherche d'objets ou de substances dont la possession est prohibée par le règlement interne, sont visées par l'art. 85 al. 2 CPS lorsque la question survient à l'occasion de l'exécution d'une peine ou d'une mesure.

A nouveau, le Code de procédure pénale ne dit rien à propos de cette même question lorsqu'elle se pose lors de la détention provisoire ; dans une norme générale relative à l'exécution de la détention provisoire, prévue à l'art. 235 CPP, le législateur fédéral renvoie au droit cantonal pour tout ce qui a trait aux droits et obligations des prévenus en détention (art. 235 al. 5 CPP).

3.1.3 Alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation

Aucune norme spécifique de droit fédéral n'est consacrée au jeûne engagé par un détenu pour protester contre un placement en détention, une condamnation ou des conditions d'incarcération, qui décrirait le comportement que les autorités d'exécution des peines peuvent ou doivent adopter dans des circonstances de ce genre²⁰⁵⁹.

Certains auteurs regrettent ce qu'ils tiennent pour une lacune et préconisent l'adoption de dispositions fédérales ou, alternativement, d'un concordat intercantonal, qui permettraient une application uniforme de

²⁰⁵⁸ Arrêt du 2 mai 2019 dans la cause 1B_175/2019 ; arrêt du 4 mai 2011 dans la cause 1B_149/2011, cons. 5.1 (avec des exemples non publiés aux ATF 137 IV 186) ; ATF 108 Ia 69, 73.

²⁰⁵⁹ ATF 136 IV 97, 110.

règles pour l'heure édictées par les cantons²⁰⁶⁰. Pour étayer leur proposition, ils invoquent de façon pertinente la mobilité des détenus, découlant de l'existence de concordats intercantonaux pour l'exécution des peines et mesures, qui pourrait être à l'origine d'inégalités de traitement.

S'il n'existe pas de dispositions fédérales spécifiques, des normes de rang constitutionnel fédéral sont bien en jeu lorsque survient un cas de cette nature, ainsi la liberté personnelle du détenu, garanti par l'art 10 Cst – dont découle pour lui le droit de refuser un traitement –, et le droit à la liberté d'expression, énoncée à l'art. 16 Cst. On pourrait aussi songer, pour le détenu, au droit à choisir le moment et la forme de la fin de sa vie²⁰⁶¹; cependant, le détenu engagé dans une grève de la faim souhaite avant tout « protester » et non pas mourir.

Selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'alimentation forcée d'un détenu n'est pas contraire à la CEDH²⁰⁶². Le Tribunal fédéral a jugé quant à lui²⁰⁶³, dans une réflexion qualifiée par certains auteurs d'« acrobatique », que le pouvoir exécutif, sur la base de la clause générale de police découlant de l'art. 36 al. 1er Cst *in fine*²⁰⁶⁴, peut ordonner l'alimentation forcée d'un détenu en grève de la faim, lorsqu'elle est de nature à écarter une atteinte grave à sa santé : « [l']alimentation forcée ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et à la liberté personnelle du détenu et elle ne viole pas l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants si elle est pratiquée dignement et conformément aux règles de l'art médical »²⁰⁶⁵.

²⁰⁶⁰ Voir notamment Benjamin BRÄGGER, Zwangsernährung im Strafvollzug, Jusletter du 16 août 2010; Franz RIKLIN, Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge, in: Nicolas Quéloz et al. (éd.), Médecine et détention, Berne 2002, p. 64, cités par le Tribunal fédéral, ATF 136 IV 97, 112. Plus généralement, voir Benjamin BRÄGGER, Tanja ZANGGER, Freiheitsentzug in der Schweiz, Berne 2020, p. 427 ss.

²⁰⁶¹ Egalemeut rattaché à l'art. 10 Cst et à l'art. 8 CEDH, selon l'ATF 142 I 195, 202-203.

²⁰⁶² Voir précédemment, p. 19.

²⁰⁶³ Dans l'affaire Rappaz, déjà citée, ATF 136 IV 97.

²⁰⁶⁴ « Acrobatique » en particulier parce que la clause générale de police suppose que la situation à laquelle l'autorité est confrontée soit atypique et imprévisible, ce qu'une grève de la faim d'un détenu n'est certainement pas; Olivier GUILLIOD, Dominique SPRUMONT, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, in: Jusletter du 8 novembre 2010, no 36. Sur la clause générale de police, voir précédemment, p. 142 ss.

²⁰⁶⁵ ATF 136 IV 97, 116. Sur les règles de l'art et leur portée, voir plus loin, p. 506 s.

3.2 Droit cantonal

3.2.1 *Fouilles corporelles et autres contrôles dans l'établissement de détention*

Les normes cantonales sont applicables lors de la détention provisoire, le Code de procédure pénale fédéral ne contenant aucune disposition spécifique, mais plutôt un renvoi aux normes édictées dans le droit cantonal.

Elles se trouvent aussi bien dans des lois au sens formel, par exemple des lois relatives à l'exécution judiciaire, à l'exécution des peines et mesures²⁰⁶⁶ ou aux établissements de détention²⁰⁶⁷ que dans des dispositions de rang inférieur, ordonnances²⁰⁶⁸ ou règlements²⁰⁶⁹.

La jurisprudence considère en effet que lorsque les causes et la durée de la privation de la liberté sont prévues dans une loi au sens formel, les restrictions à la liberté personnelle des détenus qui découlent des conditions de détention peuvent figurer dans une loi au sens matériel, par exemple un règlement de prison, ces personnes étant liées à l'Etat par un rapport de droit spécial²⁰⁷⁰.

Le règlement de prison doit cependant satisfaire à des exigences minimales de clarté et de précision, afin d'assurer aux détenus une protection suffisante contre l'arbitraire ou d'autres violations de leurs droits fondamentaux²⁰⁷¹.

²⁰⁶⁶ Ainsi dans le canton de Berne, art. 31 de la Loi du 23 janvier 2018 sur l'exécution judiciaire ou, dans le canton de Neuchâtel, art. 88 de la Loi du 24 mai 2016 sur l'exécution des peines et mesures pour les personnes adultes.

²⁰⁶⁷ Par exemple dans le canton du Jura, art. 55 et 56 de la Loi du 2 octobre 2013 sur les établissements de détention.

²⁰⁶⁸ Par exemple, dans le canton de Fribourg, art. 18 et 19 de l'Ordonnance du 5 décembre 2017 relative à l'exécution des peines et mesures.

²⁰⁶⁹ Par exemple, dans le canton de Genève, art. 45 du Règlement du 25 juillet 2007 relatif aux établissements ouverts ou fermés d'exécution des peines et des sanctions disciplinaires.

²⁰⁷⁰ Voir notamment Pierre MOOR et al., *Droit administratif*, vol. I : Les fondements, 3^e éd., Berne 2012, p. 19 et p. 719 ss.

²⁰⁷¹ ATF 124 I 203, 205 s.; 123 I 221, 226. Plus récemment, arrêt du 14 janvier 2019 dans la cause 6B_1218/2018, cons. 2.1, et arrêt du 21 juin 2016 dans la cause 1B_425/2015, cons. 2.4.1.

3.2.2 Alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation

A défaut de droit fédéral spécifique, un nombre maintenant assez important de cantons – en Suisse romande, Berne, Neuchâtel, le Jura, le Valais²⁰⁷² et, dans une mesure plus modeste, le Tessin²⁰⁷³ - ont adopté des dispositions à ce sujet²⁰⁷⁴.

En général, ces normes sont édictées dans une loi au sens formel. Certes, on l'a dit, la jurisprudence considère que, lorsque les causes et la durée de la privation de la liberté sont prévues dans une loi au sens formel, les restrictions à la liberté personnelle des détenus qui découlent des conditions de détention peuvent figurer dans une loi au sens matériel, les détenus étant liés à l'Etat par un rapport de droit spécial²⁰⁷⁵. En dépit de ce qui précède, le choix d'une base légale formelle est sans doute approprié, compte tenu de la gravité toute particulière de l'atteinte à la liberté personnelle et, en outre, de l'atteinte à la liberté d'expression que représente une alimentation forcée. Le canton du Valais et plusieurs cantons de Suisse alémanique se contentent pourtant d'une ordonnance ; il est vrai que le Tribunal fédéral a admis l'alimentation forcée d'un détenu gréviste de la faim sur la base de la clause générale de police, c'est-à-dire même en l'absence de toute base légale, formelle ou matérielle.

²⁰⁷² Art. 39 de la Loi bernoise du 23 janvier 2018 sur l'exécution judiciaire ; art. 95 de la Loi neuchâteloise du 24 mai 2016 sur l'exécution des peines et des mesures pour les personnes adultes (LPMPA), art. 40 de la Loi jurassienne du 2 octobre 2013 sur les établissements de détention ; art. 49 de l'Ordonnance valaisanne du 18 décembre 2013 sur les droits et les devoirs de la personne détenue.

²⁰⁷³ Selon l'art. 23 du Règlement sur les structures pénitentiaires du Canton du Tessin, du 15 décembre 2010, « en cas de grève de la faim, la direction de l'établissement informe le service médical et les mesures appropriées sont prises » (traduction libre).

²⁰⁷⁴ En Suisse alémanique, par exemple, Bâle-Ville : art. 23 de la Verordnung über den Justizvollzug, du 11 février 2014 ; Lucerne : art. 39 de la Gesetz über den Justizvollzug, du 14 septembre 2015 et art. 55 de la Verordnung über den Justizvollzug, du 24 mars 2016 ; St-Gall : art. 31bis de la Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten, du 13 juin 2000 (introduit en novembre 2010) ; Zoug : art. 6 de la Justizverordnung du 20 mars 2018.

²⁰⁷⁵ Arrêt du 21 juin 2016 dans la cause 1B_425/2015, cons. 2.4 ; ATF 124 I 203, 205 s. ; 123 I 221, 226, déjà cités.

Dans les cantons qui ont adopté des normes²⁰⁷⁶, l'« alimentation sous contrainte » d'un détenu gréviste de la faim est autorisée s'il se trouve en danger de mort ou court un grave danger pour sa santé (art. 39 al. 1^{er} de la loi bernoise, par exemple). Cette mesure ne peut toutefois pas être entreprise si sa capacité de discernement est encore présente ou « peut être présumée » ; lorsque des directives anticipées existent, qui s'opposent à une alimentation forcée, elles doivent être respectées (al. 2) En outre, l'alimentation sous contrainte « doit être exigible des personnes impliquées » et « ne doit pas entraîner de danger de mort ou de danger grave pour la santé de la personne détenue » (al. 3).

D'autres législations cantonales formulent l'exigence relative à la capacité de discernement de manière quelque peu différente : « Aussi longtemps qu'il est possible d'admettre que la personne concernée agit selon son libre choix, l'établissement n'intervient pas » (art. 95 al. 3 de la loi neuchâteloise)²⁰⁷⁷.

A la suite d'une affaire largement médiatisée déjà évoquée²⁰⁷⁸, le canton du Valais a lui aussi introduit des dispositions assez détaillées dans sa réglementation relative à l'exécution des peines et mesures²⁰⁷⁹. L'ordonnance prévoit d'abord, à charge du service médical pénitentiaire²⁰⁸⁰, un devoir d'informer le détenu, « de manière objective et répétée », à propos des risques inhérents à un jeûne prolongé, ainsi qu'un devoir d'informer le service chargé de l'exécution des peines lorsque « le gréviste de la faim commence à courir un risque sérieux de lésions graves et irréversibles » (art. 49 al. 2).

Si l'état de santé du détenu se dégrade au point que ce risque devient réel, le Service médical pénitentiaire ou le médecin traitant de l'établissement hospitalier peut procéder à une alimentation forcée. La mesure « doit respecter la dignité humaine, doit pouvoir être

²⁰⁷⁶ Par exemple, la Loi bernoise du 23 janvier 2018 sur l'exécution judiciaire, à son art. 39.

²⁰⁷⁷ Loi neuchâteloise du 24 mai 2016 sur l'exécution des peines et des mesures pour les personnes adultes (LPMMA).

²⁰⁷⁸ Voir précédemment, p. 497 s.

²⁰⁷⁹ Ordonnance valaisanne du 18 décembre 2013 sur les droits et les devoirs de la personne détenue.

²⁰⁸⁰ Ou du médecin traitant de l'établissement hospitalier dans lequel le détenu a été transféré.

raisonnablement exigée des personnes concernées et ne doit pas entraîner de danger grave pour la vie ou la santé du détenu ». Elle ne peut être mise en œuvre que si le détenu est privé de sa « pleine capacité de discernement », selon une attestation d'un médecin ne pratiquant pas au sein de l'établissement. Enfin, elle ne doit pas contrevenir à d'éventuelles directives anticipées du détenu, « dussent-elles entraîner la mort de celui-ci » (art. 49 al. 3).

3.3 Directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales

L'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)²⁰⁸¹ a émis des Directives médico-éthiques spécifiques en matière d'« [e]xercice de la médecine auprès de personnes détenues »²⁰⁸². La section 9 des ces directives est plus particulièrement consacrée à la question de la grève de la faim lors d'une détention²⁰⁸³.

Ces directives « s'inscrivent dans un mouvement international qui préconise que les médecins respectent la volonté clairement établie d'un détenu en grève de la faim, quelles qu'en soient les conséquences sur son état de santé »²⁰⁸⁴. Le Tribunal fédéral souligne cependant que ces recommandations « n'ont pas force de loi »²⁰⁸⁵.

La section 9 précitée est relativement brève ; elle est reproduite intégralement ci-après :

« En cas de grève de la faim, la personne détenue doit être informée par le médecin de manière objective et répétée des risques inhérents à un jeûne prolongé.

²⁰⁸¹ Voir précédemment, p. 69 ss.

²⁰⁸² <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

²⁰⁸³ Page 9. A l'occasion de l'affaire Rappaz, en 2010, la Commission Centrale d'Ethique de l'ASSM a réévalué la pertinence de ces directives et a considéré qu'elles étaient toujours d'actualité ; voir l'Introduction aux « Conseils pratiques relatifs à l'application des directives », page 14.

²⁰⁸⁴ Décision d'irrecevabilité du 26 mars 2013 dans l'affaire Rappaz c. Suisse, requête 73175/10, § 78.

²⁰⁸⁵ ATF 136 IV 97, 112.

Sa décision doit être médicalement respectée, même en cas de risque majeur pour la santé, lorsque sa pleine capacité d'autodétermination a été confirmée par un médecin n'appartenant pas à l'établissement.

Si elle tombe dans le coma, le médecin intervient selon sa conscience et son devoir professionnel à moins que la personne n'ait laissé des directives explicites s'appliquant en cas de perte de connaissance pouvant être suivie de mort.

Tout médecin qui fait face à un jeûne de protestation doit faire preuve d'une stricte neutralité à l'égard des différentes parties et doit éviter tout risque d'instrumentalisation de ses décisions médicales.

Malgré le refus d'alimentation formulé, le médecin s'assure que de la nourriture est quotidiennement proposée au gréviste. »

L'annexe F de la même directive transpose ces principes dans des recommandations touchant à la « procédure en cas de grève de la faim »²⁰⁸⁶ ; elle prévoit quatre situations distinctes, définies en fonction de la capacité ou de l'incapacité de discernement de la personne détenue, de l'existence de directives anticipées à propos d'une alimentation artificielle et du danger de mort immédiat ou non qu'elle court. Selon la directive, une seule de ces situations autorise l'alimentation forcée : celle qui survient lorsque, cumulativement, la personne détenue est incapable de discernement, qu'elle n'a pas rédigé des directives anticipées par lesquelles elle s'oppose à une alimentation forcée et, enfin, qu'elle « encourt un danger de mort imminent » faute d'alimentation artificielle. Le texte de l'annexe F ajoute encore, sans doute de façon pertinente, que, dans des circonstances de cette nature, l'alimentation artificielle peut bien souvent être administrée « sans emploi de force ».

3.4 Règles de l'art pour l'alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation ?

Alors qu'il fait parfois référence à la « déontologie médicale » dans certains arrêts relatifs à une mesure médicale imposée²⁰⁸⁷, le Tribunal

²⁰⁸⁶ Page 19 ; en page 20, l'annexe F énonce quelques recommandations complémentaires pour la prise en charge du détenu en grève de la faim.

²⁰⁸⁷ Voir précédemment, p. 385 s.

fédéral choisit, dans sa jurisprudence relative à l'alimentation forcée d'un détenu en grève de la faim, de renvoyer plutôt aux « règles de l'art »²⁰⁸⁸.

Les règles de l'art correspondent aux principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens. Cette notion est plus souvent utilisée dans le cadre de la responsabilité médicale ; globalement considérées, les règles de l'art définissent en effet le devoir de diligence du médecin²⁰⁸⁹. Dans la mesure où l'aspect purement médical (« scientifique » ou « technique ») entourant la réalimentation d'une personne qui a été privée de nourriture ou a choisi de s'en priver ne soulève pas de controverse²⁰⁹⁰, il faut retenir que le Tribunal fédéral fait ici référence aux règles déontologiques ou aux principes éthiques qui pourraient guider les praticiens dans la mise en œuvre d'un tel acte médical.

Le Code de déontologie de la FMH²⁰⁹¹ énonce en termes généraux le devoir de respecter la dignité humaine et de livrer au patient une information appropriée avant qu'il ne se détermine par rapport à un acte médical (art. 4 et 10). Il ne contient en revanche aucune norme spécifique à propos d'un éventuel traitement sans consentement, par exemple l'alimentation forcée d'un détenu en grève de la faim. C'est donc par le biais des directives médico-éthiques de l'ASSM que cette question est résolue dans la déontologie médicale ; l'art. 18 prévoit en effet que bon nombre de ces directives sont « applicables ». Celles qui le sont figurent en conséquence dans le Code de déontologie au sein de l'Annexe 1, qui reprend la quasi-totalité des Directives émises par l'ASSM, notamment la Directive de 2002 concernant l'« exercice de la médecine auprès de personnes détenues ».

Il apparaît en conséquence que, lorsque le Tribunal fait référence aux règles de l'art, il renvoie en fait aux directives émises par l'ASSM dans ce domaine. Or, ces directives s'opposent par principe à toute alimentation

²⁰⁸⁸ ATF 136 IV 97, 116.

²⁰⁸⁹ ATF 133 III 121.

²⁰⁹⁰ La procédure n'est cependant pas anodine et, partant, comporte des risques pour la santé du détenu ; voir la description extraite de Sondra CROSBY, Caroline APOVIAN, Michael GRODIN, *Hunger Strikes, Force-feeding, and Physicians' Responsibilities*, JAMA 2007 ; 298 (5) : 563-566, cité par Samia HURST, *Nutrition forcée : la justice croit à tort pouvoir se passer de l'éthique médicale*, in: *Le Temps* du 29 octobre 2010.

²⁰⁹¹ Voir aussi précédemment, p. 71 s.

forcée lors d'un jeûne de protestation et ne l'autorisent que dans un seul cas bien précisément décrit, c'est-à-dire si une personne détenue est incapable de discernement, n'a pas rédigé des directives anticipées par lesquelles elle s'oppose à une alimentation forcée et, enfin, « encourt un danger de mort imminent ».

La jurisprudence du Tribunal en matière de jeûne de protestation – qui l'autorise à la condition que le détenu coure le risque de souffrir de lésions graves et irréversible et qu'elle soit pratiquée dignement - n'est par conséquent, lorsqu'elle renvoie aux règles de l'art, pas totalement exempte de contradictions ; comme le relèvent deux auteurs, elle « laisse [le lecteur] sur [sa] faim »²⁰⁹².

4. Evaluation médicale de l'aptitude à supporter la détention

4.1 Conditions de réalisation

Selon l'art. 92 CPS, l'exécution des peines et mesures peut être interrompue pour un motif grave²⁰⁹³. Lorsque la question se pose à l'occasion de la détention provisoire, elle doit être résolue à la lumière de l'art. 251 al. 2 lettre b CPP *in fine*²⁰⁹⁴. Les principes jurisprudentiels dégagés à ce propos dans le cadre de l'exécution d'une peine ou d'une mesure sont applicables à la détention provisoire.

²⁰⁹² Olivier GUILLOD, Dominique SPRUMONT, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, *in*: Jusletter du 8 novembre 2010, en particulier no 46, p. 7. Dans le même sens, Samia HURST, Nutrition forcée : la justice croit à tort pouvoir se passer de l'éthique médicale, *in*: Le Temps du 29 octobre 2010.

²⁰⁹³ Yasmina BENDANI, Commentaire *ad* art. 92 CPS, *in*: Commentaire romand CPS I, p. 1357 ; Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II : Strafen und Massnahmen, 3e éd., Berne 2020, p. 97 s. ; Michel Dupuis et al., p. 639 ss ; Cornelia KOLLER, Kommentar *ad* Art. 92 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 2, p. 2140 s. ; Andrea BAECHTOLD, Strafvollzug, 2ème éd. 2009, p. 93 no 15 ; Michel PERRIN, L'ajournement et l'interruption de la peine, *in*: Revue valaisanne de jurisprudence 2002, p. 340 ss.

²⁰⁹⁴ Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 251 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1983 ss ; Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad* art. 251 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1595 ss ; Michel Dupuis et al., p. 825 ss ; Charles HAENNI, Kommentar *ad* Art. 251 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1926 ss.

Une telle interruption revêt toujours un caractère subsidiaire et n'est envisageable que lorsque les formes dérogatoires d'exécution prévues à l'art. 80 CPS²⁰⁹⁵ - semi-détention, congés, surveillance électronique, exécution dans un établissement médical ou médico-social, par exemple – apparaissent inappropriées dans le cas d'espèce.

Outre des motifs de santé, la doctrine évoque dans ce contexte des motifs familiaux et des motifs patrimoniaux ou professionnels, toutefois avec prudence, car les « inconvénients personnels et économiques sont des conséquences normales de tout emprisonnement »²⁰⁹⁶. Les premiers pourraient exister, par exemple, si la présence du détenu aux côtés de son conjoint ou d'un autre membre de sa famille, notamment lors d'une grave maladie, apparaissait absolument indispensable pour une période prolongée. Les seconds pourraient survenir si la survie d'une entreprise était gravement mise en péril par la détention de l'exploitant²⁰⁹⁷.

La jurisprudence fédérale ne s'est prononcée qu'à propos des motifs liés à la santé ; elle est tout à fait restrictive²⁰⁹⁸. Pour que l'exécution de la peine puisse réellement être interrompue pour de tels motifs, il faut que « le condamné se trouve, pour une période indéterminée, ou à tout le moins pour une certaine durée, incapable de subir l'exécution de sa peine pour des motifs très sérieux de santé »²⁰⁹⁹, qu'il s'agisse de l'exécution ordinaire ou des formes dérogatoires d'exécution prévues à l'art. 80 CPS. En cas de délit

²⁰⁹⁵ Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 80 CPS, *in* : Commentaire romand CPS I, p. 1273 ss ; Michel Dupuis et al., p. 610 ss ; Cornelia KOLLER, Kommentar *ad* Art. 80 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2032 ss.

²⁰⁹⁶ Yasmina BENDANI, Commentaire *ad* art. 92 CPS, *in*: Commentaire romand CPS I, no 21, p. 1363.

²⁰⁹⁷ Yasmina BENDANI, *ibidem*, no 20 et 21, p. 1363.

²⁰⁹⁸ A titre d'exemples, arrêt du 17 septembre 2013 dans la cause 6B_511/2013 (risque suicidaire « moyen » ; recours rejeté et poursuite de la détention) ; arrêt du 13 septembre 2013 dans la cause 6B_504/2013 (détenu âgé de 89 ans, atteint d'un cancer de la prostate en phase avancée ; recours rejeté et poursuite de l'exécution de la peine) ; arrêt du 4 décembre 2012 dans la cause 6B_240/2012 (détenu en traitement en vue d'un changement de sexe qui, ayant atteint la mi-peine en cours de procédure, demandait aussi une libération conditionnelle ; recours rejeté et poursuite de l'exécution de la peine) ; arrêt du 4 mai 2011 dans la cause 1B_149/2011 (détenu âgé de 88 ans – même détenu que celui de la cause 6B_504/2013 -, souffrant de démence et de dépression et présentant un risque auto ou hétéro agressif ; recours rejeté et poursuite de la détention pour motifs de sûreté) ; ATF 116 Ia 420 (détenu suicidaire et malade du SIDA ; recours rejeté et poursuite de la détention provisoire).

²⁰⁹⁹ Arrêt du 17 décembre 2013 dans la cause 6B_511/2013, cons. 2.1.

grave, le besoin accru de protection de la collectivité doit être intégré dans la balance des intérêts en jeu²¹⁰⁰.

Les motifs médicaux invoqués sont suffisamment sérieux lorsque la poursuite de l'exécution violerait l'interdiction des peines cruelles, inhumaines ou dégradantes, prévue à l'art. 10 al. 3 Cst²¹⁰¹. Ils le sont également si « la poursuite de l'exécution met concrètement en danger la vie du condamné »²¹⁰².

« Dans les autres cas, la gravité requise peut être atteinte si la poursuite de l'exécution, sans menacer directement la vie du condamné, lui fait néanmoins courir un risque sérieux pour sa santé »²¹⁰³. Pour déterminer si un tel degré est atteint, la gravité des motifs retenus ne s'apprécie pas de manière abstraite, mais en rapport avec la situation concrète du condamné et en fonction de la disponibilité des soins dans l'établissement pénitentiaire ou dans le système pénitentiaire, notamment en mettant en œuvre une des formes dérogatoires d'exécution prévues par l'art. 80 CPS.

Ainsi, la reconnaissance d'un motif médical grave n'entraîne pas automatiquement la libération provisoire du condamné. Elle ne peut être ordonnée que si les lésions auxquelles la poursuite de l'exécution de la peine expose le détenu ne peuvent absolument pas faire l'objet d'un traitement médical dans l'infirmerie de la prison ou dans le quartier cellulaire d'un hôpital²¹⁰⁴.

« Les tendances suicidaires d'un condamné ne peuvent en principe pas motiver une interruption de l'exécution de la peine, en tout cas aussi longtemps que l'administration parvient à réduire fortement le risque de suicide, immanent à tout régime pénitentiaire, [...] en limitant efficacement

²¹⁰⁰ ATF 106 IV 321.

²¹⁰¹ Et dans d'autres textes de droit international public, par exemple aux art. 3 CEDH, 7 du Pacte ONU II et dans la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, voir précédemment, p. 7 ss, 28 s. et 36 s. A propos de l'art. 10 al. 3 Cst, voir notamment aya HERTIG RANDALL, Julien MARQUIS, Commentaire ad art. 10 Cst, in: Commentaire romand Cst, p. 425 ss; Axel TSCHENTSCHER, Kommentar ad Art. 10 BV, in: Basler Kommentar BV, p. 251; Rainer SCHWEIZER, Kommentar ad Art. 10 BV, in: St. Galler Kommentar BV vol. I, p. 278 ss.

²¹⁰² Arrêt du 17 décembre 2013 dans la cause 6B_511/2013, cons. 2.1.

²¹⁰³ *Ibidem*.

²¹⁰⁴ ATF 136 IV 97, 103.

l'accès des détenus aux moyens qui leur permettraient de se donner la mort »²¹⁰⁵.

4.2 Certificat médical ou expertise

L'appréciation de la gravité des motifs médicaux étant, à lire la jurisprudence, une décision d'espèce, elle n'autorise pas, en général, de comparaison pertinente au regard de l'égalité de traitement²¹⁰⁶.

L'existence d'un motif grave de santé justifiant l'interruption de l'exécution d'une peine ou d'une mesure suppose par conséquent systématiquement une évaluation médicale spécifique, consignée dans un certificat s'il peut suffire, plus généralement dans une expertise, la question étant souvent relativement complexe.

4.3 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

La personne détenue doit collaborer à l'établissement du certificat médical ou de l'expertise, document qui ne peut réellement être établi sans elle, en tout cas lorsque l'affection invoquée à l'appui de la demande de suspension est de nature psychique.

Dans le contexte d'une requête de suspension de l'exécution d'une peine, l'hypothèse qu'elle refuse sa collaboration est théorique : elle va très probablement collaborer à l'acte médical, dans l'espoir d'obtenir la suspension qu'elle demande.

²¹⁰⁵ Arrêt du 17 septembre 2013 dans la cause 6B_511/2013 ; arrêt du 25 mai 2010 dans la cause 6B_377/2010, cons. 2.1; arrêt du 26 mai 2009 dans la cause 6B_249/2009, cons. 2.1; arrêt du 17 mai 2004 dans la cause 1P.65/2004, cons. 5.2 ; ATF 108 Ia 69, 72.

²¹⁰⁶ ATF 135 V 361, 369 s. et les arrêts cités.

5. Fouille corporelle et autres contrôles dans l'établissement de détention

5.1 Conditions de réalisation

5.1.1 Fouille du détenu

Selon l'art. 85 al. 2 CPS, un détenu peut être soumis à une fouille corporelle s'il est soupçonné de dissimuler sur lui ou à l'intérieur de son corps des objets interdits²¹⁰⁷. Cette norme est applicable lors de l'exécution de peine ; lors de la détention provisoire, une fouille corporelle repose indirectement sur l'art. 235 al. 5 CPP, une norme générale qui délègue aux cantons le soin de régler « les droits et les obligations des prévenus en détention »²¹⁰⁸.

Les fouilles corporelles dont il est question ici, on l'a dit, ne sont pas envisagées comme un acte d'instruction dans le cadre d'une procédure pénale, par exemple pour rechercher l'objet du délit que le prévenu aurait pu cacher sur lui²¹⁰⁹. Il s'agit de fouilles corporelles destinées à s'assurer que le détenu ne détient pas d'objets ou de substances (téléphone portable, armes, stupéfiants, ...) dont la possession est prohibée par les règlements relatifs à la détention pénale.

Une fouille a parfois lieu à l'arrivée du détenu dans l'établissement, en tant que « formalité d'entrée »²¹¹⁰. Ensuite, une fouille corporelle peut avoir lieu en tout temps, lorsqu'un détenu est soupçonné de dissimuler des

²¹⁰⁷ Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 85 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1300 ss ; Michel Dupuis et al., p. 621 ss ; Thomas NOLL, Kommentar *ad* Art. 85 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2077 ss.

²¹⁰⁸ Mirjam FREI, Simone ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, Kommentar *ad* Art. 235 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1847 ss ; Baptiste VIREDAZ, Commentaire *ad* art. 235 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1595 ss ; Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 773 ss ; Charles HAENNI, Kommentar *ad* Art. 235 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1926 ss.

²¹⁰⁹ Elles sont traitées dans un chapitre précédent, voir p. 326 ss.

²¹¹⁰ Art. 14 de l'Ordonnance valaisanne du 18 décembre 2013 sur les droits et les devoirs de la personne détenue ; art. 20 de la Loi jurassienne du 2 octobre 2013 sur les établissements de détention ; art. 9 du Règlement vaudois du 16 août 2017 sur le statut des personnes condamnées exécutant une peine privative de liberté ou une mesure ; art. 18 et 19 de l'Ordonnance fribourgeoise du 5 décembre 2017 relative à l'exécution des peines et mesures.

substances ou des objets interdits dans son corps²¹¹¹ ou, comme le formule l'art. 85 CPS, « pour des raisons d'ordre et de sécurité de l'établissement » de détention. Certaines législations prévoient aussi une fouille avant et après une visite²¹¹², un déplacement ou une sortie²¹¹³.

Seule une personne du même sexe peut procéder à une fouille corporelle²¹¹⁴ ; s'il implique un déshabillage, l'examen doit être effectué en l'absence d'autres détenus²¹¹⁵. Lorsqu'une fouille corporelle « approfondie » ou « intime » est nécessaire, c'est-à-dire l'« examen de l'intérieur du corps »²¹¹⁶, elle doit être pratiquée par un médecin ou un autre membre du personnel médical²¹¹⁷, également du même sexe, selon certains auteurs²¹¹⁸. En pratique, il semble qu'« il n'y a guère de médecins ou de soignants qui effectuent ce genre d'inspections intimes. C'est pourquoi le détenu est le plus souvent soumis à un système d'imagerie médicale ou de rayons X afin de détecter des objets cachés dans son corps »²¹¹⁹. La fouille corporelle ou intime doit en tout cas être réalisée « à l'infirmerie » ou dans un lieu approprié²¹²⁰ ; alternativement, le détenu peut être transféré dans un établissement hospitalier dans ce but²¹²¹.

²¹¹¹ Art. 53 al. 3 de l'Ordonnance valaisanne du 18 décembre 2013 sur les droits et les devoirs de la personne détenue.

²¹¹² Art. 16 de l'Ordonnance jurassienne du 8 avril 2014 sur les établissements de détention.

²¹¹³ Art. 106 du Règlement vaudois du 16 août 2017 sur le statut des personnes condamnées exécutant une peine privative de liberté ou une mesure.

²¹¹⁴ Art. 85 al. 2 CPS.

²¹¹⁵ Art. 85 al. 2 CPS ; art. 14 al. 1^{er} de l'Ordonnance valaisanne du 18 décembre 2013 sur les droits et les devoirs de la personne détenue.

²¹¹⁶ GE 45.3 Règlement genevois du 25 juillet 2007 relatif aux établissements ouverts ou fermés d'exécution des peines et des sanctions disciplinaires, même teneur dans le Règlement du 19 mars 2014 de l'établissement de Curabilis.

²¹¹⁷ Art. 85 al. 2 CPS.

²¹¹⁸ Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 85 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 2, p. 1301, qui se réfèrent à l'ATF 109 Ia 146, 158 s.

²¹¹⁹ Benjamin BRÄGGER, Contribution *ad* « Contrôles », *in*: Benjamin Brägger, Joëlle Vuille (éd.), Lexique pénitentiaire suisse – De l'arrestation provisoire à la libération conditionnelle, Bâle 2016, p. 113.

²¹²⁰ Art. 19 de l'Ordonnance fribourgeoise du 5 décembre 2017 relative à l'exécution des peines et mesures.

²¹²¹ Art. 14 al. 2 de l'Ordonnance valaisanne du 18 décembre 2013 sur les droits et les devoirs de la personne détenue.

Plus généralement, ces fouilles corporelles ne doivent pas « franchir le seuil » d'un traitement dégradant au sens de l'art. 3 CEDH²¹²². Elles ne peuvent poursuivre que des buts de sécurité et de prévention des infractions ; elles ne doivent dès lors pas être destinées à humilier ou rabaisser le détenu²¹²³, ni être mises en œuvre à titre de sanction disciplinaire²¹²⁴. Enfin, elles doivent être pratiquées de manière « aussi prévenante que possible »²¹²⁵, dans le respect de la dignité, ce que rappellent tant l'art. 74 CPS que l'art. 3 al. 1^{er} CPP.

5.1.2 Analyses biologiques

Les prélèvements d'urine à des fins d'analyse, lorsqu'un détenu est soupçonné de consommer des produits stupéfiants pendant sa détention, sont généralement considérés par les auteurs de doctrine comme inclus dans la notion de « contrôles » ou d'« inspections ». Partant, ils seraient conformes au droit en application de l'art. 85 CPS, comme d'autres types de prélèvements poursuivant les mêmes buts, en particulier des prélèvements sanguins ou capillaires²¹²⁶.

Ces auteurs s'appuient notamment sur un arrêt déjà ancien du Tribunal fédéral qui les tient pour admissibles²¹²⁷. Toutefois, les prélèvements qui viennent d'être cités semblent correspondre à des atteintes à l'intégrité corporelle, en tout cas les prélèvements sanguins, qui nécessitent une base légale expresse, au moins matérielle, pour pouvoir être réalisés, même dans le contexte d'un rapport de droit spécial. La rédaction de l'art. 85 CPS dans sa teneur actuelle ne paraît pas répondre à cette exigence, de sorte que « les

²¹²² Pour quelques arrêts de la CEDH, voir Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 85 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 6, p. 1302.

²¹²³ ATF 141 I 141 dans le cadre d'une exécution de peine ; arrêt du 21 juin 2016 dans la cause 1B_425/2015 dans le cadre de la détention provisoire.

²¹²⁴ Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 85 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, no 7, p. 1302.

²¹²⁵ Art. 19 al. 1^{er} de l'Ordonnance fribourgeoise du 5 décembre 2017 relative à l'exécution des peines et mesures.

²¹²⁶ Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 85 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1300 ss ; Thomas NOLL, Kommentar *ad* Art. 85 StGB, *in* : Basler Kommentar StGB I, no 7, p. 2079.

²¹²⁷ Arrêt du 4 janvier 1983 non publié aux ATF dans la cause H.F. c. Direction de l'établissement pénitentiaire cantonal de Regensdorf et Direction de la justice du canton de Zurich, ZBl 1984 45, cité par Thomas NOLL, Commentaire *ad* art. 85 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, no 7, p. 2079.

cantons devraient régler ces restrictions importantes aux droits fondamentaux dans une loi au sens formel »²¹²⁸ ou, au moins, matérielle. « A ce jour, seuls quelques-uns d'entre eux ont accompli cette tâche législative »²¹²⁹.

5.1.3 Fouilles des visiteurs

Certaines législations cantonales permettent également une fouille des visiteurs souhaitant être admis à l'intérieur d'un établissement de détention, ainsi le droit jurassien, le droit neuchâtelois, le droit fribourgeois ou le droit tessinois²¹³⁰. Ces mesures ne constituent pas des actes de nature médicale ; elles ne sont abordées ici, brièvement, que par souci d'exhaustivité.

Dans la mesure où la présence des visiteurs dans l'établissement ne découle pas, à l'évidence, d'une privation de liberté dont la cause et la durée sont prévues dans une loi au sens formel, une mesure de cette nature devrait probablement reposer sur une base légale formelle, comme c'est le cas dans le canton de Vaud ou dans le canton de Berne, par exemple²¹³¹.

La doctrine, quant à elle, distingue entre les visiteurs qui sont des proches d'un détenu et les visiteurs qualifiés de visiteurs professionnels – avocats et défenseurs d'office, visiteurs de prison, ... -. Pour les premiers, les fouilles corporelles devraient se limiter à un « contrôle corporel » ou à un contrôle électronique, au moyen d'un portillon (ou portique) de

²¹²⁸ Benjamin BRÄGGER, Contribution *ad* « Contrôles », *in*: Benjamin Brägger, Joëlle Vuille (éd.), *Lexique pénitentiaire suisse – De l'arrestation provisoire à la libération conditionnelle*, Bâle 2016, p. 113 s.

²¹²⁹ Benjamin BRÄGGER, *ibidem*, p. 114. Les cantons de Berne, à l'art. 31 de la Loi du 23 janvier 2018 sur l'exécution judiciaire, de Neuchâtel, à l'art. 88 de la Loi du 24 mai 2016 sur l'exécution des peines et mesures pour les personnes adultes et du Valais, à l'art. 53 de l'Ordonnance du 18 décembre 2013 sur les droits et les devoirs de la personne détenue, notamment, ont édicté des règles à ce propos.

²¹³⁰ Pour le canton du Jura, art. 12 al. 5 de l'Ordonnance du 8 avril 2014 sur les établissements de détention ; pour le canton de Neuchâtel, art. 80 de la Loi du 24 mai 2016 sur l'exécution des peines et des mesures pour les personnes adultes ; pour le canton de Fribourg, art. 18 al. 4 de l'Ordonnance du 5 décembre 2017 relative à l'exécution des peines et mesures ; pour le canton du Tessin, art. 50 al. 3 du Règlement sur les structures pénitentiaires du canton du Tessin.

²¹³¹ Art. 24 al. 1^{er} lettre g de la Loi vaudoise du 4 juillet 2006 sur l'exécution des condamnations pénales ; art. 34 de la Loi bernoise du 23 janvier 2018 sur l'exécution judiciaire.

sécurité²¹³² ; le contrôle corporel devrait en outre être effectué par une personne du même sexe. Pour les seconds, des fouilles ne devraient être envisagées qu'à titre exceptionnel²¹³³.

5.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Les normes, légales ou réglementaires, fédérales ou cantonales, relatives aux fouilles corporelles et autres contrôles prévoient certes l'obligation des détenus de s'y soumettre, mais ne disent rien sur les conséquences que pourrait avoir un refus d'obtempérer.

Toutefois, selon le Tribunal fédéral, l'obligation pour le surveillant-chef de prendre les « mesures de sûreté nécessaires » à la garde des détenus et pour les surveillants d'exercer « sur les détenus l'autorité nécessaire à l'accomplissement de leur mission » et de contrôler « régulièrement les détenus confiés à leur garde »²¹³⁴ doit être interprétée comme permettant au premier d'ordonner une fouille forcée, si les circonstances l'exigent, et aux seconds d'y procéder²¹³⁵.

Les nécessités de fonctionnement d'un établissement de détention, telles qu'elles peuvent être énoncées dans un règlement interne, incluent ainsi, dans le respect du principe de proportionnalité, l'usage de la force afin d'assurer que les mesures de sûreté nécessaires puissent être prises et notamment la mesure de sécurité qu'est la fouille²¹³⁶.

²¹³² Ce type de contrôle électronique ne correspond pas, matériellement, à une fouille corporelle. Il est au demeurant inefficace pour détecter des drogues qui seraient dissimulées dans le corps (« *body packing* »).

²¹³³ Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad* art. 85 CPS, in: Commentaire romand CP I, no 8, p. 1302. Voir notamment ATF 130 I 64, à propos d'un avocat genevois invité à retirer sa ceinture ou ses chaussures, parce que la sonnerie du portique de détection, à la prison de Champ-Dollon, avait retenti à son passage.

²¹³⁴ Selon les art. 123 al. 1^{er}, 140 et 143 R-BM, respectivement, c'est-à-dire les dispositions pertinentes du Règlement du 9 septembre 1977 de la Prison de Bois-Mermet à Lausanne, toujours en vigueur, dans cette affaire vaudoise.

²¹³⁵ Arrêt du 4 août 2016 dans la cause 6B_1179/2015, cons. 5.5.

²¹³⁶ Arrêt du 4 août 2016 dans la cause 6B_1179/2015, *ibidem*.

En revanche, à l'égard des visiteurs, l'usage de la force apparaît assez clairement disproportionné. Un refus de se plier aux contrôles mis en place ne devrait avoir pour eux comme seule conséquence que de ne pas être admis dans l'établissement de détention²¹³⁷. Le droit fribourgeois permet toutefois de retenir la personne jusqu'à l'arrivée de la police « pour identification et justification de sa présence sur le territoire de l'[Etablissement de détention fribourgeois] »²¹³⁸.

6. Alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation

6.1 Conditions de réalisation

La grève de la faim en milieu carcéral a été définie comme un « acte de protestation – souvent ultime - d'une personne qui ne se sent plus en mesure d'être entendu d'une autre façon »²¹³⁹.

Selon une étude épidémiologique genevoise citée par le Tribunal fédéral²¹⁴⁰, un tel cas survient rarement et la grève est généralement de courte durée ; à lire les directives de l'ASSM, cependant, « [l]es médecins et soignants exerçant en milieu pénitentiaire sont régulièrement confrontés à des détenus en grève de la faim »²¹⁴¹. Si le jeûne se prolonge au-delà de quarante jours, il peut entraîner des lésions irréversibles ; ces lésions peuvent apparaître plus tôt, si le « gréviste » souffre d'une co-morbidité ou de carence vitaminique précoce²¹⁴². Au-delà du soixantième jour²¹⁴³, la mort

²¹³⁷ Art. 24 al. 1er lettre g *in fine* de la Loi vaudoise du 4 juillet 2006 sur l'exécution des condamnations pénales.

²¹³⁸ Art. 17 al. 2, par renvoi de l'art. 18 al. 4 de l'Ordonnance fribourgeoise du 5 décembre 2017 relative à l'exécution des peines et mesures.

²¹³⁹ Directives de l'ASSM de 2002 relatives à l'« [exercice de la médecine auprès de personnes détenues », p. 19.

²¹⁴⁰ Patrick GUILBERT et al., Jeûne de protestation, *in*: Dominique Bertrand, Gérard Niveau (éd.), Médecine, santé et prison, Genève 2006, p. 369 ss, cité par le Tribunal fédéral, ATF 136 IV 97, 106.

²¹⁴¹ Directives de l'ASSM de 2002 relatives à l'« [exercice de la médecine auprès de personnes détenues », p. 19.

²¹⁴² ATF 136 IV 97, 106.

²¹⁴³ En mai 1981, Bobby Sands, un gréviste de la faim membre de l'IRA, est mort en prison après 66 jours de jeûne ; voir dans ce contexte Hans WOLFF, Laurent GETAZ, Grève de la faim en détention : prise en charge et enjeux éthiques, *in*: Forum Médical Suisse 2012, p. 477 ss.

peut survenir rapidement²¹⁴⁴. En Suisse, un détenu est décédé des suites d'un jeûne de protestation en 2013²¹⁴⁵.

Aujourd'hui, on peut observer que les dispositions légales cantonales adoptées à propos de la grève de la faim d'un détenu et de son alimentation forcée à défaut de normes fédérales reflètent assez fidèlement le contenu de la directive de l'ASSM. Elles peuvent être synthétisées de la manière suivante :

- une alimentation forcée ne peut être entreprise tant qu'il n'y a pas de risque grave pour la santé ou la vie du détenu ;
- une alimentation forcée ne peut pas être entreprise tant que le détenu est capable de discernement ;
- une alimentation forcée ne peut pas être entreprise si le détenu a rédigé des directives anticipées par lesquelles il s'oppose à cette mesure au cas où il se trouverait en état d'incapacité de discernement, même si ce refus doit entraîner son décès²¹⁴⁶ ;
- une alimentation « forcée » est dès lors seulement possible lorsque le détenu est incapable de discernement, qu'il n'y a pas de directives contraires et qu'il se trouve en danger de mort ou de grave danger pour sa santé. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation, les autorités restant libres d'ordonner ou non la réalimentation dans ces circonstances.

Une alimentation forcée doit encore être pratiquée dignement, ce que rappellent certaines législations cantonales²¹⁴⁷ et la jurisprudence du Tribunal fédéral²¹⁴⁸, sans que l'on puisse réellement déterminer à la lecture

²¹⁴⁴ Les grévistes de la faim engagés dans un jeûne de protestation qui dépasse clairement ce seuil critique bénéficient d'un certain apport alimentaire, par exemple Oleg Sentsov, un cinéaste russe qui mena en 2018 une grève de la faim de 145 jours,

<https://www.letemps.ch/monde/appels-liberer-oleg-sentsov-100e-jour-greve-faim>.

²¹⁴⁵ Dans le canton de Zoug ; <https://www.letemps.ch/suisse/premier-detenu-mort-dune-greve-faim-suisse-evitable>.

²¹⁴⁶ Cet élément n'est toutefois pas toujours présent, par exemple dans la législation grisonne (art. 27 de la Gesetz vom 27. August 2009 über den Justizvollzug im Kanton Graubünden).

²¹⁴⁷ Par exemple, l'art. 49 al. 3 de l'Ordonnance valaisanne. Cette disposition exige aussi que la mesure n'entraîne pas de danger grave pour la vie ou la santé du détenu ; l'art. 39 al. 3 de la loi bernoise a le même teneur.

²¹⁴⁸ ATF 136 IV 97, 116.

de cette jurisprudence en quoi une mise en œuvre « digne » pourrait consister.

La jurisprudence de la CEDH exige quant à elle que cette mise en œuvre ait lieu « avec le plus de ménagement possible » et contient plutôt, négativement, des exemples où elle retient que la dignité humaine a été bafouée²¹⁴⁹. La question est désormais quelque peu théorique en Suisse, dans la mesure où – si une telle mesure est réellement mise en place – le détenu gréviste doit être incapable de discernement, probablement dans un état comateux et en tout cas très affaibli ; dans ces circonstances, comme le relèvent les directives de l'ASSM, l'alimentation artificielle peut généralement être administrée sans emploi de la force.

6.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

6.2.1 Pour le détenu ?

Si les modalités précédemment décrites sont respectées, une alimentation forcée ne peut être effectuée avant que le détenu, en grave danger pour sa vie ou sa santé, n'ait perdu sa capacité de discernement, et pour autant qu'il n'ait pas rédigé des directives anticipées par lesquelles il s'y oppose.

Une alimentation « forcée » mise en place dans de telles circonstances n'est dès lors pas réellement imposée. Elle correspond plutôt, matériellement, à la prise en charge en urgence d'un patient privé de sa capacité de discernement, auquel les soins appropriés en fonction de son état doivent être fournis ; une telle prise en charge est autorisée par la loi²¹⁵⁰. On pourrait même considérer qu'un détenu en grève de la faim qui renonce à rédiger des directives anticipées – alors qu'il y est invité – et qui

²¹⁴⁹ L'utilisation d'une « sonde de gavage » sur un détenu entravé ou d'un « écarteur buccal et d'un tube en caoutchouc spécial » sur un détenu menotté constituent un acte de torture prohibé par l'art. 3 CEDH ; Nevmerjitski c. Ukraine et Ciorap c. Moldavie, respectivement, cités par Olivier GUILLOD, Dominique SPRUMONT, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, *in*: Jusletter du 8 novembre 2010, no 29.

²¹⁵⁰ Voir précédemment, p. 155 ss.

est informé que, faute de telles directives, il sera alimenté artificiellement une fois incapable de discernement, y consent implicitement.

L'alimentation forcée au sens strict, c'est-à-dire entreprise malgré l'opposition clairement manifestée par un détenu capable de discernement, ne paraît envisageable que dans les cantons dépourvus de législation spécifique à ce propos, dans lesquels la jurisprudence du Tribunal fédéral est directement applicable, à défaut d'autres normes²¹⁵¹. Toutefois, même dans ces cantons, le renvoi aux règles de l'art auquel procède le Tribunal fédéral et, partant, à la déontologie et aux recommandations éthiques de l'ASSM²¹⁵², semble devoir faire obstacle à une alimentation réellement forcée.

6.2.2 Pour les médecins ?

Selon le droit bernois, neuchâtelois, jurassien et valaisan, par exemple, la mesure doit pouvoir être raisonnablement exigée des « personnes concernées ». Par personnes concernées, il faut entendre ici le personnel médical et le personnel soignant qui seraient amenés à mettre en place la mesure d'alimentation artificielle.

La jurisprudence du Tribunal fédéral contient deux décisions dans lesquelles l'obligation de collaboration du personnel médical constituait l'objet du recours ; il n'a statué sur le fond ni dans l'une ni dans l'autre. Dans la première, il a déclaré le recours irrecevable, la décision incidente comportant une injonction adressée au médecin de l'unité médicale « d'alimenter le détenu, le cas échéant de force »²¹⁵³ ayant été ultérieurement remplacée par un arrêt²¹⁵⁴. Dans la seconde, le médecin recourait cette fois contre l'arrêt, qui contenait encore la même injonction²¹⁵⁵. Cependant, dans l'intervalle, le détenu avait cessé sa grève de la faim, de sorte que le Tribunal a déclaré la cause sans objet, ajoutant

²¹⁵¹ En Suisse romande, le canton de Fribourg, le canton de Genève et le canton de Vaud (Etat : mars 2022).

²¹⁵² Voir précédemment, p. 504 ss.

²¹⁵³ Assortie de la menace des peines prévues à l'art. 292 CPS au cas où il ne se plierait pas à l'injonction.

²¹⁵⁴ Elle ne correspondait dès lors pas à une décision « finale » au sens de l'art 90 LTF ; arrêt du 2 décembre 2010 dans la cause 6B_996/2010.

²¹⁵⁵ Arrêt du 18 février 2011 dans la cause 6B_1011/2010.

que cette question pourrait toujours être à nouveau soumise à son examen²¹⁵⁶.

Aucun des deux arrêts précités ne donne de grandes précisions sur les moyens soulevés par le recourant – en substance, une violation du « droit constitutionnel et conventionnel »²¹⁵⁷ - et le Tribunal fédéral n'en a pas examiné les mérites. On peut imaginer que des arguments extraits des règles déontologiques ou des principes éthiques ont aussi été invoqués ; dans son arrêt de principe relatif à la grève de la faim d'un détenu, le Tribunal fédéral rappelle que ces principes n'ont pas force de loi et ne sauraient donc relever les médecins de leurs obligations juridiques²¹⁵⁸. Il s'en tient ainsi strictement au principe de la légalité, qui fonde la notion d'Etat de droit telle qu'elle est prévue par l'art. 5 Cst.

Le corps médical ne semble cependant pas totalement dépourvu de moyens juridiques pour faire entendre sa voix. Tant la législation sanitaire du canton dont dépendait le détenu que celle du canton où se trouvait le détenu contiennent en effet une clause de liberté de conscience en faveur des professionnels de la santé²¹⁵⁹. La disposition qui formule cette clause les autorise à refuser de fournir des soins qui contreviendraient à leurs convictions personnelles, de nature éthique ou religieuse²¹⁶⁰. Les Directives de l'ASSM relatives à l'« [exercice de la médecine auprès de personnes détenues » contiennent d'ailleurs une disposition de même portée : «[s]i [le

²¹⁵⁶ On doit en douter. Une alimentation forcée ne peut être envisagée avant que le détenu ne coure un risque grave du point de vue de sa santé ou de sa vie, soit vers le 40^e jour de grève ; le décès peut ensuite survenir très rapidement à partir du 60^e jour. Le médecin qui serait contraint par l'autorité d'exécution des peines d'entreprendre une alimentation forcée disposerait ainsi d'une « fenêtre » d'une vingtaine de jours pour : a) contester l'injonction cantonale devant la juridiction cantonale ; b) obtenir une décision de cette juridiction ; c) porter l'affaire devant le Tribunal fédéral et d) obtenir une décision du Tribunal fédéral. Selon l'expérience, de tels délais apparaissent illusoire.

²¹⁵⁷ Arrêt du 18 février 2011 dans la cause 6B_1011/2010, cons. 2.3.2.

²¹⁵⁸ ATF 136 IV 97, 113 ; voir précédemment, p. 504.

²¹⁵⁹ Art. 69 de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé et art. 82 de la Loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé.

²¹⁶⁰ Olivier GUILLOD, Dominique SPRUMONT, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, *in*: Jusletter du 8 novembre 2010, no 43. Voir aussi Yves DONZALLAZ, Traité de droit médical vol III, p. 4294 ; Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 202 s.

détenu] tombe dans le coma, le médecin intervient selon sa conscience [...] »²¹⁶¹.

La clause de liberté de conscience ne se trouve qu'en contradiction apparente avec l'injonction du Tribunal fédéral ou, plus généralement, avec le principe de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal²¹⁶² : le droit fédéral ne contient en effet aucune norme spécifique qui contraindrait les soignants à s'exécuter dans de telles circonstances. La norme cantonale semble d'ailleurs spécifiquement prévue pour des conflits de cette nature. En tant que disposition légale extraite de la législation sanitaire cantonale, elle a évidemment « force de loi ». Elle présente enfin l'avantage de ne pas s'opposer frontalement à une éventuelle injonction émise par une juridiction, dont ni l'autorité ni la décision ne seraient directement remises en cause.

7. Voies de droit

7.1 Evaluation de l'aptitude à subir la détention

7.1.1 *Pendant la détention provisoire*

Le champ d'application de l'art. 393 CPP englobe les décisions relatives à une expertise, qu'il s'agisse de la nomination d'un expert ou du refus de nommer un expert²¹⁶³ ; un recours fondé sur cette disposition est par conséquent recevable dans un tel contexte.

Une décision sur recours statuant sur la régularité d'une mesure d'instruction ne met pas fin à la procédure pénale. En conséquence, un recours en matière pénale (selon les art. 78 ss LTF²¹⁶⁴) formé ultérieurement contre une telle décision devant le Tribunal fédéral n'est recevable qu'en

²¹⁶¹ Directives de l'ASSM de 2002 relatives à l'« [exercice de la médecine auprès de personnes détenues », p. 9.

²¹⁶² Art. 49 Cst ; ATF 143 I 403 ; 140 I 218 ; 138 I 435.

²¹⁶³ Voir notamment Joëlle VUILLE, Commentaire *ad* art. 182 CPP, in : Commentaire romand CPP, no 31, p. 1155.

²¹⁶⁴ Voir notamment Marc THOMMEN, Roberto FAGA, Kommentar *ad* Art. 78 BGG, in: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, Berne 2014, p. 758 ss.

présence d'un préjudice irréparable, conformément à l'art. 93 LTF²¹⁶⁵ ; il appartient au recourant de l'alléguer et de le démontrer, à moins « que cela ne fasse d'emblée aucun doute »²¹⁶⁶.

7.1.2 *Pendant l'exécution de peine*

Ce sont les cantons qui sont chargés de statuer sur l'évaluation de l'aptitude à subir la détention pendant l'exécution de la peine et sur une éventuelle interruption de l'exécution ; ils peuvent désigner, pour exercer cette compétence, une autorité judiciaire²¹⁶⁷ ou une autorité administrative²¹⁶⁸.

Une décision de refus doit pouvoir faire l'objet d'un recours cantonal devant une autorité judiciaire ; si elle est confirmée, le détenu peut encore saisir le Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours en matière pénale selon l'art. 78 al. 2 lettre b LTF.

7.2 Fouille corporelle et autres contrôles dans l'établissement de détention

7.2.1 *Pour le détenu*

Que la fouille corporelle ait lieu lors de la détention provisoire ou à l'occasion de l'exécution de la peine, elle constitue une mesure relevant des compétences de l'autorité administrative chargée de la détention. Un recours contre une décision de cette nature est ouvert devant l'autorité judiciaire ou administrative désignée par le droit cantonal.

²¹⁶⁵ ATF 134 III 188. Voir notamment Felix UHLMANN, Kommentar *ad* Art. 93 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, Berne 2014, p. 1063 ss.

²¹⁶⁶ ATF 133 III 629.

²¹⁶⁷ Dans les cantons de Genève et de Vaud, le juge d'application des peines est une autorité judiciaire ; Yasmina BENDANI, Commentaire *ad* art. 92 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1364.

²¹⁶⁸ Dans le canton du Valais, le Service d'application des peines et mesures est une autorité administrative.

La dernière décision cantonale peut ensuite être déférée au Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours en matière pénale au sens de l'art. 78 al. 2 lettre b LTF.

7.2.2 *Pour les visiteurs*

Une fouille corporelle ou un contrôle corporel ordonné sur la personne d'un visiteur constitue une décision administrative, qui peut être contestée devant les autorités ou juridictions désignées par le droit cantonal.

La dernière décision cantonale²¹⁶⁹ peut ensuite faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, en application des art. 82 ss LTF²¹⁷⁰.

7.3 Alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation ?

7.3.1 *Pour le détenu*

L'hypothèse d'une alimentation forcée lors d'un jeûne de protestation est désormais peu probable, on l'a dit, et ne paraît envisageable que dans les cantons dépourvus de législation spécifique à ce propos, dans lesquels la jurisprudence du Tribunal fédéral est directement applicable, à défaut d'autres normes²¹⁷¹. Toutefois, on l'a dit aussi, même dans ces cantons, le renvoi aux règles de l'art auquel procède le Tribunal fédéral et, partant, à la déontologie et aux recommandations éthiques de l'ASSM²¹⁷², semble devoir faire obstacle à une alimentation réellement forcée.

²¹⁶⁹ Par exemple, celle que le Tribunal administratif du canton de Genève a rendue dans l'affaire examinée dans l'ATF 130 I 64.

²¹⁷⁰ Voir notamment Hansjörg SEILER et al., Bundesgerichtsgesetz, 2e éd., Berne 2015, p. 351 ss ; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 801 ss. Karl SPÜHLER et al., Bundesgerichtsgesetz Praxiskommentar, 2e éd., Zurich, St-Gall 2013, p. 354 ss.

²¹⁷¹ En Suisse romande, le canton de Fribourg, le canton de Genève et le canton de Vaud (Etat : juin 2021).

²¹⁷² Voir précédemment, p. 506.

Si elle devait néanmoins être ordonnée, elle constituerait une mesure relevant des compétences de l'autorité administrative chargée de la détention. Un recours contre une décision de cette nature est ouvert devant les autorités judiciaires ou administratives désignées par le droit cantonal.

La dernière décision cantonale pourrait ensuite être déférée au Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours en matière pénale au sens de l'art. 78 al. 2 lettre b LTF.

7.3.2 *Pour les soignants*

A nouveau, en raison de la teneur des règles édictées dans plusieurs cantons et des principes éthiques mis en place par l'ASSM, l'alimentation forcée d'un détenu engagé dans une grève de la faim paraît désormais peu probable.

Dans l'hypothèse où elle serait néanmoins ordonnée et que des soignants seraient requis de la mettre en œuvre, une telle décision constituerait une décision administrative susceptible de recours devant les autorités ou juridictions désignées par le droit cantonal.

La dernière décision cantonale pourrait ensuite faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, en application des art. 82 ss LTF²¹⁷³.

8. Synthèse

Une requête de suspension de l'exécution d'une peine au sens de l'art. 92 CPS ou d'une détention provisoire au sens de l'art. 251 al. 2 lettre b CPP n'est très probablement pas de nature à soulever la question de l'obligation de collaborer et celle des conséquences d'un refus de se soumettre aux actes médicaux ordonnés pour en évaluer l'opportunité : le détenu va sans doute s'y plier, dans l'espoir d'obtenir la suspension qu'il demande.

²¹⁷³ Voir notamment Hansjörg SEILER et al., Bundesgerichtsgesetz, 2e éd., Berne 2015, p. 351 ss ; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 801 ss. Karl SPÜHLER et al., Bundesgerichtsgesetz Praxiskommentar, 2e éd., Zurich, St-Gall 2013, p. 354 ss.

Pour ce qui concerne les normes, légales ou réglementaires, relatives aux fouilles corporelles et autres contrôles, fédérales (art. 85 CPS, pendant l'exécution d'une peine) ou cantonales (par renvoi de l'art. 235 CPP, pendant la détention provisoire), elles prévoient certes l'obligation des détenus de s'y soumettre, mais ne disent rien sur les conséquences que pourrait avoir un refus d'obtempérer. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les mesures de sûreté nécessaires au fonctionnement d'un établissement de détention peuvent éventuellement être mises en œuvre par la contrainte. En revanche, à l'égard des visiteurs, l'usage de la force apparaît assez clairement disproportionné. Un refus de se plier aux contrôles mis en place ne devrait avoir pour eux comme seule conséquence que de ne pas être admis dans l'établissement de détention.

Enfin, pour ce qui a trait à l'alimentation forcée d'un détenu engagé dans un jeûne de protestation, elle ne peut désormais plus être effectuée avant que le détenu, en grave danger pour sa vie ou sa santé, n'ait perdu sa capacité de discernement, et pour autant qu'il n'ait pas rédigé des directives anticipées par lesquelles il déclare s'y opposer. Dans de telles circonstances, l'alimentation n'est dès lors pas réellement imposée. Quant au personnel médical et au personnel soignant appelés à mettre en place la mesure d'alimentation artificielle, à supposer qu'ils y soient contraints par décision d'une autorité administrative ou judiciaire, ils pourraient faire valoir, pour s'y opposer, la clause de liberté de conscience en faveur des professionnels de la santé, présente dans plusieurs législations sanitaires cantonales romandes ou, à défaut, dans les directives médico-éthiques de l'ASSM.

* * * * *

CHAPITRE XII :

Les mesures dans le cadre de la lutte contre les maladies transmissibles

1. Le contexte

La législation fédérale sur les maladies transmissibles constitue le volet juridique de la politique suisse de santé publique en matière d'information, de prévention, de détection et de lutte contre les épidémies. Adoptée dans sa teneur actuelle en 2012, la Loi fédérale sur les épidémies accroît les compétences de la Confédération dans l'élaboration des objectifs et des stratégies visant à combattre les maladies transmissibles et renforce les dispositions permettant de développer des mesures de prévention²¹⁷⁴, afin de faire face à de nouvelles menaces sanitaires²¹⁷⁵, liées notamment à la mobilité croissante, ainsi qu'à une urbanisation en constante progression et aux mouvements migratoires²¹⁷⁶.

Cette législation, généralement peu connue, est passée au premier plan en 2020, lorsque le virus du Covid-19²¹⁷⁷ s'est répandu sur toute la planète, provoquant une pandémie de grande ampleur²¹⁷⁸. Par le passé, la

²¹⁷⁴ Message Loi sur les épidémies 2010, p. 292.

²¹⁷⁵ Message Loi sur les épidémies 2010, p. 300.

²¹⁷⁶ Message Loi sur les épidémies 2010, p. 292.

²¹⁷⁷ Acronyme de « *coronavirus disease 2019* ».

²¹⁷⁸ La maladie infectieuse est due à un coronavirus (SARS-CoV-2) ; détectée d'abord en Chine (à Wuhan) en novembre 2019, elle est à l'origine d'une alerte mondiale de l'Organisation mondiale de la santé en date du 9 janvier 2020. Elle s'est rapidement répandue sur toute la planète, affectant près de 420 millions de personnes et causant plus de 5,8 millions de décès, près de 2,7 millions de cas et 13 000 décès en Suisse (source : Office fédéral de la santé publique ; état : février 2022).

Suisse a été confrontée à des risques de pandémies de grippe aviaire²¹⁷⁹ et de grippe « porcine »²¹⁸⁰ ou encore d'épidémies de SRAS²¹⁸¹ ou de fièvre d'Ebola²¹⁸². En outre, elle doit faire face chaque année aux épidémies de grippe saisonnière et aux épidémies latentes de rougeole dans certaines régions²¹⁸³. Lorsque se déclarent de telles menaces, la question délicate de la mise en œuvre de mesures de contrainte suscite le débat, non seulement juridique mais également politique et éthique²¹⁸⁴.

La loi détaille ces mesures de contrainte, de nature sanitaire ou thérapeutique, qui peuvent en effet être mises en place lors d'épidémies. Certaines d'entre elles représentent des restrictions assez sévères non seulement aux droits des patients, mais aussi aux droits de leur entourage ou aux droits de certaines catégories professionnelles, en particulier les soignants en contact direct avec des patients. Les autorités peuvent en outre décréter des mesures portant atteinte à la liberté personnelle, telles le port obligatoire d'un masque d'hygiène, et à la liberté économique, telles la fermeture partielle ou totale de certaines entreprises pendant une période déterminée.

²¹⁷⁹ Forme de grippe infectant les oiseaux sauvages et domestiques, dont certaines souches peuvent être transmises aux humains, telle la souche H5N1. La détection de cette souche en Asie centrale, puis au Moyen-Orient et en Europe orientale, en août et septembre 2005, déclencha une alerte mondiale de l'Organisation mondiale de la santé (OMS).

²¹⁸⁰ Forme de grippe contenant les gènes de plusieurs virus connus, d'origine porcine, aviaire et humaine. Quoique désignée comme « porcine », elle est en réalité une forme de grippe humaine, de type A H1N1 ; aucun cas de transmission du porc à un humain n'est répertorié. En juin 2009, l'OMS déclencha une alerte mondiale, à la suite de la détection de nombreux cas au Mexique puis en Amérique du Nord, enfin dans plus d'une centaine de pays sur la planète.

²¹⁸¹ Acronyme du « syndrome respiratoire aigu sévère ». Cette maladie infectieuse due à un coronavirus provoqua une pandémie et des décès par centaines en Extrême-Orient à la fin de l'année 2002 et au cours de l'année 2003, ce qui déclencha une alerte mondiale de l'OMS ; quelques cas ou dizaines de cas furent détectés et traités avec succès en Europe et en Amérique du Nord.

²¹⁸² Maladie tropicale causée par le virus Ebola et provoquant des fièvres hémorragiques souvent mortelles. Une grave épidémie se déclara en Afrique de l'Ouest en 2014 et en 2015, entraînant des décès par milliers, pour laquelle l'OMS déclencha également une alerte mondiale.

²¹⁸³ En dépit des mesures de prévention particulières visant spécifiquement cette maladie, prévues à l'art. 28 de l'Ordonnance sur les épidémies.

²¹⁸⁴ Ce débat laisse souvent au second plan la question de l'approvisionnement et de l'attribution des vaccins en cas de disponibilité restreinte, lors d'une épidémie de grande ampleur. L'art. 44 al. 2 lettre a LEp renvoie pour cette question à l'ordonnance et à son art. 61. Voir plus loin, p. 557.

La thématique des vaccinations obligatoires – que la loi prévoit dans certaines circonstances exceptionnelles - ou même simplement des vaccinations recommandées, par exemple en milieu scolaire, engendre des prises de position parfois encore plus tranchées²¹⁸⁵. La législation sur les épidémies se trouve alors au point de rencontre – et même au point de friction - entre l'intérêt public et l'intérêt privé.

2. Bref historique

2.1 En général

La lutte contre les épidémies a constitué une des premières tâches de santé publique attribuées à la Confédération²¹⁸⁶. Alors que la Constitution de 1848²¹⁸⁷, à l'origine de l'Etat fédéral suisse, ne lui permettait dans un premier temps que de prendre des mesures de police sanitaire en cas d'épidémies, la Constitution de 1874 l'a ensuite autorisée expressément à légiférer dans ce domaine particulier²¹⁸⁸. La première Loi fédérale « concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général » fut adoptée le 2 juillet 1886 et entra en vigueur le 1^{er} janvier 1887²¹⁸⁹, après le rejet déjà évoqué d'une première version par le peuple en 1882²¹⁹⁰.

²¹⁸⁵ Voir notamment Michel BELANGER, *Droit, éthique et vaccination : l'obligation vaccinale en question*, Bordeaux 2006.

²¹⁸⁶ Le législateur fédéral s'est également rapidement soucié de réglementer la formation des professions médicales et leur libre exercice, par le biais de la Loi fédérale du 19 décembre 1877 concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse, RO 3 361 ; voir aussi le Message à propos de cette loi, FF 1877 II 813. La loi actuelle régissant cet objet date de 2006 (RS 811.11).

²¹⁸⁷ Art. 59 : « Les autorités fédérales peuvent prendre des mesures de police sanitaire lors d'épidémies et d'épizooties qui offrent un danger général. » ; <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Constitution1848.pdf>.

²¹⁸⁸ Art. 69 : « La législation concernant les mesures de police sanitaire contre les épidémies et les épizooties, qui offrent un danger général, est du domaine de la Confédération. » ; voir notamment Giorgio MALINVERNI, *Commentaire ad art. 69 aCst*, in: Jean-François Aubert et al. vol. III 1996. Pour une perspective française, voir Isabelle CAVE, *Etat, santé publique et médecine à la fin du XIXe siècle français*, Paris 2016.

²¹⁸⁹ RS 4 359. Voir le Message Epidémies 1886, FF 1886 II 536.

²¹⁹⁰ <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/18820730/index.html>. La loi avait été adoptée le 31 janvier 1882 ; voir le Message du 18 décembre 1879 concernant un projet de loi sur les épidémies et les mesures préventives et effectives contre les épidémies qui offrent un danger général, FF 1880 I 1.

La loi de 1886 ne ciblait que quatre maladies épidémiques qui, à l'époque, « dévastaient le monde » par « leur puissance mystérieuse »²¹⁹¹, à savoir « la variole, le choléra asiatique, le typhus pétéchial et la peste » (art. 1^{er} de la loi). Parmi elles, la variole provoqua encore des décès par dizaines en Suisse à la fin du 19e siècle et au début du 20e siècle²¹⁹².

A titre de mesures sanitaires contraignantes, la loi de 1886 ne prévoyait que la surveillance médicale et l'isolement (art. 4). « Toutefois, [l']application [de l'isolement] exige une main douce et des ménagements, car [elle] touche en même temps au droit le plus précieux du citoyen, la liberté individuelle »²¹⁹³. Le Conseil fédéral ajoutait encore à ce propos : « En ce qui concerne la restriction apportée à la liberté individuelle, on n'y aura recours que pour autant que cela sera absolument nécessaire dans l'intérêt du bien-être général. Toutefois, ce que nous ne pouvons pas admettre, c'est que, sous l'étiquette de la liberté individuelle, des familles et des communes entières soient décimées par la mort et la maladie et qu'il soit loisible à chacun de propager à son aise une maladie contagieuse²¹⁹⁴ ».

En revanche, la loi n'instaurait pas de régime de vaccination obligatoire contre la variole, seule disponible à l'époque et probablement à l'origine du rejet de la loi de 1882²¹⁹⁵. Le Conseil fédéral livrait sur ce point les réflexions suivantes : « Nous sommes toujours d'avis [...] que la vaccination obligatoire est un des moyens les plus efficaces contre la variole. Toutefois, comme nous croyons nous être convaincus que c'est précisément le fait d'avoir impliqué la question de la vaccination dans l'ancienne loi qui a principalement contribué au rejet de celle-ci et comme nous devons admettre, d'après certains signes, que les idées populaires ne se sont pas sensiblement modifiées sur ce point, nous estimons devoir faire

²¹⁹¹ Message Epidémies 1886, 537.

²¹⁹² Lors d'épidémies survenues en 1886 et entre 1921 et 1926 ; voir le Message LEp 1970, 391. Quant au typhus, il apparut encore à Zermatt en 1963, lorsqu'il emporta trois personnes et entraîna l'hospitalisation de plus de 450 autres ; Iris RITZMANN, Typhus, in: Dictionnaire historique de la Suisse, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F22718.php>. L'épidémie de Zermatt est probablement à l'origine de la révision totale de la législation fédérale en 1970 ; voir le Message LEp 1970, p. 407.

²¹⁹³ Message Epidémies 1886, 543.

²¹⁹⁴ Message Epidémies 1886, *ibidem*.

²¹⁹⁵ Voir Françoise SALVADORI, Laurent-Henri VIGNAUD, Antivax – La résistance aux vaccins du XVIIIe siècle à nos jours, Paris 2019.

une concession à l'opinion publique et écarter cette matière du projet actuel »²¹⁹⁶.

Il poursuivait en annonçant une loi particulière relative à la vaccination : « Nous reconnaissons volontiers que le chapitre de la vaccination, qui ne se rapporte qu'à une seule maladie, peut être parfaitement laissé de côté dans une loi qui, du reste, ne renferme que les mesures générales à prendre contre toutes les épidémies et réservé à une loi spéciale qui serait plus tard reconnue nécessaire »²¹⁹⁷. Une telle loi spéciale ne verra jamais le jour.

Au fil des années toutefois, quelques modifications furent apportées à la loi de 1886, parfois significatives dans leur impact, en particulier celle de 1921²¹⁹⁸ qui délégua au Conseil fédéral la compétence d'étendre le champ d'application à d'autres maladies transmissibles²¹⁹⁹ que les quatre énoncées à l'art 1er de la loi²²⁰⁰. Cette modification fut rendue possible par la révision constitutionnelle de l'art. 69 Cst, acceptée par le peuple et les cantons en 1913²²⁰¹, révision qui permit aussi l'adoption de la Loi fédérale sur la tuberculose, aujourd'hui abrogée²²⁰².

²¹⁹⁶ Message Epidémies 1886, 547.

²¹⁹⁷ Message Epidémies 1886, *ibidem*.

²¹⁹⁸ RO 37 353 ; voir le Message LEp 1970, p. 392 et le Message du 3 décembre 1920 à l'appui du projet de loi portant modification de la loi fédérale sur les épidémies du 2 juillet 1886, FF 1920 V 329.

²¹⁹⁹ Notamment l'« influenza » ou grippe saisonnière. Cette révision législative est sans doute à mettre en lien avec l'épidémie de grippe qui frappa l'Europe et la Suisse en 1918, une maladie à laquelle « on n'avait pas suffisamment attaché d'importance jusqu'alors » ; voir aussi plus loin, p. 553.

²²⁰⁰ Voir le Message du 20 décembre 1911 à l'appui d'une révision de l'art. 69 de la constitution fédérale tendant à augmenter les attributions de la Confédération en ce qui concerne les mesures de police sanitaire dirigées contre les maladies de l'homme et des animaux, FF 1911 V 315.

²²⁰¹ Art. 69 : « La Confédération peut prendre, par voie législative, des mesures destinées à lutter contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'homme et des animaux ». La disposition de la Constitution de 1999, à son art. 118 al. 2 lettre b, reprend quasi textuellement ce texte ; l'« homme » a toutefois cédé sa place à l'« être humain ».

²²⁰² Loi fédérale du 13 juin 1928 sur la lutte contre la tuberculose, en vigueur dès le 1^{er} janvier 1929 (RO 44 785), abrogée lors de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les épidémies de 2012. Voir le Message du 1^{er} septembre 1925 à l'appui d'un projet de loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose, FF 1925 III 9.

La loi de 1886 resta en vigueur jusqu'en juillet 1974, date à laquelle elle fut remplacée par la Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur les épidémies²²⁰³. Parmi ses innovations, la loi de 1970 imposait aux cantons la désignation d'un médecin cantonal, dont bon nombre de cantons disposaient déjà en application de leur propre législation cantonale²²⁰⁴ ; la loi fédérale prévoyait également une déclaration obligatoire de certaines maladies transmissibles, une mesure déjà en vigueur mais sur la base d'arrêtés du Conseil fédéral pris pendant la Deuxième guerre mondiale ou juste après le conflit²²⁰⁵. Quant aux vaccinations, elles pouvaient être obligatoires si les cantons le décidaient, selon l'art. 23 al. 2 LEp. En Suisse romande, les cantons de Genève²²⁰⁶ et de Neuchâtel²²⁰⁷, notamment, préoyaient encore récemment le caractère obligatoire de la vaccination contre la diphtérie pour les enfants, tandis que le canton du Valais imposait jusqu'à la fin des années 70²²⁰⁸ la vaccination contre la variole²²⁰⁹. Les autorités sanitaires ne semblaient toutefois pas manifester un empressement démesuré pour faire respecter cette obligation.

A partir des années 2000, la loi de 1970 apparaît dépassée : le Conseil fédéral considère en 2010 que la nécessité de réviser la loi est même « urgente »²²¹⁰. La nouvelle loi de 2012 abroge et remplace la loi de 1970

²²⁰³ RO 1974 1071. Voir le Message LEp 1970, p. 389 ss.

²²⁰⁴ Message LEp 1970, p. 415.

²²⁰⁵ Message LEp 1970, p. 401.

²²⁰⁶ Art. 2 du Règlement du 28 février 1979 concernant les vaccinations obligatoires et facultatives (RVOF), encore en vigueur (état : avril 2022).

²²⁰⁷ Art. 1^{er} du Règlement du 4 juillet 1961 sur les vaccinations et revaccinations, encore en vigueur (état : avril 2022).

²²⁰⁸ D'abord en exécution de la Loi du 19 novembre 1885 concernant la vaccination obligatoire et les mesures contre la propagation de la variole, puis finalement sur la base de l'art. 1^{er} de l'Arrêté du 20 février 1974 concernant les vaccinations antivarioliques obligatoires, abrogé le 19 octobre 1977.

²²⁰⁹ Dans son Message relatif à la loi de 1970, le Conseil fédéral indiquait qu'« [a]ujourd'hui, il n'y a que les cantons de Fribourg, Tessin, Vaud et Genève (vaccinations contre la variole et la diphtérie), Soleure, Valais (contre la variole) et Neuchâtel (contre la diphtérie) qui connaissent la vaccination obligatoire en vertu du droit cantonal. » ; Message LEp 1970, 426.

²²¹⁰ « [La loi] ne contient pas de disposition régissant la préparation à des menaces nouvelles. Elle régit les urgences sanitaires de manière lacunaire et trop peu spécifique. De plus, elle ne constitue plus une base suffisante pour repérer et évaluer les dangers d'apparition et de propagation de maladies transmissible suffisamment tôt. Elle ne permet pas non plus de prévenir et de combattre efficacement ces maladies ni de coordonner les mesures requises au niveau international », Message Loi sur les épidémies 2010, 292.

contre les maladies transmissibles de l'homme²²¹¹. Elle prévoit une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, destinée à favoriser la coordination non seulement à l'intérieur du pays mais aussi au niveau international ; elle modifie aussi le dispositif relatif aux vaccins obligatoires, une compétence désormais attribuée à la fois aux autorités sanitaires cantonales, « pour des groupes à risque » et en cas de danger sérieux, et aux autorités sanitaires fédérales, pour « les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités ».

Une demande de referendum contre cette loi aboutit²²¹² ; les référendaires se recrutent essentiellement parmi les catégories de la population opposées à la vaccination obligatoire²²¹³. La votation populaire a lieu le 22 septembre 2013 ; la loi est acceptée assez largement²²¹⁴.

2.2 Covid-19

En raison de la pandémie de coronavirus affectant toute la planète dès les premières semaines de l'année 2020, le Conseil fédéral a arrêté, le 28 février 2020, une première ordonnance « COVID-19²²¹⁵ » (aujourd'hui abrogée) puis, le 13 mars 2020, une seconde ordonnance « Ordonnance 2 COVID-19 »²²¹⁶ reposant l'une et l'autre sur l'art. 6 de la Loi sur les épidémies ; ces deux ordonnances mettaient en place un certain nombre de premières mesures destinées à protéger la population²²¹⁷. Le 16 mars 2020, il a considéré qu'il existait une « situation extraordinaire » au sens de l'art. 7 de la Loi sur les épidémies et, en se fondant sur cette disposition²²¹⁸, il a modifié l'« Ordonnance 2 COVID-19 » pour imposer des mesures destinées

²²¹¹ RO 1974 1071. La nouvelle loi abroge aussi la loi du 13 juin 1928 contre la tuberculose (RO 44 785), dont les dispositions sont intégrées dans le nouveau texte ; Message Loi sur les épidémies 2010, 402.

²²¹² Voir Feuille fédérale 2013, 1559.

²²¹³ Voir les explications du Conseil fédéral pour la votation populaire du 22 septembre 2013, p. 16 ss, en particulier 21.

²²¹⁴ Voir Feuille fédérale 2013, 7879. Un recours fut également rejeté par le Tribunal fédéral ; arrêt du 13 novembre 2013 dans la cause 1C_811/2013.

²²¹⁵ RO 2020 573.

²²¹⁶ RO 2020 773 ; elle abrogeait l'Ordonnance 2 COVID-19.

²²¹⁷ Barbara MEIER, Gesundheits- und Heilmittelrecht, in: Ouvrage collectif, COVID-19, Bâle 2020, p. 683 ss.

²²¹⁸ Et implicitement, sur l'art. 185 al. 2 et 3 Cst, qui autorise le Conseil fédéral à prendre des mesures pour préserver la sécurité intérieure et édicter les ordonnances appropriées.

à protéger la santé publique, notamment le port obligatoire d'un masque d'hygiène²²¹⁹, même pour les élèves d'un cycle d'orientation pendant les cours lorsqu'ils avaient lieu²²²⁰, l'interdiction des manifestations – une mesure excessive selon la Cour européenne des Droits de l'Homme lorsqu'elle portait atteinte à la liberté d'association et de réunion²²²¹ –, la fermeture des écoles et des commerces non essentiels et, lorsqu'il était possible, le travail à domicile par voie électronique (« télétravail »). Ces mesures sont à l'origine du premier confinement qu'a connu la Suisse au printemps 2020 ; elles ont été maintenues jusqu'au 19 juin 2020²²²².

Le 19 juin 2020, il a arrêté l'« Ordonnance 3 COVID-19 »²²²³ et l'« Ordonnance COVID-19 situation particulière »²²²⁴, qui repose sur l'art. 6 de la Loi sur les épidémies et qui, à son art. 8, redistribue certaines compétences en matière de lutte contre l'épidémie aux cantons ; le 24 juin 2020, il a encore édicté une ordonnance à propos du système de traçage de proximité du virus²²²⁵ et le 2 juillet 2020, une ordonnance concernant des mesures dans le domaine du transport international de voyageurs²²²⁶.

Afin de pérenniser ces ordonnances – l'art. 7d al. 2 lettre a de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration²²²⁷ exige en effet qu'un projet de loi soit soumis à l'Assemblée fédérale, faute de quoi des ordonnances prises en vertu du droit de nécessité de l'art. 185 Cst

²²¹⁹ Confirmé par le Tribunal fédéral, ATF 147 I 393.

²²²⁰ Confirmé par le Tribunal fédéral, arrêt du 16 décembre 2021 dans la cause 2C_429/2021. Pour une analyse de ces décisions, voir Kasper GERBER, *Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Coronamassnahmen*, in: Jusletter du 16 août 2021.

²²²¹ Arrêt du 15 mars 2022 dans la cause Communauté genevoise d'action syndicale c. Suisse, requête no 21881/2020.

²²²² Voir en particulier Frédéric BERNARD, *La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus*, in: Jusletter du 30 mars 2020 ; Frédéric BERNARD, *Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux*, in: *Sécurité et droit* 3/2020, p. 130 ss.

²²²³ RS 818.101.24.

²²²⁴ RS 818.101.26.

²²²⁵ Ordonnance du 24 juin 2020 sur le système de traçage de proximité pour le coronavirus SARS-CoV.2 (RS 818.101.25) (état : décembre 2020) ; voir Jens DROLSHAMMER, Urs GASSER, *Pandemie als Verbundkrise und digitales Phänomen*, Bâle 2020.

²²²⁶ Ordonnance du 2 juillet 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) dans le domaine du transport international de voyageurs (Ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs, RS 818.101.27) (état : décembre 2020).

²²²⁷ Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010).

deviennent caduques -, il a soumis un tel projet aux Chambres fédérales²²²⁸, qui l'ont adopté le 25 septembre 2020²²²⁹. Face à une « deuxième vague » puis une « troisième vague » de contamination, le Conseil fédéral a procédé à des modifications des ordonnances précitées le 18 novembre 2020²²³⁰, le 11 décembre 2020²²³¹, le 18 décembre 2020²²³² et encore le 21 décembre 2020²²³³, ordonnant notamment le travail à domicile « partout où il [était] possible sans effort disproportionné », la fermeture partielle puis totale des restaurants, des bars et des établissements dédiés à la culture et au sport²²³⁴ et imposant des restrictions considérables pour l'enseignement et pour les réunions privées. La Suisse se trouvant en « situation particulière » selon la Loi sur les épidémies, les cantons restaient libres d'édicter des mesures supplémentaires si l'évolution de la pandémie sur leur territoire le commandait.

Ces mesures sont restées en place une bonne partie du printemps 2021, avec certains assouplissements dès le 1^{er} mars 2021, en particulier pour les commerces²²³⁵. A partir du mois de mai 2021, elles ont été peu à peu levées, le Conseil fédéral considérant que la lutte contre l'épidémie était entrée dans une « phase de stabilisation ». Les restaurants, les lieux de culture et de sport ont ainsi pu rouvrir dès le 31 mai 2021, parfois avec des exigences à propos du nombre de clients ou de participants (« jauge » maximale admise)²²³⁶.

Pour lutter contre la « quatrième vague » tout en limitant les restrictions imposées à la population, le Conseil fédéral a édicté, le 4 juin 2021, l'Ordonnance Covid-19 certificats²²³⁷ qui repose sur l'art. 6a de la Loi Covid-19 et fixe notamment les modalités et la validité de tels

²²²⁸ Voir le Message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19), FF 2020 6363.

²²²⁹ RS 818.102. Elle déployait ses effets jusqu'au 31 décembre 2021 ; certaines dispositions ont cependant une validité plus étendue (art. 21).

²²³⁰ RO 2020 4733.

²²³¹ RO 2020 5377.

²²³² RO 2020 5813 et RO 2020 5819 et 6285.

²²³³ RO 2020 6395 et RO 6399.

²²³⁴ RO 2020 5801 et 5813.

²²³⁵ RO 2021 110.

²²³⁶ RO 2021 300.

²²³⁷ Ordonnance du 4 juin 2021 sur les certificats attestant la vaccination contre le Covid-19, la guérison du Covid-19 ou la réalisation d'un test de dépistage du Covid-19 (Ordonnance Covid-19 certificats, RS 818.102.2), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022.

certificats. Ces certificats sanitaires ont été assez largement utilisés à partir du mois de juin 2021 pour permettre l'accès aux cafés et restaurants, aux cinémas, théâtres et autres lieux dédiés à la culture.

Grâce au reflux de la « cinquième vague » et à l'émergence d'un variant du virus (le variant « *omicron* ») plus transmissible mais à l'origine des symptômes moins graves, le Conseil fédéral a peu à peu levé les mesures imposées précédemment, en particulier le port du masque généralisé et l'exigence, dans certains lieux, du certificat sanitaire, à partir du 17 février 2022. Toutes les mesures de nature restrictive ont finalement été levées le 1^{er} avril 2022.

3. Normes applicables

3.1 Le droit fédéral

L'actuelle Loi fédérale sur les épidémies²²³⁸ repose sur l'art. 118 al. 2 lettre b Cst²²³⁹, une norme plus généralement dédiée aux compétences fédérales en matière de protection de la santé ; elle est compatible avec la Convention européenne des Droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme²²⁴⁰, même lorsqu'elle prévoit des vaccinations obligatoires²²⁴¹. La loi est complétée par une Ordonnance d'exécution assez détaillée²²⁴².

La loi vise les maladies transmissibles, soit toute « maladie causée par des agents pathogènes ou leurs produits toxiques et pouvant être transmis à l'être humain », conformément à la définition contenue à l'art. 3 lettre a

²²³⁸ Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2016 (Loi sur les épidémies, LEp, RS 818.101). Voir Mike SCHÜPBACH, *Das neue Epidemiegesetz: Revisionsprozess und Regelungsschwerpunkte*, in: Dominique Sprumont (ed.), *Lutte contre les épidémies et promotion de la santé*, Berne 2017, p. 55 ss.

²²³⁹ Voir Bettina KAHIL-WOLFF HUMMER, Manon JOSEPH, *Commentaire ad art. 118 Cst*, in: *Commentaire romand Cst*, p. 2344 ss ; Thomas GÄCHTER, Stephanie RENOLD-BURCH, *Kommentar ad Art. 118 BV*, in: *Basler Kommentar BV*, p. 1852 ss, notamment p. 1860 ss; Tomas POLEDNA, *Kommentar ad Art. 118 BV*, in: *St. Galler Kommentar BV*, p. 2070 ss, notamment p. 2074 s.

²²⁴⁰ Message Loi sur les épidémies 2010, 326.

²²⁴¹ Message Loi sur les épidémies 2010, 366. Voir aussi précédemment, p. 55 ss.

²²⁴² Ordonnance du 29 avril 2015 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2016 (Ordonnance sur les épidémies, OEep, RS 818.101.1).

LEp. Un agent pathogène est « un organisme naturel ou génétiquement modifié (par exemple virus, bactérie, champignon, protozoaire ou autre parasite), une substance (par exemple prion, toxine) ou du matériel génétique pouvant provoquer ou aggraver une maladie transmissible », selon la lettre c de l’art 3 LEp.

En exécution de l’art. 4 LEp, le Conseil fédéral, avec le concours des cantons, fixe des objectifs et des stratégies en matière de détection précoce et de surveillance – en particulier par l’« obligation de déclarer » prévue aux art. 12 ss LEp ²²⁴³, mais aussi en matière de prévention et de lutte contre les maladies transmissibles. Dans ce contexte, l’Office fédéral de la santé publique élabore, toujours avec le concours des cantons, des programmes nationaux, notamment dans le domaine des vaccinations ²²⁴⁴, qui informent la population et encouragent la vaccination.

L’art. 21 al. 2 LEp permet en particulier aux cantons de proposer des vaccinations dans le cadre du service médical scolaire et, en tout cas, de « contrôler le statut vaccinal des enfants et des adolescents au moins deux fois, au début et en fin de scolarité obligatoire » ²²⁴⁵. Des mesures de prévention et d’information particulières à propos de la rougeole et de la

²²⁴³ Cette « obligation de déclarer » les cas de maladies transmissibles détectées découle de l’art. 12 al. 6 LEp ; elle porte plus spécifiquement sur les « maladies susceptibles d’avoir des conséquences graves » (lettre b) ; les « maladies apparues nouvellement ou de manière inattendue » (lettre c) et les « maladies sujettes à surveillance dans le cadre d’un accord international » (lettre d). Une telle déclaration constitue une exception légale au secret professionnel prévu par l’art. 321 CPS. Les modalités concrètes du devoir d’annonce sont encore précisées dans l’Ordonnance sur la lutte contre les maladies transmissibles de l’homme (Ordonnance sur les épidémies, OEep, RS 818.101.1) et dans l’ordonnance Ordonnance du DFI du 1^{er} décembre 2015 sur la déclaration d’observations en rapport avec les maladies transmissibles de l’homme, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2016 (RS 818.101.126).

²²⁴⁴ art. 5 al. 1^{er} lettre a LEp et 20 Lep. Les parents ou le représentant légal doit en outre être informé sur la rougeole, la vaccination sur la rougeole et les mesures que les autorités cantonales sont habilitées à prendre en cas de flambée de rougeole, lorsque l’enfant intègre une structure d’accueil collectif ou commence l’école, selon l’art. 28 OEep.

²²⁴⁵ Art. 36 al. 1^{er} de l’Ordonnance sur les épidémies. Le Tribunal cantonal fribourgeois a reconnu aux adolescents mineurs de 12 à 15 ans le droit d’accepter une vaccination, sans consentement parental ; arrêt du 29 juillet 2021 dans la cause A. et B. contre Direction de la santé et des affaires sociales. Voir, en cas de désaccord entre parents à propos d’une vaccination, arrêt du 16 juin 2020 dans la cause 5A_789/2019 et, en cas de désaccord entre parents et enfant, Lisa HUG, Einwilligung in die Impfung: wenn sich Eltern und Kind nicht einig sind, Zurich 2015.

vaccination contre cette maladie dans les écoles et les structures d'accueil pour les enfants sont prévues dans l'Ordonnance (art. 28 OEep).

3.2 Le droit cantonal

L'exécution de la loi est pour l'essentiel confiée aux cantons, selon les art. 75 ss LEp²²⁴⁶ ; la Confédération n'est compétente que pour surveiller cette exécution – dans le cadre d'une « haute surveillance » - et pour la coordonner, sous réserve des situations particulières ou des situations extraordinaires, pour lesquelles le Conseil fédéral détient des pouvoirs exceptionnels, mais dont l'exécution est cependant en grande partie déléguée aux cantons²²⁴⁷.

La législation d'exécution actuelle de certains cantons romands ne semble pas entièrement en phase avec le droit fédéral tel qu'il résulte de la loi de 2012²²⁴⁸.

²²⁴⁶ Par exemple (état : mars 2022) :

Fribourg : Arrêté du 5 décembre 2000 sur la lutte contre les maladies transmissibles et autres mesures de police sanitaire ;

Genève : Loi d'application du 14 décembre 1978 de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies) (LaLEpid) et son Règlement d'exécution du 28 février 1979, ainsi que le Règlement du 28 février 1979 concernant les vaccinations obligatoires et facultatives (RVOF), qui ne paraissent plus en phase avec le droit fédéral ;

Jura : Ordonnance du 4 mars 1997 concernant les vaccins et vaccinations ;

Neuchâtel : Règlement du 1^{er} décembre 1978 concernant l'application de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme et Règlement du 4 juillet 1961 sur les vaccinations et les revaccinations, qui ne paraissent plus en phase avec le droit fédéral ;

Valais : Ordonnance du 17 février 2016 sur la lutte contre les maladies transmissibles ;

Vaud : art. 40 ss de la Loi du 29 mai 1985 sur la santé publique (LSP) et Règlement du 22 mai 1996 sur la lutte contre la tuberculose dans le Canton de Vaud (RLCT), qui ne paraissent plus en phase avec le droit fédéral.

²²⁴⁷ Message Loi sur les épidémies 2010, tableau 3, 344.

²²⁴⁸ Etat : mars 2022. Voir Claude-François ROBERT, Impact de la nouvelle loi sur les épidémies pour les cantons et les professionnels, in: Dominique Sprumont (éd.), Lutte contre les épidémies et promotion de la santé, Berne 2017, p. 91 ss.

4. Mesures sanitaires imposées

4.1 En général

Ces mesures concrètes de lutte contre les maladies transmissibles font l'objet d'un chapitre spécifique de la loi (Chapitre 5 : Mesures de lutte)²²⁴⁹.

La loi distingue entre les mesures qui visent des individus, c'est-à-dire les patients affectés ou présumés affectés (Section 1, art. 30 ss LEp), et celles qui visent la population en général ou certains groupes particuliers de personnes (Section 2, art. 40 LEp).

Le Chapitre 5 contient encore une Section 3 visant le « transport international de personnes » et une dernière Section 4 consacrée à des « mesures particulières » (art. 44 ss LEp), touchant par exemple l'approvisionnement en produits thérapeutiques (art. 44 LEp) ou le transport de cadavres (art. 46 LEp).

Certaines de ces mesures peuvent représenter des restrictions à la liberté personnelle²²⁵⁰ ou à la liberté économique²²⁵¹. Outre les mesures sanitaires qui sont détaillées ici, la loi permet ainsi de prononcer à l'encontre d'une personne affectée ou présumée affectée une interdiction totale ou partielle d'exercer sa profession ou certaines activités (art. 38 LEp). Ces mesures sont cependant définies de manière floue – par exemple, la loi prévoit l'obligation éventuelle de suivre *un* traitement (art. 37 LEp) –, à dessein : « [l]es dangers pour la santé publique évoluant constamment, les risques pour la population ne peuvent cependant pas être recensés dans leur intégralité *ex ante*. De ce fait, les autorités d'exécution disposent d'une

²²⁴⁹ A propos des mesures de contrainte prévues par la Loi de 1970, voir Markus MÜLLER, *Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1992.

²²⁵⁰ Par exemple le port obligatoire du masque dans les commerces, dans les transports publics ou dans certaines rues fréquentées. Le Tribunal administratif du canton de Zurich, par exemple, a confirmé le bien-fondé des mesures de lutte prises par le gouvernement cantonal, tant du point de vue de la légalité que du principe de proportionnalité, dans un arrêt du 22 octobre 2020 (AN.2020.00011) ; les recourants contestaient même l'existence d'une épidémie. Le Tribunal fédéral a confirmé le caractère approprié de l'exigence du port du masque, dans une affaire fribourgeoise, ATF 147 I 393.

²²⁵¹ Message Loi sur les épidémies 2010, 366. Voir aussi Ouvrage collectif, *Covid 19*, Bâle 2020, et le numéro spécial de la Revue de droit suisse, *Pandémie et Droit : contribution du droit à la maîtrise d'une crise globale*, numéro spécial 2020.

grande marge d'appréciation pour choisir et appliquer les différentes mesures »²²⁵².

4.2 Les mesures sanitaires visant les patients affectés ou présumés affectés

Ces mesures concernent globalement les personnes malades, présumées malades, infectées, présumées infectées ou qui excrètent des agents pathogènes²²⁵³. Elles peuvent consister, selon une gradation prévue dans la loi, en une surveillance médicale, en une quarantaine ou un isolement, en un examen médical et, enfin, en un traitement médical ; les personnes concernées peuvent préalablement être identifiées et informées (art. 33 LEp).

Conformément à l'art. 30 al. 1^{er} LEp, les mesures énoncées dans le Chapitre 5 de la loi ne peuvent être ordonnées qu'aux conditions suivantes, qui correspondent assez clairement aux exigences découlant du principe de proportionnalité²²⁵⁴ :

- a) des mesures moins contraignantes ne sont pas de nature à prévenir la propagation d'une maladie transmissible ou n'y suffisent pas ;
- b) la mesure concernée permet de prévenir un risque sérieux pour la santé d'autrui.

En outre, selon l'art. 30 al. 2 LEp, la mesure ordonnée doit être nécessaire et raisonnable. Lorsqu'une telle mesure est ordonnée, la personne concernée est informée des raisons de cette décision et de la durée probable de la mesure (art. 31 al. 3 LEp). A ce dernier propos, les mesures ordonnées ne doivent pas durer plus longtemps qu'il n'est nécessaire pour empêcher la propagation d'une maladie transmissible et prévenir un risque sérieux pour la santé d'autrui. Enfin, l'opportunité des mesures ordonnées doit être réexaminée régulièrement (art. 31 al. 4 LEp).

²²⁵² Message Loi sur les épidémies 2010, 366.

²²⁵³ Art. 34 al. 1^{er}, art. 35 al. 1^{er} lettre a et b, art. 36 et art. 37 LEp.

²²⁵⁴ Sur ce principe, voir précédemment, p. 140 s.

4.2.1 Surveillance médicale

Selon le Message, la surveillance médicale prévue à l'art. 34 LEp est la moins contraignante des mesures de protection en matière de police sanitaire²²⁵⁵.

Tel est en effet le cas si la surveillance médicale consiste uniquement à observer l'éventuelle apparition de symptômes ou à inviter la personne concernée à s'observer elle-même. On peut se demander d'ailleurs si une surveillance de cette nature constitue bien un acte médical, hormis le fait qu'elle est ordonnée par un médecin. En revanche, si la surveillance correspond à une obligation de se soumettre à des examens médicaux, à intervalles réguliers ou en cas d'apparition ou d'évolution de symptômes, comme l'évoque le Message²²⁵⁶, elle n'est en réalité que la première phase d'un examen médical imposé ; il ne s'agit dès lors pas d'une mesure tout à fait anodine.

Selon l'art. 34 al. 2 LEp, lorsqu'une surveillance médicale est ordonnée par l'autorité compétente, les personnes concernées sont tenues d'informer le médecin de leur état de santé ainsi que de leurs contacts avec des tiers. Evidemment, ce second renseignement est d'autant plus important que la maladie est grave pour l'entourage et que le potentiel de propagation est élevé.²²⁵⁷

4.2.2 Quarantaine

Si la surveillance médicale se révèle insuffisante, la mise en quarantaine peut être envisagée, conformément à l'art. 35 LEp. Il s'agit d'une mesure de mise à l'écart de la personne concernée – historiquement, pendant quarante jours²²⁵⁸ –, afin d'éviter les contacts avec d'autres personnes et d'empêcher dès lors la transmission de la maladie. Ainsi définie, comme la surveillance médicale, elle ne constitue un acte médical

²²⁵⁵ Message Loi sur les épidémies 2010, 368.

²²⁵⁶ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*.

²²⁵⁷ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*.

²²⁵⁸ Lors des premiers mois de l'épidémie de Covid-19, les autorités sanitaires ont ordonné des quarantaines de dix jours.

que dans la mesure où elle est ordonnée par un médecin lié à l'autorité sanitaire cantonal.

Tandis qu'une mesure d'isolement concerne les personnes réellement affectées²²⁵⁹, la quarantaine ne peut concerner que les personnes présumées malades ou présumées infectées, selon l'art. 35 al. 1^{er} lettre a LEp, c'est-à-dire des personnes qui n'ont pas (ou pas encore) développé les symptômes d'une maladie transmissible. Elle se justifie lorsqu'en raison de leur proximité avec des personnes affectées ou en raison d'un séjour dans une région touchée par la maladie, par exemple, elles sont suspectées d'être porteurs d'un agent pathogène. La mesure a pour but « d'interrompre la chaîne de transmission en mettant des personnes à l'écart du reste de la population et représente [...] donc une restriction importante de la liberté de mouvement »²²⁶⁰.

Toutefois, « [m]ême si le champ d'application de la quarantaine ou de l'isolement est limité, il est des situations où ces mesures sont les plus efficaces, voire les seules possibles²²⁶¹. » Avant d'ordonner une mesure de cette nature, les autorités sanitaires doivent cependant s'assurer que la personne concernée est bien soupçonnée d'être porteuse de l'agent pathogène, que la propagation de la maladie risque de porter atteinte à la santé publique, que le placement en quarantaine est le seul moyen d'éviter la propagation et qu'il est approprié pour la maladie en cause²²⁶².

En principe, la mesure de quarantaine devrait être instaurée au domicile des personnes concernées²²⁶³; au besoin, elles peuvent être placées dans un hôpital ou une autre institution appropriée. L'hôpital ou l'institution doivent alors veiller à ce que le personnel et toutes autres personnes susceptibles de courir un risque soient protégés contre les contagions (art. 35 al. 2 et 3 LEp).

²²⁵⁹ Voir plus loin, p. 543.

²²⁶⁰ Message Loi sur les épidémies 2010, 369.

²²⁶¹ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*. Le Conseil fédéral souligne encore que, pendant l'épidémie de SRAS de 2003, de nombreuses personnes ont été placées en quarantaine en Asie et au Canada et que des enquêtes menées ultérieurement ont montré que cela avait notablement contribué à enrayer la propagation de la maladie.

²²⁶² Message Loi sur les épidémies 2010, 369.

²²⁶³ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*.

4.2.3 *Isolement*

La mise en œuvre d'une mesure d'isolement doit respecter toutes les exigences énoncées précédemment à propos de la quarantaine, aussi bien en termes de proportionnalité que dans l'application des modalités d'exécution. A nouveau, elle ne constitue un acte médical que dans la mesure où elle est ordonnée par un médecin lié à l'autorité sanitaire cantonale.

Elle se distingue toutefois de la quarantaine en ceci qu'elle ne touche pas des personnes présumées affectées, mais bien des patients affectés, c'est-à-dire des personnes malades, infectées ou qui excrètent des agents pathogènes (art. 35 al. 1^{er} lettre b LEp).

Comme une mesure de quarantaine, la mesure d'isolement devrait être instaurée au domicile des personnes concernées²²⁶⁴ ; si leur état le requiert, les patients peuvent cependant être placés dans un hôpital ou une autre institution appropriée, qui devra veiller à ce que le personnel et toutes autres personnes susceptibles de courir un risque soient protégés contre les contagions (art. 35 al. 2 et 3 LEp).

4.2.4 *Examen médical et tests médicaux*

Les personnes malades affectées ou présumées affectées peuvent être tenues de se soumettre à un examen médical et à des « prélèvements », conformément à l'art. 36 LEp. Les prélèvements ne peuvent se comprendre que comme des prélèvements à des fins d'analyses, sans quoi ils n'ont aucun sens.

Selon le Message, les examens médicaux ont pour but de déterminer s'il y a lieu d'ordonner une mesure de protection concrète - par exemple un placement éventuellement nécessaire en quarantaine ou en isolement -, mais ils peuvent aussi faire partie intégrante d'une autre mesure, telle qu'une surveillance médicale²²⁶⁵.

²²⁶⁴ Message Loi sur les épidémies 2010, 369.

²²⁶⁵ Message Loi sur les épidémies 2010, 369.

« Ils ne peuvent toutefois pas être effectués de manière systématique – par exemple sur des groupes entiers de population – mais uniquement à titre de mesure individuelle. Les tests anonymes (destinés par exemple à alimenter une banque de données sur les maladies transmissibles, à procéder à des dépistages dans la population ou certains groupes de la population, etc.) ne sont pas autorisés sans le consentement éclairé de la personne testée et sa participation volontaire »²²⁶⁶.

Le Message poursuit en proposant quelques exemples : « [u]n examen médical peut notamment comprendre l'examen de l'oreille, du nez ou de la bouche, la prise de température au moyen d'un thermomètre auriculaire, buccal ou à contact cutané ou de dispositions d'imagerie thermique, une effraction ou incision (prélèvement sanguin, par exemple), l'introduction d'un instrument ou d'un corps étranger dans l'organisme ou l'examen d'une cavité »²²⁶⁷.

4.2.5 *Traitement médical*

Les personnes affectées ou présumées affectées peuvent enfin être tenues de suivre un traitement médical, conformément à l'art. 37 LEp. Il s'agit d'une nouvelle mesure instaurée par la loi de 2012 : la loi de 1970 ne prévoyait que l'examen et l'isolement, mais n'incluait pas la possibilité d'ordonner un traitement médical. Le Conseil fédéral estimait cependant dans son Message, sans doute à juste titre, que dans une perspective de lutte efficace contre les maladies transmissibles, le traitement médical devait figurer également dans le dispositif légal à disposition des autorités sanitaires, au même titre que les autres mesures déjà décrites précédemment²²⁶⁸.

L'imposition d'un traitement médical n'est toutefois admissible qu'à certaines conditions :

« (1) la doctrine médicale dominante a prouvé qu'il entraîne une amélioration de l'état de santé ou une guérison (ou qu'il permet d'empêcher une aggravation);

²²⁶⁶ Message Loi sur les épidémies 2010, 369 s.

²²⁶⁷ Message Loi sur les épidémies 2010, 370.

²²⁶⁸ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*.

(2) la thérapie choisie peut réduire le potentiel de contagion présenté par une personne »²²⁶⁹.

La loi ne détaille évidemment pas la nature des traitements pouvant être imposés, qui restent une décision médicale incombant aux autorités sanitaires cantonales. Les vaccins peuvent toutefois en faire partie : « En outre, certaines vaccinations peuvent tenir lieu de traitement (vaccin contre l'hépatite chez les nouveau-nés de mères positives pour cette maladie, vaccin contre la rage après exposition) »²²⁷⁰.

Le Conseil fédéral poursuit en rappelant une fois encore dans ce contexte l'exigence de proportionnalité : « Le fait d'ordonner un traitement médical se traduit souvent pour les individus concernés par une restriction des droits de la personnalité, dont l'intensité varie toutefois selon le contenu et son déroulement. Ainsi, la liberté personnelle ne sera que légèrement touchée si le traitement médical consiste à prendre des médicaments ayant peu d'effets secondaires. En revanche, la prescription de certains produits thérapeutiques peut entraîner une lourde atteinte à l'intégrité physique et psychique. Il importe toujours de tenir compte, pour le choix du traitement, du principe de proportionnalité »²²⁷¹.

4.3 Les mesures sanitaires visant les voyageurs internationaux

Diverses mesures sanitaires spécifiques sont prévues dans le cadre du transport international de personnes, afin d'empêcher la propagation transfrontière de maladies transmissibles (art. 41 al. 1er et 2 LEp) ; en raison de l'épidémie de Covid-19, le Conseil fédéral a édicté une ordonnance particulière à ce propos²²⁷². Les exploitants de ports et d'aéroports et les entreprises assurant le transport transfrontalier de personnes sont tenus de prêter leur concours pour leur mise en œuvre (art. 42 et 43 LEp).

²²⁶⁹ Message Loi sur les épidémies 2010, 370.

²²⁷⁰ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*.

²²⁷¹ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*.

²²⁷² D'abord l'Ordonnance COVID-19 du 2 juillet 2020 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs, abrogée lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant le même titre du 27 janvier 2021 (RS 818.101.27).

On peut probablement retenir que la collaboration des autorités douanières est acquise dans de telles circonstances. Certes, la LD confie avant tout à l'Administration fédérale des douanes des tâches douanières (art. 94 LD). Cependant, la loi l'autorise à accomplir des tâches de sécurité, sans en préciser davantage la nature²²⁷³, « afin de contribuer à la sécurité intérieure du pays et à la protection de la population », en coordination avec les forces de police fédérales et cantonales (art. 96 al. 1^{er} LD). Dans l'avant-projet de Loi sur les tâches du futur Office de la douane et de la sécurité des frontières, ces tâches de sécurité sont prévues à l'art. 104²²⁷⁴. La collaboration à l'exécution des mesures de sécurité sanitaire lors d'épidémies, aux points d'entrée en Suisse, paraît correspondre à ces tâches de sécurité et de protection de la population. Les autorités chargées des contrôles à la frontière sont expressément autorisées à effectuer les contrôles appropriés dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 (art. 10 de l'Ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs).

En cas de nécessité, l'Office fédéral de la santé publique peut exiger qu'une preuve du statut vaccinal soit produite (art. 41 al. 2 lettre b LEp), voire imposer un examen médical aux personnes qui entrent en Suisse ou en sortent (art. 41 al. 2 lettre e LEp). Pour le trafic aérien, c'est le médecin en charge du service sanitaire de frontière dans les aéroports qui est compétent pour ordonner une telle mesure (art. 58 OEep).

En réalité, ce sont non seulement les examens médicaux qui peuvent être ordonnés, mais aussi toutes les autres mesures sanitaires déjà évoquées précédemment et même les traitements médicaux (art. 41 al. 3 LEp). L'Office fédéral de la santé publique pourrait en outre refuser provisoirement la sortie du pays aux personnes affectées ou présumées affectées²²⁷⁵. L'art. 53 OEep précise que l'examen médical pratiqué sur un voyageur doit l'être « de manière non invasive » et qu'il peut consister en particulier en une mesure de la température, en un diagnostic visuel, en un

²²⁷³ Le Message du 15 décembre 2003 relatif à une nouvelle loi sur les douanes, FF 2004 517, 607 ne les détaille pas non plus.

²²⁷⁴ Voir précédemment, p. 577.

²²⁷⁵ Une jeune touriste hollandaise placée en isolement qui tentait de quitter la Suisse après avoir falsifié le résultat de son test du Covid-19 fut arrêtée par la police zurichoise à l'aéroport en janvier 2021, <https://www.nzz.ch/zuerich/coronavirus-kantonspolizei-zuerich-nimmt-touristin-in-gewahrsam-ld.1594997?reduced=true>.

examen superficiel de la peau ou en un frottis pharyngé (art. 53 lettres a à d OEp).

En cas de nécessité, le Conseil fédéral peut encore, provisoirement, étendre ces mesures à toutes les personnes en provenance d'une zone à risque (art. 41 al. 3 LEp), « [...] que ces personnes soient ou non potentiellement infectées ou malades ; [toutefois, cette mesure] ne doit être appliquée qu'en dernier recours et en cas de situation particulière uniquement. Mais l'expérience avec le SRAS a montré que, dans des situations spéciales, il ne suffit pas d'évaluer uniquement le risque d'exposition individuel »²²⁷⁶.

4.4 Les mesures visant les institutions sanitaires, leur personnel et leurs visiteurs

L'art. 40 al. 1^{er} LEp permet aux autorités sanitaires d'ordonner les mesures nécessaires pour empêcher la propagation de maladies transmissibles au sein de la population au dans certains groupe de personnes. Elles peuvent en particulier interdire ou limiter l'entrer et la sortie de certains bâtiments ou zones, ou certaines activités se déroulant dans des endroits définis (art. 40 al. 2 lettre c LEp)²²⁷⁷. Ces mesures ne portent pas atteinte à l'intégrité corporelle ; elles représentent cependant des restrictions assez importantes à la liberté personnelle.

L'art. 29 OEp définit plus précisément la portée de cette norme dans le cadre des institutions sanitaires : les institutions du domaine de la santé, comme les hôpitaux, les foyers et les cabinets médicaux, du secteur public comme du secteur privé, doivent instaurer des mesures de prévention, à savoir :

²²⁷⁶ Message Loi sur les épidémies 2010, 374.

²²⁷⁷ Message Loi sur les épidémies 2010, 372. Voir notamment Julia HUG, Impfzwang in Gesundheitsbetrieben des Privatrechts, *in*: Pflegerecht 2013, p. 165 ss ; Roger RUDOLPH, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal: dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 („Schweingrippe“), *in*: Arbeitsrecht 2010, p. 1 ss.

- a) fournir aux employés et aux personnes travaillant dans ces entreprises des informations sur la prévention des infections liées aux soins et la résistance des agents pathogènes et renseigner sur les mesures prises au sein de l'institution ;
- b) fournir aux personnes en contact avec des patients au sein de l'institution des informations sur la prévention des infections liées aux soins et la résistance des agents pathogènes ;
- c) mettre à disposition du matériel de prévention et d'information approprié destiné à prévenir des infections liées aux soins et la résistance des agents pathogènes ;
- d) prendre les mesures d'organisation nécessaires pour réduire les risques de transmission d'une maladie.

S'appuyant sur la lettre d de l'art. 29 OEp comme sur des études épidémiologiques étrangères²²⁷⁸ ayant démontré qu'un nombre significatif de patients contractaient la grippe après leur hospitalisation et que certains d'entre eux développaient des complications graves²²⁷⁹, de plus en plus d'établissements sanitaires et hospitaliers ont mis en place depuis plusieurs années, en situation d'épidémies, notamment d'épidémie de la grippe saisonnière et évidemment lors de l'épidémie de Covid-19, des mesures organisationnelles destinées à éviter la propagation de la maladie au sein de leur institution. Des Recommandations médicales à ce propos ont été émises en Suisse romande et au Tessin en 2018²²⁸⁰.

Ces mesures se traduisent par une invitation assez pressante adressée au personnel soignant - mais aussi au personnel administratif ou technique - à se faire vacciner. A défaut, le personnel soignant est tenu de porter un

²²⁷⁸ Par exemple, D. STOTT et al., Nosocomial transmission of influenza, *in*: Occupational Medicine 52 (5) ; 249-53 (2002) et, pour une étude récente, Ruth BLACKBURN et al., Nosocomial transmission of influenza : A retrospective cross-sectional study using next generation sequencing at a hospital in England (2012-2014), *in*: Influenza Other Respi Viruses 2019 ; 13 : 556-563.

²²⁷⁹ En Suisse, on estime qu'entre 100 et 300 personnes décèdent chaque année d'une grippe contractée à l'hôpital, généralement des patients dont le système immunitaire est déficient, comme les patients atteints d'un cancer ou de diabète. Il s'agit d'une « estimation réaliste », mais qui ne peut être confirmée faute d'enquête systématique ; <https://cdn6.watson.ch/schweiz/wissen/807563089-in-der-schweiz-sterben-jedes-jahr-bis-zu-300-menschen-an-der-grippe-mit-der-sie-sich-im-spital-angesteckt-haben>.

²²⁸⁰ Conférence des directeurs/trices médicaux/ales (DirMED) et des directeurs/trices de soins (DirDSO) de Suisse latine, Recommandations pour la prévention et la prise en charge des infections par le virus de la grippe dans les hôpitaux de la Suisse latine https://public-health.ch/documents/826/2018_Recommandations.pdf (septembre 2018).

masque dans la zone des soins et un badge indiquant son statut vaccinal. Dans certains services sensibles, la vaccination est considérée comme nécessaire – ce que l’art. 38 al. 2 OEp autorise - et le personnel qui ne serait pas vacciné est réaffecté dans d’autres unités de soins²²⁸¹ ; c’est le cas, par exemple, pour la vaccination contre la rougeole au sein du service des urgences des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG)²²⁸².

Les patients hospitalisés peuvent évidemment aussi contracter la maladie à la suite d’un contact avec un visiteur porteur d’un agent pathogène ; aux HUG, les visiteurs non vaccinés sont en conséquence invités à porter un masque pendant la période épidémique lorsqu’ils pénètrent dans une zone de soins. Lors de l’épidémie de Covid-19, certains établissements hospitaliers ou institutions accueillant des personnes âgées ont interdit les visites aux patients hospitalisés ou aux résidents, ou ont imposés de sévères restrictions²²⁸³.

Ces précautions semblent être efficaces pour réduire le risque de contamination et de complication, en tout cas lors d’épidémies de grippe²²⁸⁴. Elles sont toutefois controversées dans la mesure où elles portent atteinte à la liberté personnelle des soignants et, si les visites sont interdites, à celle des patients ou résidents et de leurs proches²²⁸⁵. En 2013, une « prise de position » du Bureau des préposées genevoises à la protection des

²²⁸¹ Un arrêt saint-gallois de 2006 (SGGV 2006 1), cité par Peter HÄNNI, *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, 2e éd., Zurich, Bâle, Genève 2008, p. 83, retient qu’une vaccination obligatoire contre l’hépatite B imposée à une soignante de l’hôpital cantonal était conforme au droit et que face à son refus, un licenciement était justifié.

²²⁸² <https://www.letemps.ch/suisse/personnel-soignant-se-mefie-vaccins>.

²²⁸³ Voir par exemple les restrictions imposées par l’Hôpital fribourgeois HFR, [Covid-19 - Informations essentielles | hôpital fribourgeois \(h-fr.ch\)](https://www.hfr.ch/covid-19-informations-essentielles).

²²⁸⁴ W.F. CARMAN et al., Effects of influenza vaccination of health-care workers on mortality of elderly people in long-term care : a randomised controlled trial, *in*: *Lancet* 2000 ; 355 : 93-7 ; l’efficacité de la mesure reste toutefois discutée, RE THOMAS et al., Influenza vaccination for healthcare workers who care for people aged 60 or older living in long-term care institutions, https://www.cochrane.org/CD005187/ARI_influenza-vaccination-healthcare-workers-who-care-people-aged-60-or-older-living-long-term-care. L’effet positif du port du masque d’hygiène paraît plus solidement établi, Jan GRALTON et al., Protecting healthcare workers from pandemic influenza : N95 or surgical masks ?, *in*: *Crit Care Med* 2010 ; 38 : 657-67.

²²⁸⁵ Odile PELET, Vaccination du personnel hospitalier : qui décide ?, *in*: Dominique Sprumont (éd.), *Lutte contre les épidémies et promotion de la santé*, Berne 2017, p. 123 ss.

données retenait qu'elles étaient conformes au droit et au principe de proportionnalité et, partant, admissibles²²⁸⁶.

4.5 Les mesures visant les usagers d'un service public ou privé

Les mesures de prévention de l'art. 40 LEp ont des objectifs bien plus larges que la prévention au sein des seules institutions de santé. L'interdiction totale ou partielle de manifestations, l'interdiction d'accès à certains bâtiments ou à certaines zones ou l'interdiction de certaines activités peuvent en fait viser toutes sortes d'institutions ou d'établissements, publics ou privés. Lors de la pandémie de Covid-19, le Conseil fédéral - et certains cantons lorsque le Conseil fédéral leur a délégué ces compétences -²²⁸⁷ ont, en fonction de l'avancée ou du recul de la pandémie, ordonné la fermeture partielle ou totale des écoles, des commerces, des bars et restaurants et des établissements dédiés à la culture ou au sport, notamment²²⁸⁸. Comme les mesures applicables aux institutions sanitaires, à leur personnel ou à leurs visiteurs, examinées précédemment, celles qui sont présentées ici ne correspondent pas à des actes de nature médicale ; elles représentent en revanche des restrictions assez importantes à la liberté personnelle et, pour les exploitants de ces entreprises, à la liberté économique.

Dans son Message, le Conseil fédéral précise qu'avant d'ordonner des mesures de cette nature, « il importe [...] de tenir compte des répercussions sociales et économiques liées à l'interdiction d'une manifestation ou à la fermeture d'écoles ou d'entreprises »²²⁸⁹.

²²⁸⁶ Prise de position du 30 août 2013, Examen de la conformité à la loi de l'obligation faite par les Hôpitaux Universitaires Genevois à son personnel d'annoncer s'il est vacciné ou s'il porte un masque pour protéger les patients, par le port d'un badge, http://160.53.186.13/ppdt/doc/documentation/PP_ID_30_08_13_anonymiser.pdf.

²²⁸⁷ Il est bien question ici des mesures que pourraient ordonner les autorités sanitaires, cantonales ou fédérales. Les mesures sanitaires que pourraient exiger des acteurs du secteur privé, par exemple un statut de personne vaccinée pour accéder à certains services, telles que la restauration, les spectacles ou les manifestations sportives, sont traitées plus loin, p. 552 ss.

²²⁸⁸ Voir précédemment, p. 560 ss.

²²⁸⁹ Message Loi sur les épidémies 2010, 372.

La loi fait spécifiquement référence aux « écoles », tandis que l'ordonnance contient, outre les dispositions relatives aux institutions de santé déjà examinées, des normes touchant également les crèches²²⁹⁰, les prisons²²⁹¹ et les centres fédéraux et cantonaux accueillant des requérants d'asile²²⁹². En effet, selon l'art. 19 al. 2 lettre d LEp, le Conseil fédéral peut « enjoindre aux institutions publiques ou privées investies de devoirs particuliers en matière de protection de la santé des personnes dont elles ont la charge de prendre des mesures de prévention appropriée » ; selon le Message, ce sont bien les « établissements pénitentiaires et les foyers fermés »²²⁹³ qui sont ainsi visés. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive et d'autres institutions pourraient être concernées. Quant aux mesures de protection pouvant être mises en place au cas où une épidémie se déclarerait au sein de l'armée, elles font l'objet d'une ordonnance particulière dans le droit militaire²²⁹⁴.

Certains cantons ont adopté des règles plus précises à propos de l'éloignement scolaire des enfants affectés par une maladie transmissible²²⁹⁵. Un enfant placé en structure d'accueil préscolaire ou soumis à la scolarité obligatoire qui serait touché par une telle maladie fait l'objet d'une « éviction », ordonnée par son médecin traitant, aussi longtemps qu'il est considéré comme contagieux ; le Tribunal fédéral a ainsi admis l'exclusion pendant deux semaines d'une enfant non vaccinée contre la rougeole qui avait déjà manqué les cours pendant une semaine²²⁹⁶. L'éviction peut aussi toucher les enfants faisant ménage commun avec l'enfant malade et, en outre, les adultes faisant ménage commun avec lui, si ces personnes travaillent dans une structure d'accueil pour enfants ou en milieu scolaire. La réadmission de l'enfant ne peut avoir lieu qu'à la

²²⁹⁰ Structures d'accueil pour enfants, selon l'art. 28 Oep. Voir le Message Loi sur les épidémies 2010, 358.

²²⁹¹ Etablissements de privation de liberté, selon l'art. 30 OEp. Voir le Message Loi sur les épidémies 2010, 358 s. A propos des prisons, voir Thomas NOLL et al., Covid-19 Impfpflicht für Personal mit Gefangenenkontakt ?, *in* : Jusletter du 28 février 2022.

²²⁹² Centres d'enregistrement et de procédure de la Confédération et centres d'hébergement collectif cantonaux, selon l'art. 31 OEp. Voir Message Loi sur les épidémies 2010, 358.

²²⁹³ Message Loi sur les épidémies 2010, 358.

²²⁹⁴ Ordonnance du 25 octobre 1955 concernant les mesures à prendre par l'armée contre les épidémies et les épizooties (RS 510.35).

²²⁹⁵ Voir par exemple les art. 3 à 8 de l'Arrêté fribourgeois du 5 décembre 2000 sur la lutte contre les maladies transmissibles et autres mesures de police sanitaire.

²²⁹⁶ Arrêt du 8 juin 2020 dans la cause 2C_395/2019.

condition qu'un certificat médical atteste de sa guérison et de l'absence de tout risque de transmission.

4.6 La répartition des compétences entre autorités cantonales et Conseil fédéral

4.6.1 *Situation normale*

En termes de mesures de lutte contre les épidémies, la loi de 2010 est conçue comme un modèle à trois échelons : les situations normales, les situations particulières, visées à l'art. 6 LEp, et les situations extraordinaires, prévues à l'art. 7 LEp ; ces situations vont désigner les autorités compétentes et dicter leurs réponses en face d'un risque sanitaire²²⁹⁷.

En général, la situation épidémiologique peut être qualifiée de « normale » et la compétence pour ordonner d'éventuelles mesures sanitaires appartient aux autorités sanitaires cantonales (art. 31 al. 1^{er} LEp), souvent le médecin cantonal²²⁹⁸. C'est à ces autorités qu'il revient de décider au cas par cas si la santé publique l'emporte sur les droits fondamentaux des personnes concernées, lorsque des mesures sont envisagées²²⁹⁹.

4.6.2 *Situation particulière*

En cas de situation « particulière », correspondant à une urgence épidémiologique, le Conseil fédéral peut ordonner des mesures sanitaires spécifiques, visant des individus ou la population, notamment la vaccination obligatoire pour les groupes de population en danger. Une situation doit être considérée comme particulière, selon l'art. 6 al. 1^{er} LEp, lorsque, alternativement :

²²⁹⁷ Message Loi sur les épidémies 2010, 344 ; Frédéric BERNARD, La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie, *in*: Revue de droit suisse spécial 2020, p. 57 ss.

²²⁹⁸ Message Loi sur les épidémies 2010, 366.

²²⁹⁹ Message Loi sur les épidémies 2010, 365.

« a) les organes d'exécution ordinaires ne sont pas en mesure de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation d'une maladie transmissible et qu'il existe l'un des risques suivants :

1. un risque élevé d'infection et de propagation ;
2. un risque spécifique pour la santé publique ;
3. un risque de graves répercussions sur l'économie ou sur d'autres secteurs vitaux;

[ou] b) l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population en Suisse ». A titre d'exemple, le Conseil fédéral mentionne la situation qui existerait lors d'une pandémie « modérée » d'influenza ou de SRAS²³⁰⁰.

4.6.3 *Situation extraordinaire*

Enfin, les mesures ordonnées pourraient s'étendre à une partie du pays, voire à tout le pays si le Conseil fédéral devait considérer qu'il fait face à une « situation extraordinaire » telle qu'elle est prévue par l'art. 7 LEp. Une telle situation est présente si la menace sanitaire a une portée nationale, au point que la sécurité extérieure et la sécurité intérieure pourrait être compromise. Dans son Message²³⁰¹, le Conseil fédéral fait référence au droit d'urgence prévu par la Constitution fédérale à l'art. 185 Cst, qui lui permet d'édicter des ordonnances et de prendre des décisions en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou intérieure²³⁰². Partant, l'art. 7 de la loi fédérale n'a qu'une « valeur déclaratoire » et constitue en fait un rappel de ces compétences constitutionnelles particulières.

²³⁰⁰ Message Loi sur les épidémies 2010, tableau 3, 344.

²³⁰¹ Message Loi sur les épidémies 2010, 346.

²³⁰² Voir notamment Luc GONIN, Commentaire *ad* art. 185 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 3346 ss; Jörg KÜNZLI, Kommentar *ad* Art. 185 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 2696 ss; Urs SAXER, Kommentar *ad* Art. 185 BV, *in*: St- Galler Kommentar BV, p. 2956 ss.

A titre d'exemple, le Conseil fédéral citait dans son Message à l'appui de la loi de 2012 une « pandémie obéissant au scénario du pire », telle que l'épidémie de grippe espagnole de 1918²³⁰³ ; il s'est appuyé sur l'art. 7 LEp pour prendre les mesures édictées lors de la pandémie de Covid-19. Dans un tel cas, le Conseil fédéral est en effet autorisé à ordonner les mesures nécessaires pour l'ensemble du pays ou en tout cas pour une partie du pays. Il pourrait notamment étendre très largement l'obligation de vaccination, limitée aux seuls groupes de population en danger, aux personnes particulièrement exposées et aux personnes exerçant certaines activités lors d'une situation particulière. L'exécution resterait confiée aux autorités sanitaires cantonales, agissant cependant sur prescriptions du Conseil fédéral.

4.7 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

4.7.1 *Usage de la contrainte*

Selon l'art. 32 LEp, les autorités cantonales compétentes qui ont ordonné une surveillance médicale, une quarantaine, un isolement ou un examen médical peuvent pourvoir à l'exécution de ces mesures « par voie de contrainte », c'est-à-dire en recourant à la force publique. L'usage de la force peut aussi toucher les voyageurs qui entrent en Suisse, pour les mesures sanitaires qui leur seraient imposées, en exécution de l'art. 41 al. 3 LEp.

En revanche, à lire le Message, la contrainte ne s'applique pas au traitement médical : « Si une personne refuse le traitement médicamenteux qui lui est prescrit ou d'autres soins portant atteinte à son intégrité physique, le recours à la contrainte physique n'est pas autorisé. En pareil cas, le

²³⁰³ Message Loi sur les épidémies 2010, tableau 3, 344. La pandémie mondiale de grippe de 1918, dénommée grippe « espagnole » quoique probablement originaire d'Extrême-Orient, est due à une souche particulièrement virulente de type H1N1. Entre 1918 et 1919, elle provoqua selon les estimations entre 20 et 50 millions, voire 100 millions de décès dans le monde, ce qui en fait l'une des pandémies les plus meurtrières de l'Histoire ; voir Laura SPINNEY, *La grande tueuse, Comment la grippe espagnole a changé le monde*, Paris 2018. En Suisse, on estime que près de 25'000 personnes l'ayant contractée sont décédées ; Christian SONDEREGGER, Grippe, in: *Dictionnaire historique de la Suisse (DHS)*, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F22714.php>. Dans son Message relatif à la Loi de 1970, le Conseil fédéral évoque quant à lui le chiffre de 75'000 décès ; Message LEp 1970, 391.

traitement doit être limité à des mesures ne touchant pas aux droits fondamentaux relatifs à l'intégrité physique (mise en œuvre des mesures au sens des art. 34 à 36 et 38 P-LEp), qui doivent être appliquées jusqu'à ce que tout risque de propagation soit écarté ou que d'autres motifs importants en justifient l'interruption »²³⁰⁴. Ce ne sont donc que les mesures de surveillance médicale et d'examen médical, mais avant tout de quarantaine et d'isolement qui pourraient être exécutées par la contrainte, au cas où la personne concernée refuserait d'y collaborer.

4.7.2 *Sanctions pénales*

L'obligation de collaborer est renforcée par des dispositions pénales. En exécution de l'art 83 LEp, quiconque se soustrait intentionnellement à une surveillance médicale qui lui a été imposée (art. 83 al. 1^{er} lettre g LEp), à des mesures de quarantaine ou d'isolement qui lui ont été imposées (art. 83 al. 1^{er} lettre h LEp) ou à des examens médicaux qui lui ont été imposés (art. 83 al. 1^{er} lettre i LEp) commet une contravention et est passible d'une amende.

En exécution de l'art. 83 al. 1^{er} lettre j LEp, une amende pourrait également être infligée aux personnes qui contreviendraient aux « mesures visant la population » reposant sur l'art. 40 LEp, c'est-à-dire celles qui viseraient les institutions sanitaires, leur personnel ou leurs visiteurs, ou celles qui viseraient les usagers d'un service public ou privé. Une infraction aux dispositions sur l'entrée ou la sortie du pays résultant de l'art. 41 LEp, enfin, serait aussi passible d'une amende, selon l'art. 83 al. 1^{er} lettre k LEp.

Lorsque l'auteur agit par négligence, l'amende ne peut dépasser 5'000 francs (art. 83 al. 2 LEp). La poursuite et le jugement des infractions incombent aux cantons (art. 84 LEp).

²³⁰⁴ Message Loi sur les épidémies 2010, 370.

5. Vaccinations recommandées ou obligatoires

5.1 Les vaccinations recommandées

Parmi les mesures de prévention énoncées aux art. 19 ss LEp figurent les vaccinations (art. 20 ss LEp). La loi invite d'abord les cantons à encourager la vaccination, par des campagnes d'information à propos des vaccins recommandés et par un contrôle régulier du statut vaccinal des enfants et des adolescents pendant la scolarité obligatoire²³⁰⁵. Dans ce contexte, les cantons peuvent proposer des vaccinations dans le cadre du service médical scolaire et effectuer des vaccinations gratuites ou à un prix inférieur à celui du marché (art. 21 LEp)²³⁰⁶.

Bon nombre des vaccins recommandés ou figurant dans les Plans annuels de vaccination établis par l'Office fédéral de la santé publique sont plus généralement pris en charge par l'assurance obligatoire des soins, selon l'art. 12a OPAS (« Vaccinations prophylactiques »). Ils sont en principe soumis à la franchise, mais beaucoup d'entre eux concernent les enfants ou les adolescents, de sorte que la question ne se pose pas ; la participation (quote-part) est due dans tous les cas²³⁰⁷.

En réalité, la vaccination des art. 19 ss LEp, intégrée dans le Chapitre 4 de la loi consacré aux « mesures de prévention », est une mesure qui comporte une double dimension : elle constitue une mesure de prévention, car son but est d'empêcher l'apparition d'une maladie transmissible ou sa propagation, mais elle représente aussi une mesure de lutte, certes controversée : en présence d'un « danger sérieux », la vaccination pourrait

²³⁰⁵ Voir aussi art. 36 OEep.

²³⁰⁶ Voir le Message Loi sur les épidémies 2010, 360.

²³⁰⁷ Voir Message Loi sur les épidémies 2010, 332 s. Quant aux coûts d'une vaccination contre le Covid-19, ils sont couverts par l'assurance obligatoire des soins (art. 12a lettre n OPAS) et la Confédération et les cantons prennent en charge les coûts non couverts par l'assurance-maladie (franchise et quote-part) ; la vaccination est dès lors gratuite. L'articulation entre la loi sur les épidémies et la législation en matière d'assurances sociales devrait cependant être améliorée, voir en particulier Anne-Sylvie DUPONT, La prise en charge des soins de santé en cas d'épidémie, *in*: Jusletter du 22 juin 2020.

être déclarée obligatoire par les autorités sanitaires fédérales ou cantonales²³⁰⁸.

5.2 Les vaccinations obligatoires « cantonales »

Selon l'art. 22 LEp, les cantons peuvent non seulement recommander mais aussi déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes à risques, pour les personnes particulièrement exposées ou encore pour les personnes exerçant certaines activités spécifiques, pour autant qu'un danger sérieux soit établi²³⁰⁹.

L'art. 38 al. 1^{er} OEp livre des éléments supplémentaires pour déterminer si les conditions d'un danger sérieux sont présentes ; dans leur réflexion, les autorités cantonales compétentes doivent tenir compte des critères suivants :

- a) le degré de gravité d'une éventuelle maladie et son risque de propagation ;
- b) la menace pour les personnes particulièrement vulnérables ;
- c) la situation épidémiologique au niveau cantonal, national et international en concertation avec l'OFSP ;
- d) l'efficacité attendue d'une éventuelle obligation de vaccination ;
- e) la pertinence et l'efficacité d'autres mesures pour enrayer le risque sanitaire et leur efficacité.

Une obligation de vaccination pour des personnes exerçant certaines activités, en particulier dans le cadre d'établissements de soins, doit être limitée aux domaines dans lesquels il existe un risque accru de propagation de la maladie ou de mise en danger de personnes particulièrement

²³⁰⁸ Voir par exemple Stéphanie PERRENOUD, La vaccination : une thématique controversée : l'exemple de la grippe, *in* : RSDS 2016, p. 105 ss. La vaccination peut même constituer un traitement médical en tant que tel ; voir le Message Loi sur les épidémies 2010, 370.

²³⁰⁹ Voir notamment Lorenz LANGER, Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, *in*: Revue de droit suisse 2017, p. 87 ss; Anna RUEFLI, Impfzwang in den Kantonen, *in*: Sécurité et droit 2/2012, p. 114 ss. Pour un point de vue de droit allemand, Dan Bastian TRAPP, Impfzwang: Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Gesundheitsvorsorgemassnahmen, *in*: Deutsches Verwaltungsblatt 2015, p. 11 ss.

vulnérables, selon l'art. 38 al. 2 OEp. Elle ne peut en outre n'avoir qu'une durée limitée, conformément à l'art. 38 al. 3 OEp.

Les cantons doivent s'assurer que des vaccinations de masse peuvent être effectuées en cas de besoin et qu'ils disposent de l'infrastructure appropriée (art. 37 OEp). L'ordonnance prévoit même une liste de priorité pour l'attribution des vaccins, au cas où une vaccination de masse serait nécessaire mais où les vaccins seraient disponibles en quantité insuffisante pour toute la population (art. 61 OEp). Le personnel médical et infirmier (art. 61 al. 3 lettre a OEp), les personnes particulièrement vulnérables si elles ne sont pas vaccinées (lettre b) et enfin les personnes « actives dans des secteurs mettant à disposition des biens publics, comme la santé, la sécurité intérieure ou extérieure, les transports, les communications ou l'approvisionnement en énergie, en eau potable et en denrées alimentaires » (lettre c) sont considérées comme prioritaires.

5.3 Les vaccinations obligatoires « fédérales »

Dans l'hypothèse où surviendrait une « situation particulière » correspondant à une « situation d'urgence épidémiologique »²³¹⁰, le Conseil fédéral serait autorisé, en concertation avec les cantons et conformément à l'art. 6 al. 2 LEp, à prendre des mesures sanitaires particulières, notamment à déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités (art. 6 al. 2 lettre d LEp)²³¹¹.

Ces mesures sanitaires, y compris les vaccinations obligatoires, pourraient encore être étendues à une partie du pays ou à tout le pays, en application de l'art. 7 LEp, si le Conseil fédéral devait considérer que la menace sanitaire est de portée nationale et qu'elle correspond à une situation extraordinaire²³¹².

²³¹⁰ Message Loi sur les épidémies 2010, tableau 3, 344.

²³¹¹ Sur les conditions d'une situation particulière, voir précédemment, p. 552 s. A propos de la vaccination obligatoire, voir Frédéric BERNARD, Marjolaine VIRET, Vaccination obligatoire et pandémie de Covid-19 en Suisse, *in* : Jusletter du 9 août 2021.

²³¹² Sur les conditions d'une situation extraordinaire, voir précédemment, p. 553 s.

5.4 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Il n'existe évidemment aucune obligation de collaborer à une vaccination qui n'est que recommandée.

Quant aux vaccinations ordonnées par les autorités sanitaires cantonales ou fédérales, elles ne peuvent pas être exécutées par contrainte physique, selon l'art. 38 al. 3 OEp. En outre, aucune disposition pénale n'est prévue pour sanctionner les personnes qui refuseraient de collaborer, mais l'autorité sanitaire pourrait assortir sa décision de vaccination obligatoire de la menace de l'amende prévue à l'art. 292 CPS (« insoumission à une décision de l'autorité »).

Pour faire respecter une obligation de vaccination, des moyens de contrainte indirects pourraient toutefois être envisagés et utilisés, par exemple une interdiction totale ou partielle d'exercer sa profession ou certaines activités (art. 38 LEp) ou une obligation de se soumettre à d'autres mesures sanitaires, telles qu'une quarantaine ou un isolement, mesures qui pourraient, elles, être exécutées par voie de contrainte (art. 32 LEp)²³¹³.

L'interdiction de l'usage de la contrainte physique pour faire respecter l'obligation de vaccination, parce qu'elle est énoncée dans une ordonnance, est relativement fragile, au moins juridiquement : la disposition de l'ordonnance pourrait être aisément abrogée par le Conseil fédéral, même si une telle abrogation susciterait sans doute une effervescence politique considérable. Les milieux opposés à la vaccination ont dès lors déposé une initiative populaire intitulée « Pour la liberté et l'intégrité physique »²³¹⁴, visant à insérer dans la Constitution un art. 10 al. 2bis Cst. Cette nouvelle disposition protégerait une personne ayant refusé son consentement à un atteinte à l'intégrité physique ou psychique contre « une peine » ou des « préjudices sociaux ou professionnels ».

²³¹³ Voir précédemment, p. 554 s.

²³¹⁴ Examen préliminaire de l'initiative, Feuille fédérale 2020 8769. Le titre de l'initiative ne permet pas de déterminer son véritable objectif ; la dénomination du comité référendaire est plus explicite (« Komitee STOPP Impfpflicht », point 4 de l'examen préliminaire).

5.5 Obligation de déclarer son statut vaccinal

L'obligation de déclarer son statut vaccinal ne constitue pas, de toute évidence, une atteinte à l'intégrité physique ou psychique. Cette question est néanmoins traitée ici en raison de son lien de connexité étroit avec l'obligation de vaccination.

5.5.1 *En droit public*

Synonyme de restriction à une liberté fondamentale - ici la protection de la sphère privée telle qu'elle découle de l'art. 13 Cst²³¹⁵ -, une éventuelle obligation de dévoiler son statut vaccinal dans un contexte de droit public nécessite une base légale (art. 36 Cst).

Une telle base légale peut sans doute être déduite de l'art. 29 OEp pour le personnel des institutions du domaine de la santé²³¹⁶ ; elle est explicitement prévue pour le transport international de voyageurs (art. 41 al. 2 lettre b LEp) et pour les enfants scolarisés, dont le statut est contrôlé « au moins deux fois, au début et en fin de scolarité obligatoire » (art. 36 al. 1^{er} OEp).

Lors de la pandémie de Covid-19, le Conseil fédéral a édicté, le 4 juin 2021, l'Ordonnance Covid-19 certificats²³¹⁷, qui repose sur l'art. 6a de la Loi Covid-19 et fixe notamment les modalités et la validité de tels certificats, délivrés en particulier aux personnes vaccinées. Ces certificats sanitaires ont été assez largement utilisés à partir du mois de juin 2021 pour permettre l'accès aux cafés et restaurants, aux cinémas, théâtres et autres lieux dédiés à la culture ; une partie de la population y a vu une obligation vaccinale déguisée.

²³¹⁵ Voir notamment Maya HERTIG RANDALL, Julien MARQUIS, Commentaire *ad* art. 13 Cst, in: Commentaire romand Cst, p. 490 ss; Oliver DIGGELMANN, Kommentar *ad* Art. 13 BV, in: Basler Kommentar BV, p. 283 ss; Stephan BREITENMOSER, Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 13 BV, in: St- Galler Kommentar BV, p. 341 ss ; Pascal MAHON vol. II, p. 101 ss; Andreas AUER et al. Vol. II, p. 185 ss.

²³¹⁶ Voir précédemment, p. 547 ss.

²³¹⁷ Ordonnance du 4 juin 2021 sur les certificats attestant la vaccination contre le Covid-19, la guérison du Covid-19 ou la réalisation d'un test de dépistage du Covid-19 (Ordonnance Covid-19 certificats, RS 818.102.2), en vigueur jusqu'au 31 août 2023, sous réserve d'une prolongation ultérieure.

5.5.2 *En droit privé*

La question est plus délicate dans le contexte du droit privé, par exemple pour être autorisé à entrer dans un restaurant ou un bar, ou à assister à un spectacle ou une manifestation sportive.

Le statut vaccinal est en effet une donnée sensible selon la Loi sur la protection des données²³¹⁸, puisqu'il s'agit d'une donnée relative à la santé. Il n'est pas certain, toutefois, qu'elle représente dans ces circonstances une donnée « personnelle », si l'exploitant du restaurant ou du bar, ou l'organisateur de la manifestation se limite exclusivement à poser la question du statut vaccinal, sans relever l'identité du client ou du spectateur ou aucun autre élément qui permettrait une identification. En effet, est personnelle une donnée relative à une personne identifiée ou identifiable, selon l'art. 3 lettre a LPD²³¹⁹.

En outre, la LPD encadre le « traitement » de données, conformément à ses art. 1^{er} et 2 al. 1^{er}. Il n'est pas certain, non plus, qu'une simple question relative au statut vaccinal corresponde vraiment à un traitement de données tel qu'il est défini à l'art. 3 lettre e LPD et qui nécessite une « opération », par exemple l'enregistrement et la conservation²³²⁰.

Si l'obligation de déclarer anonymement son statut vaccinal est probablement conforme à la législation sur la protection des données, il faut encore examiner si elle ne pourrait pas constituer une mesure de discrimination au sens du droit de la personnalité. Cependant, un traitement différencié, entre personnes vaccinées et personnes non vaccinées par

²³¹⁸ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1).

²³¹⁹ Rainer SCHWEIZER, David RECHSTEINER, Grund- und menschlicher Datenschutz, in: Nicolas Pasadelis et al., Datenschutzrecht, Bâle 2015, p. 41 ss; Gabor BLECHTA, Kommentar ad Art. 3 DSG, in: Urs Maurer-Lambrou, Gabor Blechta (éd.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3e éd., Bâle 2014, p. 87 ss ; Eva Maria BELSER et al., Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht, Berne 2011, p. 421 ss ; Philippe MEIER, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, p. 197 ss.

²³²⁰ *Contra*, Beat RUDIN, Kommentar ad Art. 3 DSG, in: Bruno Baeriswyl, Kurt Pärli (éd.), Datenschutzgesetz, Berne 2015, p. 41. Sur la notion de traitement, voir Gabor BLECHTA, Kommentar ad Art. 3 DSG, in: Urs Maurer-Lambrou, Gabor Blechta (éd.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3e éd., Bâle 2014, p. 87 ss, notamment p. 104 s. ; Eva Maria BELSER et al., Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht, Berne 2011, p. 650 s.; Philippe MEIER, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, p. 229 ss.

exemple, ne constitue pas une atteinte illicite s'il est justifié par le consentement de la « victime », ou par un intérêt prépondérant public ou privé, ou encore par la loi, selon l'art. 28 al. 2 CC²³²¹. Dès lors, si le client ou le spectateur consent à livrer son statut vaccinal, l'atteinte est licite ; elle le serait également si l'exploitant ou l'organisateur devait considérer que sa protection, celle de son personnel et de sa clientèle le justifie de façon prépondérante, un point de vue qui ne paraît pas déraisonnable en cas de grave pandémie.

Reste à traiter le caractère éventuellement excessif de l'acceptation du client ou du spectateur à livrer son statut vaccinal. L'art. 27 al. 2 CC interdit en effet un engagement qui serait contraire au droit ou aux mœurs²³²². Le droit fédéral ne contient cependant aucune disposition légale qui empêcherait de livrer son statut vaccinal. Pour le surplus, livrer une information de cette nature au cours d'une pandémie mondiale qui a coûté à vie à plusieurs millions de personnes, afin de protéger d'autres personnes, n'apparaît certes pas immoral.

6. Indemnisation

6.1 Indemnisation en cas de dommages consécutifs à une mesure sanitaire

Selon l'art. 63 LEp, l'autorité ordonnant une mesure visée aux art. 33 à 38 ou 41 al. 3 de la loi, peut indemniser, en tenant compte de la situation économique des bénéficiaires, les personnes qui subissent un dommage dû à cette mesure, pour autant que celui-ci ne soit pas couvert autrement. Si la mesure a été ordonnée par une autorité cantonale, c'est le canton dont elle dépend qui sera appelé à indemniser, et la Confédération si la mesure a été prise par l'autorité fédérale.

Les mesures sanitaires qui peuvent donner lieu à une indemnisation sont, concrètement, les mesures d'identification et d'information (art. 33 LEp), de surveillance médicale (art. 34 LEp), de quarantaine et d'isolement (art. 35 LEp), d'examen médical (art. 36 LEp) et de traitement médical (art. 37 LEp), ainsi que les mesures d'interdiction totale ou partielle d'exercer sa

²³²¹ Voir précédemment, p. 144 ss.

²³²² Voir précédemment, p. 104.

profession ou certaines activités (art. 38 LEp) ; les mesures sanitaires qui seraient imposés aux voyageurs peuvent aussi être à l'origine d'une indemnisation (art. 41 al. 3 LEp).

On comprend aisément que des mesures de quarantaine ou d'isolement, par exemple, ou encore d'interdiction partielle ou totale d'exercer une profession ou une activité puissent entraîner un préjudice pour les personnes qui en seraient l'objet ; un traitement médical inapproprié ou ses effets secondaires indésirables pourraient aussi entraîner des dommages. Le Message propose encore d'autres exemples : « Sont considérés comme dommages au sens de la présente disposition la perte de gain, le manque à gagner ainsi que les autres frais en lien direct avec la mesure ordonnée (p. ex.: coût consécutif à l'incapacité d'utiliser un billet d'avion à une date déterminée) »²³²³.

L'Etat ne répond en principe que des dommages qu'il a causés d'une manière illicite²³²⁴. « Les personnes concernées doivent donc en règle générale supporter elles-mêmes les dommages causés par des activités étatiques conformes au droit, à moins qu'une loi ne prévoie une obligation d'indemnisation. C'est le cas de l'art. 63 P-LEp, qui se limite toutefois à une responsabilité fondée sur l'équité pour les dommages consécutifs aux mesures énumérées aux art. 33 à 38 ainsi que 41, al. 3 »²³²⁵.

Cette indemnisation de nature causale est toutefois subsidiaire : le canton concerné ou la Confédération ne répare le préjudice subi que pour autant qu'il ne soit pas couvert par un tiers. En outre, le dommage est soumis à une condition particulière d'équité, dans la mesure où il doit occasionner des conséquences économiques ou sociales graves pour qu'une indemnisation puisse être envisagée. Enfin, en dépit de la lettre de la disposition – « L'autorité [...] peut indemniser [...] » -, le Conseil fédéral est d'avis qu'une indemnisation est due si les conditions en sont réunies :

²³²³ Message Loi sur les épidémies 2010, 389.

²³²⁴ Ce que rappelle aussi le Message Loi sur les épidémies 2010, 389. Pour la Confédération, c'est l'art. 3 de la Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité, LRCE, RS 170.32) qui est applicable.

²³²⁵ Message Loi sur les épidémies 2010, 389.

« Une indemnité (équitable) doit être versée lorsque la personne concernée par une mesure individuelle ayant occasionné un dommage qui ne peut pas être couvert autrement (employeur, assurance-maladie, autres assurances sociales, etc.) se retrouverait dans une situation matérielle ou sociale critique. »²³²⁶

L'indemnisation poursuit évidemment un objectif premier de réparation du préjudice, mais aussi un but secondaire ou indirect, qui pourrait être décrit comme un but de promotion de la santé publique : « Il importe en effet que les personnes concernées ne subissent pas de préjudice financier résultant de mesures qui ont été prises avant tout dans l'intérêt de la santé publique. Les charges financières auxquelles le public s'expose risquent de le dissuader de se plier aux mesures ordonnées »²³²⁷.

6.2 Indemnisation en cas de préjudice consécutif à des vaccinations

Selon l'art. 64 al. 1er LEp, toute personne ayant subi un préjudice à la suite d'une vaccination ordonnée ou recommandée par les autorités peut faire valoir un droit à indemnisation²³²⁸.

Certes, les effets secondaires inattendus et graves après une vaccination sont tout à fait rares²³²⁹ ; le Conseil fédéral, sur la base d'estimations de la Commission fédérale pour les vaccinations instaurée par l'art. 85 LEp, en prévoit quant à lui une dizaine par année²³³⁰. Néanmoins, il estime « [qu']il serait [...] choquant de voir la Confédération promouvoir la vaccination et recommander ou ordonner à la population de se faire vacciner, tout en omettant dans certains cas, en présence d'un dommage

²³²⁶ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*.

²³²⁷ Message Loi sur les épidémies 2010, 389.

²³²⁸ Voir notamment Hardy LANDOLT, Entschädigung und Genugtuung bei Schäden aus Impffolgen, *in*: Sozialversicherungsrechtstagung 2017, Zurich 2018, p. 41 ss.

²³²⁹ Voir notamment C. DI PIETRANTONJ et al., Vaccines for measles, mumps, rubella and varicella in children, *in*: Cochrane Database of Systematic Reviews 2020, Issue 4 Art. No : CD004407; Philipp J. FRITSCHKE et al., Vaccine hypersensitivity – update and overview, *Swiss Medical Weekly* 2010 ; 140(17-18) : 238-246.

²³³⁰ Message Loi sur les épidémies 2010, 390.

consécutif à la vaccination, d'apporter son aide sous une forme appropriée. »²³³¹

On peut observer d'abord que l'éventuel devoir d'indemnisation prévu par la loi fédérale l'est tant pour une vaccination obligatoire que pour une vaccination recommandée. Le législateur fédéral est ainsi plus « généreux » que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg, qui n'exige pas des Etats signataires une indemnisation en cas de lésion si la vaccination est uniquement recommandée²³³².

Pour le surplus, sous l'empire de la loi de 1970²³³³, un devoir d'indemnisation existait déjà pour les cantons, en cas de lésions post-vaccinales. Les conditions de mise en œuvre de cette règle de droit n'étaient toutefois pas très claires ; le Tribunal fédéral n'avait été appelé à juger une affaire en lien avec la mise en œuvre de cette disposition qu'à une seule reprise et la décision qu'il avait rendue laissait de nombreuses questions non résolues²³³⁴. La nature de l'indemnité visée par la loi, en particulier – couverture du dommage matériel seulement, tort moral ? – restait controversée. Le législateur a donc tenté d'apporter des précisions sur ces points dans la loi de 2012.

Comme pour d'éventuels dommages liés aux mesures sanitaires, l'indemnisation en cas de préjudice lié à une vaccination recommandée ou obligatoire est subsidiaire (art. 64 al. 2 LEp) : elle n'est accordée que si le préjudice n'est pas couvert par un ou des tiers, « en dépit d'efforts raisonnables » pour en obtenir réparation, notamment auprès des assurances sociales ou d'assurances privées²³³⁵.

Il s'agit aussi d'une indemnisation causale, qui n'exige pas d'acte illicite de la part des autorités sanitaires ; « sont considérés comme des dommages tous ceux qui présentent un lien de causalité adéquat avec la vaccination. [Toutefois], [l]es réactions mineures usuelles après une vaccination (par exemple, tuméfaction, oedème ou fièvre) ne sont pas

²³³¹ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*.

²³³² Voir précédemment, p. 22.

²³³³ Art. 23 de la Loi de 1970.

²³³⁴ ATF 129 II 353. Voir Hardy LANDOLT, Haftung für Impfschäden – Anmerkungen zu BGE 129 II 353 ff, in: Haftung und Versicherung (HAVE) 2003, 313 ss.

²³³⁵ Message Loi sur les épidémies 2010, 391.

considérées comme des dommages au sens du projet »²³³⁶. La Commission fédérale pour les vaccinations est pour le surplus chargée de « développe[r] des critères médicaux permettant d'établir plus précisément le lien de causalité entre un vaccin et son dommage. Elle tient compte des critères scientifiques reconnus au niveau international et des critères de causalité utilisés par l'institut suisse des produits thérapeutiques pour évaluer les effets indésirables des médicaments » (art. 86 al. 1er OEp).

En revanche, il n'est plus question d'indemnisation « équitable » uniquement ; en outre, la réparation du préjudice peut aussi englober une indemnité pour le tort moral subi, selon l'art. 65 LEp, lorsque la gravité de l'atteinte le justifie. Le montant de la réparation morale ne peut cependant excéder 70'000 francs, en application de l'art. 65 al. 3 LEp, montant fixé par analogie avec les dispositions de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes²³³⁷ ; la loi précise encore que d'éventuelles prestations que l'ayant droit aurait reçues de tiers à titre de réparation morale seraient déduites du montant de la réparation morale accordée, conformément à l'art. 65 al. 4 LEp.

7. Voies de droit

7.1 Contestation d'une mesure sanitaire

Ces mesures sont prévues aux art. 33 à 38 LEp²³³⁸. Il s'agit de l'identification et de l'information d'une personne affectée ou présumée affectée, de la surveillance médicale, de la quarantaine ou de l'isolement et de l'examen médical. Toutes ces mesures sont sujettes à recours, qu'elles aient pour objet l'identification d'une source possible d'infection, ou qu'elles soient destinées à protéger la personne concernée ou son entourage²³³⁹.

²³³⁶ Message Loi sur les épidémies 2010, *ibidem*.

²³³⁷ Art. 23 de la Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (Loi sur l'aide aux victimes, LAVI, RS 312.5) ; voir Message Loi sur les épidémies 2010, 392.

²³³⁸ Voir précédemment, p. 539 ss.

²³³⁹ Message Loi sur les épidémies 2010, 366.

Le traitement médical de l'art. 38 LEp, lui, ne peut être imposé par la contrainte²³⁴⁰, de sorte qu'une contestation paraît ici a priori sans objet et dépourvu d'un « intérêt digne de protection » - plus spécifiquement d'un intérêt pratique - au sens de l'art. 89 al. 1^{er} lettre c LTF notamment²³⁴¹. On peut cependant envisager qu'une contestation portant sur un traitement médical imposé soit recevable, même si le traitement médical n'a pas été exécuté, dans la mesure où la régularité de la décision soulèverait une question de principe. Le Tribunal fédéral renonce en effet à l'exigence d'un tel intérêt, « lorsqu'elle fait obstacle au contrôle de la constitutionnalité ou de la légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables, et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à sa censure, et lorsqu'il existe un intérêt public important à résoudre la question de principe soulevée »²³⁴².

Outre la question de l'intérêt pratique, la contestation d'une mesure médicale imposée pourrait aussi soulever la question d'un intérêt actuel au recours, lorsque la mesure a déjà été exécutée – notamment parce que l'effet suspensif du recours a été retiré – ou lorsque la mesure n'a pas été exécutée mais que l'autorité a renoncé dans l'intervalle à son exécution, par exemple parce que la menace sanitaire a disparu. Pour les mêmes motifs que ceux qui viennent d'être exposés, un recours devrait sans doute être déclaré recevable, s'il devait permettre la résolution d'une question de principe²³⁴³.

Ces mesures étant généralement ordonnées par les autorités sanitaires cantonales, c'est la procédure administrative cantonale du canton concerné qui devrait être mise en œuvre, devant les juridictions de recours administratives désignées par le droit cantonal. Un recours de droit public, conformément aux art. 82 ss LTF, pourrait encore être interjeté devant le Tribunal fédéral contre la décision de l'autorité cantonale de recours, une

²³⁴⁰ Voir précédemment, p. 554 s.

²³⁴¹ Voir Bernhard WALDMANN, Kommentar *ad* Art. 89 BGG, in: Basler Kommentar BGG, p. 1375 ss ; Hansjörg SEILER et al., Bundesgerichtsgesetz, Berne 2015, p. 442 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 1004 ss.

²³⁴² ATF 127 I 164.

²³⁴³ ATF 127 III 429.

telle décision ne figurant pas parmi les exceptions énoncées à l'art. 83 LTF²³⁴⁴.

Exceptionnellement, ce sont les autorités sanitaires fédérales qui pourraient être amenées à ordonner des mesures sanitaires, en cas de situation particulière ou extraordinaire, ou dans le cadre du transport international de personnes. La procédure serait alors régie par les dispositions générales de la procédure fédérale²³⁴⁵; en cas de décision défavorable, un recours pourrait être formé auprès du Tribunal administratif fédéral²³⁴⁶, puis auprès du Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours en matière de droit public conformément aux art. 82 ss LTF, une telle décision ne figurant pas, à nouveau, parmi les exceptions de l'art. 83 LTF.

7.2 Contestation d'une vaccination obligatoire

Dans la mesure où une vaccination obligatoire ne peut pas être imposée par la force, elle ne sera pas exécutée si la personne concernée refuse de collaborer. Comme pour une mesure de traitement médical, dont l'exécution ne peut pas avoir lieu par la contrainte, on peut dès lors s'interroger sur la recevabilité d'un éventuel recours.

Pour les mêmes motifs que ceux qui viennent d'être exposés à propos des mesures sanitaires imposées, un recours devrait sans doute être déclaré recevable malgré l'absence d'un intérêt pratique et actuel, si une telle procédure devait donner à la juridiction de recours ou au Tribunal fédéral l'occasion de résoudre une question de principe²³⁴⁷.

A nouveau, la procédure et les juridictions de recours seront cantonales si la décision émane de l'autorité sanitaire cantonale et elles seront fédérales – c'est-à-dire Procédure administrative fédérale et Tribunal administratif fédéral – si la décision est prise par l'autorité sanitaire

²³⁴⁴ Voir Thomas HÄBERLI, Kommentar *ad* Art. 83 BGG, in: Basler Kommentar BGG, p. 1153 ss; Hansjörg SEILER et al., Bundesgerichtsgesetz, Berne 2015, p. 375 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 867 ss.

²³⁴⁵ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

²³⁴⁶ Message Loi sur les épidémies 2010, 393.

²³⁴⁷ ATF 127 III 429.

fédérale. Dans l'un et l'autre cas, un ultime recours devant le Tribunal fédéral est encore possible, dans le cadre d'un recours en matière de droit public conformément aux art. 82 ss LTF, une telle décision ne figurant pas, une fois encore, parmi les exceptions de l'art. 83 LTF.

7.3 Contestation d'une sanction pénale en cas de refus de collaborer

En exécution de l'art 83 lettres g à i LEp, quiconque se soustrait intentionnellement à une surveillance médicale qui lui a été imposée, à des mesures de quarantaine ou d'isolement qui lui ont été imposées ou à des examens médicaux qui lui ont été imposé est passible d'une amende, infligée par l'autorité compétente en matière de contraventions. Si l'auteur agit par négligence, l'amende ne peut dépasser 5'000 francs (art. 83 al. 2 LEp).

La poursuite et jugement incombent aux cantons, selon l'art. 84 LEp. Dans l'hypothèse où le justiciable entendrait contester la légalité de la sanction ou son caractère proportionnel, il pourrait saisir l'autorité de recours cantonale désignée par le droit cantonal, puis former encore un ultime recours auprès du Tribunal fédéral en exécution des art. 78 ss LTF²³⁴⁸.

7.4 Indemnisation

7.4.1 *En cas de dommage à la suite d'une mesure sanitaire*

En exécution de l'art. 63 LEp, « l'autorité ordonnant une mesure visée aux art. 33 à 38 ou 41 al. 3 de la loi, peut indemniser, en tenant compte de la situation économique des bénéficiaires, les personnes qui subissent un dommage dû à cette mesure, pour autant que celui-ci ne soit pas couvert autrement »²³⁴⁹.

²³⁴⁸ Voir Marc THOMMEN, Roberto FAGA, Kommentar *ad* Art. 78 BGG, in: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss ; Hansjörg SEILER et al., Bundesgerichtsgesetz, Berne 2015, p. 330 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 758 ss.

²³⁴⁹ Voir précédemment, p. 562 ss.

Lorsque la mesure a été ordonnée par une autorité cantonale, c'est le canton dont elle dépend qui sera éventuellement appelé à indemniser, à l'issue d'une procédure régie par le droit cantonal, devant l'autorité désignée par le droit cantonal. Si la mesure a été prise par l'autorité fédérale, c'est la Confédération qui serait visée par la demande de réparation, dans le cadre d'une procédure régie par la Procédure administrative fédérale.

Dans les deux cas, un recours devant l'autorité de recours cantonale ou devant le Tribunal administratif fédéral, respectivement, serait ouvert en cas de décision négative. Un ultime recours devant le Tribunal fédéral est ensuite encore possible, dans le cadre d'un recours en matière de droit public conformément aux art. 82 ss LTF, une telle décision ne figurant pas, à nouveau, parmi les exceptions de l'art. 83 LTF.

7.4.2 En cas de préjudice à la suite d'une vaccination

Une demande d'indemnisation pour un préjudice matériel ou un tort moral subi à la suite d'une vaccination ordonnée ou recommandée peut être introduite auprès du Département fédéral de l'intérieur, jusqu'à l'âge de 21 ans ou dans un délai de cinq ans à compter de la date de la vaccination, selon l'art. 66 LEp. Il s'agit d'un délai de péremption²³⁵⁰, qui ne peut donc ni être interrompu ni être prolongé.

La demande doit être déposée par la personne ayant subi le préjudice ou par son représentant légal (art. 100 OEep) et doit contenir les informations et pièces justificatives nécessaires énoncées à l'art. 101 OEep, notamment des données sur d'éventuelles indemnisations déjà obtenues (art. 69 al. 2 LEp).

Le Département fédéral de l'intérieur peut réduire ou refuser une indemnisation ou une réparation morale si la personne qui a subi le préjudice a contribué de manière importante à causer l'atteinte (art. 67 LEp). Dans le cas d'une vaccination recommandée, la Confédération et le canton où a eu lieu la vaccination assument chacun la moitié des coûts de

²³⁵⁰ Message Loi sur les épidémies 2010, 392.

l'indemnisation ou de la réparation morale. Dans le cas d'une vaccination obligatoire, la totalité des coûts liés à l'indemnisation ou à la réparation morale sont supportés par la Confédération, si elle a déclaré la vaccination obligatoire, ou par le canton qui a déclaré la vaccination obligatoire (art. 68 LEp). Aucun intérêt n'est dû pour l'indemnisation et la réparation morale (art. 66 al. 3 LEp).

La procédure est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale²³⁵¹, en application de l'art. 69 LEp. En cas de décision négative, un recours peut être formé auprès du Tribunal administratif fédéral, puis auprès du Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours en matière de droit public conformément aux art. 82 ss LTF, une telle décision ne figurant pas parmi les exceptions de l'art. 83 LTF.

8. Synthèse

La législation fédérale relative à la lutte contre les épidémies, à son art. 32 LEp, autorise les autorités cantonales compétentes à imposer une surveillance médicale, une quarantaine, un isolement ou un examen médical, éventuellement « par voie de contrainte » lorsque le patient refuse de collaborer. L'usage de la force peut aussi toucher les voyageurs qui entrent en Suisse, pour les mesures sanitaires qui leur seraient imposées (art. 41 al. 3 LEp). Ces modalités résultent d'une pesée des intérêts qui prend en compte la nécessité de protéger la santé de la collectivité, en portant atteinte de façon mesurée à la liberté personnelle. Selon l'art. 32 LEp *a contrario*, toutefois, la contrainte ne peut pas s'appliquer à un éventuel traitement médical²³⁵².

Lorsque des mesures sont imposées à la population selon l'art. 40 LEp, notamment celles qui visent les institutions sanitaires, leur personnel ou leurs visiteurs, ou encore celles qui visent les usagers d'un service public ou privé, leur respect est plutôt assuré au moyen d'incombances : le recours à la contrainte n'est pas prévu par la loi, mais les personnes qui refuseraient de s'y plier s'exposent à un désavantage. Elles seront tenues à l'écart ou

²³⁵¹ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

²³⁵² Ce que confirme le Conseil fédéral, Message Loi sur les épidémies 2010, 370.

exclues des institutions, ou ne pourront accéder aux services qu'elles recherchent.

Ce sont les mêmes mécanismes juridiques qui pourraient être envisagés et utilisés à l'encontre des personnes qui refuseraient de se soumettre à d'éventuelles vaccinations obligatoires que pourraient ordonner les autorités sanitaires cantonales ou fédérales : ces vaccinations ne peuvent pas être exécutées par contrainte physique, selon l'art. 38 al. 3 OEp, mais les autorités sanitaires pourraient ordonner une interdiction totale ou partielle d'exercer une profession ou certaines activités (art. 38 LEp), ou une obligation de se soumettre à d'autres mesures sanitaires, telles qu'une quarantaine ou un isolement, mesures qui pourraient, elles, être exécutées par voie de contrainte (art. 32 LEp).

* * * * *

CHAPITRE XIII :

Les mesures dans le cadre du droit des douanes, du droit des étrangers et du droit d'asile

1. Le contexte

La mobilité transfrontalière et les mouvements migratoires constituent, pour les sociétés contemporaines, des défis qui peuvent avoir des prolongements jusque dans le droit de la santé, lorsque des actes de nature médicale sont mis en œuvre afin d'établir certains éléments pertinents pour les procédures douanières, les procédures de droit des étrangers ou les procédures d'asile.

Ainsi, l'évaluation d'une éventuelle « atteinte déterminante à la santé » ou l'évaluation de l'âge dans la procédure d'asile, ou encore l'analyse génétique à l'occasion d'un éventuel regroupement familial nécessitent des examens ou des actes de nature médicale. Certaines autorisations de séjour, dans le domaine du droit des étrangers, ne sont délivrées que moyennant la production d'un certificat médical et requièrent, partant, un examen médical. Les mesures médicales prescrites lors du renvoi d'une personne en situation irrégulière sont également analysées dans ce chapitre.

Toutes les législations examinées plus loin prévoient aussi, dans certaines circonstances spécifiques, la fouille corporelle ; elle peut être imposée et, en cas de refus de collaboration, mise en œuvre par la force, sur la base de la Loi fédérale sur l'usage de la contrainte. Pour les autres examens ou actes médicaux, l'obligation de collaborer est certes parfois prévue dans les dispositions légales, mais aucune sanction n'est infligée en

cas de refus et un recours à la force pour les réaliser n'est pas envisagé. Partant, ces obligations correspondent plutôt à des incombances²³⁵³.

2. Bref historique

Contrairement à la Loi sur les douanes de 1893²³⁵⁴, qui ne contenait, dans la section consacrée à la « police des douanes », que des dispositions à propos des perquisitions, la Loi sur les douanes de 1925 qui lui a succédé prévoyait la possibilité de soumettre « les personnes qui franchissent la ligne des douanes et qui sont suspectes de porter sur elles des marchandises prohibées ou passibles de droits [...] à une visite corporelle » (art. 36 al. 5)²³⁵⁵. Elles devaient prêter leur concours aux opérations de vérification (al. 6). Ces dispositions n'ont par la suite pas évolué jusqu'à l'adoption de la Loi de 2005.

La fouille corporelle en exécution de la législation sur les étrangers ou de la législation sur l'asile a été introduite en 1995 par l'adoption de dispositions énoncées dans une loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers²³⁵⁶. Ces dispositions, insérées dans la Loi sur le séjour et l'établissement des étrangers²³⁵⁷ et dans la Loi sur l'asile²³⁵⁸, sont encore en vigueur aujourd'hui, dans des formulations quasi identiques.

Lors de la révision de la Loi sur l'asile du 16 décembre 2005²³⁵⁹, le Parlement a introduit un nouvel art. 26 al. 2bis permettant d'ordonner une expertise lorsque des indices laissent supposer qu'un requérant prétendument mineur a atteint l'âge de la majorité, afin de déterminer son âge ; la disposition a été remplacée en 2010 par l'art. 17 al. 3bis LAsi et, dans le cadre de procédures relevant du droit des étrangers, par l'art. 102 al. 1bis LEI, deux normes de même portée et toujours en vigueur. La

²³⁵³ A propos de la notion d'incombance, voir précédemment, p. 151 s.

²³⁵⁴ Art. 54, « Police des douanes », Feuille fédérale 1893 III 981, 998-999.

²³⁵⁵ Feuille fédérale 1925 III 197, 212.

²³⁵⁶ Feuille fédérale 1994 I 301, 327 ; la loi a été adoptée le 18 mars 1994 et est entrée en vigueur le 1^{er} février 1995.

²³⁵⁷ Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), abrogée lors de l'entrée en vigueur de l'actuelle Loi sur les étrangers et l'intégration (LEI).

²³⁵⁸ Loi fédérale du 5 octobre 1979 sur l'asile, abrogée lors de l'entrée en vigueur de l'actuelle Loi sur l'asile.

²³⁵⁹ RO 2006 4745.

disposition relative à l'« établissement des faits médicaux », quant à elle, a été insérée dans la législation relative à l'asile en 2012²³⁶⁰. Elle a essentiellement pour but de clarifier et de simplifier la procédure pour la vérification et l'évaluation, par un professionnel de la santé, des arguments médicaux souvent invoqués dans les requêtes d'asile ; auparavant, aucune norme de cette portée n'était présente dans la législation fédérale²³⁶¹.

Ni l'Ordonnance fédérale de 1921 sur le contrôle des étrangers²³⁶² ni la Loi sur le séjour et l'établissement des étrangers qui lui a succédé en 1931²³⁶³, son Ordonnance d'exécution²³⁶⁴ ou son Règlement d'exécution²³⁶⁵ ne contenaient de normes à propos de séjours en Suisse liés à des traitements médicaux et des certificats médicaux qui en attesteraient la nécessité. Une ordonnance du Département fédéral de justice et police limitant le nombre des étrangers²³⁶⁶ de 1975 mentionnait la possibilité de délivrer des autorisations de séjour pour des « curistes », moyennant la présentation d'un certificat médical (art. 4). C'est dans l'Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers, plus précisément à son art. 33, qu'on trouve la première réglementation précise sur ce point, qui sera ensuite reprise sans modification notable dans la Loi sur les étrangers de 2005²³⁶⁷.

Quant à la Loi sur l'usage de la contrainte²³⁶⁸, adoptée en 2008, elle devait d'abord permettre d'encadrer de manière uniforme en Suisse l'usage

²³⁶⁰ Introduit par la Loi fédérale du 14 décembre 2012 modifiant la loi sur l'asile, en vigueur depuis le 1er février 2014 (FF 2011 6735). A l'origine placée à l'art. 26bis LAsi, la disposition se trouve aujourd'hui à l'art. 26a LAsi.

²³⁶¹ Message Asile 2011, 6752.

²³⁶² RO 37 829.

²³⁶³ Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), RO 49 279, abrogée par l'adoption de la Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RO 2007 5437, rebaptisée Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) à l'occasion des modifications apportées le 16 décembre 2016, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2018 (Message Etrangers 2013, 2147).

²³⁶⁴ Ordonnance d'exécution de la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 5 mai 1933, RO 49 289.

²³⁶⁵ Règlement d'exécution de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, RO 1949 I 232.

²³⁶⁶ Ordonnance du 9 juillet 1975 du DFJP limitant le nombre des étrangers, RO 1975 1413.

²³⁶⁷ Message Etrangers 2002, 3543.

²³⁶⁸ Loi fédérale du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte et des mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (Loi sur l'usage de la contrainte [LUsc], RS 364).

des mesures de contrainte lors de rapatriements d'étrangers en situation irrégulière²³⁶⁹, « [s]uite à la survenance d'incidents graves dans le cadre [de tels] rapatriements²³⁷⁰ ». Après la consultation, son champ d'application a été étendu à toutes les situations dans lesquelles les autorités fédérales sont amenées à faire usage de la contrainte ou à prendre des mesures policières, dans le cadre de l'exécution des tâches que leur confie la loi²³⁷¹.

Mais cette loi contient surtout, on l'a dit, des dispositions à propos du renvoi de « personnes soumises à une mesure restreignant leur liberté », à ses art. 26 ss, dispositions qui remplacent des directives communes des cantons édictées dans l'attente d'une législation fédérale²³⁷². Selon le Conseil fédéral²³⁷³, ces normes, qui prévoient un encadrement médical, ont été adoptées dans le souci de respecter la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants²³⁷⁴ et la Recommandation adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 22 janvier 2002 à ce propos²³⁷⁵.

3. Normes applicables

3.1 Loi sur les douanes

Selon l'art. 36 al. 3 de la Loi sur les douanes (LD)²³⁷⁶, les personnes soupçonnées de porter sur elles des marchandises soumises à une redevance, à une interdiction, à une autorisation ou à un contrôle peuvent

²³⁶⁹ Voir notamment Jürg Marcel TIEFENTHAL, *Kantonales Polizeirecht der Schweiz*, Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 205.

²³⁷⁰ Voir le Message Contrainte 2006, 2430.

²³⁷¹ Voir le Message Contrainte 2006, 2429.

²³⁷² Directives du 11 avril 2002 de la Conférence cantonale des directeurs de justice et police relatives aux rapatriements sous contrainte par voie aérienne.

²³⁷³ Message Contrainte 2006, 2447-8.

²³⁷⁴ Convention européenne du 26 novembre 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, approuvée par l'Assemblée fédérale le 4 octobre 1988 et entrée en vigueur le 1^{er} février 1989 (RS 0.106). Voir précédemment, p. 36 s.

²³⁷⁵ Recommandation 1547 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relatives aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité.

²³⁷⁶ Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (LD, RS 631.0). Voir Remo ARPAGAU, *Zollrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band XII*, 2e éd., Bâle 2007.

faire l'objet d'une fouille corporelle ; la disposition précise que la procédure est réglée par l'art. 102 LD. Outre la fouille corporelle, l'art. 102 al. 3 LD prévoit la possibilité de faire procéder à un examen corporel, par un médecin.

Pour le surplus, l'art. 100 al. 1bis LD renvoie à la Loi sur l'usage de la contrainte, pour les modalités de mise en œuvre qu'elle ne préciserait pas elle-même.

La législation sur les douanes fait l'objet d'un projet de révision assez substantiel, initié à l'automne 2020 ; le nouveau régime légal comprendrait en fait deux lois, l'une de nature essentiellement fiscale – la Loi sur les droits de douanes –, l'autre – la Loi définissant les tâches d'exécution de l'OFDF -encadrant les activités d'un « Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières (OFDF) », encore à créer²³⁷⁷. Dans l'avant-projet de loi relatif aux activités de ce futur office, l'art. 89 est consacré à la « [p]alpation, [à la] fouille corporelle et [à l']examen médical ».

3.2 Loi sur les étrangers et l'intégration et Annexe I à l'Accord sur la libre circulation des personnes

Certains titres de séjour, dans le domaine du droit des étrangers, ne sont délivrés que moyennant la production d'un certificat médical et requièrent, partant, un examen médical de l'intéressé.

C'est le cas lorsqu'un patient résidant à l'étranger²³⁷⁸ sollicite un titre de séjour pour recevoir un traitement médical en Suisse, au sens de l'art. 29 de la Loi sur les étrangers et l'intégration (LEI)²³⁷⁹ ou de l'art. 24 de l'Annexe I à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)²³⁸⁰, ou

²³⁷⁷ Voir le communiqué du Conseil fédéral du 11 septembre 2020, avec les avant-projets, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-80383.html#downloads>.

²³⁷⁸ Plus précisément encore, un patient étranger résidant à l'étranger ; un patient de nationalité suisse résidant à l'étranger peut librement entrer en Suisse et s'établir en un lieu quelconque du pays, selon l'art. 24 Cst.

²³⁷⁹ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI, RS 142.20).

²³⁸⁰ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS

sollicite une autorisation humanitaire pour un cas individuel d'extrême gravité pour des raisons de santé, au sens de l'art. 30 al. 1er lettre b LEI et de l'art. 31 OASA²³⁸¹. Pour l'engagement de personnel qualifié appelé à prendre en charge un patient à domicile, selon l'art. 23 al. 3 lettre c LEI, c'est un certificat médical concernant la personne résidente en Suisse et qui a besoin d'assistance qui doit être produit.

La législation relative aux étrangers permet aussi, à certaines conditions, le regroupement familial (art. 42 ss LEI), un point qui peut soulever la question de la réelle existence de liens de parenté et, partant, celle de l'utilisation des méthodes de nature médicale permettant d'écarter ou de confirmer les doutes nés à ce propos. D'autres actes de nature médicale sont mis en œuvre en cas de doute à propos de l'âge d'un mineur (art. 102 al. 1bis LEI).

Enfin, selon l'art. 70 LEI, durant une procédure de renvoi ou d'expulsion, l'autorité cantonale compétente peut soumettre l'étranger à la fouille et saisir les biens qu'il transporte, cela pour mettre en sûreté ses documents de voyage ou d'identité.

3.3 Loi sur l'asile

De même, selon l'art. 9 de la Loi fédérale sur l'asile (LAsi)²³⁸², l'autorité compétente peut fouiller un requérant hébergé dans un centre de la Confédération ou dans un logement privé ou collectif, pour rechercher des documents de voyage, des pièces d'identité ou des objets dangereux, ou encore des valeurs patrimoniales « de provenance douteuse ». La disposition précise que le requérant ne peut être fouillé que par une personne du même sexe.

La LAsi contient encore d'autres dispositions, probablement plus importantes, en matière d'actes médicaux, notamment l'art. 26a LAsi relatif à l'« établissement des faits médicaux », c'est-à-dire de toute atteinte à la

0.142.112.681), applicable lorsque le patient est ressortissant d'un pays de l'Union européenne ; les autorités suisses exigent également la production d'un certificat médical.

²³⁸¹ Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201).

²³⁸² Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi, RS 142.31).

santé d'un requérant qui « pourrait s'avérer déterminante dans le cadre de la procédure d'asile et de renvoi » (al. 1^{er}). Les requérants sont tenus de faire valoir toute atteinte de cette nature et tenus, également, de se soumettre à un examen médical ordonné dans ce contexte (art. 8 al. 1^{er} lettre f LAsi).

En outre, deux autres mesures découlant de la mise en œuvre de la loi impliquent des actes de nature médicale, la détermination de l'âge d'un mineur en cas de doute sur ce point (art. 17 al. 3bis LAsi), d'une part, la détermination de liens de parenté lors d'un regroupement familial au sens de l'art. 71 LAsi, d'autre part, deux questions déjà soulevées dans le cadre de la loi sur les étrangers.

3.4 Loi sur l'usage de la contrainte

la Loi sur l'usage de la contrainte (LUSC) régit toutes les situations dans lesquelles les autorités fédérales²³⁸³ sont amenées à faire usage de la contrainte ou à prendre des mesures policières dans le cadre de l'exécution des tâches que leur confie la loi²³⁸⁴. Elle est complétée par une ordonnance d'exécution²³⁸⁵.

Les dispositions qui prévoient la fouille corporelle (art. 6 et art. 20 LUSC) sont dès lors applicables, au titre de dispositions générales, à toutes les situations dans lesquelles une telle mesure policière est envisagée ou mise en œuvre dans la procédure douanière, dans la procédure d'asile ou dans la procédure de droit des étrangers. Dans tous les cas, les lois spéciales

²³⁸³ La loi concerne encore les autorités cantonales qui effectuent, sur mandat d'une autorité fédérale, le transport de personnes soumises à une mesure restreignant leur liberté, aux particuliers qui exécutent des tâches pour le compte de ces autorités (art. 2 al. 1^{er} lettres d et e LUSC) et, enfin, à l'armée lorsqu'elle effectue un service d'appui ou apporte une aide spontanée en Suisse, en faveur des organes de police civils de la Confédération ou des cantons ou en faveur du Corps des gardes-frontière (art. 2 al. 2 LUSC); voir le Message Contrainte 2006, 2435 et Jürg Marcel TIEFENTHAL, *Kantonales Polizeirecht der Schweiz*, Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 316.

²³⁸⁴ Voir Message Contrainte 2006, 2429. Voir aussi Josiane MAGNIN, *Die Polizei : Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung*, Zurich, Bâle, Genève 2017, p. 165 ss; Markus MOHLER, *Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz*, Bâle 2012, p. 257;

²³⁸⁵ Voir le Commentaire de cette ordonnance au stade de projet rédigé par l'Office fédéral de la justice, <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1591/Bericht.pdf>, sans date.

doivent désigner les autorités habilitées à faire usage de la contrainte ou des mesures policières (art. 8 LUsC).

L'art. 27 LUsC prévoit encore, dans le cadre de la « préparation des rapatriements par voie aérienne », qu'un examen médical doit avoir lieu avant le départ « lorsque l'état de la personne laisse supposer des problèmes de santé » (al. 3 lettre b). Enfin, les dispositions de la LUsC encadrant l'usage de la contrainte trouvent application lorsqu'à l'occasion d'un renvoi, les autorités doivent en faire usage.

3.5 Droit cantonal

Le droit cantonal ne contient aucune norme relative au régime des douanes²³⁸⁶, dont l'exécution est confiée à la Confédération et, plus spécifiquement encore, à l'Administration fédérale des douanes (AFD), selon l'art. 94 LD.

En revanche, en matière de législation relative aux étrangers, les cantons détiennent la plupart des compétences décisionnelles, en exécution de l'art. 40 LEI, sous réserve d'une procédure d'approbation telle qu'elle découle de l'art. 99 LEI. Ils sont également chargés du renvoi ou de l'expulsion (art. 69 LEI) ; ils assument ces mêmes tâches spécifiques de renvoi dans le cadre de la législation sur l'asile (art. 46 LAsi), tandis que les décisions d'octroi ou de refus de l'asile relèvent du Secrétariat d'Etat aux migrations. Les cantons ont en conséquence adopté des normes cantonales d'exécution, qui désignent en particulier leurs autorités compétentes²³⁸⁷.

²³⁸⁶ Conformément à l'art. 133 Cst. Voir notamment Thierry OBRIST, Commentaire *ad* art. 133 Cst, *in*; Commentaire romand Cst, p. 2632 ss ; Mathias OESCH, Kommentar *ad* Art. 133 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 2123 ss ; Klaus VALLENDER et al., Kommentar *ad* Art. 133 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 2382 ss.

²³⁸⁷ Par exemple la Loi vaudoise du 18 décembre 2007 d'application dans le canton de Vaud de la législation fédérale sur les étrangers.

3.6 Directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)

Parmi les directives médico-éthiques édictées par l'Académie suisse des sciences médicales se trouvent celles qui ont trait à l'« exercice de la médecine auprès de personnes détenues »²³⁸⁸.

Une section de ces directives vise particulièrement les obligations du médecin lors de la phase d'évaluation médicale qui précède un renvoi²³⁸⁹, notamment pendant la détention en vue d'un refoulement²³⁹⁰. Une seconde section aborde son rôle en tant que médecin accompagnant lors d'une procédure d'expulsion du territoire suisse²³⁹¹.

4. Contrôle sanitaire aux frontières en cas d'épidémie (renvoi)

Ce n'est que dans le cadre des mesures de lutte contre les épidémies que le Conseil fédéral peut édicter des dispositions particulières relatives au transport international de personnes, afin d'empêcher la propagation transfrontalière de maladies transmissibles (art. 41 al. 1^{er} LEp²³⁹²) ; il l'a fait aux art. 49 ss de l'ordonnance d'exécution (OE²³⁹³). Les personnes qui entrent en Suisse peuvent être contraintes de collaborer aux mesures ordonnées (art. 41 al. 3 LEp) ; la sortie du pays peut aussi être refusée à des personnes malades affectées ou présumées affectées (art. 41 al. 4 LEp).

Le droit fédéral ne contient pas d'autres normes qui prévoient un contrôle sanitaire imposé, pour les personnes qui entreraient en Suisse ou qui en sortiraient, en dehors du cadre restreint de la lutte contre les épidémies. Les entreprises de transport international et les exploitants de ports, aéroports et gares, ainsi que les voyageurs doivent collaborer à

²³⁸⁸ « Mesures de contrainte en médecine », directives approuvées par le Sénat de l'ASSM le 28 novembre 2002 et adaptées en 2012 pour une entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>; (citées Directives ASSM dans ce chapitre) ; voir aussi précédemment, p. 69 ss.

²³⁸⁹ Directives ASSM, p. 7-8.

²³⁹⁰ Directives ASSM, p. 21 s.

²³⁹¹ Directives ASSM, p. 21 ss.

²³⁹² Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp ; RS 818.101).

²³⁹³ Ordonnance du 29 avril 2015 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Ordonnance sur les épidémies, OE^p ; RS 818.101.1).

l'exécution de ces mesures. Les autorités chargées des contrôles à la frontière peuvent effectuer les contrôles appropriés (art. 96 al. 1^{er} LD et art. 11 de l'Ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs dans le cadre plus spécifique de la lutte contre le COVID-19²³⁹⁴).

Toutes ces mesures sont présentées et détaillées dans le chapitre consacré à la lutte contre les maladies transmissibles²³⁹⁵.

5. Fouille corporelle et examen corporel

5.1 Dans la procédure douanière

Conformément à l'art. 36 LD, les agents de l'Administration fédérale des douanes (AFD)²³⁹⁶ peuvent pratiquer une fouille corporelle sur une personne soupçonnée de porter sur elle des marchandises soumises à une redevance, à une interdiction, à une autorisation ou à un contrôle. L'art. 225 de l'Ordonnance sur les douanes²³⁹⁷ précise encore qu'elle permet la recherche de choses, de moyens de preuve ou d'indices sur toute la surface du corps et dans les ouvertures corporelles situées en dehors de la zone intime ; est réputée zone intime la zone vaginale et anale.

Les conditions d'une telle fouille sont détaillées à l'art. 102 LD : la fouille peut avoir lieu si la personne est soupçonnée d'être dangereuse ou de transporter avec elle des objets devant être mis en sûreté (art. 102 al. 1^{er} lettre a) ou si les conditions d'une arrestation provisoire sont remplies (art. 102 al. 1^{er} lettre b). La mesure doit être pratiquée par une personne du même sexe²³⁹⁸, à moins qu'elle ne tolère aucun ajournement (art. 102 al. 2), et à « huis clos » sauf, à nouveau, s'il existe un « péril en la demeure » (art.

²³⁹⁴ RS 818.101.27.

²³⁹⁵ Voir précédemment, p. 527 ss.

²³⁹⁶ Tels qu'ils sont désignés à l'art. 61 de l'Ordonnance du 4 avril 2007 de l'AFD sur les douanes (OD-AFD, RS 631.013).

²³⁹⁷ Ordonnance du 1^{er} novembre 2006 sur les douanes (OD, RS 631.01).

²³⁹⁸ Cette exigence découle de la liberté personnelle garantie par la Constitution, selon un arrêt de 1981 relatif à la Loi sur la police du canton de Genève, dans lequel le Tribunal fédéral établit certains parallèles avec la législation sur les douanes ; ATF 109 Ia 146, 158 s.

225 al. 3 OD), enfin « avec le plus de ménagement possible » (art. 225 al. 4 OD).

Aux mêmes conditions, l'administration peut se contenter d'une palpation (art. 101 al. 2 OD) ou au contraire, opter pour un examen corporel, plus complet (art. 102 al. 1^{er} LD). L'examen corporel est en effet « plus poussé », selon la terminologie de l'art. 225 al. 2 OD, et peut consister notamment en un examen de la zone intime ou en un examen radiographique. Un tel examen doit être pratiqué par un médecin (art. 102 al. 3 OD), à nouveau « à huis clos » - sauf, une fois encore, s'il y a péril en la demeure - et toujours « avec le plus de ménagement possible » (art. 225 al. 3 OD).

L'avant-projet de Loi sur les tâches du futur Office de la douane et de la sécurité des frontières concentre les art. 36 LD et 102 LD en une seule disposition, l'art. 89, qui reprend leur contenu matériel. L'examen « corporel » est désormais un examen « médical ».

5.2 Dans le droit des étrangers

Selon l'art. 70 de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI), durant une procédure de renvoi ou d'expulsion, l'autorité cantonale compétente peut soumettre l'étranger à la fouille et saisir les biens qu'il transporte, cela pour mettre en sûreté ses documents de voyage ou d'identité.

La fouille ne peut poursuivre qu'un seul but : « permettre à l'autorité de se procurer les papiers auprès de l'étranger lui-même ou dans son entourage », afin d'exécuter le renvoi, compromis si l'étranger ne livre pas spontanément les documents de voyage et d'identité qu'il détient²³⁹⁹. Dans la version française de son Message de 1993, le Conseil fédéral semblait

²³⁹⁹ Message du 22 décembre 1993 à l'appui d'une loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers, Feuille fédérale 1994 I 301, 327. Voir Andreas ZUND, *Kommentar ad Art. 70 AIG*, in: Marc Spescha et al. (éd.), *Kommentar*, p. 380 s ; Stéfanie KURT, Didier LEYVRAZ, *Commentaire ad art. 70 LEtr*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 702 ss ; Thomas GÄCHTER, Mathias KRADOLFER, *Kommentar ad Art. 70 AuG*, in: Martina Caroni et al. (éd.), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, p. 707 ss.

également envisager la fouille de « l'entourage » de l'étranger. S'il avait à l'esprit les personnes vivant autour de lui, la lettre de la disposition ne permet pas : en effet, mis à part l'étranger lui-même, seuls ses biens peuvent être fouillés (art. 70 al. 1^{er} LEI, dans une formulation très proche de celle de l'art. 14 al. 4 LSEE)²⁴⁰⁰. En outre, son logement ou d'autres locaux peuvent être perquisitionnés, sur ordre de l'autorité judiciaire, à nouveau dans le but de retrouver des papiers de voyage ou des documents d'identité (art. 70 al. 2 LEI)²⁴⁰¹.

La fouille doit être exécutée par une personne du même sexe. Ainsi, dans le droit des étrangers come dans le droit des douanes, cette mesure n'est pas considérée comme un acte de nature médicale. Cependant, « la fouille des parties intimes », qui correspond à l'examen corporel du droit des douanes, doit elle aussi être pratiquée par un médecin, selon l'art. 20 al. 4 LUSC appliqué ici à titre de norme générale.

5.3 Dans le droit d'asile

De même, selon l'art. 9 de la Loi fédérale sur l'asile, l'autorité compétente peut fouiller un requérant hébergé dans un centre de la Confédération ou dans un logement privé ou collectif, ainsi que ses biens, pour rechercher des documents de voyage, des pièces d'identité ou des objets dangereux, des drogues ou des valeurs patrimoniales de provenance douteuse²⁴⁰².

La fouille doit être exécutée par une personne du même sexe (art. 9 al. 2 LAsi). Dans le droit de l'asile comme dans le droit des étrangers et le droit des douanes, cette mesure n'est donc pas considérée comme un acte de nature médicale. A nouveau, cependant, l'art. 20 al. 4 LUSC, appliqué à

²⁴⁰⁰ La version allemande du Message, Bundesblatt 1994 I 305, 329, utilisait quant à elle le mot « *Umfeld* », un terme qui paraît viser des lieux plutôt que des personnes.

²⁴⁰¹ Une mesure que la LSEE ne prévoyait pas : selon l'art. 14 al. 4 LSEE, la perquisition n'était autorisée, sur ordre de l'autorité judiciaire, uniquement « lorsqu'il [était] présumé qu'un étranger faisant l'objet d'une décision de renvoi ou d'expulsion s'y trouv[ait] caché. »

²⁴⁰² Voir notamment Constantin HRUSCHKA, Kommentar *ad* Art. 9 AsylG, in: Mark Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 636 s. ; Fanny MATTHEY, Commentaire *ad* art. 9 LAsi, in : Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. IV : Loi sur l'asile, Berne 2017, p. 93 ss.

titre de norme générale, exige qu'une fouille des parties intimes soit réalisée par un médecin.

5.4 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Dans la procédure douanière, l'obligation de collaborer résulte de l'art. 36 al. 4 LD : la personne assujettie à l'obligation de déclarer doit collaborer selon les instructions du bureau de douane. Pour le surplus, la LD renvoie à la Loi sur l'usage de la contrainte (art. 100 al. 1bis).

C'est en effet cette loi qui, de manière générale, régit la fouille de personnes (art. 6 lettre b et 20 LUSC) et un éventuel usage de la force physique, un des moyens de contrainte à disposition des autorités de police (art. 5 lettre a LUSC), lors de l'exécution des autres tâches prévues par la législation fédérale examinées dans ce chapitre.

L'art. 9 al. 1^{er} lettres a à f LUSC énonce les situations dans lesquelles l'usage de la force physique est admissible, lorsque la personne concernée refuse de collaborer ; la liste n'est pas exhaustive, selon le Conseil fédéral²⁴⁰³. Généralement, la contrainte par la force physique n'est admissible que « pour maintenir ou rétablir une situation conforme au droit ». Les lettres a, b et f (écarter un danger, assurer la protection des autorités et séquestrer des objets lorsque la loi le prévoit) pourraient être applicables à la procédure douanière, tandis que les lettres c, d et e (effectuer le transport de personnes soumises à une mesure restreignant leur liberté ; empêcher la fuite de telles personnes ; identifier des personnes) pourraient l'être pour les procédures d'asile ou de droit des étrangers.

L'usage de la force doit être proportionné aux circonstances et tenir compte de l'âge, du sexe et de l'état de santé des personnes concernées (art. 9 al. 2 LUSC), sans entraîner d'atteintes ou d'inconvénients disproportionnés par rapport au but visé (al. 3) ; il s'agit de toute évidence d'un rappel du principe de proportionnalité. Les traitements cruels,

²⁴⁰³ Message Contrainte 2006, 2442.

dégradants ou humiliants sont interdits (al. 4), dans une formulation reprise du texte de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴⁰⁴.

6. Examen médical en vue d'obtenir un titre de séjour

6.1 Conditions de réalisation

L'art. 29 LEI – et l'art. 24 de l'Annexe I de l'ALCP – permettent la délivrance d'un titre de séjour à un étranger pour traitement médical.

Il s'agit en général d'une autorisation de courtée durée, limitée à une année mais qui peut être prolongée jusqu'à une durée totale de deux ans (art. 32 LEI), lorsque les circonstances le justifient. L'autorisation est délivrée si la personne dispose des moyens financiers adéquats et que le départ de la Suisse à l'issue du traitement est assuré. La délivrance d'une telle autorisation est laissée à l'appréciation des autorités compétentes ; en d'autres termes, il n'existe pas de droit à l'obtenir²⁴⁰⁵. Selon les directives de Secrétariat d'Etat aux migrations, un certificat médical « précisant le traitement nécessaire et la durée probable du traitement » peut être exigé, ce qui suppose, évidemment, que le patient se soumette préalablement à un examen médical²⁴⁰⁶.

Des besoins humanitaires d'une extrême gravité, notamment en lien avec l'état de santé, peuvent en outre justifier la délivrance d'une autorisation de séjour, selon les art. 30 al. 1^{er} lettre b LEI et 31 al. 1^{er} lettre f OASA. Un tel séjour humanitaire peut, par exemple, concerner les victimes de la traite d'êtres humains, ou des personnes souffrant d'atteintes graves à la santé et qui ne pourraient pas recevoir dans le pays de provenance les

²⁴⁰⁴ Voir précédemment, p. 7 s.

²⁴⁰⁵ Voir les Directives et Commentaires du Secrétariat d'Etat aux migrations – Domaine des étrangers, élaborés par le Secrétariat d'Etat aux migrations, octobre 2013, actualisés le 3 juillet 2017 ; <https://odae-romand.ch/wp/wp-content/uploads/2017/02/weisungen-aug-f.pdf>, section 5.2.

²⁴⁰⁶ Mark SPESCHA et al., Handbuch, p. 227 ss, notamment 241 ; Mark SPESCHA, Kommentar *ad* Art. 29 AIG, in: Mark Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 145 s. ; Martina CARONI, Migrationsrecht, p. 185 ; Minh Son NGUYEN, Commentaire *ad* art. 29 LEtr, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 250 ss ; Martina CARONI, Lisa OTT, Kommentar *ad* Art. 29 AuG, in: Martina Caroni et al. (éd.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Berne 2010, p. 219 ss.

soins adéquats²⁴⁰⁷. Lors de l'évaluation d'une situation de ce genre, un certificat médical relatif à l'état de santé de la personne concernée doit être produit²⁴⁰⁸, ce qui suppose, à nouveau, que le patient se soumette à un examen médical.

Si elle ne correspond pas à un cas individuel d'extrême gravité, il est cependant possible que la personne concernée puisse faire valoir l'une des « raisons personnelles majeures » prévues à l'art. 50 al. 1^{er} lettre b LEI²⁴⁰⁹. Ces motifs permettent d'obtenir une autorisation de séjour pour un conjoint de nationalité étrangère et ses enfants, exposés à la perte de leur titre de séjour après la dissolution de la famille. Il s'agit en particulier des situations dans lesquelles le conjoint est victime de violences conjugales, ce que l'al. 2 prévoit d'ailleurs expressément. Il importe alors d'en démontrer l'existence ; les directives du Secrétariat d'Etat indiquent que « [l]es autorités compétentes peuvent demander des preuves », et que des certificats médicaux peuvent constituer des indices²⁴¹⁰.

Il est enfin possible d'engager du personnel soignant (« personnel de maison ») provenant de pays non-membres de l'UE ou de l'AELE, partant d'obtenir pour lui un titre de séjour afin de prendre en charge, à leur domicile, des personnes ayant besoin de soins, gravement malades ou handicapées, en application de l'art. 23 al. 3 lettre c LEI²⁴¹¹. Parmi d'autres conditions, un certificat médical doit alors être transmis à propos de l'état de santé de la personne ayant besoin d'assistance, démontrant que ces besoins sont permanents et qu'aucune alternative telle que des soins à domicile n'est possible²⁴¹².

²⁴⁰⁷ Mark SPESCHA et al., Handbuch, p. 222 ss ; Mark SPESCHA Kommentar *ad* Art. 30 AIG, *in*: Mark Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 146 ss ; Martina CARONI Migrationsrecht, p. 186 ss ; Minh Son NGUYEN, Commentaire *ad* art. 30 LEtr, *in*: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle, Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 255 ss.

²⁴⁰⁸ Voir les Directives et Commentaires précités, section 5.6.8.2.5.

²⁴⁰⁹ En revanche, s'il n'y a pas de « raison personnelle majeure » au sens de l'art. 50 LEI, il n'est, en général, pas possible d'admettre l'existence d'un besoin humanitaire d'extrême gravité selon l'art. 30 LEI ; arrêt du TAF du 15 juillet 2011 dans la cause C-6133/2008, cons. 8.3.

²⁴¹⁰ Directives et Commentaires précités, section 6.15.3.4.

²⁴¹¹ Directives et Commentaires précités, section 4.7.15.5.

²⁴¹² Dans les faits, cette hypothèse paraît assez peu probable, le réseau de soins à domicile étant désormais bien développé en Suisse. On pourrait toutefois penser aux cas où le patient ne parle aucune des langues nationales.

6.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Conformément à l'art. 90 LEI, l'étranger et les tiers participant à une procédure découlant de la LEI doivent collaborer à la constatation des faits déterminants pour son application²⁴¹³.

La Loi fédérale sur la procédure administrative (PA)²⁴¹⁴ contient une norme générale de même portée, qui formule les conséquences d'un refus de collaborer (art. 13 PA). S'ils ne prêtent pas « le concours nécessaire qu'on peut attendre [d'eux] », les candidats à un titre de séjour s'exposent au risque de voir leur demande rejetée, selon l'art. 13 al. 2 PA.

7. Examen médical et actes médicaux dans la procédure d'asile

7.1 « Atteinte déterminante à la santé »

Selon l'art. 26a al. 1^{er} LAsi²⁴¹⁵, les requérants sont tenus de faire valoir « toute atteinte à leur santé dont ils avaient connaissance au moment du dépôt de leur demande et qui pourraient s'avérer déterminante dans le cadre de la procédure d'asile ou de renvoi. »

Ils doivent invoquer ces faits médicaux « immédiatement après le dépôt de leur demande d'asile, mais au plus tard lors de l'audition sur les motifs d'asile²⁴¹⁶ ». Les atteintes à la santé invoquées ultérieurement ou constatées par un professionnel de la santé autre que celui qui a été désigné

²⁴¹³ ATF 138 II 229, 235 pour un cas à propos de la constatation de violences conjugales. Marc SPESCHA et al., Handbuch, p. 403 s. ; Marc SPESCHA, Kommentar *ad* Art. 90 AIG, in: Marc Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 470 ss ; Stefanie KURT, Didier LEYVRAZ, Commentaire *ad* art. 90 LEI, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 1009 ss ; Tarkan GÖKSU, Kommentar *ad* Art. 90 AuG, in: Martina Caroni et al. (éd.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Berne 2010, p. 851 ss.

²⁴¹⁴ Loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), étant entendu que les règles de procédure administrative applicables sont celles de la législation cantonale lorsque des autorités cantonales sont compétentes.

²⁴¹⁵ Constantin HRUSCHKA, Kommentar *ad* Art. 26a AsylG, in: Marc Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 693 ss ; Martina CARONI, Migrationsrecht, p. 406 s. ; Minh Son NGUYEN, Commentaire *ad* art. 26bis LAsi, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. IV : Loi sur l'asile, Berne 2017, p. 233 ss.

²⁴¹⁶ Et, en outre, lors de l'octroi du droit d'être entendu visé par l'art. 36 al. 1^{er} LAsi.

dans ce but par l'autorité compétente ne sont prises en considération qu'à des conditions restrictives (art. 26a al. 3 LAsi).

Sont concernés ici des éléments de nature médicale qui pourraient démontrer qu'un requérant a été victime de « sérieux préjudices » mettant en danger sa vie ou son intégrité corporelle, ou qui ont entraîné « une pression psychique insupportable » (art. 3 al. 2 LAsi), en d'autres termes d'éléments médicaux de nature à étayer l'existence de certaines des conditions énoncées pour obtenir le statut de réfugié. La loi mentionne expressément « les motifs de fuite spécifiques aux femmes » (al. 2 *in fine*) ; elle vise, par exemple, les violences domestiques ou sexuelles ou les mutilations génitales. Selon l'art. 17 al. 2 LAsi, le Conseil fédéral est d'ailleurs chargé d'édicter des règles de procédure pour tenir compte de la situation particulière des femmes.

Il peut aussi s'agir d'éléments médicaux pouvant influencer, lorsque la requête d'asile est rejetée, la possibilité d'un renvoi, plus spécifiquement la possibilité – ou plutôt l'impossibilité - d'obtenir dans le pays de destination les soins appropriés en fonction de l'état de santé du requérant. Dans ces circonstances, c'est davantage le système de soins de ce pays qui doit être évalué et non l'état de santé du requérant lui-même. Cependant, pour juger de la disponibilité de certains soins, les autorités doivent connaître son état de santé et la pathologie dont il est affecté²⁴¹⁷.

L'art. 20a OA 1²⁴¹⁸ précise encore que le requérant doit être informé, pendant la phase préparatoire, soit dans les vingt et un jours au plus qui suivent le dépôt de la demande d'asile²⁴¹⁹, de la « réglementation légale applicable s'il fait valoir une atteinte à la santé qui pourrait s'avérer déterminante dans le cadre de la procédure d'asile et de renvoi. » Il doit en particulier consentir à la transmission des données médicales pertinentes aux autorités compétentes en matière d'exécution.

²⁴¹⁷ Voir aussi précédemment, sur ce point, la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme, p. 20 s.

²⁴¹⁸ Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure (Ordonnance 1 sur l'asile, OA 1 ; RS 142.311).

²⁴¹⁹ Ce délai est raccourci à 10 jours s'il s'agit d'une « procédure Dublin », selon l'art. 26 al. 1^{er} LAsi. Passé ce délai de 21 jours, la demande est traitée selon une procédure accélérée (art. 26c LAsi) ou, si cette procédure accélérée n'est pas possible, selon une procédure étendue (art. 26d LAsi) et le requérant est alors attribué à un canton (art. 27 LAsi).

Ces autorités désignent le professionnel de la santé chargé d'effectuer l'examen médical en lien avec l'atteinte à la santé ; elles peuvent confier cette tâche à des tiers (art. 26a al. 3 LAsi).

7.2 Analyse génétique systématique à des fins d'identification ?

En 2012, le Parlement fédéral a examiné une motion qui, en cas d'adoption, aurait permis d'« effectuer un test ADN sur certains requérants d'asile pour lutter contre la criminalité »²⁴²⁰. La motion visait plus spécifiquement la création d'une base légale dans ce sens.

Acceptée par le Conseil national, elle a été ensuite définitivement rejetée par le Conseil des Etats²⁴²¹, suivant l'avis du Conseil fédéral : « l'établissement de profils d'ADN, non pas sur des individus suspectés d'un crime ou d'un délit, mais à titre préventif et de manière systématique sur certaines catégories de requérants d'asile, au motif qu'ils pourraient commettre des actes de délinquance après leur arrivée en Suisse »²⁴²² ne respecte pas le principe de proportionnalité²⁴²³.

7.3 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Selon l'art. 8 LAsi, les requérants sont tenus de collaborer à la constatation des faits pertinents pour le traitement de leur demande. Ils doivent en particulier se soumettre à un examen médical ordonné par l'autorité compétente dans ce contexte (art. 8 al. 1^{er} lettre f LAsi)²⁴²⁴.

²⁴²⁰ Voir Olivier PERRIN, Asile : le tabou de l'ADN est tombé, *in*: Le Temps du 20 août 2012, et pour la motion parlementaire, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20123909>.

²⁴²¹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=24732>.

²⁴²² *Ibidem*.

²⁴²³ Voir aussi <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/securite-interieure/test-adn-preventif-requerants-dasile>.

²⁴²⁴ Mark SPESCHA et al., Handbuch, p. 436 s. ; Constantin HRUSCHKA, Kommentar *ad* Art. 8 AsylG, *in*: Mark Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 631 ss ; Martina CARONI, Migrationsrecht, p. 389 ss ; Fanny MATTHEY, Commentaire *ad* art. 8 LAsi, *in*: Minh

Cependant, le refus de se plier à un examen médical ne peut conduire à aucune sanction directe ; l'examen ne peut pas davantage être imposé par la force. Le requérant qui affirme que des faits médicaux sont déterminants pour le traitement de sa requête et entend en tirer des droits doit cependant collaborer à l'instruction de la cause, sous peine de supporter les conséquences juridiques de son refus²⁴²⁵ ; il s'agit dès lors plutôt d'une incombance.

La Loi fédérale sur la procédure administrative (PA)²⁴²⁶ contient une norme générale de même portée, qui formule les conséquences d'un refus de collaborer (art. 13 PA). S'ils ne prêtent pas « le concours nécessaire qu'on peut attendre [d'eux] », les requérants s'exposent au risque de voir leur demande rejetée ou, au moins, leurs conclusions spécifiques en lien avec des faits médicaux déclarées irrecevables, conformément à l'art. 13 al. 2 PA²⁴²⁷.

8. Détermination médicale de l'âge d'un mineur

8.1 Conditions de réalisation

Les mineurs non accompagnés qui cherchent à obtenir le statut de réfugié²⁴²⁸ bénéficient d'une protection spécifique²⁴²⁹ ; elle découle notamment de l'art. 22 de la Convention relative aux droits de l'enfant²⁴³⁰ mais aussi de l'art. 11 Cst²⁴³¹. Pour tenir compte de leur situation

Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur l'asile, Berne 2017, p. 80 ss.

²⁴²⁵ Arrêt du 29 juillet 2009 dans la cause E-6289/2008, ATAF 2009/54, cons. 4.1.

²⁴²⁶ Loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

²⁴²⁷ Voir notamment Christophe AUER, Anja Martina BINDER, Kommentar *ad* Art. 13 VwVG, *in*: Christophe Auer, Kommentar VwVG, p. 245 ss, en particulier p. 260 s.; Patrick KRAUSKOPF et al., Kommentar *ad* Art. 13 VwVG, *in*: Bernhard Waldmann et al., Praxiskommentar VwVG, p. 293 ss, notamment p. 310 ss.

²⁴²⁸ Ou qui sont déjà considérés comme réfugiés.

²⁴²⁹ Sylvie COSSY, Le statut du requérant d'asile mineur non accompagné dans la procédure d'asile, Lausanne 2000.

²⁴³⁰ Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, approuvée par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1996, en vigueur dès le 26 mars 1997 (RS 0.107). Voir précédemment, p. 30.

²⁴³¹ Voir notamment Aurélie GAVILLET, Commentaire *ad* art. 11 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 454 ss ; Markus MÜLLER, Perspektiven, *in*: Oliver Diggelmann et al.

particulière, le Conseil fédéral doit édicter des normes de procédure à leur sujet (art. 17 al. 2, 2bis et 3 LAsi), ce qu'il a fait à l'art. 7 OA 1²⁴³². La question de la détermination de l'âge peut éventuellement survenir aussi dans le cadre de la législation sur les étrangers (art. 102 al. 1bis LEI)²⁴³³.

Dans la procédure d'asile, a le statut de mineur quiconque n'a pas encore 18 ans révolus conformément à l'art. 14 du code civil suisse (art. 1a lettre d OA 1). On ne voit pas pour quel motif la même limite ne serait pas applicable dans la législation sur les étrangers, comme le prévoit l'art. 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Lorsque des indices laissent supposer « qu'un requérant [ou qu'un étranger] prétendument mineur a atteint l'âge de la majorité », les autorités compétentes peuvent ordonner une expertise visant à déterminer son âge (art. 17 al. 3bis LAsi²⁴³⁴ et art. 102 al. 1bis LEI²⁴³⁵). Ce principe est à nouveau formulé dans l'OA 1 (art. 7al. 1^{er}) : lors de l'établissement des faits, il est loisible aux autorités de déterminer si l'âge indiqué par le requérant d'asile correspond à son âge réel en recourant à des méthodes scientifiques.

Ces méthodes scientifiques consistent dans un premier temps en un « examen osseux », c'est-à-dire la prise d'un cliché radiographique des os de la main gauche – droite pour les gauchers -, puis sa comparaison avec un atlas de référence²⁴³⁶, afin de déterminer un « âge chronologique » en

vol. II, p. 1160 s.; René RHINOW et al., p. 251 ss; Axel TSCHENTSCHER, *Kommentar ad Art. 11 BV*, in: Basler Kommentar BV, p. 254 ss.

²⁴³² Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (Ordonnance 1 sur l'asile, OA 1 ; RS 142.311).

²⁴³³ La disposition a surtout été introduite dans un « souci de systématisation » avec la législation sur l'asile ; voir le Message du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, 4097.

²⁴³⁴ Constantin HRUSCHKA, *Kommentar ad Art. 17 AsylG*, in: Marc Spescha et al. (éd.), *Kommentar*, p. 652 ss, notamment 657 ; Martina CARONI *Migrationsrecht*, p. 430 ; Sophie Berset Duft, *Commentaire ad art. 17 LAsi*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II : Loi sur l'asile, Berne 2017, p. 145 ss.

²⁴³⁵ Valerio PRIULI, *Kommentar ad Art. 102 AIG*, in: Marc Spescha et al. (éd.), *Kommentar*, p. 502 ss ; Claude-Emmanuel DUBEY, *Commentaire ad art. 102 LEI*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 1163 ss.

²⁴³⁶ Notamment l'Atlas de Greulich et Pyle : William GREULICH, Sarah PYLE, *Radiographic Atlas of Skeletal Development of the Hand and Wrist*, 2nd Edition, Stanford 1959- D'autres atlas de même nature sont également disponibles.

fonction du degré de maturation osseuse du requérant tel qu'il ressort du cliché (« âge biologique »). Ce moyen de preuve n'est toutefois pas entièrement fiable²⁴³⁷ ; le procédé est d'ailleurs, à juste titre, largement controversé²⁴³⁸ et critiqué par les milieux médicaux²⁴³⁹.

La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral la plus récente sur ce point retient que l'examen osseux ne constitue que la première phase de l'évaluation de l'âge ; elle doit être complétée par un cliché radiographique de la clavicule et par un scanner de la dentition lorsque des doutes subsistent. D'autres éléments de preuve ou d'appréciation, tels qu'un examen physique ou une prise en compte du parcours de vie du requérant ou de son entourage familial ou social, devraient aussi être intégrés dans la détermination de son âge²⁴⁴⁰.

8.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Selon l'art. 8 LAsi, les requérants sont tenus de collaborer à la constatation des faits pertinents pour le traitement de leur demande. Ils doivent en particulier se soumettre à un examen médical ordonné par

²⁴³⁷ L'Atlas de Greulich et Pyle a été établi dans les années 1950, sur la base de clichés encore plus anciens réalisés sur les mains de jeunes Américains d'origine européenne. Le « profil » des sujets de cette recherche n'était peut-être pas celui des jeunes requérants d'asile du début du 21^e siècle. Voir en particulier Emanuele SIRONI et al., Estimation forensique de l'âge des jeunes migrants – Une note sur la scientificité des méthodes employées en Suisse, *in*: Jusletter du 8 octobre 2018, note 6.

²⁴³⁸ Ce que retient l'arrêt du 7 décembre 2007 du Tribunal administratif fédéral dans la cause E-5088/2007, cons. 2.5.4.

²⁴³⁹ Georg Friedrich EICH et Valérie SCHWITZGEBEL, L'âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge des jeunes requérants, Position de la Société suisse de radiologie pédiatrique (SSRP) et de la Société d'endocrinologie et diabétologie pédiatriques (SSEDP), *in*: Paediatrica, vol. 27 no 3 2016, p. 29, également dans le Bulletin des médecins suisses 2016 ; 97 (14) : 507.

²⁴⁴⁰ Arrêt du 8 août 2018 du Tribunal administratif fédéral dans la cause E-891/2017, selon une méthodologie qui correspond plutôt à celle dite des « trois piliers » ou des « trois étapes » ; voir en particulier Emanuele SIRONI et al., Estimation forensique de l'âge des jeunes migrants – Une note sur la scientificité des méthodes employées en Suisse, *in*: Jusletter du 8 octobre 2018, note 7, et Claude-Emmanuel DUBEY, Commentaire *ad* art. 102 LEI, *in*: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, no 9, p. 1166.

l'autorité compétente dans ce contexte (art. 8 al. 1^{er} lettre f LAsi)²⁴⁴¹. L'art. 90 LEI a la même portée, dans l'hypothèse où il serait applicable.

Cependant, le refus de se plier à un examen médical destiné à déterminer l'âge ne peut conduire à aucune sanction directe ; l'examen ne peut pas davantage être imposé par la force. Certains auteurs insistent d'ailleurs sur le fait qu'un mineur – ou prétendu tel – devrait être expressément informé qu'il conserve le droit de refuser l'examen médical de sa main²⁴⁴².

La personne qui affirme être mineure et entend en tirer des droits doit cependant collaborer à l'instruction de la cause, sous peine de supporter les conséquences juridiques de son refus²⁴⁴³ ; il s'agit dès lors plutôt, une fois encore, d'une incombance.

La Loi fédérale sur la procédure administrative (PA)²⁴⁴⁴ contient une norme générale de même portée, qui formule les conséquences d'un refus de collaborer (art. 13 PA). Si elles ne prêtent pas « le concours nécessaire qu'on peut attendre [d'elles] », les personnes concernées s'exposent au risque de voir leur demande rejetée ou, au moins, leurs conclusions spécifiques en lien avec des faits médicaux déclarées irrecevables, conformément à l'art. 13 al. 2 PA²⁴⁴⁵.

²⁴⁴¹ Mark SPESCHA et al., Handbuch, p. 436 s. ; Constantin HRUSCHKA, Kommentar *ad* Art. 8 AsylG, *in*: Mark Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 631 ss ; Martina CARONI, Migrationsrecht, p. 389 ss ; Fanny MATTHEY, Commentaire *ad* art. 8 LAsi, *in*: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. IV : Loi sur l'asile, Berne 2015, p. 80 ss.

²⁴⁴² Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR), Requérants mineurs non accompagnés, Lignes directrices internationales sur la procédure d'évaluation de l'âge, <https://www.osar.ch/assets/news/mna/guidelines-age-assessment-fr.pdf>, point 4.

²⁴⁴³ Arrêt du 29 juillet 2009 dans la cause E-6289/2008, ATAF 2009/54, cons. 4.1.

²⁴⁴⁴ Loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

²⁴⁴⁵ Voir notamment Christophe AUER, Anja Martina BINDER, Kommentar *ad* Art. 13 VwVG, *in*: Christophe Auer, Kommentar VwVG, p. 245 ss, notamment 260 s.; Patrick KRAUSKOPF et al., Kommentar *ad* Art. 13 VwVG, *in*: Bernhard Waldmann et al., Praxiskommentar VwVG, p. 293 ss, notamment 310 ss.

9. Analyses génétiques pour un regroupement familial

9.1 Conditions de réalisation

La LEI et la LAsi, permettent, à certaines conditions, le regroupement familial (art. 42 ss LEI²⁴⁴⁶ et art. 51 LAsi²⁴⁴⁷).

L'art. 87 al. 1^{er} lettre c OASA précise encore à ce propos que des profils d'ADN peuvent être recueillis afin d'établir l'identité d'un étranger lors d'une procédure relevant du droit des étrangers. Des profils de cette nature permettent en effet de vérifier que des liens familiaux existent bien entre personnes qui affirment constituer une famille et souhaitent se regrouper.

De manière générale, l'examen d'une demande de regroupement familial a lieu sur la base des documents d'état civil produits. Cependant, dans les pays qui « disposent d'un système d'état civil peu développé, peu fiable (en raison de la corruption par exemple) ou inexistant », les autorités suisses peuvent être confrontées à des « situations où le lien familial contenu dans les documents présentés paraît douteux »²⁴⁴⁸. Dans de tels cas, une analyse génétique peut être proposée.

²⁴⁴⁶ Mark SPESCHA et al., Handbuch, p. 243 ss ; Mark SPESCHA, Kommentar *ad* Art. 42 ss AsylG, in: Mark Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 199 ss ; Martina CARONI, Migrationsrecht, p. 208 ss ; Cesla AMARELLE, Nathalie CHRISTEN, Commentaire *ad* art. 42 ss, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. IV : Loi sur l'asile, Berne 2015, p. 398 ss ; Martina CARONI, Kommentar *ad* Art. 42 ff AuG, in: Martina Caroni et al. (éd.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Berne 2010, p. 355 ss.

²⁴⁴⁷ Mark SPESCHA et al., Handbuch, p. 243 ss ; Constantin HRUSCHKA, Kommentar *ad* Art. 51 AsylG, in: Mark Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 746 ss ; Martina CARONI, Migrationsrecht, p. 484 ss ; Minh Son NGUYEN, Commentaire *ad* art. 51, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. IV : Loi sur l'asile, Berne 2015, p. 401 ss ; Cesla AMARELLE et al., Migrations et regroupement familial, Berne 2012 ; Walter STÖCKLI, Asyl, in: Peter Uebersax et al. (éd.), Ausländerrecht, Bâle 2009, p. 533 s.

²⁴⁴⁸ Directives du 25 juin 2012 du Secrétariat d'Etat aux migrations – Demande d'entrée en vue du regroupement familial : Profil d'ADN et examens des actes d'état civil, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/familie/20120625-weis-dnaprofil-familiennachzug-f.pdf> (état: 1er juillet 2018).

Elle est réalisée selon les modalités prévues par la Loi sur l'analyse génétique humaine (LAGH)²⁴⁴⁹, qui prévoit expressément que de telles analyses peuvent être effectuées à titre de mesure d'instruction lors d'une procédure administrative, notamment pour lever des doutes fondés à propos de la filiation ou de l'identité d'une personne (art. 50 al. 1^{er} LAGH).

L'analyse génétique suppose d'abord le prélèvement de matériel génétique ; il est très peu intrusif et consiste en un frottis de l'intérieur de la joue (muqueuse jugale). La seconde étape est l'analyse proprement dite, effectuée par un laboratoire autorisé. L'analyse nécessite le consentement écrit de la personne concernée (art. 50 al. 2 LAGH).

9.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Conformément à l'art. 90 LEI, l'étranger et les tiers participant à une procédure découlant de la LEI doivent collaborer à la constatation des faits déterminants pour son application²⁴⁵⁰. De même, selon l'art. 8 LAsi, les requérants sont tenus de collaborer à la constatation des faits pertinents pour le traitement de leur demande. Ils doivent en particulier se soumettre à un examen médical ordonné par l'autorité compétente dans ce contexte (art. 8 al. 1^{er} lettre f LAsi). La LAGH retient toutefois qu'aucune analyse génétique ne peut être pratiquée sans le consentement du patient (art. 5 LAGH), même dans le cadre d'une procédure administrative (art. 50 al. 2 LAGH).

L'obligation imposée ici aux étrangers ou aux requérants d'asile et à leur famille correspond dès lors à une incombance : aucune sanction ne peut être imposée en cas de refus et le recours à la force physique est évidemment exclu. Ils s'exposent toutefois à voir leur requête rejetée s'ils refusent de se prêter à cet acte médical. La Loi fédérale sur la procédure

²⁴⁴⁹ Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine (LAGH, RS 810.12).

²⁴⁵⁰ ATF 138 II 229, 235 pour un cas à propos de la constatation de violences conjugales. Voir Marc SPESCHA et al., Handbuch, p. 403 s. ; Marc SPESCHA, Kommentar *ad* Art. 90 AIG, *in*: Marc Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 470 ss ; Stefanie KURT, Didier LEYVRAZ, Commentaire *ad* art. 90 LEI, *in*: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 1009 ss.

administrative (PA)²⁴⁵¹ contient une norme générale de même portée, qui formule les conséquences d'un refus de collaborer (art. 13 PA). S'ils ne prêtent pas « le concours nécessaire qu'on peut attendre [d'eux] », les requérants, mais aussi les étrangers ou les tiers participant à une procédure s'exposent au risque de voir leur demande rejetée ou, au moins, leurs conclusions spécifiques en lien avec des faits médicaux déclarées irrecevables, en application de l'art. 13 al. 2 PA²⁴⁵².

10. Examen médical ou surveillance médicale en cas de rétention

10.1 Conditions de réalisation

L'art. 23 LUSC prescrit un examen médical pour toute personne qui est retenue, à moins que toute atteinte à sa santé puisse être exclue²⁴⁵³. La loi vise ainsi la rétention pour une courte durée, au sens de l'art. 6 lettre a LUSC, une des mesures policières prévues par la loi. Elle peut être ordonnée pour une des causes énoncées à l'art. 9 LUSC, par exemple l'identification des personnes (lettre e), comme le prévoit par exemple expressément l'art. 73 al. 1^{er} lettre b LEI²⁴⁵⁴.

En revanche, les diverses formes de détention administrative prévues aux art. 75 LEI (détention en phase préparatoire de renvoi), 76 LEI (détention en vue du renvoi ou de l'expulsion)²⁴⁵⁵, 76a LEI (détention dans le cadre de la procédure Dublin), 77 LEI (détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention de documents de voyage) et 78 LEI (détention pour insoumission) n'impliquent pas

²⁴⁵¹ Loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), étant entendu que les règles de procédure administrative applicables sont celle de la législation cantonale lorsque des autorités cantonales sont compétentes.

²⁴⁵² Christophe AUER, Anja Martina BINDER, Kommentar *ad* Art. 13 VwVG, *in*: Christophe Auer, Kommentar VwVG, p. 245 ss, notamment 260 s.; Patrick KRAUSKOPF et al., Kommentar *ad* Art. 13 VwVG, *in*: Bernhard Waldmann et al., Praxiskommentar VwVG, p. 293 ss, notamment 310 ss.

²⁴⁵³ Message Contrainte 2006, 2446.

²⁴⁵⁴ Mark SPESCHA et al., Handbuch, p. 222 ss ; Andreas ZUND, Kommentar *ad* Art. 73 AIG, *in*: Mark Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 384 ss ; Martina CARONI Migrationsrecht, p. 276 ss ; Gregor CHATTON, Laurent MERZ, Commentaire *ad* art. 73 LEtr, *in*: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 712 ss.

²⁴⁵⁵ Cette situation est également visée par l'art. 22 al. 5 LAsi.

nécessairement un examen médical, moins encore imposé. La détention en vue de l'exécution du renvoi prévue à l'art. 22 al. 5 LAsi ne l'exige pas davantage.

Dans les faits, la rétention de l'art. 23 LUsC en elle-même ne paraît pas être de nature à occasionner des traumatismes ou des blessures, en particulier parce qu'elle est par définition d'assez courte durée²⁴⁵⁶ ; c'est plutôt l'éventuel usage de la force physique ou de menottes ou d'autres liens afin d'exécuter cette mesure de rétention qui pourrait être à l'origine de lésions. Or, la même disposition prévoit aussi un examen médical si ces moyens de contrainte ont été utilisés. L'art. 22 LUsC ajoute que les « premiers secours » doivent être administrés par les autorités d'exécution elles-mêmes si la contrainte policière a occasionné une atteinte à la santé, puis que l'assistance médicale appropriée doit être fournie.

Enfin, une surveillance médicale doit être mise en place lorsque, selon un avis médical, logiquement formulé à l'issue de l'examen médical prévu à l'art. 23 LUsC, des complications liées à l'état de santé de la personne retenue sont à craindre (art. 24 lettre b LUsC). L'avis doit nécessairement être émis par un médecin ; la surveillance médicale, elle, peut être effectuée par un membre du personnel soignant disposant d'une formation appropriée²⁴⁵⁷.

Cette surveillance est « impérative »²⁴⁵⁸ lorsqu'une personne, pour des raisons médicales, a été calmée à l'aide de médicaments (art. 24 lettre a LUsC). Ce point est examiné plus en détail dans les développements consacrés aux mesures sanitaires lors d'un rapatriement forcé²⁴⁵⁹.

²⁴⁵⁶ Un requérant d'asile à qui l'entrée en Suisse est refusée en application de l'art. 22 al. 2 LAsi pourrait cependant être retenu à l'aéroport pour une durée maximale de 60 jours (art. 22 al. 5 LAsi).

²⁴⁵⁷ Message Contrainte 2006, 2446.

²⁴⁵⁸ *Ibidem*.

²⁴⁵⁹ Voir plus loin, p. 60 ss.

10.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

La loi ne contient aucune disposition qui contraindrait la personne retenue à se soumettre à cet examen médical ; aucune sanction n'est prévue pour celle qui s'y refuserait et l'usage de la force paraît exclu.

Il s'agit plutôt d'une incombance, bien qu'il soit difficile de discerner à quel désavantage juridique la personne retenue s'exposerait en cas de refus. Tout au plus peut-on concevoir qu'elle se prive d'un moyen de preuve au cas où elle souhaiterait ultérieurement agir en responsabilité contre la Confédération, en alléguant l'existence d'un dommage physique voire psychique résultant de sa rétention²⁴⁶⁰. Ainsi, l'obligation prévue par la loi paraît avant tout s'adresser aux autorités administratives ou policières, tenues de proposer un examen médical lorsque le droit fédéral l'exige.

11. Mesures sanitaires lors de l'exécution d'une mesure d'éloignement

Un étranger qui ne détient pas d'autorisation ou qui ne remplit pas ou plus les conditions pour un établissement ou un séjour en Suisse fait l'objet d'une décision de renvoi selon l'art. 64 LEI ; une telle mesure peut faire l'objet d'une décision d'exécution, rendue par l'autorité cantonale compétente, aux conditions de l'art. 69 LEI²⁴⁶¹. l'art. 65 LAsi se réfère également à l'art. 64 LEI pour le renvoi ou l'expulsion d'un réfugié. L'art. 71 LEI prévoit que le Département fédéral de justice et police prête assistance aux cantons dans ces tâches.

Les actes de nature médicale et l'éventuel usage de la contrainte pour les mettre en œuvre dans de telles circonstances sont régis par la Loi sur l'usage de la contrainte (LUSC), selon l'art. 98a LEI.

²⁴⁶⁰ L'art. 31 LUSC prévoit des voies de droit pour ce genre de procédures. Voir Message Contrainte 2006, 2450.

²⁴⁶¹ Mark SPESCHA, Kommentar *ad* Art. 69 AIG, in: Mark Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 199 ss ; Martina CARONI, Migrationsrecht, p. 270 ss ; Danièle REVEY, Commentaire *ad* art. 69 LEtr, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 694 ss ; Minh Son NGUYEN, Les renvois et leur exécution en droit suisse, in: Cesla Amarelle, Minh Son NGUYEN (éd.), Les renvois et leur exécution, Berne 2011, p. 115 ss.

11.1 Examen médical préalable

Selon l'art. 27 al. 3 lettre b LUSC, un examen médical doit avoir lieu avant un rapatriement forcé « lorsque l'état de la personne laisse supposer des problèmes de santé » ; selon la lettre a de la même disposition, il doit aussi avoir lieu lorsque la personne concernée le demande. La disposition ne vise cependant que les rapatriements par voie aérienne. Pendant la pandémie de Covid-19, un étranger sur le point d'être renvoyé ou expulsé devait se soumettre, éventuellement « sous la contrainte », à un test Covid-19 si le l'Etat de destination ou la compagnie aérienne chargée du transport l'exigeait²⁴⁶².

Plus généralement, c'est l'aptitude au transport – désignée dans la pratique par l'expression « *fitness to fly* » - qui doit être déterminée lors de chaque rapatriement, en cas de doute au moyen d'un examen médical (art. 18 OLUsc), si l'entretien de départ prévu par l'art. 2a OERE en fait apparaître la nécessité²⁴⁶³. Un tel examen est également nécessaire en exécution de l'art. 82g OASA, relatif à certaines modalités de renvoi vers un Etat signataire de la Convention du Dublin (« Etat Dublin »), lorsque la personne étrangère renvoyée devrait recevoir des soins médicaux ou suivre un traitement après son renvoi. La communication à l'Etat de destination d'informations à propos de son état de santé physique ou psychique est alors requise par le droit international²⁴⁶⁴.

Dans l'hypothèse où l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou encore ne peut être raisonnablement exigée en raison de problèmes de santé, le Secrétariat d'Etat aux migrations décide d'admettre à titre provisoire l'étranger (art. 83 al. 1^{er} LEI)²⁴⁶⁵. L'exécution du renvoi est inexigible, notamment, en cas de nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEI). Il est question ici, d'abord, d'une nécessité médicale directement

²⁴⁶² Art. 72 LEI, en vigueur du 2 octobre 2021 au 31 décembre 2022. L'usage de la contrainte était exclu pour les enfants et les adolescents de moins de 15 ans (art. 72 al. 3 LEI *in fine*).

²⁴⁶³ Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE, RS 142.281).

²⁴⁶⁴ Plus spécifiquement encore en exécution de l'annexe IX du Règlement CE no 1560/2003 ; si le document fait défaut, l'Etat de destination est en droit de refuser le retour.

²⁴⁶⁵ L'admission provisoire n'est pas possible pour les situations visées à l'art. 83 al. 7 et 9 LEI ; ses conditions sont vérifiées périodiquement (art. 84 al. 1^{er} LEI) et elle est levée lorsque tel n'est plus le cas (art. 84 al. 2 LEI).

liée à la personne concernée, dont l'état ne permettrait pas le transport ; selon les circonstances, un nouveau délai peut alors être accordé, si ce nouveau délai est de nature à permettre une amélioration de l'état de santé dans l'intervalle (art. 64d al. 1^{er} LEI).

Une nécessité médicale d'une autre nature existe lorsque la personne pourrait être transportée, mais que les soins essentiels en fonction de son état de santé ne sont pas disponibles ou ne sont pas accessibles dans le pays de destination²⁴⁶⁶. La notion de soins essentiels recouvre « les soins de médecine générale et d'urgence absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine »²⁴⁶⁷. Il appartient à l'autorité compétente de vérifier ces éléments ; à défaut, elle statue sur la base d'un dossier incomplet et s'expose à l'admission d'un recours²⁴⁶⁸. Selon la jurisprudence, « [l]'art. 83 al. 4 LEI, disposition exceptionnelle, ne saurait en revanche être interprété comme impliquant un droit général d'accès en Suisse à des mesures médicales visant à recouvrer la santé ou à la maintenir, au simple motif que l'infrastructure hospitalière et le savoir-faire médical dans le pays d'origine ou de destination de l'intéressé n'atteignent pas le standard élevé qu'on trouve en Suisse »²⁴⁶⁹.

« L'exécution du renvoi ne sera en revanche plus raisonnablement exigible [...] si, en raison de l'absence de possibilité de traitement adéquat, l'état de santé de l'intéressé se dégraderait très rapidement au point de conduire d'une manière certaine à la mise en danger concrète de sa vie ou à

²⁴⁶⁶ Voir précédemment les développements consacrés à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme à ce propos, p. 20 s.

²⁴⁶⁷ Arrêt du 16 février 2018 du Tribunal administratif fédéral dans la cause E-6860/2015, cons. 9.3.1, qui cite Gabrielle STEFFEN, *Droit aux soins et rationnement*, p. 81 s. et 87. Voir aussi Gabrielle STEFFEN, *Renvoi de personnes malades hors de Suisse: où recevront-elles les soins essentiels dont elles ont besoin ?*, in: Olivier Guillod, Rachel Christinat (éd.), *Mobilité et migration : impacts pour le droit de la santé*, 25^e journée du droit de la santé, Berne 2019, p. 83 ss.

²⁴⁶⁸ Par exemple, l'arrêt du 6 juin 2019 du Tribunal administratif fédéral dans la cause E-2307/2019. Selon l'arrêt, le Secrétariat aux migrations avait, dans cette affaire, omis d'instruire si les soins requis par l'état de santé de la recourante – une insuffisance rénale chronique terminale, qui engageait son pronostic vital en l'absence de dialyse – étaient disponibles dans le pays de destination. Voir en particulier Gabrielle STEFFEN, *Soins essentiels – un droit fondamental qui transcende les frontières ?*, Bâle 2018.

²⁴⁶⁹ Arrêt du 16 octobre 2017 du Tribunal administratif fédéral dans la cause E-2204/2017, cons. 5.3.

une atteinte sérieuse, durable, et notablement plus grave de son intégrité physique ou psychique »²⁴⁷⁰.

Si ce n'est pas la disponibilité des soins essentiels, mais plutôt celle des médicaments essentiels qui n'est pas garantie dans le pays de destination, la jurisprudence admet généralement l'exécution du renvoi. En effet, conformément à l'art. 93 al. 1^{er} lettre d LAsi et à l'art. 75 OA 2²⁴⁷¹, « l'intéressé a la possibilité de solliciter une aide médicale au retour et de se procurer en Suisse une réserve de médicaments [...], afin de pouvoir surmonter d'éventuelles difficultés initiales à se procurer les remèdes dont il pourrait avoir besoin [...] et de soulager, voire traiter d'éventuelles [douleurs] qui pourraient se produire à son retour »²⁴⁷². Les Directives édictées par l'ASSM exigent également que les « médicaments nécessaires (antihypertenseurs, antidépresseurs, etc.) soient mis à disposition des personnes refoulées pour une période transitoire »²⁴⁷³, qu'elles fixent quant à elles à « quelques jours ».

L'art. 75 OA 2 précise encore cette jurisprudence. Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut verser des subventions de façon qu'un traitement médical indispensable soit dispensé à l'étranger (al. 1^{er}) ; l'aide médicale au retour peut également se présenter sous la forme de médicaments (al. 3). La durée de l'aide médicale est toutefois limitée à six mois au maximum, mais peut être prolongée pour autant qu'elle permette une guérison totale ; les prestations fournies pour une durée indéterminée sont en revanche exclues (al. 2).

11.2 Surveillance médicale préalable

L'examen médical prescrit à l'occasion de la préparation du rapatriement peut révéler la nécessité d'une surveillance médicale lors de son exécution (art. 24 LUSC)²⁴⁷⁴.

²⁴⁷⁰ *Ibidem*.

²⁴⁷¹ Ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile relative au financement (Ordonnance 2 sur l'asile, OA 2 ; RS 142.312).

²⁴⁷² Arrêt du 25 mars 2015 du Tribunal administratif fédéral dans la cause E-1268/2015.

²⁴⁷³ Directives ASSM, p. 23.

²⁴⁷⁴ Message Contrainte 2006, 2446.

Une surveillance médicale particulière doit en effet être mise en place – « assurée », disent les directives du Secrétariat d'Etat aux migrations²⁴⁷⁵ - pour une personne transportée lorsque, « selon un avis médical, des complications liées à son état de santé sont à craindre » (art. 24 lettre b LUsC). Elle doit l'être aussi si « pour des raisons médicales, elle a été calmée à l'aide de médicaments » (art. 24 lettre a LUsC). Elle est donc optionnelle dans la première hypothèse et repose sur un avis médical, tandis qu'elle est « impérative » dans la seconde²⁴⁷⁶.

Comme la surveillance médicale d'une personne retenue²⁴⁷⁷, la surveillance médicale d'une personne « transportée » doit résulter d'un avis nécessairement émis par un médecin ; la surveillance médicale, elle, peut être effectuée par un membre du personnel soignant disposant d'une formation appropriée²⁴⁷⁸.

11.3 Administration de médicaments

La remise de médicaments destinés à « calmer » la personne qui va être transportée est admissible selon la loi. La prescription, la remise ou l'administration de ces produits doivent être effectuées par des personnes autorisées en vertu de la législation sur les médicaments (art. 25 al. 2 LUsC)²⁴⁷⁹.

Il importe cependant qu'une telle administration soit effectuée « pour des raisons médicales » (art. 24 lettre a LUsC). La loi prohibe en revanche l'usage de médicaments « en lieu et place de moyens auxiliaires » de contention, conformément à l'art. 25 al. 1^{er} LUsC.

Il importe aussi et surtout que cette administration repose sur le consentement de la personne concernée. Dans son Message, le Conseil fédéral ne l'affirme pas clairement, mais il rappelle que la « déontologie

²⁴⁷⁵ Directives du 1^{er} janvier 2008 du Secrétariat d'Etat aux migrations, Domaine de l'asile,

https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/asyl/wegweisung_und_vollzug/2_wegweisung-vollzug-f.pdf, section 2.9.9.2 (état : 1^{er} mars 2019).

²⁴⁷⁶ Message Contrainte 2006, 2446.

²⁴⁷⁷ Voir précédemment, p. 598 s.

²⁴⁷⁸ Message Contrainte 2006, 2446.

²⁴⁷⁹ Message Contrainte 2006, 2446-7.

médicale » impose en principe le consentement du patient à un traitement²⁴⁸⁰ et que l'administration forcée de médicaments n'est admissible que « dans le cadre des lois de santé cantonales ou de la législation fédérale sur les épidémies, et ce de manière très restrictive »²⁴⁸¹. Or, aucune de ces deux hypothèses n'est réalisée à l'occasion d'un rapatriement forcé ; il faut retenir en conséquence que, selon le Conseil fédéral, l'administration forcée de médicaments n'est pas envisageable dans un tel contexte.

Le Message du Conseil fédéral n'est cependant, sur ce point, pas exempt d'une certaine ambiguïté, dans la mesure où, à plusieurs reprises, il évoque l'hypothèse d'une personne qui « doit être calmée »²⁴⁸². Certes, on peut concevoir qu'une personne « doive être calmée » à sa demande, parce qu'elle ressent une certaine tension intérieure voire de l'anxiété, mais la rédaction du Message n'est pas idéale, et peut-être de nature à entretenir une regrettable incertitude.

11.4 Accompagnement médical pendant le vol

Selon l'état de santé de la personne concernée, la surveillance médicale peut en outre être associée à un accompagnement médical pendant le vol²⁴⁸³.

Cette question doit être résolue par un médecin : « La question de savoir si des complications médicales sont à craindre et nécessite un accompagnement pendant le vol doit être tranchée par un médecin, avant le vol »²⁴⁸⁴.

Il peut s'agir, notamment, des cas où l'autorité compétente retient que le « comportement probable de la personne à transporter » va nécessiter des modalités particulières, de « niveau » 3 ou 4. Les modalités d'encadrement d'un vol de rapatriement sont en effet réparties en quatre niveaux, du niveau 1, dans lequel elle donne son accord à un retour autonome, jusqu'au niveau

²⁴⁸⁰ Les Directives soulignent également ce point, p. 23.

²⁴⁸¹ Message Contrainte 2006, 2447.

²⁴⁸² Dans le commentaire relatif à l'art. 24, Message Contrainte 2006, 2446.

²⁴⁸³ Message Contrainte 2006, 2446.

²⁴⁸⁴ Message Contrainte 2006, *ibidem*.

4, où elle pourrait opposer une forte résistance physique (art. 28 OLUc). Selon le niveau d'exécution retenu, des menottes (niveau 2 ou plus), d'autres liens (niveaux 3 et 4)²⁴⁸⁵ ou la force physique peuvent être utilisés (niveaux 3 et 4)²⁴⁸⁶.

Le recours à ces moyens peut comporter des risques pour l'intégrité corporelle, voire la vie lorsque les liens entravent les voies respiratoires²⁴⁸⁷ ; les techniques pouvant les entraver sont d'ailleurs interdites (art. 13 LUSC *in fine*). Conformément aux directives de l'ASSM applicables dans de telles situations, « [l]e médecin accompagnant est responsable de l'évaluation de l'aptitude au transport ainsi que de la surveillance et de la prise en charge médicales de la personne à rapatrier pendant le vol. Le cas échéant, il peut recommander une prévention médicamenteuse de la thrombose. [...] Le médecin accompagnant n'est pas responsable du suivi médical ultérieur de la personne rapatriée. Il peut toutefois exiger que les médicaments nécessaires (par ex. antihypertenseurs, antidépresseurs etc.) soient mis à la disposition des personnes refoulées pour une période transitoire de quelques jours »²⁴⁸⁸.

11.5 Soins après l'usage de la contrainte

Lorsque des soins sont immédiatement nécessaires à la suite de l'usage de la force, parce qu'elle a causé ou parce qu'elle pourrait avoir causé des lésions, les autorités d'exécution doivent prodiguer les premiers secours et veiller à ce que l'assistance médicale adéquate soit ensuite fournie (art. 22 LUSC).

Un examen médical est, en effet, en principe exigé, conformément à l'art. 23 LUSC, pour toute personne à l'encontre de laquelle la contrainte policière a été utilisée, « à moins que toute atteinte importante à sa santé puisse être exclue ». Il y va évidemment de l'intérêt de la personne elle-même, peut-être blessée, mais aussi de l'intérêt des autorités, en cas de

²⁴⁸⁵ L'usage des liens pendant le transport est détaillé à l'art. 23 OLUc.

²⁴⁸⁶ Un rapatriement de niveau 4 a lieu par vol spécial. Quant aux femmes et aux enfants, ils doivent être transportés de manière adaptée à leur situation et aux circonstances (art. 24 OLUc).

²⁴⁸⁷ Message Contrainte 2006, 2449.

²⁴⁸⁸ Directives ASSM, p. 23.

dépôt de plainte ultérieur²⁴⁸⁹. Une formation sur ce point est dès lors indispensable, ce que l'art. 30 lettre d LUSC prévoit désormais.

11.6 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

11.6.1 *Pour la personne renvoyée ?*

Dans son message, le Conseil fédéral considère que l'examen médical précédant un renvoi reste subordonné au consentement de la personne²⁴⁹⁰. Ainsi, en dépit de la lettre de l'art. 27 al. 3 LUSC, un examen médical ne serait pas imposé dans ces circonstances ; l'art. 18 OLUSC²⁴⁹¹ prévoit toutefois clairement qu'un examen médical « doit être ordonné » en cas de doute sur l'aptitude de la personne concernée à être transportée. Une simple évaluation médicale, sur la base d'éléments médicaux présents dans son dossier médical²⁴⁹² et d'une appréciation fondée sur son apparence et son comportement, pourrait alors être réalisée, lorsque la collaboration de la personne concernée n'est pas acquise.

Un consentement est sans doute également requis pour d'éventuels soins nécessaires après l'usage de la contrainte. On ne voit pas comment ces soins pourraient être imposés à une personne qui les refuserait. Ce qui précède s'applique aussi à l'administration de médicaments, qui requiert le consentement du « patient » ; il faut rappeler ici que l'administration de médicaments dans de telles circonstances ne peut avoir lieu que « pour des raisons médicales ». L'examen médical, les soins nécessaires après l'usage de la contrainte et, éventuellement, l'administration de médicaments calmants devraient cependant être proposés à la personne concernée ; l'obligation s'adresse par conséquent plutôt aux autorités chargées d'exécuter le renvoi.

²⁴⁸⁹ Message Contrainte 2006, 2446.

²⁴⁹⁰ Message Contrainte 2006, 2448.

²⁴⁹¹ Ordonnance du 12 novembre 2008 relative à l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (Ordonnance sur l'usage de la contrainte, OLUSC ; RS 364.3).

²⁴⁹² Une personne qui fait valoir « une atteinte à la santé déterminante » dans la procédure d'asile doit consentir à ce que les éléments pertinents de son dossier médical soient transmis aux autorités d'exécution ; voir précédemment, p. 589 s.

Quant aux autres mesures médicales prévues par la loi –la surveillance médicale préalable et l’accompagnement médical pendant le vol –, elles ne requièrent pas nécessairement la collaboration de la personne concernée, de sorte que la question de l’exécution imposée, au besoin par la contrainte, n’est pas pertinente.

11.6.2 Pour le médecin accompagnant ?

L’ASSM retient que « [l]e médecin accompagnant peut refuser d’accompagner un vol lorsqu’existe une contre-indication au transport ou si les conditions requises pour une évaluation adéquate ne sont pas remplies. »²⁴⁹³

Il peut, en particulier, se désister « [s’il] est persuadé que les moyens utilisés pour exécuter la mesure (tels que bâillonnement, liens serrés et prolongés, position dite de l’hirondelle : pieds et mains menottés postérieurement en position d’*opisthotonos*²⁴⁹⁴, etc.) font courir un risque de santé immédiat et majeur au patient ; il doit informer sans délai l’autorité compétente qu’au cas où les moyens prévus ne seraient pas abandonnés, il n’assumera pas la responsabilité médicale du cas et qu’il ne peut, par conséquent, pas prêter son concours. »²⁴⁹⁵

Dans les faits, depuis 2017, l’accompagnement médical des départs a été confié par le Secrétariat d’Etat aux migrations à une entreprise prestataire de services²⁴⁹⁶ ; il a par conséquent lieu en exécution d’obligations contractuelles. Cet accompagnement englobe l’évaluation médicale de l’aptitude au transport et l’accompagnement médical lors des vols de ligne – s’il est nécessaire - ou lors des vols spéciaux – dans ce cas, l’accompagnement médical est systématique -.

²⁴⁹³ Directives ASSM, p. 23.

²⁴⁹⁴ Position due à la contraction de muscles entraînant un renversement du corps vers l’arrière, par exemple observable chez les personnes souffrant du tétanos, due ici aux liens entravant la personne concernée.

²⁴⁹⁵ Directives ASSM, p. 8.

²⁴⁹⁶ Etat : août 2020.

<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-64026.html>.

12. Voies de droit

12.1 Décisions en matière de droit des douanes

Des voies de droit, au Tribunal administratif fédéral puis au Tribunal fédéral, sont prévues par la Loi sur les douanes (art. 116 LD). Devant les premières instances, la procédure de recours est régie par les dispositions générales sur la procédure fédérale, soit les dispositions de la PA²⁴⁹⁷.

Des décisions relatives à une fouille corporelle ou un examen corporel constituent des décisions incidentes qui, probablement, ne peuvent être contestées qu'à l'occasion d'un recours contre la décision finale, dans la mesure où elles ne paraissent pas de nature à causer un préjudice irréparable (art. 46 PA)²⁴⁹⁸.

Si la fouille corporelle ou l'examen corporel ont été pratiqués en violation des règles de la LD et de la LUSC, le recourant pourrait invoquer la violation du droit fédéral ou l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 PA) et argumenter que cette irrégularité a influencé le contenu de la décision finale (art. 46 al. 2 PA).

Alternativement, il pourrait ouvrir une action en responsabilité contre la Confédération sur la base de l'art. 31 LUSC²⁴⁹⁹ et tenter de démontrer que la fouille corporelle ou l'examen corporel lui ont occasionné un préjudice physique ou, plutôt, psychologique. La jurisprudence interprète toutefois de manière assez restrictive les conditions posées pour une éventuelle responsabilité de la Confédération ou de ses agents²⁵⁰⁰.

²⁴⁹⁷ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative fédérale (PA, RS 172.021).

²⁴⁹⁸ ATF 106 Ib 109 pour un cas d'espèce, antérieur cependant à l'entrée en vigueur de la loi actuelle.

²⁴⁹⁹ Qui renvoie aux dispositions de la Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité, LRCE ; RS 170.32).

²⁵⁰⁰ ATF 132 II 305, 317; arrêt du 10 janvier 2012 dans la cause 2C_852/2011, cons. 4.3.1.

12.2 Décisions en matière de droit des étrangers

Les décisions rendues par les autorités cantonales peuvent être déférées devant les autorités ou juridictions cantonales désignées par le droit cantonal. Celles qui sont rendues par le Secrétariat d'Etat aux migrations peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral²⁵⁰¹.

Le Tribunal fédéral peut encore être saisi d'un recours contre les décisions de la dernière instance cantonale et contre les décisions du Tribunal administratif fédéral ; l'art. 83 lettre c LTF énonce cependant un certain nombre d'exceptions en matière de droit des étrangers, qui rendent tout recours irrecevable dans ces cas. Enfin, lorsqu'aucun des recours prévus par les art. 72 à 89 LTF n'est recevable, une décision rendue par la dernière instance cantonale peut encore faire l'objet d'un recours constitutionnel, en invoquant alors une violation des droits reconnus par la Constitution fédérale.

12.3 Décisions en matière de droit d'asile

Le secrétariat d'Etat aux migrations est compétent pour décider de l'octroi ou du refus de l'asile, ainsi que du renvoi d'un requérant de Suisse (art. 6a LAsi). L'exécution du renvoi est en revanche confiée aux cantons, selon l'art. 69 LEI, par renvoi de l'art. 65 LAsi.

Contre les décisions négatives du Secrétariat d'Etat aux migrations, un recours au Tribunal administratif fédéral est ouvert ; le délai de recours est fixé à cinq jours ouvrables dans la procédure dite « de Dublin », à sept jours ouvrables dans la procédure dite accélérée et à trente jours dans la procédure étendue²⁵⁰², selon les art. 104 ss LAsi²⁵⁰³. Le Tribunal administratif fédéral statue en dernière instance. Un requérant peut en

²⁵⁰¹ Voir en particulier les Directives et commentaires du Secrétariat d'Etat aux migrations, <https://odae-romand.ch/wp/wp-content/uploads/2017/02/weisungen-aug-f.pdf>, section 10.8.

²⁵⁰² Si la décision vise un mineur non accompagné dépourvu de tuteur, de curateur ou de représentant légal, elle doit être notifiée à l'intéressé et à la personne de confiance qui lui a été désignée ; le délai ne commence à courir que le jour suivant la notification la plus tardive de la décision, selon l'art. 53a OA 1.

²⁵⁰³ Notamment art. 108 LAsi pour les délais de recours.

particulier contester, à l'occasion du recours formé contre la décision finale, l'appréciation portée par le Secrétariat d'Etat aux migrations à propos de son âge²⁵⁰⁴.

L'exécution des décisions de renvoi, on l'a dit, est confiée aux cantons. Ils ne rendent cependant pas de décision à ce propos, les possibilités d'exécution ayant déjà été arrêtées par le Secrétariat d'Etat aux migrations²⁵⁰⁵.

Dans le domaine de l'asile, les demandes de réexamen (art. 111b LAsi et art. 66 PA), voie de droit extraordinaire, sont assez fréquentes. Elles peuvent être adressées au Secrétariat d'Etat aux migrations et, en cas de rejet, déferées au Tribunal administratif fédéral. Elles supposent « un changement notable de circonstances depuis le prononcé de la décision »²⁵⁰⁶, en d'autres termes la survenance de nouveaux faits « importants [...] de nature à influencer – ensuite d'une appréciation juridique correcte – sur l'issue de la contestation »²⁵⁰⁷. A défaut, elles peuvent être classées sans décision formelle par l'administration (art. 111b al. 4 LAsi) et, en cas de recours, traitées par un juge unique du Tribunal administratif fédéral (art. 111 lettre e LAsi)²⁵⁰⁸.

13. Synthèse

La législation fédérale sur les douanes, celle qui est consacrée aux étrangers et à l'intégration et celle qui traite de l'asile prévoient toutes des actes de nature médicale, qui peuvent être imposés aux personnes

²⁵⁰⁴ Arrêt du 15 janvier 2019 du Tribunal administratif fédéral dans la cause E-7324/2018.

²⁵⁰⁵ Les autorités cantonales peuvent cependant, avant le renvoi, ordonner la détention pour l'un motifs prévus aux art. 75 ss LEI ; une telle mesure est susceptible de recours devant l'instance judiciaire prévue par le droit cantonal (art. 80 LEI), dont la décision peut ensuite être encore déferée au Tribunal fédéral (art. 83 LTF *a contrario* ; pour un cas d'espèce, voir par exemple l'arrêt du 8 décembre 2015 dans la cause 2C_700/2015).

²⁵⁰⁶ Voir par exemple l'arrêt du 17 décembre 2009 du Tribunal administratif fédéral dans la cause E-7954/2008, à propos de troubles psychiques récents, que la juridiction n'a pas considérés comme « graves » au point de constituer un changement notable de circonstances.

²⁵⁰⁷ Arrêt du 15 janvier 2020 du Tribunal administratif fédéral dans la cause D-6748/2019.

²⁵⁰⁸ Lorsque le recours paraît manifestement infondé, à condition qu'un second juge donne son accord.

concernées. La Loi sur l'usage de la contrainte, applicable aux procédures de renvoi tant en matière d'asile qu'en matière de police des étrangers, contient elle aussi des dispositions à ce propos.

Seule la fouille corporelle, possible selon toutes les législations précitées (art. 36 et 102 LD, art. 70 LEI et art. 9 LAsi), peut être exécutée par contrainte, pour autant que l'usage de la force soit justifié et proportionné aux circonstances. Pour l'exécution des autres actes médicaux énoncés par les lois précitées – essentiellement, des examens médicaux, notamment des clichés radiographiques, ou des analyses génétiques et, dans certains cas, des soins médicaux –, l'obligation prend la forme d'une incombance : la personne concernée qui refuserait de s'y soumettre ne peut y être contrainte, mais elle doit accepter les conséquences juridiques négatives résultant de son refus.

La Loi sur l'usage de la contrainte exige encore, en cas de rétention, ou encore avant ou pendant le renvoi de personnes en situation irrégulière, que soit mis en place une surveillance médicale ou un accompagnement médical lorsque, selon un avis médical, ils sont nécessaires. De telles mesures ne portent cependant pas atteinte à l'intégrité corporelle, de sorte que la question de la contrainte ne se pose pas.

* * * * *

CHAPITRE XIV :

Les mesures de lutte contre le dopage et autres mesures médicales dans le cadre du sport organisé

1. Le contexte

La lutte contre le dopage s'inscrit dans une volonté, aujourd'hui presque universellement reconnue, de combattre la fraude dans le sport et de tendre vers un « sport propre », afin de garantir sa crédibilité et de défendre les valeurs qu'il entend promouvoir, notamment le respect des règles, l'égalité des chances et la loyauté de la compétition²⁵⁰⁹. Les mesures de lutte anti-dopage constituent également des mesures de promotion de la santé et de prévention des maladies, en empêchant l'utilisation de substances ou de méthodes nocives ou, au moins, en tentant de dissuader les athlètes de s'y risquer²⁵¹⁰. Au même titre que les débordements de violence lors des manifestations sportives, le dopage est une forme de dérive du sport qui porte atteinte à l'éthique dans les compétitions²⁵¹¹.

La fiabilité des analyses et des tests réalisés dans le cadre de cette lutte a considérablement augmenté avec le temps. Cependant, aujourd'hui encore, le recours à certaines méthodes sophistiquées – par exemple, l'auto-transfusion de sang riche en globules rouges – reste difficilement décelable. En conséquence, plutôt que d'interdire le dopage en s'engageant dans une

²⁵⁰⁹ Message sur l'encouragement du sport 2009, 7411. Voir notamment Matthieu PERRUCHOUD, *Le droit à l'égalité des chances dans le sport*, Bâle 2020 ; Christoph Asmuth, Christoph Binkermann (éd.), *Entgrenzung des Machbaren? : Doping zwischen Recht und Moral*, Bielefeld 2012.

²⁵¹⁰ Message sur l'encouragement du sport 2009, 7432.

²⁵¹¹ Message sur l'encouragement du sport 2009, 7448.

lutte qui ne peut être gagnée, certaines voix préconisent de l'autoriser²⁵¹². Ces voix sont toutefois minoritaires ; la lutte contre le dopage est menée si ce n'est avec un succès complet, au moins avec détermination²⁵¹³.

Les méthodes de détection du dopage consistent avant tout dans la recherche, par l'analyse d'urine ou éventuellement de sang, de substances figurant sur la liste des produits interdits²⁵¹⁴ par les instances sportives internationales²⁵¹⁵. La détection porte aussi sur des substances dites « masquantes », également interdites, dont la présence dans l'organisme n'est pas destinée à améliorer les performances mais, évidemment, à compromettre la découverte de substances procurant un effet dopant²⁵¹⁶. Enfin, le dopage peut également consister dans le recours à des méthodes interdites, en particulier la manipulation du sang déjà évoquée ou le dopage génétique²⁵¹⁷.

Selon le droit fédéral et les règles adoptées par les instances sportives internationales et nationales, auxquelles le droit fédéral fait expressément référence, les athlètes sont tenus de collaborer aux contrôles antidopage nécessaires ; afin de permettre ces contrôles, certains athlètes ou équipes de

²⁵¹² Voir par exemple Bengt KAYSER, *Le sportif augmenté, star de demain*, in: Campus - Université de Genève, no 137, juin 2019, p. 31 ss ; André KUHN, Sophie SERRANO, *Philanthropie et sport : l'incohérence de la lutte contre le dopage*, in: Rita Tringo Trindage et al. (éd.), *Vers les sommets du droit : « Liber amicorum » pour Henry Peter*, Genève 2019, p. 515 ss.

²⁵¹³ Qui peut toutefois présenter des degrés variables ; voir notamment Antoine DUVAL, *The Russian doping scandal at the Court of arbitration for sport : lessons for the world anti-doping system*, in: *The International Sports Law Journal* 2017, p. 177 ss.

²⁵¹⁴ Plus précisément, dans la recherche de substances interdites elles-mêmes, de leurs métabolites – c'est-à-dire des composés résultant de leur transformation par le métabolisme – ou de leurs marqueurs – c'est-à-dire des substances produites par l'organisme lorsqu'un produit dopant est utilisé –, dans un échantillon fourni par un sportif, selon le Code mondial antidopage, art. 2.1.

²⁵¹⁵ Voir Jean-François BOURG, *Le dopage*, Paris 2019 ; Margareta BADDELEY, *Le médecin face au droit antidopage*, in: Romano LaHarpe et al., p. 795 ss.

²⁵¹⁶ Code mondial antidopage, art. 2.1.

²⁵¹⁷ Sur la liste des substances et des méthodes interdites, voir plus loin, p. ... A propos du dopage génétique, voir Olivier GUILLOD, *Développement humain artificiel, dopage génétique et brevets*, in: Antonio Rigozzi et al. (éd.), *Citius, altius, fortius : mélanges en l'honneur de Denis Oswald*, Bâle 2012, p. 709 ss ; Patrick LAURE, *Les défis du dopage génétique et ses enjeux éthiques*, in: Denis Oswald, Christophe Jaccoud (éd.), *Le dopage dans le sport*, p. 109 ss.

haut niveau doivent aussi remettre aux autorités sportives des informations sur leur « localisation ». Outre l'usage de substances interdites et le recours à des méthodes interdites ou la tentative de falsification lors d'un contrôle, un refus de se prêter à un contrôle ou un manquement aux obligations en matière de localisation constituent aussi des violations des prescriptions anti-dopage.

Si la lutte contre le dopage dans son principe ne fait guère l'objet de controverses, la réglementation édictée en avril 2018 par la Fédération internationale d'athlétisme (« World Athletics ») à propos des athlètes hyperandrogènes suscite, elle, certaines controverses éthiques et juridiques. Cette réglementation les contraint dans les faits à se soumettre à un traitement hormonal ou, à défaut, à être exclues des compétitions internationales. Elle a récemment été examinée par le Tribunal fédéral, qui a reconnu la conformité au droit du règlement litigieux²⁵¹⁸.

2. Bref historique

Le dopage dans le sport est sans doute une pratique assez ancienne. Il s'est cependant considérablement développé et sophistiqué au cours des dernières décennies, d'une part avec l'essor du sport-spectacle drainant des sommes d'argent parfois très considérables et, d'autre part, avec les progrès de la médecine en général et de la pharmacologie en particulier, progrès scientifiques souvent détournés de leur destination d'origine²⁵¹⁹. La lutte antidopage, elle, après des débuts bien tardifs²⁵²⁰ - les athlètes participant aux Jeux olympiques n'étaient pas testés jusqu'aux Jeux d'hiver de Grenoble et d'été de Mexico, en 1968 – et des premiers efforts pas toujours convaincants²⁵²¹, n'est réellement organisée de manière systématique que

²⁵¹⁸ Arrêt du 25 août 2020 dans les causes 4A_248/2019 et 4A_398/2019.

²⁵¹⁹ L'EPO (érythropoïétine) de synthèse a été développée à l'origine en tant que substance thérapeutique destinée aux personnes souffrant d'anémie.

²⁵²⁰ La première interdiction du dopage remonte à 1928, par la Fédération internationale d'athlétisme, mais elle reste lettre morte en raison de l'absence de tests. Les fédérations internationales de cyclisme et de football sont les premières à introduire des contrôles antidopage pour les compétitions qu'elles organisent, en 1966 ; voir Christian FLUECKIGER, no 902 et 903, p. 238.

²⁵²¹ Les stéroïdes anabolisants n'étaient pas détectables avant 1974, l'EPO de synthèse avant 2000 ; voir en particulier Arne LJUNGQVIST, Brief History of Anti-Doping, in: Med Sport Sci 2017 ; 62:1-10.

depuis l'an 2000, avec la création de l'Agence mondiale antidopage à la fin de l'année 1999.

Une première réelle prise de conscience de l'existence du dopage dans le sport a lieu en 1960, avec le décès du cycliste danois Knut Jansen aux Jeux olympiques d'été de Rome, après une absorption d'amphétamines ; la tragédie se renouvelle quelques années plus tard, lorsque le britannique Tom Simpson s'effondre et meurt sur les pentes du Mont Ventoux, lors d'une étape du Tour de France de 1967, également après une absorption d'amphétamines. Ensuite, pour ne citer que quelques cas mémorables, on peut rappeler la disqualification du sprinter canadien Ben Johnson, vainqueur de l'épreuve des 100 mètres lors des Jeux olympiques d'été de Séoul en 1988, ou les révélations, après la chute du mur de Berlin, sur les pratiques généralisées de dopage des athlètes d'Etat de l'ex-RDA, en particulier dans l'athlétisme et la natation²⁵²².

C'est peut-être le scandale ayant éclaté lors du Tour de France de l'été 1998, à la suite de contrôles positifs de presque tous les membres d'une formation engagée dans l'épreuve²⁵²³, qui sert véritablement de catalyseur à la lutte contre le dopage. Quelques mois plus tard, des normes sont adoptées par les instances sportives internationales pour combattre ce fléau ; elles prévoient en particulier la création de l'Agence mondiale antidopage

²⁵²² Voir le Message Convention contre le dopage 2007, 6136. Sur l'histoire mondiale du dopage et tous les scandales qui l'ont émaillée, voir notamment; Rudolf Klaus MÜLLER, *History of Doping and Doping Control*, in: Detlef Thieme, Peter Hemmersbach (éd.), *Doping in Sports: Biochemical Principles, Effects and Analysis*, Berlin, Heidelberg 2010, p. 1 ss ; Patrick LAURE, *Histoire du dopage et des conduites dopantes : les alchimistes de la performance*, Paris 2004.

²⁵²³ L'« affaire Festina ». Ce scandale trouve son origine dans l'arrestation, trois jours avant le départ du Tour 1998, d'un « soigneur » de l'équipe par les agents des douanes françaises, à la frontière franco-belge ; à l'occasion du contrôle douanier, une quantité très importante de produits dopants divers est trouvée dans le coffre de sa voiture.

(AMA²⁵²⁴), le 10 novembre 1999, en exécution de la Déclaration de Lausanne sur le dopage dans le sport²⁵²⁵.

La Suisse ne dispose pas, à cette époque, de législation interne relative au dopage. Elle a certes signé et ratifié, en 1992, la Convention contre le dopage élaborée en 1989 par le Conseil de l'Europe²⁵²⁶, plus tard complétée par un protocole additionnel²⁵²⁷, mais cet outil de droit international public est peu contraignant. Ses ambitions se limitent en effet à « promouvoir l'harmonisation des mesures de lutte contre le dopage, dans le respect des dispositions légales et constitutionnelles propres à chaque Etat »²⁵²⁸; la Convention n'implique pas de participation étatique à la lutte contre le dopage, menée en Suisse par les milieux privés concernés, en l'occurrence, à ce moment-là, par l'Association suisse du sport (ASS)²⁵²⁹. La responsabilité de la lutte contre le dopage dans notre pays incombe en effet, jusqu'en 2000, exclusivement aux instances de droit privé régissant les activités sportives, même si la Confédération soutient, surtout financièrement, les initiatives en faveur d'un sport « propre »²⁵³⁰.

²⁵²⁴ Ou « WADA » selon son acronyme anglais. Il s'agit d'une fondation de droit suisse, dont le siège légal est à Lausanne et le siège opérationnel à Montréal. Voir notamment le site de l'Agence : <https://www.wada-ama.org/fr/> et Denis OSWALD, Le rôle de l'AMA, des organisations et des fédérations de sport, in: Denis Oswald, Christophe Jaccoud (éd.), Le dopage dans le sport, p. 75 ss.

²⁵²⁵ Déclaration adoptée à l'issue de la Conférence de Lausanne sur le dopage, organisée par le Comité International Olympique (CIO) le 4 février 1999 ; https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/lausanne_declaration_on_doping_in_sport_fr.pdf.

²⁵²⁶ Convention contre le dopage conclue à Strasbourg le 16 novembre 1992, approuvée par l'Assemblée fédérale le 11 septembre 1992, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1993 (RS 0.812.122.1). Message Convention contre le dopage 1992, FF 1992 II 1321.

²⁵²⁷ Protocole additionnel à la Convention contre le dopage, conclu à Varsovie le 12 septembre 2002, approuvé par l'Assemblée fédérale le 7 juin 2004, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 2005, RS 0.812.122.12.

²⁵²⁸ Message Convention contre le dopage 2007, 6136.

²⁵²⁹ Message Convention contre le dopage 1992, 1327. L'Association suisse du sport (ASS) a fusionné avec le Comité olympique suisse (COS) en 1997 pour devenir Swiss Olympic.

²⁵³⁰ Tout d'abord de manière subsidiaire, par le biais d'experts et du laboratoire de Macolin, puis, à partir de 1993, également par l'octroi de subventions directes aux analyses de dopage et la reprise d'une partie des tâches (l'information, la prévention et la recherche) ; Message Convention contre le dopage 2007, 6137.

Après l'affaire du Tour de France 1998, cependant, le législateur fédéral modifie en 2000 la Loi fédérale du 17 mars 1972 encourageant la gymnastique et les sports (LGym)²⁵³¹, afin d'y insérer des normes légales antidopage²⁵³². Les contrôles et les sanctions des athlètes relèvent encore de la responsabilité des organisations sportives, mais le droit fédéral proscrit désormais expressément le dopage, en dressant dans une ordonnance la liste des substances et des méthodes bannies²⁵³³. Il interdit en outre les activités liées au dopage, notamment la fabrication, l'importation, l'acquisition ou encore la remise de produits dopants, et prévoit des sanctions de nature pénale pour ceux qui s'y livreraient. Une obligation imposée aux sportifs de se soumettre à des contrôles n'est cependant pas prévue dans ces nouvelles dispositions légales ; l'obligation est en quelque sorte indirecte, la loi imposant plutôt aux diverses organisations sportives une obligation de « pourvoir, dans leur domaine, aux contrôles antidopage nécessaires » (art. 11e al. 1er LGym), sous peine de voir leurs subventions réduites ou refusées (art. 11e al. 3 LGym).

En 2005, La Suisse signe et ratifie la Convention internationale de l'UNESCO contre le dopage dans le sport²⁵³⁴, adoptée à la suite de la Déclaration de Copenhague du 5 mars 2003²⁵³⁵. Cette convention fixe les obligations des gouvernements dans le domaine de la lutte contre le dopage²⁵³⁶ et constitue ainsi le pendant de droit public du programme antidopage de l'Agence mondiale antidopage, programme qui ne lie que les

²⁵³¹ Art. 1^{er} lettre h) et art. 11b à 11f, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2002, RO 2001 2790, 2824.

²⁵³² Voir les éléments relatifs à la lutte contre le dopage intégrés dans le Message du 1^{er} mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, FF 1999 III 3151, 3261 ss.

²⁵³³ Le Code mondial antidopage n'était pas encore promulgué à ce moment-là. C'est une Ordonnance du 31 octobre 2001 du DDPS (RO 2001, 3319) qui sert de référence pour la liste des produits interdits et des méthodes interdites.

²⁵³⁴ Convention internationale contre le dopage dans le sport, conclue à Paris le 19 octobre 2005, approuvée par l'Assemblée fédérale le 13 juin 2008, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} décembre 2008 (RS 0.812.122.2) ; sur ses principales caractéristiques, voir le Message du 5 septembre 2005 concernant la Convention internationale contre le dopage dans le sport, FF 2007 6133, 6138 s. Voir notamment Jean-Yves KOHLER, La Convention internationale de l'UNESCO contre le dopage dans le sport: quand le droit privé devient source de droit international, *in*: Jusletter du 20 février 2006.

²⁵³⁵ https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA_Dec_Copenhague_FR.pdf.

²⁵³⁶ Message Convention contre le dopage 2007, 6134.

fédérations sportives de droit privé²⁵³⁷. La ratification de la Convention de l'UNESCO est l'occasion d'une nouvelle adaptation du droit fédéral : en 2011, le législateur fédéral abroge la Loi fédérale encourageant la gymnastique et les sports (LGym) et la remplace par la Loi fédérale sur l'encouragement du sport (LESp).

3. Normes applicables

3.1 Loi sur l'encouragement du sport et Loi sur les systèmes d'information de la Confédération dans le domaine du sport

La Loi fédérale sur l'encouragement du sport (LESp)²⁵³⁸ repose sur l'art. 68 al. 1er Cst²⁵³⁹, selon lequel « [l]a Confédération encourage le sport, en particulier la formation au sport ». Dans le cadre de ce mandat constitutionnel, elle doit en « contrecarrer tout aspect négatif et lutter par conséquent contre le dopage »²⁵⁴⁰. La loi contient dès lors, dans son chapitre relatif à l'« [é]thique et [à] la sécurité », une section dédiée aux mesures de lutte contre le dopage (art. 19 à 25 LESp)²⁵⁴¹. Une Ordonnance sur l'encouragement du sport (OESp) prévoit les dispositions d'exécution nécessaires dans ce domaine (art. 73 ss OESp)²⁵⁴².

²⁵³⁷ Message sur l'encouragement du sport 2009, 7432.

²⁵³⁸ Loi fédérale du 17 juin 2011 sur l'encouragement du sport et l'activité physique (Loi sur l'encouragement du sport [LESp], RS 415.0), en vigueur depuis le 1er octobre 2012 ; voir notamment François VOUILLOZ, Le nouveau droit suisse du dopage : aspects de droit pénal et de droit du sport, *in*: Jusletter du 9 septembre 2013 ; Olivier BIGLER, La nouvelle loi sur l'encouragement du sport ; du sport utile à l'utilité du sport, *in*: Citius, altius, fortius : mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, p. 313 ss.

²⁵³⁹ Nathalie ADANK, Commentaire *ad* art. 68 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 1566 ss; Peter HÄNNI, Kommentar *ad* Art. 68 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 1186 ss; Piermarco ZEN-RUFFINEN, Kommentar *ad* Art. 68 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 1408 ss.

²⁵⁴⁰ Voir le site de Swiss Sport Integrity, « Base juridique », [Base juridique | SSI \(sportintegrity.ch\)](https://www.sportintegrity.ch).

²⁵⁴¹ Voir Message sur l'encouragement du sport 2009, 7449 ss.

²⁵⁴² Ordonnance du 23 mai 2012 sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (Ordonnance sur l'encouragement du sport, OESp, RS 415.01).

Les contrôles antidopage sont spécifiquement visés par l'art. 21 LESP et précisés dans l'ordonnance à ses art. 75 ss OESP. La loi prévoit le caractère obligatoire des contrôles – « quiconque participe à des compétitions sportives peut être soumis à des contrôles antidopage » (art. 21 al. 1^{er} LESP et 75 al. 1^{er} OESP) – et énumère les organisations ou entités habilitées à les pratiquer.

La loi contient aussi des dispositions pénales et des normes relatives à la poursuite pénale, aux art. 22 et 23 LESP, qui incriminent la fabrication, l'acquisition, le trafic ou la détention de substances interdites ou l'application de méthodes interdites. En revanche, les athlètes ne sont (pour l'heure ?) pas poursuivis pénalement lorsqu'ils utilisent ces substances pour leur « usage personnel », comme le prévoit clairement l'art. 22 al. 4 LESP ; le Département fédéral en charge du sport étudie cependant la possibilité d'infliger des sanctions de cette nature aux athlètes également, à la suite d'un rapport du Conseil fédéral rendu en décembre 2021²⁵⁴³. Les sanctions visant les athlètes sont prononcées par les fédérations, « l'expérience ayant montré que ces sanctions sont plus efficaces que celles prononcées par les autorités judiciaires »²⁵⁴⁴.

La Loi fédérale sur les systèmes d'information de la Confédération dans le domaine du sport²⁵⁴⁵, notamment ses art. 30 ss relatifs au « [s]ystème d'information de l'agence nationale de lutte contre le dopage », complète le dispositif légal et prévoit les normes nécessaires au traitement et à la protection des données personnelles sensibles et des profils de personnalité recueillis dans le cadre de la lutte contre le dopage²⁵⁴⁶.

²⁵⁴³ Rapport du Conseil fédéral du 10 décembre 2021 en exécution du postulat 19.4366 Dobler du 27 septembre 2019.

²⁵⁴⁴ Message sur l'encouragement du sport 2009, 7432.

²⁵⁴⁵ Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les systèmes d'information de la Confédération dans le domaine du sport (LSIS, RS 415.1), en vigueur dès le 1^{er} novembre 2016.

²⁵⁴⁶ Voir notamment Christian FLUECKIGER, *Dopage, santé des sportifs professionnels et protection des données médicales*, Genève, Zurich et Bâle, 2008.

3.2 Normes de droit privé adoptées par les instances sportives en matière de lutte anti-dopage

3.2.1 *Code mondial antidopage*

Le Code mondial antidopage a été initialement adopté en 2003 par l'Agence mondiale antidopage (AMA)²⁵⁴⁷, le Comité International Olympique (CIO), les fédérations sportives internationales, le Comité International Paralympique, les comités nationaux olympiques, les comités nationaux paralympiques, les organisations responsables de grandes manifestations et les organisations nationales antidopage ; d'autres les ont suivis plus tard²⁵⁴⁸. Ces entités ont accepté le Code en signant une déclaration d'acceptation dès l'approbation par chacune de leurs instances dirigeantes respectives²⁵⁴⁹.

Le Code mondial antidopage constitue « le document de base qui harmonise les politiques, règles et règlements antidopage des organisations sportives et des autorités publiques à travers le monde »²⁵⁵⁰. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004, afin de déployer ses premiers effets lors des Jeux olympiques d'été d'Athènes, la même année. Il a ensuite été révisé à

²⁵⁴⁷ Cécile CHAUSSARD, Thierry CHIRON, *La lutte contre le dopage : l'essentiel du droit*, Paris 2016 ; Olivier NIGGLI, *Les nouveautés majeures du Code mondial antidopage révisé*, in: *Sport Governance, Football Disputes, Doping and CAS Arbitration*, Berne 2009, p. 163 ss ; Paul DAVID, *A guide to the world anti-doping code : a fight for the spirit of sport*, Cambridge 2008 ; Bastian KERN, *Internationale Dopingbekämpfung: der World Anti-Doping Code der World Anti-Doping Agency*, Hambourg 2007.

²⁵⁴⁸ https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada_anti-doping_code_2017_french_revised_v8_linked.pdf.

À ce jour, plus de 660 organisations sportives ou liées au sport ont accepté le Code mondial antidopage. Celles-ci comprennent en particulier le Comité International Olympique (CIO), le Comité international paralympique (CIP), toutes les Fédérations internationales (FI), toutes les FI reconnues par le CIO, les Comités nationaux olympiques et paralympiques et les organisations nationales antidopage, selon le site de l'AMA.

²⁵⁴⁹ Selon l'art. 23.1 du Code, « Acceptation du Code ».

²⁵⁵⁰ <https://www.wada-ama.org/fr/le-code>. Voir notamment Dominique SPRUMONT, Marjolaine VIRET, *The 2015 Revision of the WADA Code: Will the Fight against Doping Collide with Health Law?* in: *Jusletter* du 8 avril 2013 ; Antonio RIGOZZI, *Does the World Anti-Doping Code Revision live up to its promises?: a preliminary survey of the main changes in the final draft of the 2015 WADA Code*, in: *Jusletter* du 11 novembre 2013 ; Antonio RIGOZZI, *Latest changes to the WADA Code: fairer, smarter, clearer ... and not quite finished: addendum to the article: « Does the World Anti-Doping Code Revision live up to its promises?: a preliminary survey of the main changes in the final draft of the 2015 WADA Code »*, in: *Jusletter* du 20 janvier 2014.

plusieurs reprises, pour s'adapter tant aux nouvelles méthodes de dopage qu'aux nouvelles méthodes de détection du dopage ; la version actuellement en vigueur date du 1^{er} janvier 2021²⁵⁵¹.

Avec les « Standards internationaux » et les « Modèles de bonnes pratiques et les lignes directrices²⁵⁵² » qui lui sont associés, le Code est un des éléments du Programme mondial anti-dopage adopté le 3 mars 2003 par tous les délégués des fédérations sportives internationales et des gouvernements présents à la Conférence internationale de Copenhague²⁵⁵³. Le Code et, plus globalement, le Programme visent à « protéger le droit fondamental des sportifs de participer à des activités sportives exemptes de dopage, promouvoir la santé et garantir ainsi aux sportifs du monde entier l'équité et l'égalité du sport et à veiller à l'harmonisation, à la coordination et à l'efficacité des programmes antidopage aux niveaux international et national en matière de détection, de dissuasion et de prévention du dopage »²⁵⁵⁴.

Selon les dispositions du Code, l'Agence mondiale anti-dopage (AMA) se voit confier une série de missions, notamment « adopter et mettre en œuvre des politiques et des procédures conformes au Code et aux standards internationaux » et « offrir de l'aide et des conseils aux signataires dans leurs efforts pour se conformer au Code et aux standards internationaux [...] »²⁵⁵⁵. L'AMA approuve et diffuse ainsi annuellement les « Standards internationaux »²⁵⁵⁶ en matière de lutte antidopage prévus par le Programme. Ces standards sont aujourd'hui au nombre de six²⁵⁵⁷ : la Liste des interdictions ; le Standard international pour les contrôles et les

²⁵⁵¹ <https://www.wada-ama.org/fr/nos-activites/le-code/revision-du-code-2021>.

²⁵⁵² L'Agence élabore et publie en effet des « Modèles de bonnes pratiques et les lignes directrices » afin de soutenir les organisations sportives et les organisations nationales antidopage dans la rédaction de normes antidopage conformes au Code mondial antidopage et, plus généralement, de les assister dans la mise en œuvre du Code. Cette mission de l'Agence résulte de l'art. 20.7.6 du Code mondial antidopage.
<https://www.wada-ama.org/fr/nos-activites/regles-modeles-lignes-directrices-et-protocoles>.

²⁵⁵³ Voir également les informations à ce propos présentes sur le site de Swiss Sport Integrity, « Base juridique », [Base juridique | SSI \(sportintegrity.ch\)](https://www.sportintegrity.ch).

²⁵⁵⁴ Voir « Objet, portée et organisation du Programme mondial antidopage » et du Code, Code mondial antidopage, p. 9 ss.

²⁵⁵⁵ Voir « Rôles et responsabilités de l'AMA », art. 20.7.2 et 20.7.3 du Code mondial antidopage.

²⁵⁵⁶ En exécution de l'art. 20.7.4 du Code mondial antidopage.

²⁵⁵⁷ <https://www.wada-ama.org/fr/nos-activites/standards-internationaux>.

enquêtes (SICE) ; le Standard international pour les laboratoires (SIL) ; le Standard international pour l'autorisation d'usage à des fins thérapeutiques (SIAUT) ; le Standard international pour la protection des renseignements personnels (SIPRP) et, enfin, le Standard international pour la conformité au Code des signataires (SICCS).

Ces standards, en particulier la Liste des interdictions²⁵⁵⁸ le Standard pour les contrôles et les enquêtes et le Standard pour les laboratoires²⁵⁵⁹, jouent un rôle essentiel dans les mesures concrètes de lutte contre le dopage que constituent les prélèvements d'échantillons et leur analyse. La LESp y fait référence lorsqu'elle délègue au Conseil fédéral, à son art. 19 al. 4, le soin de définir « les produits et les méthodes dont l'utilisation ou l'application est passible de poursuites pénales, [en tenant] compte à cet effet des développements sur le plan international ».

3.2.2 *Statut de Swiss Olympic concernant le dopage*

Swiss Olympic²⁵⁶⁰ est une association au sens des art. 60 ss du Code civil ; elle constitue à la fois le Comité national olympique et l'association faîtière du sport suisse. Son nom statutaire complet est « Swiss Olympic Association (Swiss Olympic) » ; elle résulte de la fusion, en 1997, de l'Association du sport suisse (ASS) et du Comité olympique suisse (COS). En sont membres les fédérations sportives nationales et quelques organisations partenaires.

En application de ses dispositions statutaires²⁵⁶¹, le Parlement du sport, un des organes de l'association correspondant en substance à l'assemblée générale des membres, a adopté un « Statut concernant le

²⁵⁵⁸ Sur la liste des substances interdites, voir plus, p. 634.

²⁵⁵⁹ Sur les prélèvements et les analyses, voir plus loin, p. 630 ss.

²⁵⁶⁰ Voir son site en ligne, <https://www.swissolympic.ch/fr/support.html>, et pour ses statuts,

https://www.swissolympic.ch/dam/jcr:249cad50-9106-4635-b6aa-a7b3df90a3b5/Statuten_Swiss_Olympic_1801010_def_FR.pdf.

Son siège est à Ittigen, près de Berne.

²⁵⁶¹ Art. 4.2 al. 2 lettre m) des statuts, https://www.swissolympic.ch/dam/jcr:249cad50-9106-4635-b6aa-a7b3df90a3b5/Statuten_Swiss_Olympic_1801010_def_FR.pdf.

dopage Swiss Olympic »²⁵⁶². La version actuelle de ce statut comporte 25 articles ; elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Le Statut s’inspire du modèle proposé par l’AMA et reprend le contenu du Code mondial antidopage, notamment pour ce qui a trait aux contrôles et enquêtes et à leurs modalités (art. 5) et à l’analyse des échantillons (art. 6).

Tous les sportifs appartenant à une fédération affiliée à Swiss Olympic ou à une association ou un club qui lui sont rattachés, ainsi que tous les participants à des compétitions se déroulant ou organisées sous le patronage de Swiss Olympic ou d’une des fédérations, associations ou club précités sont soumis au Statut et peuvent par conséquent faire l’objet de contrôles antidopage, même contre leur volonté²⁵⁶³.

Pour « la mise en application des dispositions et stratégies antidopage en conformité avec le Programme mondial antidopage », ainsi que « la collaboration avec les organisations sportives nationales, les autorités publiques, d’autres organisations antidopage nationales et internationales ainsi qu’avec d’autres organisations poursuivant des objectifs de lutte contre le dopage », le Statut reconnaît le statut d’agence nationale antidopage à la fondation Swiss Sport Integrity²⁵⁶⁴.

3.2.3 *Prescriptions d’exécution de Swiss Sport Integrity*

Swiss Sport Integrity est une fondation de droit suisse dont le siège est à Berne. Elle constitue l’agence nationale de lutte contre le dopage prévue à l’art. 19 al. 2 LESP, désignée par le Département fédéral en charge du sport²⁵⁶⁵ sur délégation du Conseil fédéral, selon l’art. 73 OESP.

Elle est également reconnue par les instances sportives nationales – par le biais de la reconnaissance émanant de Swiss Olympic - et, par conséquent, par les instances sportives internationales et par les instances

²⁵⁶² La version actuelle a été adoptée par le Parlement du sport le 26 novembre 2021, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022, Statut olympique suisse contre le dopage | SSI (sportintegrity.ch) (en allemand).

²⁵⁶³ Statut concernant le dopage de Swiss Olympic, art. 5.2.1.

²⁵⁶⁴ Statut concernant le dopage Swiss Olympic, sections « Organes » et « Compétences », p. 3. La fondation s’appelait « Antidoping Suisse » jusqu’au 31 décembre 2021.

²⁵⁶⁵ Le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports.

sportives des autres pays, selon le principe de réciprocité prévu par l'art. 15 du Code mondial antidopage (« Mise en œuvre des décisions »). Inversement, Swiss Sport Integrity reconnaît les décisions rendues et les mesures prises par d'autres agences nationales signataires du Code mondial antidopage, selon le principe précité, formalisé à l'art. 15 du Statut de Swiss Olympic. Swiss Sport Integrity est autorisée à échanger des données personnelles liées au dopage avec ses partenaires internationaux en exécution de l'art. 25 LESP²⁵⁶⁶.

Swiss Sport Integrity a édicté des « Prescriptions d'exécution relatives aux contrôles et aux enquêtes » (PECE)²⁵⁶⁷, formellement fondées sur l'art. 5 du Statut de Swiss Olympic. Ces Prescriptions constituent la mise en œuvre par Swiss Sport Integrity du Standard international pour les contrôles et les enquêtes (SICE) de l'AMA (Préambule des Prescriptions). Il s'agit d'un texte comportant douze articles très détaillés, adopté dans sa version actuelle le 31 décembre 2021 et entré en vigueur le 1er janvier 2022. Ces prescriptions s'accompagnent de huit Annexes qui décrivent encore plus précisément certains aspects pratiques. Les art. 5 à 8, « notification de l'athlète », « préparation du prélèvement d'échantillon », « prélèvement d'échantillon » et « conservation des échantillons et de la documentation associée » sont consacrés au prélèvement et à ses modalités.

Selon l'art. 1er des Prescriptions, « [l']objectif principal des présentes Prescriptions d'exécution relatives aux contrôles et enquêtes (PECE) consiste en la planification efficace de contrôles antidopage en et hors compétition intelligents et efficaces ainsi que le maintien de l'intégrité des échantillons à partir du moment de la notification jusqu'à celui du transport des échantillons au laboratoire d'analyse ». Dans leur mise en œuvre, Swiss Sport Integrity se déclare « consciente de la nécessité de limiter les atteintes aux droits de la personnalité au minimum nécessaire pour une lutte crédible contre le dopage et notamment de respecter les dispositions contraignantes

²⁵⁶⁶ Christian THILL, l'échange d'informations à l'échelle internationale en matière de lutte contre le dopage: défi insurmontable ? Lutte antidopage, coopération entre autorités publiques et organisations sportives, transfert d'informations au plan international, *in*: Antonio Rigozzi et al. (éd.), *Citius, altius, fortius : mélanges en l'honneur de Denis Oswald*, Bâle 2012, p. 613 ss.

²⁵⁶⁷ Adoptées par Swiss Sport Integrity le 8 janvier 2021, en vigueur dès le 11 janvier 2021 ; Prescriptions d'exécution relatives aux Contrôles et Enquêtes (sportintegrity.ch)

de la protection suisse des données »²⁵⁶⁸, ce que rappelle d'ailleurs également l'art. 76 al. 4 OESp.

Tels qu'ils résultent des Prescriptions et de leurs annexes, à l'occasion d'un contrôle, les droits des athlètes – qui doivent en être préalablement informés dans le cadre de contrôles antidopage réalisés par Swiss Sport Integrity –, peuvent être résumés de la manière suivante :

- « comportement le plus confidentiel et le plus correct possible de la part des contrôleurs, qui doivent s'identifier ;
- être informés des conséquences résultant d'un refus de se soumettre à un contrôle ;
- se faire accompagner au contrôle par une personne de confiance ;
- faire appel à un interprète en cas de besoin ;
- se faire expliquer le déroulement du contrôle et obtenir des réponses pertinentes aux questions ;
- demander s'il est possible d'obtenir un bref report dans le prélèvement de l'échantillon, par ex. pour :
 - la participation à une présentation d'athlètes ou à une remise de prix ;
 - des engagements vis-à-vis des médias ;
 - la participation à d'autres compétitions qui s'enchaînent ;
 - la mise en pratique des premières mesures de récupération ;
 - un traitement médical indispensable ;
 - la procuration d'une pièce d'identité ;
- disposer d'un choix de matériel de contrôle dans son emballage original et effectuer soi-même toutes les manipulations ;
- être accompagné par un contrôleur du même sexe lors du prélèvement d'urine ;
- inscrire des remarques sur le déroulement du contrôle, sur le protocole de contrôle antidopage, en particulier d'éventuelles irrégularités ;
- recevoir une copie du formulaire signé »²⁵⁶⁹.

²⁵⁶⁸ Point 6 du Préambule des Prescriptions.

²⁵⁶⁹ Déroulement d'un contrôle antidopage | SSI (sportintegrity.ch).

3.3 Normes de droit privé adoptées par les instances sportives concernant les tests de féminité et les athlètes hyperandrogènes

La Fédération internationale d'athlétisme (IAAF selon son acronyme anglais, «World Athletics» depuis octobre 2019) a édicté un règlement contenant les normes d'éligibilité pour la qualification dans la catégorie féminine pour les athlètes présentant des différences de développement sexuel)²⁵⁷⁰. L'art. 1.1.3 définit ces différences comme des « conditions congénitales qui entraînent un développement sexuel atypique ».

Précédemment, en 2011, l'IAAF avait adopté un règlement « régissant la qualification des femmes présentant une hyperandrogénie pour leur participation dans les compétitions féminines », suspendu par le Tribunal arbitral du sport en juillet 2015 à la suite d'un recours²⁵⁷¹.

Le Règlement, mis en œuvre dans le but d'assurer « des conditions de compétition équitables et pertinentes » selon l'art. 1.1.4, vise certaines athlètes, désignées comme des athlètes « concernées » (« *relevant athletes* ») qui, cumulativement, sont affectées par une des anomalies de développement sexuel spécifiées dans le règlement²⁵⁷² ; présentent un taux de testostérone sanguin supérieur ou égal à un certain seuil, également spécifié dans le règlement²⁵⁷³ ; et enfin possèdent une sensibilité aux androgènes suffisante pour que la testostérone ait un effet androgénique important.

Pour être autorisée à concourir dans la catégorie féminine lors d'une compétition comptant pour le classement mondial ou pour faire reconnaître une performance de record du monde, une athlète concernée doit respecter

²⁵⁷⁰ [World Athletics Council decides on Russia, Belarus and female eligibility | PRESS-RELEASES | World Athletics](#); cette page du site de la Fédération internationale permet notamment d'accéder au texte du règlement dans sa version en anglaise du 23 mars 2023, en vigueur dès le 31 mars 2023, avec trois annexes et une note explicative. L'arrêt du Tribunal fédéral du 25 août 2020 dans les causes 4A_248/2019 et 4A_398/2019 propose une version française des dispositions pertinentes du règlement dans sa version du (cons. A.f.b).

²⁵⁷¹ Voir Arrêt du 25 août 2020 rendu dans les causes jointes 4A_248/2019 et 4A_398/2019, cons. A.c. Voir en particulier Matthieu PERRUCHOU, Le droit à l'égalité des chances dans le sport, Bâle 2020, p. 228 s.

²⁵⁷² A l'art. 3.1.

²⁵⁷³ 2,5 nmol/L [2,5 nanomoles par litre de sang].

les conditions de qualification énoncées à l'art. 3.2, en particulier abaisser son taux de testostérone sanguine au-dessous du seuil fixé, pendant une période ininterrompue d'au moins vingt-quatre mois, puis maintenir ce taux au-dessous du seuil aussi longtemps qu'elle souhaite s'aligner dans des épreuves visées par le règlement dans la catégorie féminine à l'occasion d'une compétition internationale.

Une athlète concernée qui ne remplirait pas les conditions de qualification exigées par le règlement – ou refuserait de s'y plier – n'est pas autorisée à participer, dans la catégorie féminine, aux épreuves visées par le règlement lors de compétitions internationales (art. 2.6).

4. Prélèvements à des fins d'analyse dans le cadre de la lutte contre le dopage

4.1 Conditions de réalisation

Tous les sportifs sont potentiellement visés²⁵⁷⁴, professionnels et amateurs, qu'ils pratiquent un sport individuel ou un sport d'équipe, qu'ils appartiennent aux catégories juniors - avec toutefois des modalités particulières pour les mineurs²⁵⁷⁵ -, élite ou seniors, pour autant qu'ils participent à des activités sportives organisées par des instances sportives officielles, relevant du sport handicap – avec, là aussi, des modalités particulières²⁵⁷⁶ - ou non. Dans les sports où des animaux prennent part à la compétition, les règles antidopage s'appliquent aussi aux animaux²⁵⁷⁷. Le but poursuivi est évidemment de vérifier que les sportifs engagés dans ces compétitions se conforment au Code mondial antidopage et aux prescriptions nationales en la matière.

Afin de permettre les prélèvements en dehors des compétitions, certains athlètes sont soumis à un devoir d'indiquer leurs lieux de séjour (« *whereabouts information* »), selon l'art. 5.5 du Statut de Swiss Olympic

²⁵⁷⁴ Y compris les sportifs à la retraite qui reviennent à la compétition, pour lesquels des règles particulières sont prévues, selon l'art. 5.6 du Statut de Swiss Olympic.

²⁵⁷⁵ Selon l'annexe B des Prescriptions.

²⁵⁷⁶ Selon l'annexe A des Prescriptions.

²⁵⁷⁷ Selon l'art. 16 du Statut de Swiss Olympic ; pour un cas de sport équestre déféré au Tribunal fédéral, voir ATF 134 III 193.

et l'art. 4.8 des Prescriptions. Il s'agit d'athlètes ou d'équipes de haut niveau (« *top elite athletes* ») international, désignés par les fédérations internationales, ou de haut niveau national, désignés par les instances sportives nationales, qui sont intégrés dans un des groupes dits « groupes cibles »²⁵⁷⁸. Tous ces sportifs doivent remettre aux autorités sportives, tous les trimestres, des informations complètes sur leur localisation, « en particulier sur leur résidence, leur lieu d'entraînement et leur programme de compétitions »²⁵⁷⁹.

Ces informations comprennent notamment des indications sur les lieux et horaires de résidence, de travail, d'entraînement et de compétition. Elles doivent être actualisées immédiatement en cas de modifications subséquentes²⁵⁸⁰. Selon le groupe cible auquel ils appartiennent, certains d'entre eux doivent en outre « transmettre pour chaque jour du trimestre un créneau de 60 minutes entre 5 heures et 23 heures pendant lequel ils sont disponibles sans restriction aucune pour un contrôle antidopage au lieu indiqué »²⁵⁸¹. Cette localisation régulière est en particulier utile pour la gestion du passeport biologique tenu pour certains athlètes²⁵⁸².

Ce devoir permanent de localisation et le « créneau » horaire quotidien constituent une restriction considérable aux droits de la personnalité et à la liberté personnelle. Sans surprise, ils sont controversés du point de vue juridique²⁵⁸³. Une récente jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) retient toutefois qu'ils ne représentent pas une atteinte excessive aux droits des athlètes qui doivent s'y soumettre²⁵⁸⁴.

²⁵⁷⁸ Selon l'art. 4.8.6 des Prescriptions.

²⁵⁷⁹ Selon l'art. 4.8.6.2 des Prescriptions. Ils satisfont à ces devoirs grâce à un système de gestion électronique dénommé ADAMS.

²⁵⁸⁰ Selon l'art. 4.8.7.3 des Prescriptions.

²⁵⁸¹ Selon l'art. 4.8.6.2 lettre b des Prescriptions.

²⁵⁸² Sur le passeport biologique de l'athlète, voir plus loin, p. 635 s.

²⁵⁸³ Voir notamment Julien DELLAUX, La réglementation de la lutte contre le dopage à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ou quand la pratique sportive justifie des restrictions importantes au droit au respect de la vie privée, *in*: Revue trimestrielle des droits de l'homme 2018, p. 873 ss ; Jean-Christophe LAPOUBLE, La localisation des sportifs : une atteinte excessive à la vie privée, ou quand Big Brother s'invite chez les sportifs, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2011, p. 901 ss.

²⁵⁸⁴ Arrêt du 18 janvier 2018 dans la cause Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS) et autres c. France, requête no 48151/11.

Les prélèvements peuvent avoir lieu en tout temps, pendant la « saison » des compétitions ou hors saison, lors de l'entraînement ou lors d'une épreuve ou d'une rencontre sportive. Sont réputées compétitions sportives toutes les manifestations sportives organisées soit par la fédération faîtière du sport suisse et par les fédérations qui lui sont affiliées ainsi que par leurs sous-fédérations et associations, soit en vertu des dispositions d'une fédération internationale ou nationale (art. 75 al. 2 OESp). Si le contrôle a lieu lors d'une compétition officielle, le sportif doit se tenir à disposition pendant les douze heures qui précèdent le début de la compétition et après la fin de la compétition, pendant le temps nécessaire à l'exécution du contrôle (art. 75 al. 1^{er} OESp).

4.2 Modalités de prélèvement

Les contrôles prennent généralement la forme d'un prélèvement d'urine, plus aisé à réaliser²⁵⁸⁵ ; exceptionnellement, le prélèvement est un prélèvement de sang²⁵⁸⁶. L'AMA considère que les objections de nature religieuse ou culturelle pour s'opposer à un prélèvement de sang ne sont pas fondées²⁵⁸⁷. Les contrôles impliquant une intervention dans le corps des athlètes – en fait, le prélèvement de sang²⁵⁸⁸ - doivent être effectués par des personnes disposant des connaissances nécessaires, qui doivent avoir été acquises dans le cadre d'une formation professionnelle (art. 76 al. 4 OESp et annexe H des Prescriptions).

L'art 21 al. 2 LESP désigne les institutions et les organisations qui sont habilitées à réaliser des contrôles antidopage en Suisse²⁵⁸⁹. Il s'agit plus concrètement²⁵⁹⁰ :

²⁵⁸⁵ Selon l'annexe C des Prescriptions.

²⁵⁸⁶ Selon l'annexe D des Prescriptions.

²⁵⁸⁷ Standard SICE version janvier 2017, section 3.0 dédiée aux « Définitions et interprétation », commentaire de la définition des concepts « Echantillon ou prélèvement », p. 18.

²⁵⁸⁸ L'art. 76 al. 4 OESp mentionne aussi le prélèvement de tissus, mais ce type de prélèvement n'est pas prévu par les Prescriptions.

²⁵⁸⁹ Plusieurs de ces autorités peuvent dès lors, éventuellement, effectuer leurs contrôles lors de la même manifestation sportive, ou le même jour sur le même athlète ; voir par exemple Christian FLUECKIGER, no 924, p. 243 s., qui évoque le cas d'un coureur cycliste contrôlé trois fois le même jour. Selon les Prescriptions (art. 4.9), Swiss Sport Integrity veille cependant à coordonner ses efforts de contrôle avec les autres organisations antidopage, afin d'éviter la répétition de contrôles sur les mêmes athlètes.

- de la fondation Swiss Sport Integrity ;
- de la fédération nationale ou internationale à laquelle l'athlète est affilié ;
- de Swiss Olympic, en tant qu'organisation faîtière des fédérations sportives suisses ;
- des agences nationales étrangères de lutte contre le dopage, pour le contrôle de leurs ressortissants ;
- du Comité International Olympique ;
- de l'Agence mondiale antidopage.

Les contrôles sont généralement pratiqués de façon inopinée (art. 76 al. 3 OESp) ; dans ce contexte, les agences nationales antidopage sont invitées par l'AMA, en raison des ressources limitées dont elles disposent, à élaborer un plan général de répartition des contrôles antidopage, reposant sur une « évaluation des risques ». Ce plan de répartition des contrôles est destiné à « optimiser l'efficacité des efforts conjoints de contrôle et d'éviter une répétition inutile des contrôles »²⁵⁹¹.

Conformément aux Prescriptions²⁵⁹², après la « prise de contact initiale » entre le contrôleur antidopage et l'athlète, le premier informe le second²⁵⁹³ qu'il doit se soumettre à un prélèvement d'échantillon et que ce prélèvement est réalisé à l'initiative d'une autorité qui lui est spécifiée. L'athlète doit encore être renseigné sur le type de prélèvement d'échantillon qui va être effectué et sur toute éventuelle condition particulière à respecter avant le prélèvement. L'art. 6 (« Préparation du prélèvement d'échantillon ») et l'art. 7 (« Prélèvement d'échantillon ») des Prescriptions, avec des précisions pratiques supplémentaires aux annexes C et D²⁵⁹⁴, décrivent le processus concret du prélèvement, dans deux flacons distincts

²⁵⁹⁰ Voir Message sur l'encouragement du sport 2009, 7451.

²⁵⁹¹ Selon l'art. 5.4.2 du Code AMA.

²⁵⁹² Selon l'art. 5.4.1 des Prescriptions.

²⁵⁹³ Ou, conformément à l'art. 5.3.7 des Prescriptions, le tiers qui accompagne l'athlète s'il est mineur, s'il présente un handicap ou encore s'il a besoin d'un interprète.

²⁵⁹⁴ Et, en outre, à l'annexe E lorsque le volume d'urine est insuffisant et à l'annexe F dans l'hypothèse où l'échantillon d'urine présenterait une gravité spécifique insuffisante pour l'analyse.

« échantillon A » et « échantillon B »²⁵⁹⁵, identifiés et scellés par l'athlète lui-même, après vérification par le contrôleur.

Lors d'un prélèvement, l'athlète dispose de droits qui doivent lui être rappelés, notamment les droits suivants, spécifiés à l'art. 5.4.1 lettre d) des Prescriptions :

- i. se faire accompagner par une personne de confiance et, si disponible, d'un traducteur²⁵⁹⁶ ;
- ii. demander des informations supplémentaires relatives au processus de prélèvement d'échantillon ;
- iii. demander un délai pour l'arrivée au poste de contrôle du dopage²⁵⁹⁷ et
- iv. exiger, le cas échéant, des adaptations au prélèvement d'échantillon conformément aux modifications applicables aux athlètes handicapés²⁵⁹⁸.

Simultanément, l'athlète doit respecter certaines obligations, notamment les devoirs suivants, spécifiés à l'art. 5.4.1 lettre e) des Prescriptions :

- i. rester sous observation ininterrompue par le personnel de prélèvement d'échantillon à partir du moment de la prise de contact initiale jusqu'à l'achèvement du prélèvement d'échantillon ;
- ii. s'identifier ;
- iii. respecter le processus de prélèvement d'échantillon et les possibles conséquences d'un défaut de se conformer ;
- iv. aller immédiatement au poste de contrôle du dopage s'il n'y a pas de raisons justifiant un retard²⁵⁹⁹.

²⁵⁹⁵ Si l'analyse du flacon « A » révèle la présence d'une substance interdite (résultat « positif »), l'athlète peut demander une contre-expertise par l'analyse du flacon « B », selon l'art. 2.1.2 du Statut de Swiss Olympic.

²⁵⁹⁶ Conformément à l'art. 6.3.3 lettre a des Prescriptions.

²⁵⁹⁷ Pour des raisons déterminées à l'art. 5.4.4 des Prescriptions.

²⁵⁹⁸ Selon l'annexe A.

²⁵⁹⁹ Telles que déterminées à l'art. 5.4.4 des Prescriptions, par exemple la participation à une cérémonie protocolaire ou répondre aux questions des médias.

4.3 Analyses

4.3.1 *Modalités des analyses*

L'art. 8 des Prescriptions règle ensuite l'achèvement du processus de prélèvement. L'échantillon prélevé doit notamment être conservé « en toute sécurité » afin de « garantir son intégrité, sa validité et son identité avant [la phase du] transport » jusqu'au laboratoire désigné, phase qui fait l'objet de l'art. 9 (« [t]ransport des échantillons et de leur documentation »).

Les analyses doivent être effectuées par un laboratoire accrédité par l'Agence mondiale antidopage, selon l'art. 6 du Statut de Swiss Olympic, conformément « aux normes internationales » (art. 77 OESp), en particulier au Standard international pour les laboratoires (SIL) édicté par l'Agence mondiale antidopage. En Suisse, le seul laboratoire accrédité par l'AMA est le Laboratoire du Centre universitaire romand de médecine légale (CURML), à Lausanne²⁶⁰⁰. Dans le cadre d'un recours, un athlète soupçonné de dopage peut tenter de contester la validité des méthodes d'analyse utilisées, qui bénéficient cependant d'une présomption de validité ; dans les affaires portées devant le Tribunal arbitral du sport (TAS), ce point litigieux fait alors l'objet d'une expertise²⁶⁰¹.

4.3.2 *Présence d'une substance interdite*

L'utilisation d'une substance interdite peut résulter d'un résultat « positif » (ou résultat « anormal ») lors de l'analyse, constituant la preuve directe de la présence, dans l'organisme de l'athlète, d'une des substances figurant sur la Liste des interdictions édictée par l'Agence mondiale antidopage²⁶⁰².

La Liste distingue d'abord entre les substances et méthodes interdites en permanence – pendant les compétitions et hors compétition – et les substances et méthodes interdites en compétition seulement. Les substances interdites en permanence sont réparties dans plusieurs catégories, par exemple les agents anabolisants, les hormones de croissance ou les

²⁶⁰⁰ Voir <http://www.curml.ch/fr/presentation-laboratoire-suisse-danalyse-du-dopage>.

²⁶⁰¹ Selon l'art. 3.2.1 du Statut de Swiss Olympic.

²⁶⁰² [2021list_fr_0.pdf \(wada-ama.org\)](#), dans sa version de janvier 2021.

diurétiques et autres agents masquants. Cette première section énonce aussi les méthodes interdites en toutes circonstances, soit la manipulation de sang ou de composants sanguins, la manipulation chimique et physique d'un échantillon dans le but de le falsifier et, enfin, le dopage génétique. Quant aux secondes substances et méthodes interdites, celles qui sont bannies en compétition seulement, il s'agit notamment des stimulants, des narcotiques et des cannabinoïdes²⁶⁰³. Enfin, la Liste comporte une troisième partie relative à des substances (les bêtabloquants) interdites en compétition (voire hors compétition) mais pour certains sports uniquement.

L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » est également applicable en matière de dopage ; selon l'art. 2 du Statut de Swiss Olympic, en effet, « [i]l incombe aux sportifs ou aux autres personnes [en particulier leur encadrement médical] de savoir ce qui constitue une violation des règles antidopage et de connaître les substances et les méthodes incluses dans la Liste actuelle des interdictions ».

4.3.3 Présence d'une substance autorisée à des fins thérapeutiques

L'utilisation de certaines substances en principe interdites peut toutefois être permise à titre exceptionnel, pour autant que le sportif ait reçu préalablement une autorisation d'usage à des fins thérapeutiques (AUT), selon l'art. 4.4 du Statut de Swiss Olympic, qui reprend l'art. 4.4 du Code mondial antidopage ; Swiss Sport Integrity a élaboré des prescriptions particulières à ce propos²⁶⁰⁴, qui reprennent, elles, le contenu du Standard international pour les autorisations d'usage à des fins thérapeutiques (SIAUT).

L'AMA souligne que « [c]ette possibilité est prévue uniquement pour le cas où il n'existerait aucun autre traitement adéquat en lieu et place de la substance interdite ou de la méthode interdite²⁶⁰⁵ » ; en outre, le traitement doit être « nécessaire » et « l'usage thérapeutique de la substance ou

²⁶⁰³ L'Agence mondiale anti-dopage examine cependant la possibilité de retirer le cannabis de la Liste après 2023 (état : mars 2022).

²⁶⁰⁴ Ausführungsbestimmungen zu Ausnahmegewilligungen zu therapeutischen Zwecken (sportintegrity.ch).

²⁶⁰⁵ [Autorisation d'usage à des fins thérapeutiques \(AUT\) | SSI \(sportintegrity.ch\)](#).

méthode interdite ne produira pas, par prépondérance des probabilités, d'amélioration de la performance au-delà de celle attribuable au retour à l'état de santé normal de l'athlète tel qu'attendu après le traitement de son affection médicale »²⁶⁰⁶.

4.3.4 Résultats d'analyse atypiques

Alternativement, la preuve indirecte du dopage peut résulter des données enregistrées sur le passeport biologique d'un athlète (PBA), objet de l'Annexe H des Prescriptions d'exécution relatives aux contrôles et enquêtes édictées par Swiss Sport Integrity. Il s'agit d'un document permettant « le suivi au fil du temps de variables biologiques sélectionnées qui révèlent indirectement les effets du dopage, par opposition à la détection directe traditionnelle du dopage au moyen d'analyses »²⁶⁰⁷.

Ce suivi peut en effet faire apparaître des résultats anormaux correspondant directement à la prise d'une substance interdite, mais aussi des résultats « atypiques », compatibles avec la prise de substances ou de méthodes interdites. Dans un tel cas, Swiss Sport Integrity doit d'abord vérifier la régularité du processus de prélèvement et d'analyse ; elle va ensuite s'efforcer de déterminer si le résultat atypique a une explication biologique ou résulte de la prise d'une substance autorisée dans le cadre d'un usage à des fins thérapeutiques. Si tel n'est pas le cas, le résultat atypique est alors considéré comme un résultat anormal²⁶⁰⁸.

²⁶⁰⁶ Art. 4.2 lettre b des Prescriptions d'exécution relatives aux autorisations d'usage à des fins thérapeutiques de Swiss Sport Integrity.

²⁶⁰⁷ <https://www.wada-ama.org/fr/nos-activites/science-et-medecine/passeport-biologique-de-lathlete>.

Voir notamment Rocco TAMINELLI, Le passeport biologique de l'athlète et les droits fondamentaux, in *Causa Sport* 2014, p. 221 ss ; Philippe VERBIEST, The biological passport : some legal aspects, in *CAS Jurisprudence and new developments in international sports law*, Berne 2012, p. 127 ss.

²⁶⁰⁸ L'athlète pourra encore tenter de renverser cette présomption de dopage dans une éventuelle procédure de recours, en alléguant une nouvelle fois que la présence atypique de la substance dans son organisme est le résultat d'une production endogène, c'est-à-dire qu'elle est produite naturellement par son corps, même à un taux atypique ; sur les voies de droit ouvertes aux athlètes, voir plus, p. 644 ss.

4.4 Sanctions en cas de dopage

Lorsque Swiss Sport Integrity reçoit un résultat d'analyse anormal, résultant directement d'une analyse positive ou d'une anomalie dans le passeport biologique, elle doit faire connaître le résultat au sportif²⁶⁰⁹ et l'informer qu'elle transmet l'affaire à la Chambre disciplinaire de Swiss Olympic, selon l'art. 12 du Statut de Swiss Olympic.

La Chambre disciplinaire est en activité depuis le 1^{er} janvier 2002 ; elle constitue l'autorité décisionnelle en cas de dopage pour tous les athlètes affiliés à l'une des fédérations membres de Swiss Olympic, qui lui ont délégué leurs prérogatives en matière de sanctions dans de telles circonstances²⁶¹⁰.

C'est ensuite le Règlement de procédure devant la Chambre disciplinaire pour les cas de dopage qui est applicable²⁶¹¹. Swiss Olympic assume la charge de la preuve mais peut fonder sa décision sur d'autres éléments que le seul résultat de l'analyse, par exemple des témoignages ou des preuves documentaires, voire les aveux de l'athlète²⁶¹².

A l'issue de la procédure²⁶¹³, si la violation est établie, les sanctions prévues à l'art. 10 du Statut de Swiss Olympic sont prononcées²⁶¹⁴. Elles prennent avant tout la forme d'une suspension²⁶¹⁵, c'est-à-dire d'une

²⁶⁰⁹ Art. 5.1.5 des Prescriptions d'exécution relatives à la gestion des résultats.

²⁶¹⁰ Andras GUROVITS, *Verbandsinterne Gerichtsbarkeit*, in: Jan Kleiner et al. (éd.) *Sportrecht* vol. II, p. 291 ss ; Henry PETER, *The Swiss Olympic Disciplinary Board on doping*, in: Jusletter du 20 février 2006.

²⁶¹¹ Du 31 décembre 2014, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2015 ;

https://www.antidoping.ch/sites/default/files/downloads/2015/verfahrensreglement_dk_2015_fr.pdf.

²⁶¹² Art. 3.2 du Statut de Swiss Olympic et art. 7 du Règlement. Voir notamment Marjolaine VIRET, *Evidence in anti-doping at the intersection of science and law*, La Haye 2016 ; Markus NATSCH, *Dopingbekämpfung und Unschuldvermutung: die Rechtsprechung der Disziplinarkammer für Dopingfälle von Swiss Olympic unter besonderer Berücksichtigung der Unschuldvermutung*, Berne 2009.

²⁶¹³ Le Règlement prévoit une « procédure simplifiée » lorsque l'affaire est en lien avec l'usage d'une substance interdite et que les faits ne sont pas contestés. Une opposition peut être formée contre le prononcé ; l'affaire est alors traitée selon la procédure ordinaire (art. 9bis ss du Règlement).

²⁶¹⁴ Marco STEINER, *La soumission des athlètes aux sanctions sportives : étude d'une problématique négligée par le monde juridico-sportif*, Lausanne 2010.

²⁶¹⁵ Une violation des règles antidopage lors d'une compétition entraîne aussi l'annulation des résultats obtenus lors de cette compétition, y compris le retrait des médailles, points et

interdiction de participation à toute compétition officielle pour une durée déterminée – en principe, deux ans ou quatre ans, selon la nature de la violation²⁶¹⁶ -, suspension qui peut être majorée en présence d’une récidive et aller jusqu’à l’interdiction définitive pour les cas les plus graves (« suspension à vie »). L’encadrement sportif des athlètes – directeurs sportifs, entraîneurs, coaches, soignants, ... -, dans la mesure où leurs activités seraient régies par des instances sportives officielles, est également concerné par d’éventuelles sanctions²⁶¹⁷.

Les sanctions sont infligées que la violation ait été commise intentionnellement ou par négligence ; dans ce second cas, toutefois, l’autorité de jugement peut tenir compte des circonstances et du comportement du sportif pour atténuer la peine. La tentative de dopage ou la tentative de manipulation d’un échantillon lors du prélèvement sont également punies²⁶¹⁸.

De telles mesures disciplinaires, prises par un organe d’une association, doivent pouvoir être soumises à un tribunal indépendant (art. 75 CC), qui peut toutefois être un tribunal arbitral²⁶¹⁹, si ce tribunal constitue une véritable autorité judiciaire et non pas le simple organe juridictionnel de l’association intéressée au sort du litige²⁶²⁰.

4.5 Obligation de collaborer

Selon l’art. 21 al. 1^{er} LESP et l’art. 75 al. 1^{er} OESP, quiconque participe à des compétitions sportives peut être soumis à des contrôles antidopage. Le Statut de Swiss Olympic et les Prescriptions de Swiss Sport Integrity le rappellent également.

prix, selon l’art. 9.1 du Statut de Swiss Olympic. Pour les conséquences d’un cas de dopage au sein d’une équipe, voir art. 11 du Statut de Swiss Olympic. Des amendes peuvent en outre être infligées, selon l’art. 10.12 du Statut de Swiss Olympic.

²⁶¹⁶ Sur les sanctions, voir art. 10 du Statut de Swiss Olympic.

²⁶¹⁷ Art. 2.6.2 du Statut de Swiss Olympic.

²⁶¹⁸ Art. 2.2 et 2.5 du Statut de Swiss Olympic.

²⁶¹⁹ Voir plus loin, p. 645 s.

²⁶²⁰ Arrêt du 29 juin 2017 dans la cause 4A_600/2016.

L'art. 21 LESp constitue la base légale formelle nécessaire au prélèvement sans consentement, base légale qui, avant 2012 et l'entrée en vigueur de la LESp, faisait défaut. En effet, comme l'expose le Conseil fédéral, « [l]es contrôles antidopage portent atteinte aux droits de la personnalité au sens de l'art. 28 CC. Toute atteinte à la personnalité est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 28 al. 2 CC). [Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LESp], les contrôles antidopage relevant du sport de droit privé repos[ai]ent sur une déclaration de consentement du sportif. Cette déclaration d[evait] être librement consentie. Or, cette liberté n'[était] pas garantie, dans la mesure où le refus de donner son consentement p[ouvai]t entraîner l'exclusion de la manifestation ou la perte de la licence. Pour prévenir toute contestation, la nouvelle loi permet de réaliser des contrôles sans le consentement du sportif²⁶²¹ ».

4.6 Conséquence du refus de collaborer

4.6.1 *Sanctions en cas de manquement aux devoirs de localisation*

En présence d'un manquement aux devoirs de localisation, c'est-à-dire soit en cas de violation de l'obligation de transmettre des informations sur la localisation ou en cas de contrôle manqué, l'athlète est d'abord sanctionné d'un « simple » avertissement. Il a toutefois la possibilité d'obtenir une révision administrative de cette décision, procédure au cours de laquelle il peut tenter d'apporter des justifications à ses manquements²⁶²².

Toute combinaison de trois contrôles manqués ou de manquements à l'obligation de transmission d'informations sur la localisation, pendant une période de douze mois, de la part d'un sportif faisant partie d'un groupe cible de sportifs soumis aux contrôles, constitue une violation des normes antidopage, selon l'art. 2.4 du Statut de Swiss Olympic, pour autant que ces manquements aient donné lieu à chaque fois à un avertissement. L'athlète est alors passible d'une suspension de deux ans, selon l'art. 10.3.2 du Statut

²⁶²¹ Message sur l'encouragement du sport 2009, 7450 s.

²⁶²² Sur cette voie de droit, voir plus loin, p. 644.

de Swiss Olympic, suspension qui peut être réduite au maximum à un an, en fonction du degré de la faute du sportif²⁶²³.

4.6.2 *Sanctions en cas de refus de prélèvement*

Le refus de collaborer au prélèvement recouvre plusieurs comportements distincts. Ainsi, se soustraire au prélèvement d'un échantillon ou refuser le prélèvement d'un échantillon sont considérés comme des comportements intentionnels ; ne pas se soumettre au prélèvement d'un échantillon peut éventuellement relever d'une simple négligence (selon l'art. 2.3 Statut de Swiss Olympic).

Pour de telles violations²⁶²⁴, la période de suspension applicable est en principe de quatre ans, à moins que le sportif ne soit en mesure d'établir que la commission de la violation des règles antidopage n'était pas intentionnelle²⁶²⁵ ; dans ce cas, la période de suspension est réduite à deux ans, selon l'art. 10.3.1 du Statut de Swiss Olympic²⁶²⁶.

5. Evaluation médicale et traitement destiné à abaisser le taux de testostérone des athlètes hyperandrogènes

5.1 Conditions de réalisation

Le « Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel) »²⁶²⁷ vise toute athlète qui est affectée par une des anomalies du développement sexuel énoncées à l'art. 3.1. ; présente un taux de

²⁶²³ Sur les possibilités d'obtenir une élimination ou une réduction de la sanction, voir art. 10.5 à 10.7 du Statut de Swiss Olympic. Pour les cas de récidive, voir l'art. 10.9 du Statut de Swiss Olympic. La suspension à vie n'est pas « automatique » pour la troisième violation des devoirs de localisation, selon l'art. 10.9.1.2 du Statut de Swiss Olympic.

²⁶²⁴ Et aussi pour celles qui sont décrites à l'art. 2.5 du Statut de Swiss Olympic, c'est-à-dire les falsifications ou tentatives de falsification de tout élément du contrôle du dopage.

²⁶²⁵ Selon la définition citée à l'art. 10.2.3 du Statut de Swiss Olympic.

²⁶²⁶ A nouveau, sur les possibilités d'obtenir une élimination ou une réduction de la sanction, voir art. 10.5 à 10.7 du Statut de Swiss Olympic. Pour les cas de récidive, voir l'art. 10.9 du Statut de Swiss Olympic.

²⁶²⁷ World Athletics Council decides on Russia, Belarus and female eligibility | PRESS-RELEASES | World Athletics.

testostérone sanguin supérieur ou égal à 2,5 nmol/L [2,5 nanomoles par litre de sang] ; et possède une sensibilité aux androgènes suffisante pour que la testostérone ait un effet androgénique important ; elle endosse alors le statut d'athlète « concernée » (« *concerned athlete* »). Ces conditions sont cumulatives.

Les analyses effectuées dans le cadre de ce Règlement doivent être distinguées des « tests de féminité », réalisés à partir de la fin des années soixante, avec une fiabilité scientifique relative, et destinés à s'assurer que seules de « vraies » femmes²⁶²⁸ étaient engagées dans la catégorie féminine. En 1999, la Fédération internationale d'athlétisme (IAAF, selon son acronyme de l'époque) et le Comité International Olympique (CIO) ont décidé de renoncer à cette mesure, par essence discriminatoire, « après trente ans de contestations et de remises en question »²⁶²⁹.

Une athlète qui pense être concernée par le Règlement cité précédemment doit s'adresser au manager médical de la Fédération internationale, afin que sa situation soit examinée. Elle doit en particulier se soumettre à une évaluation médicale et à un bilan endocrinien (section 4 du règlement), ce qui suppose évidemment qu'elle se soumette à des examens et analyses médicales, qualifiés par le Tribunal fédéral de « très intrusifs »²⁶³⁰.

Si l'évaluation médicale confirme qu'elle est bien « concernée », l'athlète doit alors, lorsqu'elle entend concourir dans les épreuves visées par le Règlement, respecter les conditions de qualification suivantes, énoncées à l'art. 3.2.1 à 3.2.3 :

- être « reconnu[e] par la loi (par exemple, dans un acte de naissance ou passeport) comme étant de sexe féminin ou intersexe ;
- « avoir maintenu en continu son taux de testostérone sérique en-deçà de 2,5 nmol/L pendant une période d'au moins 24 mois » ;

²⁶²⁸ Matthieu PERRUCHOU, Le droit à l'égalité des chances dans le sport, Bâle 2020, p. 216.

²⁶²⁹ Matthieu PERRUCHOU, Le droit à l'égalité des chances dans le sport, Bâle 2020, p. 219, qui indique que de tels tests sont cependant encore réalisés lorsqu'un « doute visuel » existe ; un refus de collaborer entraîne l'exclusion de la compétition, *ibidem*, p. 220.

²⁶³⁰ ATF 147 III 49, 64.

- et « continuer à maintenir son taux de testostérone sérique en-deçà de 2,5 nmol/L en tout temps [...] tant qu'[elle] souhaite conserver son admissibilité à concourir dans la catégorie féminine » lors de compétitions visées par le Règlement.

De telles exigences ne sont pas anodines. Il ne s'agit pas simplement d'un acte médical isolé, mais d'un véritable traitement, mis en place sur la durée et destiné à infléchir l'équilibre endocrinien naturel de l'athlète. Invoquant « de sérieuses réserves quant à la validité éthique d'un tel règlement », l'Association médicale mondiale (AMM) a recommandé à l'ensemble des médecins de la planète de ne pas prêter leur concours à la mise en œuvre de ces mesures²⁶³¹, une recommandation qui ne constitue pas une source de droit formelle²⁶³².

5.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Selon l'art. 3.3.1 du Règlement, aucune athlète ne peut être contrainte à se soumettre à une évaluation médicale ou à un traitement médical quelconque dans le cadre du règlement.

Reste que le refus de collaborer entraîne une interdiction de compétition internationale, de sorte qu'il s'agit bien d'une incombance. Cette incombance est particulièrement lourde, puisqu'elle vise des athlètes professionnelles d'une part, et qu'elle porte sur la soumission à un traitement médical s'étendant sur de nombreux mois, d'autre part.

Une athlète concernée qui ne remplirait pas les conditions de qualification exigées par le règlement – ou refuserait de s'y plier – n'est en effet pas autorisée à participer, dans la catégorie féminine, aux épreuves visées par le règlement lors de compétitions internationales. En revanche, elle pourrait concourir dans toutes épreuves lors des compétitions « non internationales », dans toutes les épreuves non visées par le règlement lors de compétitions internationales et, enfin, dans toutes les épreuves lors de

²⁶³¹ <https://www.wma.net/fr/news-post/lamm-renouvelle-sa-recommandation-aux-medecins-de-refuser-dappliquer-les-conditions-de-liaaf-portant-sur-ladmissibilite-des-athletes-feminines/>.

²⁶³² Voir précédemment, p. 46.

compétitions internationales ou non internationales, pour autant qu'elle s'aligne dans la catégorie masculine ou intersexe (art. 3.4.1 à 3.4.3).

Le Tribunal fédéral a reconnu la validité de ce Règlement²⁶³³, à l'occasion d'un récent arrêt dans lequel il a examiné la sentence rendue par le Tribunal arbitral du sport sous l'angle restreint de la notion d'ordre public²⁶³⁴. Il a retenu que la sentence arbitrale qui lui était déférée n'était « ni insoutenable, c'est-à-dire arbitraire, ni, *a fortiori*, contraire à l'ordre public »²⁶³⁵, « c'est-à-dire aux valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique »²⁶³⁶. Selon le Tribunal fédéral, « la recherche d'un sport équitable constitue un objectif important susceptible de justifier de sérieuses atteintes aux droits des sportifs »²⁶³⁷.

Dans son arrêt, il omet cependant d'examiner la cause à la lumière des dispositions de la Convention d'Oviedo²⁶³⁸, une convention consacrée selon son titre à « la protection de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine » ; or, la protection de la dignité de l'être humain dans un tel contexte fait partie de l'ordre public suisse²⁶³⁹. Cette Convention fixe limitativement les motifs pour lesquels un traitement médical réalisé sans le consentement libre du patient est admissible : sûreté publique, prévention des infractions pénales, protection de la santé publique ou protection des droits et libertés d'autrui (art. 26)²⁶⁴⁰. L'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme²⁶⁴¹ sur lequel repose

²⁶³³ Dans sa version d'avril 2018.

²⁶³⁴ Arrêt du 25 août 2020 dans les causes 4A_248/2019 et 4A_398/2019, cons. 9, 10 et 11, partiellement publié aux ATF 147 III 49 ; dans les considérants précédents, il rejetait les griefs de nature formelle soulevés par les recourantes. L'arrêt est commenté par Ulrich HAAS, Yael STRUB, Le point sur le droit du sport, *in*: RSJ/SJZ 3/2021, p. 141 s. Voir aussi Matthieu PERRUCHOUD, Le droit à l'égalité des chances dans le sport, Bâle 2020, p. 229 ss.

²⁶³⁵ ATF 147 III 49, 65.

²⁶³⁶ ATF 147 III 49, 58 s.

²⁶³⁷ ATF 147 III 49, 60. Le Tribunal fédéral s'appuie à ce propos sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme relative à la lutte contre le dopage, qui constitue toutefois une problématique différente, ce qu'il reconnaît lui-même.

²⁶³⁸ La lecture de l'arrêt ne permet pas de déterminer avec certitude si ce moyen a été soulevé dans le cadre du recours.

²⁶³⁹ Cons. 11 de l'arrêt du 25 août 2020, non publié aux ATF.

²⁶⁴⁰ Voir précédemment, p. 133 s.

²⁶⁴¹ Arrêt du 18 janvier 2018 dans l'affaire Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS) et autres c. France, requêtes no 48151/11 et 77769/13.

l'argumentation du Tribunal fédéral et, plus spécifiquement encore, le paragraphe auquel il fait plusieurs fois référence²⁶⁴², se concentre avant tout sur la lutte contre le dopage, un but qu'il qualifie de légitime au regard de l'objectif conventionnel de « protection des droits et libertés d'autrui ».

La « recherche d'un sport égalitaire et authentique », quoique également incluse dans l'objectif conventionnel précité, semble toutefois se distinguer de la lutte contre le dopage et comporter une dimension de « morale », selon les termes du gouvernement français²⁶⁴³. Or, la Convention d'Oviedo, contrairement à l'art. 8 CEDH, exclut qu'un tel motif puisse être à l'origine d'une restriction aux droits qu'elle reconnaît²⁶⁴⁴. L'arrêt du Tribunal fédéral pourrait dès lors, au moins sur ce point, prêter le flanc à la critique.

6. Voies de droit

6.1 Révision administrative en cas de manquement aux devoirs de localisation

En présence d'un manquement à l'obligation de transmission d'informations sur la localisation (« *Filing Failure* ») ou de contrôle manqué (« *Missed Test* »), Swiss Sport Integrity a mis au point une procédure de révision interne visée par un Règlement spécifique²⁶⁴⁵, reposant sur l'art. 4.8 des Prescriptions.

L'athlète qui a reçu un avertissement pour manquement à ces devoirs peut en demander la révision, dans les 14 jours qui suivent la notification (art. 3 du Règlement spécifique). Il va évidemment tenter de faire valoir que des circonstances exceptionnelles ou indépendantes de sa volonté l'ont empêché de se plier à ces exigences.

En cas de rejet de la révision, l'avertissement est confirmé, de manière définitive (art. 4 du Règlement). Si trois avertissements sont prononcés

²⁶⁴² § 166 de l'arrêt précité.

²⁶⁴³ *Ibidem*.

²⁶⁴⁴ Rapport explicatif Oviedo, no 156, p. 24.

²⁶⁴⁵ Du 31 décembre 2021, en vigueur dès le 1er janvier 2022 ;
verfahrensordnung_admin_ueberpruefung_fr.pdf (sportintegrity.ch).

pendant une période de douze mois, l'athlète s'expose à une sanction infligée par la Chambre disciplinaire²⁶⁴⁶ ; à cette occasion, cette instance vérifie encore si les avertissements étaient justifiés.

6.2 Recours au Tribunal arbitral du sport

Toutes les décisions finales de la Chambre disciplinaire de Swiss Olympic peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal arbitral du sport (TAS)²⁶⁴⁷, institué par le Code de l'arbitrage en matière de sport²⁶⁴⁸ et dont le siège est à Lausanne, dans les 21 jours suivant la notification de la décision (art. 13 du Statut de Swiss Olympic). Le TAS est composé de trois Chambres distinctes, la Chambre d'arbitrage ordinaire, la Chambre anti-dopage²⁶⁴⁹ et la Chambre arbitrale d'appel (Section S20 du Code).

La jurisprudence du Tribunal fédéral considère que le Tribunal arbitral du sport est une instance suffisamment indépendante du Comité International Olympique ou d'autres instances sportives internationales « pour que les décisions qu'il rend dans les causes intéressant [ces] organisme[s] puissent être considérées comme de véritables sentences, assimilables aux jugements d'un tribunal étatique »²⁶⁵⁰, ce que certains auteurs critiquent²⁶⁵¹.

²⁶⁴⁶ Voir précédemment, p. 636 ss.

²⁶⁴⁷ <http://www.tas-cas.org/fr/index.html>.

²⁶⁴⁸ https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_du_TAS_2020_FR_.pdf (version en vigueur dès le 1^{er} juillet 2020).

²⁶⁴⁹ Les compétences de cette Chambre sont limitées aux cas de dopage survenant pendant les Jeux Olympiques ou à l'occasion de compétitions organisées par les fédérations internationales de hockey sur glace ou de ski, notamment (voir le préambule du Règlement spécifique, <https://www.tas-cas.org/fr/arbitrage/chambre-anti-dopage-du-tas.html>, en anglais); elle constitue donc pour de tels cas l'autorité de première instance et statue conformément à ce Règlement spécifique; ses décisions peuvent ensuite être portées devant la Chambre arbitrale d'appel ; voir notamment Rafaël BRÄGGER, Die neue « Anti-Doping Division » des Court of Arbitration for Sport (CAS) und weitere Änderungen im CAS-Code 2019, in: Causa Sport 2019, p. 11.

²⁶⁵⁰ ATF 129 III 445, confirmé dans l'ATF 144 III 120.

²⁶⁵¹ Notamment, cités par le Tribunal fédéral dans l'ATF 144 III 120, 126, Axel BRUNK, Der Sportler und die institutionelle Sportschiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2016, p. 237 ss ; Piermarco ZEN-RUFFINEN, La nécessaire réforme du Tribunal Arbitral du Sport, in : Antonio Rigozzi et al. (éd.), Citius, altius, fortius : mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, p. 483 ss.

En principe, le recours n'a pas d'effet suspensif et la mesure de suspension prononcée par l'instance inférieure reste en vigueur, à moins que l'effet suspensif ne soit restitué (art. 13.1.1 du Statut de Swiss Olympic). Le Tribunal arbitral du sport a plein pouvoir de cognition et peut par conséquent revoir le fait et le droit (art. 13.1.2 du Statut de Swiss Olympic) avant de statuer. Outre l'athlète sanctionné, Swiss Sport Integrity ou l'agence antidopage nationale concernée, les fédérations nationale²⁶⁵² et internationale concernées, le Comité International Olympique ou paralympique et l'AMA disposent également d'un droit de faire appel, selon l'art. 13.2.1 du Statut de Swiss Olympic.

La procédure se déroule selon les prescriptions du Règlement de procédure du Tribunal arbitral du sport (Règlement TAS/CAS)²⁶⁵³, notamment les articles R 47 à R 59 relatifs à la procédure d'appel.

6.3 Recours au Tribunal fédéral

Les arrêts du Tribunal arbitral du sport sont en principe définitifs, en exécution de l'art. R59 paragraphe 4 du Règlement du Tribunal arbitral du sport.

Un recours devant le Tribunal fédéral reste cependant possible, conformément à l'art. 389 du Code de procédure civile (CPC)²⁶⁵⁴ pour les arbitrages internes, ou en application de l'art. 190 al. 2 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)²⁶⁵⁵ pour les arbitrages internationaux. Dans le premier cas, il faut invoquer l'un des motifs énoncés à l'art. 393 CPC²⁶⁵⁶, essentiellement des griefs formels ou liés à l'arbitraire ; dans le

²⁶⁵² Si elle a pris part à la procédure devant la Chambre disciplinaire de Swiss Olympic.

²⁶⁵³ <https://www.tas-cas.org/fr/arbitrage/code-reglement-de-procedure.html> (version en vigueur dès le 1^{er} juillet 2020).

²⁶⁵⁴ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272).

²⁶⁵⁵ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS 291). Voir en particulier Jan KLEINER, Die Anfechtung von internationalen Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport (CAS), in: Jan Kleiner et al. (éd.) Sportrecht vol. II, p. 337 ss.

²⁶⁵⁶ Voir notamment Tarkan GÖKSU, Commentaire *ad* art. 393 CPC, in: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 1697 ss ; Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 393 CPC, in: Commentaire romand CPC, p. 1811 ss ; Michael MRAZ, Flavio PETER, Kommentar art Art. 393 ZPO, in: Basler Kommentar ZPO, p. 2521 ss.

second cas, le recours est recevable s'il allègue des motifs similaires ou une incompatibilité avec l'ordre public²⁶⁵⁷.

Il en résulte une jurisprudence relativement abondante, surtout consacrée à la validité de la clause arbitrale²⁶⁵⁸, toujours confirmée, et à la régularité des procédures mises en place par le Tribunal arbitral du sport, parfois invalidées sur certains points²⁶⁵⁹.

8. Synthèse

Selon la législation fédérale sur l'encouragement au sport (art. 21 al. 1^{er} LESP et art. 75 al. 1^{er} OESP), quiconque participe à des compétitions sportives peut être soumis à des contrôles antidopage. Le Statut de Swiss Olympic et les Prescriptions de Swiss Sport Integrity contiennent des normes qui le rappellent également ; pour faciliter la mise en œuvre de ces normes, certaines catégories d'athlètes sont en outre soumises à une obligation de localisation, que la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme a jugé compatible avec le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH. Les instances internationales de l'athlétisme ont quant à elles édicté des normes qui imposent aux athlètes féminines hyperandrogènes un traitement médical destiné à abaisser durablement leur taux de testostérone sanguine au-dessous d'un seuil fixé par règlement.

²⁶⁵⁷ Voir notamment Stefanie PFISTERER, *Kommentar ad Art. 190 IPRG*, in: Pascal Grolimund et al. (éd.), *Internationales Privatrecht, Basler Kommentar*, Bâle 2021, p. 2224 ss; Christian OETIKER, *Kommentar ad Art. 190 IPRG*, in: Markus Müller-Chen, Corinne Widmer-Lüchinger (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Band II, Zurich, Bâle, Genève 2018, p.1846 ss; Florence GUILLAUME, *Droit international privé*, 4e éd., Bâle 2018, p. 185 ss; Bernard DUTOIT, *Droit international public suisse*, 5e éd, Bâle 2016, p. 868 ss. ; Andreas BUCHER, *Commentaire ad art. 190 LDIP*, in: Andreas Bucher (éd.), *Loi sur droit international privé – Convention de Lugano, Commentaire romand*, Bâle 2011, p. 1669 ss.

²⁶⁵⁸ ATF 144 III 120 ; 129 III 445.

²⁶⁵⁹ Par exemple sur le droit d'être entendu : ATF 133 III 235 (recours admis) ; arrêt du 9 octobre 2012 dans la cause 4A_110/2012 ; arrêt du 2 mai 2018 dans la cause 4A_478/2017 (recours partiellement admis). A propos de la composition du tribunal arbitral : ATF 133 III 605.

Aucune des dispositions légales ou réglementaires applicables dans ces contextes ne prévoit le recours à la contrainte pour assurer leur mise en œuvre, en cas de refus de collaboration. Le règlement de la Fédération internationale d'athlétisme concernant les athlètes hyperandrogènes le précise d'ailleurs expressément.

Le mécanismes juridiques décrits précédemment correspondent ainsi à des incombances. Les athlètes qui refuseraient de s'y plier s'exposent en effet à des sanctions disciplinaires, qui peuvent aller de l'avertissement – pour un manquement au devoir de localisation – jusqu'à la suspension définitive – en cas de récidive de dopage –, ou à l'interdiction de compétition internationale – pour les athlètes hyperandrogènes qui ne se conformeraient pas aux exigences du règlement qui les concerne -.

Ce règlement a été récemment soumis au Tribunal fédéral, qui en a confirmé la validité dans une perspective de conformité à l'ordre public. Afin d'assurer des « conditions de compétition équitables », les normes qui y sont énoncées imposent des traitements médicaux aux athlètes féminines présentant certaines particularités congénitales de nature à leur procurer un avantage physique. Ces normes comportent par conséquent une dimension de « morale » ; or, la Convention d'Oviedo exclut un tel motif parmi ceux qui permettrait une restriction aux droits reconnus aux patients. L'arrêt du Tribunal fédéral pourrait dès lors, au moins sur ce point, susciter la critique.

* * * * *

CHAPITRE XV :

Les mesures dans le cadre des transports publics et privés

1. Le contexte

Les mesures de nature médicale examinées dans ce chapitre constituent, au moins partiellement, le prolongement, dans le domaine de la mobilité, des normes analysées plus loin à propos de l'aptitude physique et psychique à exercer certaines activités professionnelles dans le cadre de la Loi sur le travail²⁶⁶⁰.

Elles s'en distinguent cependant en ceci qu'elles peuvent, certes, concerner l'utilisation d'un véhicule, d'un bateau ou d'un avion à titre professionnel, mais aussi leur utilisation pour des activités non professionnelles ou de loisirs. En outre, tandis que les mesures prévues par la Loi sur le travail semblent prioritairement destinées à protéger la santé et l'intégrité des travailleurs²⁶⁶¹, celles qui sont présentées ici sont au moins autant conçues dans une perspective de sécurité publique que de protection des conducteurs ou des pilotes.

²⁶⁶⁰ Voir plus loin, p. 719 ss.

²⁶⁶¹ Selon le titre de la section du Recueil systématique où se trouve cette législation, « Protection des travailleurs », RS 822.

C'est en particulier le cas pour la circulation routière, qui constitue un élément important de la vie économique et sociale²⁶⁶². Dans un souci évident de sécurité publique, la loi régissant ce domaine de la mobilité interdit la conduite d'un véhicule automobile à quiconque n'est pas titulaire d'un permis officiel. Ce document n'est délivré qu'à certaines conditions : le conducteur doit non seulement disposer des « qualifications » requises, mais aussi posséder l'« aptitude » physique et psychique nécessaire ; en outre, la loi lui interdit d'altérer sa « capacité » à la conduite.

Les autres législations relatives à la mobilité reprennent essentiellement les mêmes mécanismes de contrôle, par exemple quasi calqués sur ceux de circulation routière pour la navigation intérieure, moins sophistiqués pour les transports par installations à câbles ou plus sophistiqués pour la navigation aérienne. Toutes imposent cependant le recours à des actes de nature médicale – examens médicaux, analyses médicales, expertises psychologiques - pour établir l'aptitude, l'inaptitude ou l'incapacité à la conduite. Le conducteur ou le pilote concerné est contraint de s'y soumettre : s'il refuse – en particulier s'il s'oppose ou s'il « se dérobe » à un contrôle de capacité²⁶⁶³ -, son permis ou sa licence ne sera pas délivré, ou ne sera pas renouvelé, ou sera retiré, ou encore, après un retrait, ne sera pas restitué.

Les réflexions qui suivent sont limitées à la législation sur la circulation routière, analysée à titre de modèle ou de référence pour les autres législations consacrées aux transports. Quelques points spécifiques propres à ces autres législations sont toutefois parfois relevés plus loin, lorsqu'ils présentent un intérêt particulier²⁶⁶⁴.

²⁶⁶² Il y a aujourd'hui 6 312 000 véhicules motorisés immatriculés en Suisse (état : septembre 2021 ; source : Office fédéral de la statistique). 6 143 100 personnes sont titulaires d'un permis de conduire (statistique pour l'année 2021, publiée en 2022 ; source : Office fédéral des routes), pour une population résidente de 8 736 700 (à fin 2021 ; source : Office fédéral de la statistique).

²⁶⁶³ L'opposition ou la dérobade constitue une infraction pénale, punie d'une peine privative de liberté jusqu'à trois ans dans la LCR (art. 91a al. 1^{er} LCR). Voir en particulier Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, p. 500 ss.

²⁶⁶⁴ A propos des chemins de fer, voir en particulier Andras GUROVITS et al., *Le Droit Suisse des Chemins de fer après la Réforme*, Zurich 2000.

2. Bref historique

La Loi qui régit aujourd'hui la circulation routière en Suisse a été adoptée le 19 décembre 1958 ; elle est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1959. Sa version d'origine ne contenait, selon un schéma encore présent dans la version actuelle, que des dispositions générales en matière d'aptitude physique et psychique à la conduite (art. 14 al. 2 lettre b et c LCR) et délégua au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles sur ce point (art. 25 al. 3 lettre a LCR). Pour ce qui concerne l'incapacité, elle prévoyait un retrait de deux mois au moins pour le conducteur ayant circulé en étant pris de boisson (art. 17 al. 1^{er} lettre b LCR), assorti d'une sanction pénale (art. 91 LCR), sans toutefois fixer le taux d'alcoolémie critique ; l'ébriété devait être constaté par un « examen approprié » et une prise de sang pouvait être « imposée » (art. 55 LCR).

La loi qui la précédait, la Loi fédérale sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles, de 1932²⁶⁶⁵ - première du genre après une modification de la Constitution fédérale en 1921 attribuant à la Confédération la compétence exclusive de légiférer en matière de circulation routière²⁶⁶⁶ -, empêchait la délivrance du permis de conduire aux personnes « incapables de discernement ou [...] atteintes d'une infirmité physique ou mentale les empêchant de conduire sûrement » ou aux personnes « adonnées à la boisson » (art. 9 al. 2)²⁶⁶⁷. Elle sanctionnait en outre d'un retrait de permis d'un mois au moins le titulaire d'un permis ayant conduit « étant pris de boisson », sans spécifier la limite au-delà de laquelle le conducteur se trouvait en infraction, ni le moyen de la déterminer (art. 13 al. 2) ; à la sanction administrative s'ajoutait une sanction de nature pénale (art. 59).

²⁶⁶⁵ Loi fédérale du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles, RO 48 525, FF 1932 I 617 et son Message, FF 1930 II 875. Voir notamment Walter BADERTSCHER-HIRZEL, *Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932 mit Kommentar*, Zurich 1933.

²⁶⁶⁶ Art. 37bis dans la Constitution de 1874 ; voir notamment le commentaire de cette disposition par Martin LENDI *in*: Jean-François Aubert et al. vol. III 1996. Dans la Constitution actuelle, la disposition se trouve à l'art. 82 ; voir Giovanni BIAGGINI, p. 752 ss ; Markus KERN, *Kommentar ad Art. 82 BV*, *in*: Basler Kommentar BV, p. 1373 ss ; René SCHAFFHAUSER, *Kommentar ad Art. 82 BV*, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 1642 ss.

²⁶⁶⁷ Ne pouvaient l'obtenir, non plus, les personnes « qui, à l'appréciation de l'autorité chargée de délivrer le permis, paraiss[ai]ent, pour d'autres raisons, dépourvues des qualités nécessaires » (art. 9 al. 2 *in fine*).

Jusqu'en 1932, ce n'est pas une loi fédérale qui régissait la circulation routière, mais un concordat intercantonal du 19 décembre 1902, approuvé par le Conseil fédéral le 13 juin 1904²⁶⁶⁸, avec des modifications approuvées le 7 avril 1914²⁶⁶⁹ et un complément approuvé le 29 décembre 1921²⁶⁷⁰. Le concordat dans sa version originale ne contenait pas de normes spécifiquement consacrées à l'aptitude physique ou psychique des conducteurs, ou à leur incapacité ; il invitait simplement l'autorité cantonale compétente à constater que le « requérant » d'une autorisation de conduire disposait des « aptitudes » nécessaires (art. 3). La version de 1914 introduisait un véritable permis de conduire, qui ne pouvait être délivré aux personnes « notoirement adonnées à la boisson » ou « atteintes d'une infirmité (p. ex. épilepsie, myopie ou surdité graves) les empêchant de conduire sûrement » (art. 12)²⁶⁷¹. Il pouvait être retiré « ensuite [...] des infirmités prévues à l'art. 12 » (art. 16).

Face à l'augmentation constante du trafic, du nombre de véhicules et de conducteurs, le législateur fédéral a peu à peu apporté des modifications à la loi de 1958, notamment afin d'adapter le droit fédéral à la fois aux nécessités d'un contrôle plus efficace des conducteurs, mais aussi aux progrès des méthodes et des techniques d'analyses médicales et biologiques. La version remaniée en 2001²⁶⁷², par exemple, a introduit dans le droit fédéral de la circulation routière des dispositions plus précises et plus strictes à propos des retraits de permis en cas d'incapacité à conduire un véhicule (art. 16a à 16d LCR). L'interdiction expresse de la conduite sous l'effet d'un médicament ou « d'une drogue » est apparue en 1979²⁶⁷³ ; la liste des substances spécifiquement prohibées a été insérée dans l'OCR

²⁶⁶⁸ Concordat conclu le 19 décembre 1902 en vue d'une réglementation uniforme de la circulation des automobiles et des cycles, signé par 14 cantons – dont tous les cantons romands – et 6 demi-cantons, approuvé par le Conseil fédéral le 13 juin 1904, FF 1904 IV 374. Il fixait, notamment, la vitesse maximale à 10 km/h dans les villes et les villages – soit la « vitesse d'un cheval au trot » –, voire à 6 km/h dans les rues étroites ou fréquentées – soit la « vitesse d'un cheval au pas » –, et limitait la vitesse maximale « en rase campagne » à 30 km/h (art. 9).

²⁶⁶⁹ RO volume 30, 87.

²⁶⁷⁰ RO volume 37, 899.

²⁶⁷¹ Le complément de 1921 n'apportait rien de nouveau sur ces points.

²⁶⁷² En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003, RO 2002 2767 ; voir le Message du 31 mars 1999 concernant la modification de la loi fédérale sur la circulation routière, FF 1999 IV 4106.

²⁶⁷³ A l'art. 2 al. 1^{er} de l'OCR (RO 1979 1583), en vigueur dès le 1^{er} janvier 1980. Le substantif « drogue » a été remplacé par « stupéfiant » en 2007 (RO 2007 2101), selon une modification en vigueur dès le 1^{er} juillet 2007.

en 2004, en même temps que la délégation de compétence à l'Office fédéral des routes (OFROU) pour les moyens utiles dans la détermination de la présence de ces substances²⁶⁷⁴.

En 2012, les Chambres fédérales ont encore adopté un « paquet » de mesures législatives, réunies au sein d'un programme d'actions dénommé « Via Sicura » et visant à renforcer la sécurité routière²⁶⁷⁵. Parmi les nombreuses mesures de ce programme figurent notamment l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool pour les nouveaux conducteurs et les chauffeurs professionnels²⁶⁷⁶, l'évaluation obligatoire de l'aptitude à la conduite en cas de « doute »²⁶⁷⁷ et l'utilisation de l'éthylomètre pour établir l'ébriété²⁶⁷⁸. Parfois critiqué voire décrié comme étant excessif – il a d'ailleurs été combattu, sans succès, au moyen d'une initiative populaire²⁶⁷⁹ –, ce programme a fait, en 2017, l'objet d'une évaluation par le Conseil fédéral²⁶⁸⁰, qui a considéré qu'il était approprié.

3. Normes applicables

3.1 La Loi sur la circulation routière et ses ordonnances

Nul ne peut conduire un véhicule automobile²⁶⁸¹ sans être titulaire d'un permis de conduire ou, s'il effectue une course d'apprentissage, d'un permis d'élève conducteur (art. 10 al. 2 de la Loi sur la circulation routière [LCR]). L'Ordonnance réglant l'admission à la circulation routière

²⁶⁷⁴ RO 2004 2851.

²⁶⁷⁵ Adopté par le Parlement le 15 juin 2012 et entré en vigueur par étapes à partir du 1^{er} janvier 2013. Voir le Message Via Sicura 2010, 7703.

²⁶⁷⁶ Message Via Sicura 2010, 7730.

²⁶⁷⁷ Message Via Sicura 2010, 7725.

²⁶⁷⁸ Message Via Sicura 2010, 7732 ss.

²⁶⁷⁹ Initiative « Stop aux excès de Via Sicura (pour un régime de sanctions juste et proportionné) », déposée à la Chancellerie fédérale le 11 avril 2016 (FF 2016 3563), sans succès (FF 2017 6521).

²⁶⁸⁰ Rapport du Conseil fédéral du 28 juin 2017 en réponse au postulat 16.3267 de la Commission des transports et des télécommunications du Conseil des Etats du 14 avril 2016,

<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20163267/Bericht%20BR%20F.pdf>.

²⁶⁸¹ Est un véhicule automobile tout véhicule pourvu d'un propre dispositif de propulsion lui permettant de circuler sur terre sans devoir suivre une voie ferrée (art. 7 al. 1er LCR).

(OAC)²⁶⁸² distingue plusieurs catégories et sous-catégories de véhicules et prévoit des permis différents pour les conduire (art. 3 OAC), en particulier pour les conducteurs de véhicules poids lourds ou pour ceux qui utilisent leur véhicule à titre professionnel ou pour le transport de voyageurs. La LCR régit également la circulation des cycles (art. 1er al. 1er LCR), mais l'utilisation d'un cycle ne nécessite pas de permis.

Toute personne domiciliée en Suisse et qui a l'âge requis²⁶⁸³, qui a suivi avec succès la formation théorique prescrite et qui a réussi l'examen pratique de conduite - démontrant ainsi qu'il détient les qualifications nécessaires²⁶⁸⁴ - reçoit d'abord un permis de conduire à l'essai, valable trois ans (art. 15a LCR). Après la période d'essai, un permis de conduire définitif est délivré, pour autant que la formation complémentaire prescrite ait été suivie (art. 15b LCR). Il est en principe valable pour une durée illimitée (art. 15c LCR).

Outre les qualifications requises, un conducteur doit aussi posséder l'aptitude physique et psychique « durablement suffisante » pour conduire un véhicule automobile en toute sécurité (art. 14 al. 2 lettre b LCR), et ne souffrir d'aucune dépendance qui l'empêcherait de le faire (lettre c). Le permis d'élève conducteur, déjà, n'est délivré, parmi d'autres conditions fixées par l'art. 14a LCR, qu'à un élève qui possède les aptitudes physiques et psychiques requises pour conduire un véhicule automobile en toute sécurité (art. 14a al. 1^{er} lettre b LCR).

La loi prévoit des contrôles périodiques d'aptitude pour certaines catégories de conducteurs, en particulier les conducteurs de véhicules poids lourds (art. 27 al. 1^{er} lettre a chiffre 1 OAC), les titulaires de permis permettant le transport de personnes à titre professionnel (art. 27 al. 1^{er} lettre a chiffre 2 OAC) et les conducteurs âgés de plus de 75 ans (art. 15 al. 2 LCR). Au surplus, une enquête est ouverte si « l'aptitude à la conduite soulève des doutes », notamment à la suite d'une conduite en état d'ébriété avec un taux d'alcool correspondant au double du taux dit « qualifié », ou à la suite d'une conduite sous l'emprise de stupéfiants (art. 15d al. 1^{er} lettre a et b LCR).

²⁶⁸² Ordonnance du 22 octobre 1976 réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (OAC, RS 741.51).

²⁶⁸³ Selon l'art. 14 al. 2 lettre a LCR, qui renvoie à l'art. 6 OAC.

²⁶⁸⁴ Voir Cédric MIZEL, Droit et pratique illustrée, p. 106 ss.

Enfin, un conducteur doit veiller à ne pas compromettre sa capacité à la conduite. Toute personne qui n'a pas les capacités physiques et psychiques nécessaires pour conduire un véhicule parce qu'elle est sous l'influence de l'alcool, de stupéfiants, de médicaments ou pour d'autres raisons, est réputée incapable de conduire pendant cette période et doit s'en abstenir (art. 31 al. 2 LCR)²⁶⁸⁵.

Selon l'art. 55 al. 6 LCR, c'est une ordonnance de l'Assemblée fédérale²⁶⁸⁶ qui fixe le taux d'alcool à partir duquel les conducteurs sont réputés être dans l'incapacité de conduire un véhicule automobile (état d'ébriété) (lettre a) ; l'ordonnance fixe aussi le taux « qualifié » d'alcool (lettre b), qui entraîne un retrait de permis de trois mois au minimum (art. 16c al. 2 LCR)²⁶⁸⁷. Conformément à cette ordonnance de l'Assemblée fédérale, la présence d'un taux supérieur à 0,5 gramme d'alcool ou plus dans le sang ou de 0,25 gramme d'alcool dans l'haleine par litre d'air expiré correspond à un état d'ébriété. Si ces taux dépassent respectivement, 0,8 gramme d'alcool dans le sang ou 0,4 gramme par litre d'air expiré, le conducteur en faute est réputé présenter un taux d'alcool qualifié.

Pour les produits stupéfiants, le Conseil fédéral a édicté la liste des substances prohibées dans l'OCR (art. 2 al. 2 lettre a à g), puis a délégué à l'Office fédéral des routes le soin de fixer les valeurs à partir desquelles la présence de stupéfiants dans l'organisme du conducteur est considérée comme prouvée (art. 34 OOCRR-OFROU). En matière de consommation de stupéfiants, il n'y a pas de taux « qualifié » et, partant, pas de taux « non qualifié » non plus, ni de taux en-deçà duquel la conduite serait autorisée ; toute consommation est prohibée. Si l'art. 34 OOCRR- OFROU fixe des valeurs-planchers – 1,5 microgramme par litre de sang pour le THC²⁶⁸⁸, 15 microgrammes par litre de sang pour les autres substances prosrites -, c'est parce que les valeurs inférieures à ces seuils ne sont pas considérées comme

²⁶⁸⁵ BUSSY/RUSCONI, p. 380 ss; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 312 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 222 ss; Andreas ROTH, Kommentar *ad* Art. 31 SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 584 ss.

²⁶⁸⁶ Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 15 juin 2012 concernant les taux limites d'alcool admis en matière de circulation routière (RS 741.13). L'art. 31 al. 2ter LCR confie pourtant cette tâche au Conseil fédéral.

²⁶⁸⁷ Et une enquête à propos de l'aptitude (art. 15d al. 1^{er} lettre a LCR).

²⁶⁸⁸ Le tétrahydrocannabinol (THC) est la substance présente dans la plante de chanvre (*cannabis sativa*) qui agit sur le psychisme et les facultés psychomotriciennes.

des valeurs d'analyse « significatives » du point de vue scientifique²⁶⁸⁹ et, partant, ne peuvent pas servir de moyen de preuve.

Les modalités de mise en œuvre des mesures de nature « médicale »²⁶⁹⁰ destinées au contrôle de la capacité de conduire sont énoncées dans l'Ordonnance sur le contrôle de la circulation routière (OCCR)²⁶⁹¹, aux art. 10 ss OCCR ; elles sont encore précisées dans l'Ordonnance de l'OFROU concernant l'ordonnance sur le contrôle de la circulation routière (OOCCR-OFROU)²⁶⁹².

3.2 Règlementation en cas d'accident ou d'incident dans les transports

Bien qu'insérée dans la section du Recueil systématique relatif aux chemins de fer, l'Ordonnance sur les enquêtes de sécurité en cas d'incident dans le domaine des transports (OEIT)²⁶⁹³ est une ordonnance de portée générale, qui s'applique non seulement aux entreprises ferroviaires, mais aussi aux entreprises de transport à câbles, aux entreprises d'automobiles et de trolleybus, aux entreprises de navigation intérieure au bénéfice d'une concession, aux entreprises actives dans le domaine de l'aviation et dans le domaine de la navigation maritime (art. 1^{er} al. 1^{er} OEIT).

Lors d'un accident ou d'un incident impliquant une des entreprises précitées, une enquête doit être diligentée par le Service suisse d'enquête et de sécurité (SESE)²⁶⁹⁴ ; elle vise à établir les circonstances et les causes de l'incident ou de l'accident, tel qu'ils sont définis à l'art. 3, afin de prévenir

²⁶⁸⁹ Voir notamment sur ce point Cédric MIZEL, Olivier PLAUT, Conduite sous l'influence de stupéfiants : genèse du système suisse, spécificités pharmacologiques, éléments objectif et subjectif de l'infraction, PJA/AJP 2/2012, p. 187 ss, 188 s.

²⁶⁹⁰ L'OCCR dispose que l'incapacité de conduire sous l'influence de l'alcool, de stupéfiants ou d'autres substances pourrait être constatée d'après l'état et le comportement de la personne suspectée ou d'autres indications obtenues sur la quantité consommée (art. 17 OCCR).

²⁶⁹¹ Ordonnance du 28 mars 2007 sur le contrôle de la circulation routière (OCCR, RS 741.013).

²⁶⁹² Ordonnance du 22 mai 2008 de l'OFROU concernant l'ordonnance sur le contrôle de la circulation routière (OOCCR-OFROU, RS 741.013.1). Voir plus loin, p. 688 ss.

²⁶⁹³ Ordonnance du 17 décembre 2014 sur les enquêtes de sécurité en cas d'incident dans le domaine des transports (OEIT, RS 742.161).

²⁶⁹⁴ Dont l'organisation et les tâches sont précisées aux art. 7 ss OEIT, avec l'aide des autorités cantonales, si nécessaire ; <https://www.sust.admin.ch/fr/sese-page-daccueil/>.

la survenance d'incident ou d'accident analogues (art. 2). Une obligation d'annonce est prévue par la loi (art. 14a al. 1^{er} LCdF).

A l'occasion de son enquête, le SESE peut « soumettre à un examen médical portant sur l'état physique ou psychique les personnes ayant participé à la conduite d'un moyen de transport impliqué » (art. 34 al. 1^{er}) ; l'Ordonnance précise que « [d]es atteintes à l'intégrité corporelle peuvent être ordonnées si elles ne causent pas de douleurs particulières et ne nuisent pas à la santé » (al. 2).

Les investigations du SESE ne se substituent pas à celles que pourraient mener parallèlement les autorités pénales ordinaires, en tout cas tenues d'ouvrir une enquête si l'accident entraîne un ou des décès²⁶⁹⁵ ; dans la recherche des preuves, ces autorités pénales pourraient, quant à elles, mettre alors en œuvre les « mesures de contrainte » de nature médicale prévues par le Code de procédure pénale²⁶⁹⁶.

3.3 Droit cantonal

La législation en matière de transports publics et privés relève en très grande partie du droit fédéral²⁶⁹⁷ ; le droit cantonal ne concerne dès lors que sa mise en œuvre²⁶⁹⁸.

C'est le cas pour la circulation routière et pour la navigation intérieure, selon l'art. LCR 106 al. 2 LCR²⁶⁹⁹ et l'art. 58 de la Loi sur la navigation intérieure²⁷⁰⁰. Les cantons ont par conséquent institué des

²⁶⁹⁵ Si l'homicide par négligence se poursuit d'office (art. 117 CPS), les lésions corporelles par négligence ou le dommage à la propriété requièrent une plainte du lésé (art. 125 CPS et art. 144 CPS).

²⁶⁹⁶ Voir précédemment, p. 326 ss.

²⁶⁹⁷ Les installations de transports par câbles « de moindre importance » ne nécessitant pas de concession fédérale au sens de l'art. 7 de la Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV, RS 745.1), soit les téléskis et les petits téléphériques et funiculaires sans fonction de desserte sont soumises à autorisation cantonale.

²⁶⁹⁸ La Confédération conserve cependant certaines compétences d'exécution spécifiques (art. 106 al. 1^{er} LCR), confiées pour l'essentiel à l'Office fédéral des routes (OFROU).

²⁶⁹⁹ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 1021; Bernhard WALDMANN, Raphael KRAEMER, Kommentar *ad* Art. 106 SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 1871 s.

²⁷⁰⁰ Loi fédérale du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure (LNI, RS 747.201). A nouveau, la Confédération conserve certaines compétences spécifiques (art. 58 al. 1^{er} LNI).

services ou des offices – souvent compétents pour les deux domaines²⁷⁰¹ – chargés de la mise en œuvre pratique du droit fédéral, c'est-à-dire plus concrètement de la délivrance des permis, ainsi que du contrôle des conducteurs et des véhicules²⁷⁰² ; ils sont aussi compétents pour la désignation d'une juridiction chargée d'examiner les recours formés contre les décisions de l'autorité cantonale, notamment à propos des retraits de permis²⁷⁰³.

En revanche, dans le domaine des chemins de fer, des installations de transports à câbles soumises à concession fédérale, de la navigation maritime et de l'aviation civile, l'exécution des lois et, plus spécifiquement, la délivrance de permis ou de licences et le contrôle de l'aptitude et de la capacité à conduire ou piloter sont confiées à des autorités fédérales ; en conséquence, il n'existe pas de norme cantonale.

4. Notions d'aptitude et d'inaptitude, de capacité et d'incapacité

4.1 Aptitude et inaptitude

La notion d'aptitude désigne « les facultés psychiques et physiques durablement suffisantes pour conduire avec sûreté un véhicule, indépendamment d'un cas d'espèce et d'un cadre temporel »²⁷⁰⁴. *A contrario* et de toute évidence, l'inaptitude existe lorsque ces facultés sont durablement insuffisantes.

²⁷⁰¹ Par exemple à Genève, l'Office cantonal des véhicules (OCV), également chargées des tâches relatives à la navigation intérieure, et « appelé communément bureaux des autos », <https://www.ge.ch/organisation/office-cantonal-vehicules-ocv>.

²⁷⁰² Par exemple, la Loi fribourgeoise du 12 novembre 1981 d'application de la législation fédérale sur la circulation routière et la Loi fribourgeoise du 7 février 1991 d'application de la législation fédérale sur la navigation intérieure.

²⁷⁰³ Voir plus loin, p. 714 s.

²⁷⁰⁴ Christophe PASCHE et al., Aptitude à la conduite : aspects généraux en 2017, in: Revue médicale suisse 2017, vol. 13, p. 1876 ; voir aussi René SCHAFFHAUSER, Administrativmassnahmenrecht, in: Manfred Dähler et al., Handbuch SVG, p. 226 s. ; Cédric MIZEL, Droit et pratique illustrée, p. 53 ss. Voir aussi le Guide aptitude à la conduite adopté en novembre 2020 par l'Association des services automobiles (asa) [Guide_aptitude_a_la_conduite_2020.pdf](https://www.sgrm.ch/Guide_aptitude_a_la_conduite_2020.pdf) (sgrm.ch).

Développée dans le cadre des réflexions juridiques et médico-légales menées à propos de la circulation routière, cette définition peut sans doute être reprise pour l'ensemble des législations applicables aux diverses formes de mobilité.

L'aptitude physique et psychique doit être présente dès le début de la phase d'apprentissage ou de l'activité ; en cas de doute, ou périodiquement si la loi le prévoit, elle peut faire l'objet d'investigations, aussi longtemps que l'élève conducteur ou le conducteur est titulaire d'un permis.

La loi délègue au Conseil fédéral la tâche d'édicter des prescriptions à propos de l'aptitude (art. 25 al. 3 lettre a LCR), ce qu'il a fait à l'art. 7 OAC - (« exigences médicales minimales ») - et à l'art. 9 OAC – « contrôle de la vue » -, et qu'il a détaillé ensuite dans l'annexe 1 de l'OAC²⁷⁰⁵.

4.2 Capacité et incapacité

4.2.1 Notions

Tout conducteur doit aussi posséder la capacité requise pour la conduite. Il s'agit, selon des auteurs de littérature médico-légale, de « l'état psychique et physique momentané de l'individu le rendant capable de conduire de façon sûre un véhicule. Cette notion est basée sur une observation ponctuelle, à un moment précis »²⁷⁰⁶. A nouveau, *a contrario*, l'incapacité est présente lorsque l'état psychique et physique momentané du conducteur l'empêche de conduire son véhicule en toute sûreté.

Comme la notion d'aptitude, la notion de capacité a été développée dans la littérature juridique et médico-légale en lien avec la circulation routière, mais elle est sans doute applicable à toutes les autres formes de mobilité.

²⁷⁰⁵ Sur la nature et les modalités de ces examens médicaux, voir plus loin, p. 662 ss.

²⁷⁰⁶ Christophe PASCHE et al., Aptitude à la conduite : aspects généraux en 2017, *in*: Revue médicale suisse 2017, vol. 13, p. 1876. Voir aussi René SCHAFFHAUSER, Administrativmassnahmenrecht, *in*: Manfred Dähler et al., Handbuch SVG, p. 227 ; Cédric MIZEL, Droit et pratique illustrée, p. 109 ss.

La capacité peut être altérée par la consommation d'alcool, de stupéfiants ou de médicaments, mais aussi par d'autres facteurs, par exemple par la maladie, par le surmenage - c'est-à-dire, dans ce contexte, une fatigue excessive - ou par le sommeil (art. 2 OCR). Cette liste n'est pas exhaustive : l'art. 2 al. 1er OCR ajoute *in fine* que l'incapacité peut encore résulter de « toute autre raison », par exemple l'absence de lunettes pour un conducteur tenu d'en porter pour conduire, ou la conduite d'un véhicule inadapté par une personne souffrant d'un handicap et qui ne peut conduire qu'un véhicule ayant subi les modifications techniques appropriées.

L'incapacité peut résulter de la combinaison de plusieurs causes : même lorsque les valeurs limites pour l'alcoolémie ne sont pas atteintes, une consommation d'alcool associée à une maladie, à une grande fatigue ou à la prise de médicaments peut créer un état d'incapacité²⁷⁰⁷.

Deux ordonnances, l'OCCR²⁷⁰⁸ (à ses art. 14 ss) et l'OCCR-OFROU²⁷⁰⁹ (à ses art. 19 ss) - la première reposant sur l'art. 55 al. 7 lettre b LCR, la seconde reposant sur la première – règlent, lors de contrôles de la capacité de conduire dans la circulation routière, les modalités d'utilisation des éthylotests et des éthylomètres²⁷¹⁰, comme les modalités d'éventuels prélèvements de matériel biologique (sang, urine, salive, sueur, cheveux, ongles) ; elles sont encore complétées par des instructions de l'Office fédéral des routes²⁷¹¹.

²⁷⁰⁷ BUSSY/RUSCONI, p. 642 ; ATF 98 IV 289.

²⁷⁰⁸ Ordonnance du 28 mars 2007 sur le contrôle de la circulation routière (OCCR, RS 741.013).

²⁷⁰⁹ Ordonnance de l'OFROU du 22 mai 2008 concernant l'ordonnance sur le contrôle de la circulation routière (OCCR-OFROU, RS 741.013.1).

²⁷¹⁰ Les appareils doivent correspondre aux caractéristiques techniques énoncées dans l'Ordonnance sur les instruments de mesure (RS 941.210) et dans l'Ordonnance sur les instruments de mesure d'alcool dans l'air expiré (RS 941.210.4).

²⁷¹¹ Instructions du 2 août 2016 concernant la constatation de l'incapacité de conduire dans la circulation routière, http://www.astra2.admin.ch/media/pdfpub/2016-08-02_2628_f.pdf.

4.2.2 Présomption de l'incapacité

Lorsqu'un conducteur circule en état d'ébriété, la loi instaure une présomption : la présence d'alcool dans son organisme, dans les quantités dépassant les taux prévus par la l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale²⁷¹², est, simultanément, la preuve de son incapacité à la conduite.

Cette présomption est irréfragable : le conducteur fautif n'est pas autorisé à renverser la présomption et à tenter d'apporter la preuve du contraire, c'est-à-dire la preuve qu'en dépit du taux constaté, il est capable de conduire avec sûreté. La loi le tient pour incapable « indépendamment de toute autre preuve et du degré de tolérance individuelle à l'alcool » (art. 55 al. 6 lettre a LCR *in fine*)²⁷¹³.

La présence de stupéfiants dans l'organisme d'un conducteur crée également une présomption, en principe irréfragable, toutefois avec une nuance. Le conducteur concerné est, certes, « réputé incapable de conduire », mais il conserve la possibilité d'apporter la preuve que sa consommation est conforme au droit, notamment en « prouv[ant qu'il] en consomme une ou plusieurs sur prescription médicale » (art. 2 al. 2ter OCR). Reste qu'une consommation même conforme au droit est de nature à compromettre la capacité à la conduite. Ce sont alors des experts (art. 16 OCCR), selon la méthode dite des « trois piliers »²⁷¹⁴, qui vont déterminer dans quelle mesure le stupéfiant consommé, dans la quantité consommée, affecte le psychisme et la psychomotricité du conducteur et le rend incapable de conduire avec sûreté.

En revanche, il n'y a pas de présomption pour les médicaments. Si une analyse biologique détecte la présence de médicaments dans l'organisme d'un conducteur, il appartient aux autorités administratives et pénales d'établir, à nouveau à l'aide d'avis d'experts scientifiques (art. 16 OCCR), que la ou les substances détectées, dans les quantités détectées, sont de

²⁷¹² Voir précédemment, p. 655.

²⁷¹³ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 637 ss; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 494 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 326 ss; Stefan FAHRNI, Stefan HEIMGARTNER, Kommentar *ad* Art. 55 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 950 s.

²⁷¹⁴ Voir plus loin, p. 700.

nature à affecter la capacité à la conduite, à nouveau selon la méthode des « trois piliers ».

5. Actes de nature médicale ou psychologique pour établir l'aptitude

5.1 Avant le début de la phase d'apprentissage

5.1.1 *Examen de la vue et questionnaire médical pour les élèves conducteurs d'un véhicule automobile*

L'évaluation de l'aptitude physique et psychique des élèves conducteurs est effectuée, pour tous les élèves conducteurs de véhicules automobiles à l'exception des élèves conducteurs des catégories professionnelles, au moyen d'un examen de la vue et d'une déclaration personnelle sur leur état de santé (art. 14a al. 2 LCR)²⁷¹⁵.

L'examen de la vue consiste en un « examen sommaire des facultés visuelles » (art. 9 al. 1^{er} OAC), qui doit porter sur l'acuité visuelle, le champ visuel, la mobilité des yeux et une éventuelle diplopie²⁷¹⁶ ; l'examen ne doit pas dater de plus de 24 mois au moment du dépôt de la demande de permis d'élève conducteur (al. 2 et 3).

Selon l'art. 82 al. 2 de l'Ordonnance sur la navigation intérieure²⁷¹⁷, le candidat au permis de conduire un bateau doit aussi démontrer que son ouïe est suffisante ; les exigences à ce propos sont celles qui sont énoncées pour les conducteurs de véhicules automobiles des catégories professionnelles, par renvoi de l'art. 82 al. 2bis ONI.

Quant à la déclaration personnelle, elle ne constitue, certes, qu'un instrument imparfait, puisque l'élève conducteur pourrait la remplir à sa guise, en omettant de déclarer les pathologies de nature à affecter son aptitude à la conduite ; il s'exposerait cependant à des sanctions, l'obtention

²⁷¹⁵ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 164 ; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 65 ss ; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 102 ss ; Jürg BICKEL, *Kommentar ad Art. 14a SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 187 ss.

²⁷¹⁶ Trouble de la vue entraînant une perception double d'un seul objet.

²⁷¹⁷ Ordonnance du 8 novembre 1978 sur la navigation dans les eaux suisses (Ordonnance sur la navigation intérieure [ONI], RS 747.201.1).

d'un permis sur la base de renseignements inexacts, en dissimulant des faits importants ou encore en présentant des faux certificats correspondant à une infraction pénale (art. 97 al. 1^{er} lettre d LCR)²⁷¹⁸. Selon l'expérience²⁷¹⁹, l'utilité du questionnaire est cependant réelle et il permet d'identifier de façon relativement efficace les élèves conducteurs dont l'aptitude doit être évaluée par un expert.

L'OAC contient une formule officielle pour la déclaration personnelle de santé et l'examen précédant la délivrance du permis d'élève conducteur (Annexe 4).

5.1.2 Examen médical pour les élèves conducteurs des catégories professionnelles

Pour les élèves conducteurs des véhicules des catégories professionnelles C et D et des sous-catégories C1 et D1, - soit les véhicules poids lourds, les minibus et les autocars -, un certificat du médecin-conseil est en outre requis, en plus de l'examen de la vue (art. 14a al. 2 LCR *in fine* et 11b al. 1^{er} lettre a OAC). L'examen médical porte sur les points énumérés à l'Annexe 2a de l'OAC ; le résultat de l'examen est communiqué à l'autorité cantonale selon la formule de l'Annexe 3 de l'OAC.

La LNI prévoit les mêmes exigences pour les candidats au permis des catégories de bateaux transportant des passagers ou des marchandises (art. 82 al. 5 ONI).

²⁷¹⁸ Hans MAURER, Kommentar *ad* Art. 97 SVG, *in*: Andreas Donatsch (éd.) et al., StGB, JStG Kommentar : mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG, Zurich 2018, p. 976; BUSSY/RUSCONI, p. 961 s. ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 792 s. ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 560 ; Jürg BÄHLER, Kommentar *ad* Art. 97 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 1752 s. ; Yvan JEANNERET, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière(LCR), Berne 2007, p. 399 ss.

²⁷¹⁹ En conversation avec Me André Demierre, chef du Service « mesures administratives et prévention » à l'Office de la circulation et de la navigation à Fribourg.

5.1.3 *Examen médical pour les élèves conducteurs d'un véhicule automobile souffrant d'une affection de nature à compromettre l'aptitude*

L'autorité cantonale peut exiger, avant de délivrer un permis d'élève conducteur d'un véhicule automobile, que le candidat se soumette à un examen médical ou psychologique s'il souffre d'un handicap physique ou si des doutes à propos de son aptitude « médicale », « caractérielle » ou « psychique » à conduire un véhicule automobile surgissent (art. 11b lettres b et c OAC)²⁷²⁰.

C'est notamment le cas lorsque la déclaration personnelle de santé remplie par un candidat à un permis d'élève conducteur comporte des indications à propos d'un handicap ou d'une autre pathologie : « En cas de réponse positive à l'une des questions aux ch. 5.1 à 5.3 [à propos de « maladies, handicaps et consommation de substances »], joindre à la présente demande un rapport du médecin traitant (dans le cas contraire, la personne concernée serait renvoyée d'office à un médecin reconnu de niveau 3 au moins) » (chiffre 5.4 de la déclaration personnelle).

Les personnes souffrant d'épilepsie, en particulier, ne sont admises à la circulation, même en tant qu'élèves conducteurs, que si un médecin spécialiste en neurologie a émis un rapport favorable à leur sujet (art. 11b al. 3 OAC)²⁷²¹.

L'ONI n'est pas aussi précise que l'OAC sur ce point mais l'art. 83 al. 3 ONI permet d'exiger un certificat médical d'aptitude lorsque « l'aptitude mentale ou physique est mise en doute ».

²⁷²⁰ Voir BUSSY/RUSCONI, p. 1490 s. ; Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, p. 57 ss, 94 ss et 169 ss.

²⁷²¹ Voir notamment Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, p. 102 s. ; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 64.

5.1.4 *Attestation médicale pour les élèves conducteurs âgés de plus de 65 ans*

Un élève conducteur candidat au permis de conduire âgé de plus de 65 ans doit obtenir une attestation médicale d'aptitude, selon l'art. 11b al. 1^{er} lettre b OAC.

Une exigence du même genre existe pour les candidats au permis de conduire un bateau, formulée à l'art. 82 al. 3 ONI.

5.1.5 *Certificat médical pour les candidats à la charge d'expert de la circulation*

Les candidats à la charge d'expert de la circulation – c'est-à-dire les personnes qui font passer les examens officiels de conduite et qui procèdent aux contrôles officiels des véhicules - doivent fournir un certificat médical attestant qu'ils remplissent les conditions énoncées à l'Annexe 3 de l'OAC, ainsi qu'une attestation d'un psychologue du trafic à propos de leur aptitude en matière de psychologie du trafic (art. 65 al. 2 lettre d et e OAC). Cette dernière condition ne s'applique pas aux experts qui ne procèdent qu'aux contrôles officiels des véhicules (art. 65 al. 4 OAC).

5.2 *Après la délivrance du permis*

5.2.1 *Examen médical périodique pour les titulaires de certaines catégories de permis*

En principe, les permis de conduire sont valables pour une durée illimitée (art. 15c al. 1^{er} LCR et 24 al. 1^{er} OAC)²⁷²².

Cependant, tous les cinq ans jusqu'à leur 50^e année, puis tous les trois ans au-delà de cet âge, les titulaires d'un permis de conduire des catégories C et D et des sous-catégories C1 et D1 (art. 27 al. 1^{er} lettre a chiffre 1 OAC) – c'est-à-dire les véhicules poids lourds – et les titulaires de permis

²⁷²² Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 182 ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 85 s. ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 126 ss ; Jürg BICKEL, Kommentar *ad* Art. 15c SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 223 ss.

permettant le transport de personnes à titre professionnel au sens de l'art. 25 OAC sont soumis à un « contrôle relevant de la médecine du trafic » (art. 27 al. 1^{er} lettre a chiffre 2 OAC)²⁷²³.

Ces examens réguliers peuvent être limités à certains points particuliers, ou au contraire étendus à d'autres aspects médicaux qui ne font pas partie des points habituellement investigués (art. 27 al. 3 OAC)²⁷²⁴. Ils peuvent aussi porter sur des aspects de psychologie du trafic plutôt que de médecine du trafic.

Les périodicités précitées peuvent être, sur proposition du médecin, raccourcies par l'autorité cantonale (art. 27 al. 3 lettre a OAC). L'autorité cantonale peut même limiter la durée de validité du permis de conduire à la date du prochain examen relevant de la médecine du trafic, s'il n'y a aucune garantie que son titulaire se soumettra de son plein gré à des examens plus fréquents (art. 27 al. 3 lettre b OAC).

L'ONI contient des dispositions de même portée, reposant sur l'art. 17 al. 2 LNI, pour les détenteurs d'un permis des catégories B ou C, c'est-à-dire de bateaux « à passagers » ou « à marchandises motorisés » (art. 79 al. 1^{er} et art. 82 al. 4 ONI). L'examen est prévu tous les cinq ans jusqu'à l'âge de 50 ans révolus, puis tous les trois ans entre 51 et 75 ans révolus, enfin tous les deux ans au-delà de cet âge.

5.2.2 Examen médical périodique à partir d'un certain âge

L'autorité cantonale convoque tous les deux ans les titulaires âgés de 75 ans et plus à l'examen d'un médecin-conseil (15d al. 2 LCR)²⁷²⁵ ; il s'agit des conducteurs des catégories non professionnelles, ces catégories étant quant à elles soumises à un contrôle périodique tout au long de leur activité²⁷²⁶. L'autorité cantonale peut réduire l'intervalle entre deux

²⁷²³ Voir Tommaso DE FRANCESCO et al., Evaluation du renouvellement d'un permis de conduire, in: Forum Med Suisse 2017, p. 155 ss.

²⁷²⁴ Tels qu'ils sont énoncés aux Annexes 2 et 2a de l'OAC.

²⁷²⁵ Christophe PASCHE, Bernard FAVRAT, Seniors au volant : quelle conduite avec Via sicura, in: Revue médicale suisse 2017, vol. 13, p. 255 s.

²⁷²⁶ Voir précédemment, p. 665 s.

examens si l'aptitude à la conduite est altérée et doit être contrôlée plus fréquemment (15d al. 2 LCR *in fine*)²⁷²⁷.

L'âge limite a récemment été relevé à 75 ans lors des débats parlementaires²⁷²⁸, alors qu'il était précédemment fixé à 70 ans et que le Conseil fédéral proposait de maintenir ce seuil²⁷²⁹.

5.3 Qualifications requises pour réaliser le contrôle de la vue et les examens médicaux d'aptitude

Le contrôle de la vue, qui doit être « reconnu officiellement », est réalisé par un opticien diplômé ou un médecin exerçant en Suisse (art. 9 al. 1^{er} OAC). Le contrôle de l'ouïe, lorsqu'il est également requis – pour les élèves conducteurs des catégories professionnelles – est réalisé selon les modalités et les exigences prévues par l'Annexe 1 de l'OAC (art. 7 OAC), applicables par analogie pour les élèves conducteurs de bateau (art. 82 al. 2bis ONI).

5.4 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Les examens médicaux qui viennent d'être détaillés sont « imposés » par le droit fédéral si le conducteur ou l'élève conducteur entend obtenir son permis ou, plus tard, s'il souhaite le conserver. Cependant, les lois ne prévoient pas réellement une obligation de s'y soumettre, encore moins un éventuel recours à la force pour la faire respecter.

²⁷²⁷ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 196 ; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 120 s. ; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 131 ; Jürg BICKEL, *Kommentar ad Art. 15d SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 238 s.

²⁷²⁸ Voir le Rapport du 21 mars 2017 de la Commission des transports et des télécommunications du Conseil national (CTT-CN) à propos de l'initiative parlementaire « Relever l'examen de contrôle périodique effectué par un médecin-conseil de 70 à 75 ans pour les conducteurs âgés », Feuille fédérale 2017 3449. L'auteur de l'initiative voyait dans la limite fixée à 70 ans une forme de discrimination.

²⁷²⁹ Message Via Sicura 2010, 7756.

En réalité, cette obligation correspond plutôt à une incombance. L'obligation de collaborer résulte en effet de l'inconvénient ou du désavantage auquel l'administré s'expose s'il ne collabore pas à la réalisation de la mesure médicale : l'autorité détient le pouvoir de refuser la délivrance du permis ou de retirer ce document et elle va l'exercer si l'administré ne collabore pas. « Lorsqu'un conducteur requis de produire un certificat ou un rapport médical d'aptitude, en général après rappel(s), ne s'exécute pas, il convient de présumer son inaptitude et de prononcer le retrait préventif de son permis de conduire jusqu'à éclaircissement de la situation »²⁷³⁰.

Si elle choisit de collaborer, la personne concernée doit cependant le faire de manière loyale. On l'a dit, l'obtention d'un permis sur la base de renseignements inexacts, en dissimulant des faits importants ou encore en présentant des faux certificats correspond en effet à une infraction pénale passible d'une peine privative de liberté de trois au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 97 al. 1^{er} lettre d LCR)²⁷³¹.

5.5 Conséquences de l'aptitude

5.5.1 *Délivrance du permis d'élève conducteur*

Un permis d'élève conducteur (art. 14a LCR) est délivré au candidat qui remplit la déclaration personnelle sur son état de santé et réussit l'examen de la vue prévu à l'art. 14a al. 2 lettre b LCR (pour autant qu'il ait atteint l'âge requis, soit domicilié en Suisse et qu'il ait passé avec succès l'examen théorique). Il n'y a pas d'autres examens ou tests, physiques ou psychiques, pour les candidats au permis de conduire des véhicules légers ou des motocycles.

²⁷³⁰ Arrêt du 11 septembre 2012 dans la cause 1C_391/2012, cité par Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, p. 101.

²⁷³¹ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 961 s.; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 792 s.; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 560; Jürg BÄHLER, *Kommentar ad Art. 97 SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 1752 s.; Yvan JEANNERET, *Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR)*, Berne 2007, p. 399 ss.

L'aptitude peut être conditionnelle, en d'autres termes subordonnée au respect de certaines exigences particulières, par exemple l'utilisation de « moyens auxiliaires » tels que des lunettes : « [l]a personne qui ne satisfait les valeurs d'acuité visuelle [requisites] qu'avec des correcteurs de vue doit porter ceux-ci durant la conduite » (art. 7 al. 1bis OAC)²⁷³². Pour ce qui a trait aux adaptations techniques du véhicule, que rendrait nécessaires un handicap physique (art. 34 al. 3 OAC), elles sont déterminées après une expertise médicale²⁷³³ et réalisées par certains garages spécialisés²⁷³⁴.

5.5.2 « Confirmation » du permis de conduire

Les titulaires d'un permis des catégories professionnelles et les titulaires d'un permis des autres catégories âgés de plus de 75 ans doivent se soumettre à un examen médical périodique (art. 27 OAC et art. 15d al. 2 LCR). Si cet examen est positif, le permis est confirmé jusqu'au prochain contrôle, pour la durée fixée par l'Ordonnance ou pour une durée raccourcie par l'autorité, sur proposition du médecin (art. 27 al. 3 OAC).

L'autorité cantonale peut toutefois limiter la durée de validité d'un permis de conduire si l'aptitude à la conduite est « altérée » et doit donc être contrôlée plus fréquemment (art. 15c al. 3 LCR).

²⁷³² A propos du port obligatoire de lunettes et des conséquences d'une conduite sans ces lunettes obligatoires, voir notamment André DEMIERRE et al., Questions choisies sur le nouveau retrait du permis de conduire, in: PJA/AJP 6/2005, p. 643 ss, 649-

²⁷³³ En Suisse romande, la Clinique de réadaptation romande (CRR) de Sion réalise ce type d'expertise, effectuée conjointement par un ergothérapeute, un neuropsychologue et un médecin neurologue, sur la base d'une course virtuelle au volant d'un simulateur de conduite. A l'issue du test, l'expertise livre la liste complète des adaptations techniques nécessaires.

²⁷³⁴ Le détenteur d'un véhicule adapté doit le soumettre à « un contrôle obligatoire extraordinaire » selon l'art. 34 de l'Ordonnance du 19 juin 1995 concernant les exigences techniques requises pour les véhicules routiers (OETV, RS 741.41) avant de pouvoir à nouveau utiliser le véhicule transformé ; il est possible de déroger aux prescriptions usuelles sur l'équipement, pour autant que les exigences relatives à la sécurité le permettent (art. 92 OETV).

6. Actes de nature médicale ou psychologique pour établir l'inaptitude

6.1 Après trois échecs à l'examen pratique

Tout candidat qui échoue trois fois à l'examen pratique du permis de conduire un véhicule automobile ne peut être admis à un quatrième examen qu'à la condition qu'il se soumette à un test, de nature médicale ou psychologique, et que ce test soit favorable (art. 23 al. 2 OAC).

Les directives de l'OFROU laissent aux cantons l'option d'exiger dans de telles circonstances un examen par un psychologue ou plutôt celle de soumettre le candidat malheureux au test standardisé dit « Schuhfried », également appelé « Vienna Test System »²⁷³⁵. Administré au moyen d'un logiciel, ce test tend à évaluer notamment la psychomotricité et la réactivité du candidat.

Si le test médical ou psychologique ou le test Schuhfried est défavorable, la validité du permis d'élève conducteur expire (art. 16 al. 3 OAC). Un deuxième permis d'élève conducteur ne peut être délivré que sur la base d'un test effectué par l'autorité compétente, qui jugerait le candidat apte à conduire (art. 16 al. 4 OAC).

6.2 En raison d'une suspicion de dépendance

Selon l'art. 15d al. 1^{er} LCR, « [s]i l'aptitude à la conduite soulève des doutes », une enquête est ouverte à l'encontre du conducteur d'un véhicule automobile²⁷³⁶.

La loi énonce une série de cas (lettres a à e), notamment la conduite en état d'ébriété avec un taux d'alcool important – soit 1,6 gramme pour mille ou plus ou 0,8 mg par litre d'air expiré ou plus, soit encore le double du taux à partir duquel un retrait de permis est obligatoire (« taux qualifié ») -, ou la conduite sous l'emprise de stupéfiants. La liste de l'art. 15d LCR n'est

²⁷³⁵ Ce test est en usage dans tous les cantons romands, par exemple le canton de Vaud : [Test Schuhfried - VD.CH.](#)

²⁷³⁶ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 183 ss, qui analysent la notion d'„enquête“ ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 86 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 128 ss ; Cédric MIZEL, Droit et pratique illustrée, p. 71 ss ; Jürg BICKEL, Kommentar ad Art. 15d SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 226 ss.

pas exhaustive²⁷³⁷ ; une enquête peut aussi toucher les cyclistes (art. 19 al. 4 LCR)²⁷³⁸. L'enquête est obligatoire lorsqu'une des conditions énoncées aux lettres a) à e) de l'art. 15d al. 1^{er} LCR est remplie²⁷³⁹.

Dans les circonstances visées par l'art. 15d al. 1^{er} lettre a LCR, le taux d'alcool est considérable – le double du taux « qualifié » ... ou davantage – et circuler dans un tel état d'ébriété correspond à une infraction grave. Une telle hypothèse constitue en tout cas le signe d'une possible dépendance, partant d'une inaptitude. En effet, pour que le taux d'alcool de 1,6 gramme puisse être constaté, « un homme de constitution moyenne doit boire environ 2,5 litres de bière ou un litre de vin en deux heures. Des concentrations aussi élevées sont l'indice d'un problème de consommation abusive, voire d'addiction »²⁷⁴⁰.

L'autorité ouvre aussi une enquête en cas de conduite sous l'emprise de stupéfiants, ou si le conducteur transporte des stupéfiants qui altèrent fortement la capacité de conduire²⁷⁴¹ ; à nouveau, ces deux hypothèses « présentent [en effet] un potentiel de dépendance élevé » (art. 15d al. 1^{er} lettre b LCR). Le transport de « drogues dures » comme la cocaïne ou l'héroïne justifie en tout cas que l'autorité procède à une « clarification », même si la personne visée ne circule pas sous l'effet d'une drogue au moment du contrôle. Ce qui précède ne s'applique pas au transport de « drogues douces » telles que le cannabis ; en présence de ce type de

²⁷³⁷ Message Navigation intérieure 2016, 6230.

²⁷³⁸ En effet, les personnes qui souffrent d'une maladie physique ou mentale ou d'une autre forme de dépendance qui les rend inaptes à conduire un cycle en toute sécurité ne sont pas autorisés à conduire un véhicule de ce type (art. 19 al 2 LCR). L'autorité cantonale peut interdire l'utilisation d'un véhicule qui ne nécessite pas de permis, pour une durée déterminée ou indéterminée (art. 36 OAC).

²⁷³⁹ Elle n'est facultative – « la personne concernée peut être soumise ... » (art. 15d al. 5 LCR) - que si les doutes portent sur les qualifications nécessaires à la conduite, c'est-à-dire sur la maîtrise pratique du véhicule ou les connaissances théoriques indispensables pour circuler. L'enquête prend alors la forme d'une course de contrôle ou d'un examen théorique ; la disposition permet en fait de prendre, pour rétablir la qualification, « toute mesure adéquate ».

²⁷⁴⁰ Voir le Message Via Sicura 2010, 7755, cité notamment dans l'arrêt du 7 avril 2020 du Tribunal cantonal vaudois dans la cause CR.2019.0040, cons. 2b.

²⁷⁴¹ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 183 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 98 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 130 ; Cédric MIZEL, Droit et pratique illustrée, p. 81 ss ; Jürg BICKEL, Kommentar *ad* Art. 15d SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 233 s.

stupéfiants, l'enquête sur l'aptitude n'est ordonnée que si le conducteur « se trouve dans l'incapacité de conduire » au moment du contrôle²⁷⁴².

6.3 A la suite d'une maladie ou d'un accident

6.3.1 *Affection de nature à compromettre l'aptitude à la conduite*

Selon l'art. 27 al. 1^{er} lettre c OAC, les personnes qui souffrent ou ont souffert de graves troubles physiques résultant de blessures consécutives à un accident ou, alternativement, celles qui souffrent ou ont souffert de maladies graves peuvent être soumis à un contrôle relevant de la médecine du trafic²⁷⁴³.

L'Ordonnance ne prévoit pas expressément un contrôle systématique dans ces circonstances, ni une périodicité pour d'éventuels contrôles. Cependant, la formulation de l'al. 1^{er} est suffisamment large pour que l'autorité cantonale puisse exiger un contrôle médical éventuellement répété à des intervalles qu'elle déterminera avec le médecin du trafic.

Comme pour les conducteurs des catégories professionnelles, ces examens réguliers peuvent être limités à certains points particuliers, ou au contraire étendus à d'autres aspects médicaux qui ne font pas partie des points habituellement investigués (art. 27 al. 3 OAC)²⁷⁴⁴.

6.3.2 *Perte de l'usage d'un œil affectant un conducteur*

Selon l'art. 7 al. 1bis OAC 2^e phrase, en cas de perte récente de l'usage d'un œil, la personne concernée doit observer quatre mois d'arrêt de conduite, présenter un rapport ophtalmologique et réussir une course de contrôle réalisée en présence d'un expert de la circulation.

²⁷⁴² Message Via Sicura 2010, 7755 s. Voir Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 108 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 130 ; Jürg BICKEL, Kommentar *ad* Art. 15d SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 233 ss.

²⁷⁴³ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 1523 ss.

²⁷⁴⁴ Tels qu'ils sont énoncés aux Annexes 2 et 2a de l'OAC.

6.4 En raison d'un signalement officiel ou d'une communication du médecin traitant ou d'un tiers

6.4.1 *Communication d'un office AI à l'autorité de la circulation routière ou de la navigation intérieure*

En cas de doute sur les capacités physiques ou psychiques d'un assuré à conduire un véhicule en toute sécurité, l'office AI peut signaler l'assuré à l'autorité cantonale compétente (art. 66c al. 1^{er} LAI²⁷⁴⁵, auquel l'art. 15d al. 1^{er} lettre d LCR et l'art. 17b al. 1^{er} lettre d LNI font référence).

Cette disposition relativement récente, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012, ne visait à l'origine que les conducteurs de véhicules automobiles ; elle a été élargie depuis le 1^{er} janvier 2020 aux conducteurs de bateaux²⁷⁴⁶. Il ne s'agit pas d'une obligation, mais d'une faculté de signalement, qui permet la communication de données en principe couvertes par le secret de fonction et par la législation sur la protection des données.

Le Conseil fédéral relève à propos de ce mécanisme qu'il est particulièrement utile dans le contexte des maladies psychiques : en cas d'affection de cette nature, il importe que des vérifications soient réalisées afin de s'assurer que l'aptitude à la conduite est toujours présente. Pour les handicaps physiques, des mesures techniques de transformation de véhicules permettent souvent de les pallier et de rétablir efficacement cette aptitude²⁷⁴⁷.

L'assuré doit être informé qu'il a été signalé à l'autorité compétente ; si cette autorité le demande, les « documents correspondants » lui sont remis par l'office AI (art. 66c al. 2 et 3 LAI).

Un employé d'un office AI qui jugerait opportun de communiquer des informations de cette nature à une autre autorité chargée de contrôler le transport – le DETEC pour le transport par rail ou l'OFAC pour l'aviation civile, par exemple – devrait préalablement se faire délier de son secret de

²⁷⁴⁵ Voir notamment Michel VALTERIO, p. 827.

²⁷⁴⁶ Message Navigation intérieure 2016, 6217.

²⁷⁴⁷ Message Navigation intérieure 2016, 6230.

fonction selon les modalités énoncées à l'art. 320 chiffre 2 CPS²⁷⁴⁸ : l'exception légale ne vaut, en effet, que pour la circulation routière ou la navigation intérieure.

6.4.2 *Communication entre autorité de la circulation routière et autorité de la navigation intérieure*

Selon l'art. 17b al. 6 LNI, dans l'hypothèse où une autorité de la circulation routière ou une autorité de la navigation éprouverait des doutes quant à l'aptitude à la conduite du titulaire d'un permis, elle peut en informer l'autre, si la personne concernée est titulaire d'un permis valable pour un autre type de transport.

Cette base légale permet ainsi, comme lorsque la communication provient d'un office AI, la transmission d'informations en principe couvertes par le secret de fonction et par la protection des données ; la loi prévoit une possibilité de transmettre de telles informations, mais pas une obligation.

Le Message du Conseil fédéral à l'appui de cette récente modification légale ne semble envisager qu'une communication de l'autorité de la navigation destinée à l'autorité de la circulation routière²⁷⁴⁹ ; cependant, la rédaction de la disposition autorise certainement une communication « dans l'autre sens ». Elle n'est toutefois possible qu'entre les deux autorités citées par la loi, une limitation regrettable du point de vue de la sécurité publique ; une communication à d'autres autorités – le DETEC ou l'OFAC, par exemple – devrait être précédée par une levée du secret de fonction, selon les modalités de l'art. 320 ch. 2 CPS.

²⁷⁴⁸ Voir notamment Niklaus OBERHOLZER, Kommentar *ad* Art. 320 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB, p. 5451 ss; Jean-Marc VERNIORY, Commentaire *ad* art. 320 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 2141 ss ; Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, p. 733 ss.

²⁷⁴⁹ Message Navigation intérieure 2016, 6232.

6.4.3 *Communication de la police*

Selon les art. 123 al. 3 OAC et 37 OCCR, si la police est informée de faits, par exemple de graves maladies ou de toxicomanie, pouvant entraîner un refus ou un retrait de permis, elle en avise l'autorité compétente en matière de circulation routière.

Une telle communication ne fait pas partie de celles qui sont énoncées à l'art. 15d LCR. Dans la mesure où il est question de données relatives à la santé, soit des données sensibles au sens des législations sur la protection de données (art. 3 lettre c LPD pour le droit fédéral)²⁷⁵⁰, on peut s'interroger sur la légalité d'une communication de cette nature. Elle pourrait certes entrer dans le champ d'application d'une disposition correspondant à l'art. 19 al. 1^{er} lettre a LPD²⁷⁵¹, soit la communication d'une donnée dont « le destinataire a [...] absolument besoin [...] pour accomplir sa tâche légale ». Reste qu'une base légale formelle serait, en l'espèce, souhaitable²⁷⁵².

6.4.4 *Communication du médecin traitant à l'autorité de la circulation routière ou de la navigation intérieure*

L'art. 15d al. 3 LCR et l'art. 17b al. 3 LNI autorisent un médecin à communiquer à l'autorité compétente qu'une personne n'est pas apte, en raison d'une maladie physique ou mentale ou d'une infirmité, ou encore en raison d'une dépendance, à conduire un véhicule automobile ou un bateau en toute sécurité²⁷⁵³.

²⁷⁵⁰ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1).

²⁷⁵¹ Les tâches de contrôle de la circulation étant effectuées quasi exclusivement par les polices cantonales ou communales, la LPD n'est en fait pas applicable ; ce sont les lois cantonales relatives à la protection des données qui devraient être mises en œuvre. Elles se recoupent cependant très largement, en particulier à propos des conditions de communication de données personnelles sensibles.

²⁷⁵² Cédric MIZEL, Preuves exploitables et preuves illicites en matière d'examen de l'aptitude à la conduite automobile, *in*: Circulation routière 2/2012, p. 44 ss ; BUSSY RUSCONI, p. 189.

²⁷⁵³ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 183 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 86 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 128 ss ; Jürg BICKEL, Kommentar *ad* Art. 15d SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 226 ss.

La transmission d'informations dans ce contexte ne correspond pas à une violation du secret professionnel²⁷⁵⁴ : elle constitue en effet une exception à ce devoir de confidentialité, plus spécifiquement un « droit d'aviser » prévu par la législation fédérale, auquel l'art. 321 chiffre 3 CPS fait expressément référence.

Pour le praticien, ce droit d'aviser n'est cependant pas synonyme d'obligation de « dénoncer » : il reste libre d'aviser l'autorité compétente ou non. On peut imaginer qu'il y songera s'il constate que son patient, en dépit des avertissements et des messages de prudence de son médecin, persiste à prendre le volant et met en péril la sécurité routière. Dans ce contexte, un devoir d'information spécifique du médecin ou du pharmacien à propos des effets négatifs des médicaments prescrits sur la capacité à la conduite, proposé dans l'avant-projet Via Sicura, a finalement été abandonné²⁷⁵⁵. Le devoir d'information général à propos du traitement doit cependant porter sur ses effets dans la vie quotidienne du patient, ce qui englobe sa capacité à la conduite²⁷⁵⁶.

6.4.5 *Communication du médecin traitant aux autres autorités compétentes en matière de transport ?*

Un médecin qui souhaiterait communiquer des informations de cette nature à une autre autorité chargée de contrôler le transport – le DETEC pour le transport ferroviaire, ou l'OFAC pour le transport aérien, par exemple – devrait préalablement se faire délier de son obligation de confidentialité découlant du secret médical, selon les modalités énoncées à l'art. 321 chiffre 2 CPS²⁷⁵⁷ : les exceptions légales de la LCR et de la LNI

²⁷⁵⁴ Voir notamment Frédéric ERARD, *Le secret médical – Etude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, Zurich 2021, p. 411 ss ; Patrice MANGIN et al., *Le secret médical en rapport avec la capacité ou l'aptitude à la conduite*, in: *Revue médicale suisse* 2009, p. 1999 ss.

²⁷⁵⁵ Message Via Sicura 2010, 7745.

²⁷⁵⁶ Voir notamment Christophe BÜLA et al., *Conduite automobile et troubles cognitifs : comment anticiper ?* in *Rev Med Suisse* 2011, p. 2184 ss, Voir aussi précédemment, p. 84.

²⁷⁵⁷ Voir notamment Niklaus OBERHOLZER, *Kommentar ad Art. 321 StGB*, in: *Basler Kommentar StGB*, p. 5457 ss; Benoît CHAPPUIS, *Commentaire ad art. 321 CPS*, in: *Commentaire romand CP II*, p. 2156 ss; Bernard CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, p. 750 ss.

ne valent, en effet, que pour la circulation routière ou pour la navigation intérieure.

Après une tragédie aérienne survenue en France en 2015²⁷⁵⁸, ce point a suscité des discussions, parfois animées. La profession médicale s'oppose cependant à une obligation de déclaration, y voyant un risque pour le lien thérapeutique ; le Bureau français d'enquêtes et d'analyses pour la sécurité de l'aviation civile pour sa part, dans son rapport établi après l'accident, a notamment recommandé qu'un « équilibre » soit trouvé entre secret médical et sécurité publique²⁷⁵⁹.

Dans un souci de cohérence, une possibilité de signalement, au moins, devrait figurer dans le droit fédéral. Le législateur suisse a, en effet, considéré que des préoccupations de sécurité publique l'emportaient sur le secret médical dans les normes touchant à circulation routière et à la navigation intérieure ; on ne voit pas comment justifier qu'une telle faculté soit absente des normes relatives à la sécurité ferroviaire ou aérienne. Une modification législative dans ce sens est désormais à l'étude²⁷⁶⁰.

6.4.6 *Communication d'un particulier à l'autorité de la circulation routière*

Selon l'art. 30a al. 1^{er} OAC, un particulier peut communiquer à l'autorité cantonale ses doutes sur l'aptitude à la conduite d'une autre personne²⁷⁶¹. Une communication de cette nature n'est prévue par aucune des autres législations relatives à la mobilité ; on ne voit pas, cependant, ce

²⁷⁵⁸ L'enquête a révélé que le co-pilote d'une compagnie aérienne allemande qui s'était suicidé en précipitant son appareil, avec tous ses passagers, contre le flanc d'une montagne était traité par plusieurs psychiatres pour un état de grave dépression ; la compagnie et l'autorité compétente en matière d'aviation civile l'ignoraient. Voir Julie CONTI, Le crash de Germanwings met le secret médical sous pression, *in*: Le Temps du 2 avril 2015, <https://www.letemps.ch/suisse/crash-germanwings-met-secret-medical-pression>.

²⁷⁵⁹ <https://www.bea.aero/les-enquetes/evenements-notifies/detail/event/accident-dun-airbus-a320-211-immatricule-d-aipx-exploite-par-germanwings-vol-gwi18g-survenu-le-24/>

²⁷⁶⁰ Voir en particulier le Rapport explicatif du 1^{er} mai 2020 rédigé à ce propos par l'Office fédéral de l'aviation civile, https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3134/LA_Rapport-expl_fr.pdf.

²⁷⁶¹ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 1534 s.

qui pourrait l'empêcher dans les faits. L'anonymat garanti au dénonciateur par l'OAC ne pourrait toutefois pas l'être dans d'autres domaines de la mobilité, faute de base légale.

L'autorité cantonale peut alors demander un rapport au médecin traitant, tout en garantissant, on l'a dit, l'anonymat à l'auteur de la communication, s'il le demande. L'identité de l'auteur doit rester confidentielle même dans le cadre d'une éventuelle procédure administrative ultérieure engagée contre le conducteur.

Si la personne signalée n'a pas de médecin traitant ou qu'elle se refuse à indiquer qui est son médecin traitant, l'autorité cantonale peut ordonner un examen médical auprès d'un autre médecin (art. 30a al. 2 OAC).

6.5 En raison d'une communication spontanée du titulaire ?

Conformément à l'art. 26 al. 1er OAC, le titulaire d'un permis de conduire un véhicule automobile est tenu d'annoncer à l'autorité toute circonstance qui requiert le remplacement de son permis et de son autorisation ; l'art. 15 al. 4 OAC impose une même obligation au titulaire d'un permis d'élève conducteur.

Cette disposition figure dans une section de l'Ordonnance intitulée « Obligations d'annoncer et contrôles relevant de la médecine du trafic » (art. 26 et 27 OAC) ; sa rédaction et la systématique de la section ne permettent probablement pas de l'interpréter comme une obligation à charge du conducteur d'annoncer spontanément des changements dans son état de santé qui justifieraient une nouvelle appréciation de son aptitude médicale à la conduite.

6.6 Examens médicaux et psychologiques

L'examen d'évaluation de l'aptitude – même si, dans ce contexte, il est plutôt question de déterminer une éventuelle inaptitude - à la conduite ordonné par l'autorité cantonale sur la base de l'art. 15d LCR est confié à un médecin ou à un psychologue, selon que les questions soulevées relèvent de l'une ou de l'autre spécialité (art. 28a OAC). Si les circonstances du cas

d'espèce le justifient, l'autorité peut ordonner que les deux examens soient réalisés simultanément²⁷⁶².

6.6.1 Examen médical

L'examen médical porte sur les exigences minimales précisées à l'Annexe 1 de l'OAC et qui sont aussi applicables à la navigation intérieure par renvoi de l'art. 82 al. 2^{ter} et al. 5 ONI. Elles sont réparties en deux catégories – premier et deuxième « groupes » -, les secondes, destinées aux conducteurs des catégories professionnelles, étant plus strictes que les premières.

Elles portent sur dix points : les facultés visuelles ; l'ouïe ; la dépendance à l'alcool, aux stupéfiants et aux produits pharmaceutiques psychotropes ; les troubles des fonctions cérébrales d'origine organique ; les maladies neurologiques ; les maladies cardiovasculaires ; les maladies du métabolisme ; les maladies des organes respiratoires et abdominaux ; enfin, les maladies de la colonne vertébrale et de l'appareil locomoteur. La détermination d'une dépendance à l'alcool, aux stupéfiants ou à des produits pharmaceutiques psychotropes nécessite évidemment des analyses biologiques pour en confirmer l'existence, même si l'examen clinique peut déjà livrer des indices²⁷⁶³.

Le médecin chargé de l'examen procède à un examen clinique et vérifie que l'aptitude existe pour les points cités précédemment, le cas échéant en fonction de valeurs exigées pour certains tests, à l'aide des formules destinées au médecin (« exemplaire pour le médecin ») prévues à l'Annexe 2 (conducteurs des catégories non professionnelles) et à l'Annexe 2a (conducteurs des catégories professionnelles). S'il l'estime nécessaire, il peut demander un examen complémentaire à un autre médecin (art. 5abis al. 2 OAC et 5j al. 1^{er} OAC), ou une course de contrôle, éventuellement réalisée avec la participation d'un médecin (art. 5j al. 2 OAC).

²⁷⁶² Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 1531 s.

²⁷⁶³ Voir notamment Bruno LINIGER, Verkehrsmedizin, in: Manfred Dähler, René Schaffhauser (éd.), Handbuch SVG, p. 579 ss.

Le médecin ne communique pas les résultats bruts de ses observations cliniques ou d'éventuelles analyses, mais utilise les formules prévues aux Annexes 3, 3a et 4 (art. 5i al. 4 OAC), destinées à l'autorité (« communication à l'autorité cantonale ») et qui ne contiennent en fait que des appréciations sur l'existence d'une maladie ou d'une pathologie « significative du point de vue de la médecine du trafic ». Il précise encore si, à son sens, les exigences médicales sont satisfaites, ne le sont pas, ou ne le sont qu'à certaines conditions.

6.6.2 Examen psychologique

Il n'existe pas de protocole officiel pour les examens de psychologie du trafic (art. 5i OAC *a contrario*).

La Société Suisse de Psychologie de la Circulation propose cependant sur son site²⁷⁶⁴ une rubrique consacrée à l'« expertise d'aptitude à la conduite », qui livre des renseignements relatifs aux exigences qu'une expertise psychologique de la circulation doit satisfaire²⁷⁶⁵. Ainsi, un rapport d'expertise doit répondre à certains critères de nature formelle, présenter les antécédents de la personne concernée et examiner en outre les points suivants :

« Observation du comportement :

Comportement du client avant, pendant et après l'évaluation

Exploration :

Données du client concernant son vécu, son apprentissage et sa pratique de la conduite, les délits au code de la route, les raisons possibles de ses délits, les processus d'assimilation et de changement ayant eu lieu depuis la dernière infraction, les stratégies de compensation et d'évitement

Psychométrie :

Description des tests de performances et de personnalité utilisés et présentation des résultats

Résumé des résultats et de l'évaluation :

Evaluation du processus d'assimilation des délits

²⁷⁶⁴ <https://www.vfv-spc.ch/fr/>.

²⁷⁶⁵ Voir aussi notamment Jacqueline BÄCHLI-BIETRY et al., Verkehrspsychologie, in: Manfred Dähler, René Schaffhauser (éd.), Handbuch SVG, p. 542 ss.

Evaluation des facteurs de personnalité liés à une récidive
Evaluation des performances cognitives
Evaluation des stratégies de compensation et d'évitement
Evaluation globale de l'aptitude à la conduite: oui, oui sous condition,
non
Si oui sous condition, formulation explicite des conditions
Si non, mention explicite des déficits et des moyens visant à la
réhabilitation et ensuite nouvelle évaluation de l'aptitude à la
conduite ».

6.7 Analyses médicales

Selon l'art. 55 al. 7 lettre c LCR, le Conseil fédéral peut prescrire que les échantillons, notamment les échantillons de sang, de cheveux ou d'ongles, prélevés dans le but d'établir une éventuelle incapacité, soient analysés en vue de déterminer, chez la personne concernée, l'existence d'une forme de dépendance diminuant son aptitude à conduire²⁷⁶⁶ ; il n'a cependant pas fait usage de cette compétence²⁷⁶⁷. Selon la jurisprudence, les modalités de prélèvement et d'analyse résultent en conséquence de la mise en œuvre des règles de procédure cantonales²⁷⁶⁸. Il s'agit en fait d'une exception au principe de finalité de la législation sur la protection des données (art. 4 al. 3 LPD²⁷⁶⁹), autorisée par la loi, au moins dans son principe.

La nature de l'analyse et le support biologique analysé vont dépendre de la question que l'autorité cherche à résoudre et qu'elle soumet à l'expert, en tenant compte de la « fenêtre » pendant laquelle la ou les substances recherchées sont directement ou indirectement détectables. Une analyse de sang permet d'y détecter la présence d'alcool environ 6 à 12 heures après sa consommation ; il est ensuite éliminé par l'organisme, de sorte qu'il n'est plus présent que dans les urines, environ 1 à 2 jours après la consommation. Pour les stupéfiants et les médicaments, l'élimination du sang est plus

²⁷⁶⁶ Voir notamment Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 86 ss ; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 128 ss ; Jürg BICKEL, *Kommentar ad Art. 55.7 SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 226 ss.

²⁷⁶⁷ Dans ce sens, Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 501 s.

²⁷⁶⁸ Arrêt du 1^{er} mai 2007 dans la cause 6A.8/2007, cons. 2.4.

²⁷⁶⁹ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1).

rapide encore ; une analyse des urines permet cependant de les détecter pendant encore 12 à 24 heures²⁷⁷⁰.

Au-delà de ces « fenêtres », l'analyse ne recherche plus la substance elle-même, désormais totalement éliminée, mais des « marqueurs », c'est-à-dire des molécules correspondant à des « résidus » de substances prohibées après leur élimination par l'organisme – des « métabolites » -, parfois encore détectables dans le sang ou dans les cheveux plusieurs semaines après leur consommation ; alternativement, l'analyse peut aussi viser la détection d'autres substances produites par l'organisme en réponse à une consommation abusive d'alcool, de stupéfiants ou de médicaments. Leur présence constante, dans des quantités dénotant une consommation importante, est un indice assez parlant d'une dépendance.

6.7.1 *Prélèvement et analyse de sang*

Les analyses de sang auxquelles on peut avoir recours dans ces circonstances permettent non seulement de déterminer une consommation abusive d'alcool, mais aussi d'estimer la quantité consommée.

Le dosage de la CDT (« Carbohyrate Deficient Transferrin ») est une méthode commune de détection d'une consommation abusive régulière d'alcool ; il est souvent associé à un dosage d'une enzyme hépatique (« gamma GT ou GGT »), dont un taux élevé est un autre indice de consommation abusive²⁷⁷¹.

Cette méthode est cependant peu à peu supplantée par une nouvelle méthode de détection de la consommation d'alcool, le dosage du PEth (« phosphatidylethanol »), plus sensible dans la mesure où elle permet de détecter une consommation régulière à partir de quelques verres de vin par semaine, tandis que le dosage de la CDT ne varie pas à moins d'une vingtaine de verres de vin par semaine²⁷⁷².

²⁷⁷⁰ En conversation avec Nicolas Donzé, biologiste chef adjoint, Institut central des hôpitaux (ICH), à Sion.

²⁷⁷¹ Pour un cas d'application, voir l'arrêt du 13 juin 2014 dans la cause 1C_809/2013.

²⁷⁷² Maurice FELLAY et al., Les marqueurs de l'alcool : le mode de travail en médecine du trafic, Caduceus Express no 9, novembre 2020.

Selon le Tribunal fédéral, « [l']existence d'une dépendance à l'alcool est admise si la personne concernée consomme régulièrement des quantités exagérées d'alcool, de nature à diminuer sa capacité à conduire des véhicules automobiles, et se révèle incapable de se libérer ou de contrôler cette habitude par sa propre volonté. La dépendance doit être telle que l'intéressé présente plus que tout autre automobiliste le risque de se mettre au volant dans un état ne lui permettant plus d'assurer la sécurité de la circulation. »²⁷⁷³

« La notion de dépendance au sens des art. 14 al. 2 let. c et 16d al. 1 let. b LCR ne recoupe donc pas la notion médicale de dépendance à l'alcool. La notion juridique permet déjà d'écarter du trafic des personnes qui, par une consommation abusive d'alcool, se mettent concrètement en danger de devenir dépendantes au sens médical »²⁷⁷⁴.

6.7.2 Prélèvement et analyse de cheveux

L'analyse capillaire constitue, comme l'analyse de sang, une analyse permettant de déterminer une consommation régulière d'alcool ; c'est au surplus la seule méthode qui permet de détecter une consommation régulière de stupéfiants ou une consommation régulière abusive de médicaments.

Lorsqu'elle vise la détection d'une consommation d'alcool abusive, l'analyse capillaire consiste en un dosage de l'EtG (« Ethylglucuronide »), plus efficace que le dosage de la CDT mais moins sensible que celui du PEth : l'EtG varie à partir d'une consommation hebdomadaire d'environ 14 verres de vin²⁷⁷⁵.

Une mèche prélevée à l'aide d'une paire de ciseaux par le personnel du laboratoire suffit pour une analyse capillaire. La calvitie n'est pas un obstacle absolu à une telle analyse : c'est la pilosité présente sur les bras qui est alors prélevée, même si les résultats sont plus délicats à évaluer²⁷⁷⁶. Les

²⁷⁷³ Arrêt du 12 mai 2006 dans la cause 6A.23/2006 ; ATF 129 II 82, 86.

²⁷⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁷⁵ Maurice FELLAY et al., Les marqueurs de l'alcool : le mode de travail en médecine du trafic, *Caduceus Express* no 9, novembre 2020

²⁷⁷⁶ En conversation avec Nicolas Donzé.

cheveux teints ou l'utilisation d'autres produits cosmétiques ne compromettent pas l'analyse²⁷⁷⁷.

6.7.3 *Prélèvement et analyse d'ongles ?*

Quant à l'analyse d'ongles, quoique prévue à titre d'analyse médicale pour déterminer une dépendance, la pratique ne l'utilise pas, l'analyse de sang ou l'analyse capillaire, plus communes et plus efficaces, permettant d'obtenir les mêmes informations²⁷⁷⁸.

6.8 Qualifications requises pour réaliser les examens médicaux et psychologiques

Les autres examens relevant de la médecine du trafic ne peuvent être réalisés que par des médecins et des psychologues « reconnus » (art. 5a al. 1^{er} et al. 2 OAC). L'autorité cantonale procède à la reconnaissance des médecins selon plusieurs niveaux différents, du « niveau 1 » qui ne permet que les contrôles relevant de la médecine du trafic de titulaires d'un permis de conduire âgés de plus de 75 ans, jusqu'au « niveau 4 », qui permet la réalisation de tous les examens et de toutes les expertises utiles à l'évaluation de l'aptitude ou de la capacité de conduire (art. 5abis al. 1^{er} OAC).

Ces niveaux correspondent à des exigences particulières de formation et de formation continue précisées à l'art. 5b OAC, notamment dispensées par la Société suisse de médecine légale (SSML)²⁷⁷⁹. Les psychologues du trafic, eux, sont reconnus conformément aux conditions énoncées à l'art. 5c OAC, en particulier s'ils détiennent un titre de spécialiste délivré par la Fédération suisse des psychologues (FSP)²⁷⁸⁰. Pour les uns et les autres, la reconnaissance est valable cinq ans et peut être prolongée (art. 5e et 5f OAC), toutefois pas au-delà de l'âge de 75 ans (art. 5g OAC).

²⁷⁷⁷ En conversation avec Nicolas Donzé.

²⁷⁷⁸ En conversation avec Nicolas Donzé.

²⁷⁷⁹ <https://www.sgrm.ch/fr/ssml-home/>.

²⁷⁸⁰ <https://www.psychologie.ch/fr>.

6.9 Qualifications requises pour réaliser les analyses médicales

Les qualifications requises des laboratoires pour réaliser des analyses médicales en lien avec une éventuelle inaptitude et les qualifications requises pour interpréter les résultats à titre d'expert, telles qu'elles sont énoncées par l'art. 16 al. 2 OCCR, sont les mêmes que celles qui sont exigées pour les réaliser à propos de l'incapacité. Elles sont détaillées plus loin²⁷⁸¹.

6.10 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Les examens médicaux qui viennent d'être détaillés sont certes « imposés » par le droit fédéral si le conducteur ou l'élève conducteur entend obtenir son permis ou, plus tard, s'il souhaite le conserver. Cependant, les lois ne prévoient pas réellement une obligation de s'y soumettre, qui serait assortie d'une sanction pénale pour celles et ceux qui refuseraient de s'y plier, avec un éventuel recours à la force pour la faire respecter.

En réalité, cette obligation correspond plutôt à une incombance. L'obligation de collaborer résulte en effet de l'inconvénient ou du désavantage auquel l'administré s'expose s'il ne collabore pas à la réalisation de la mesure médicale : l'autorité détient le pouvoir de retirer le permis de conduire et elle va l'exercer si l'administré ne collabore pas.

La base légale dont découle cette incombance se trouve dans les dispositions de procédure administrative prévoyant, à charge de l'administré, l'obligation de collaborer à l'établissement des faits dans le cadre d'une procédure administrative (art. 13 PA pour une procédure régie par la procédure administrative fédérale²⁷⁸²) et, à défaut, de la possibilité laissée à l'administration de statuer sur la base du dossier, même incomplet (art. 52 al. 3 PA pour le droit fédéral).

²⁷⁸¹ Voir plus loin, p. 702 s.

²⁷⁸² Etant entendu que les règles de procédure applicables sont celles de la procédure cantonale.

Comme lors de la délivrance du permis d'élève conducteur, si la personne concernée choisit de collaborer, elle doit se comporter de manière loyale. L'obtention d'un permis sur la base de renseignements inexacts, en dissimulant des faits importants ou encore en présentant des faux certificats correspond en effet à une infraction pénale passible d'une peine privative de liberté de trois au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 97 al. 1^{er} lettre d LCR)²⁷⁸³.

6.11 Conséquence de l'inaptitude

6.11.1 *Retrait préventif du permis de conduire ?*

S'il faut un « doute » pour ordonner l'ouverture d'une enquête quant à l'aptitude d'un conducteur ou d'un élève conducteur²⁷⁸⁴, il faut un « doute sérieux » pour prononcer un retrait préventif du permis de conduire (art. 30 OAC).

Le doute est sérieux « en cas de soupçons concrets et sérieux d'inaptitude représentant un risque particulier et un danger immédiat pour les autres usagers »²⁷⁸⁵. Le retrait préventif ne constitue donc pas une mesure systématique et doit répondre au principe de proportionnalité²⁷⁸⁶.

Il ne s'agit par conséquent pas à proprement parler d'une conséquence de l'inaptitude, mais plutôt d'une conséquence possible de l'ouverture de l'enquête destinée à établir cette éventuelle inaptitude. La mesure correspond dans les faits à une mesure provisionnelle, expressément énoncée par l'OAC et plus généralement prévue par l'art. 46 PA au titre de décision incidente²⁷⁸⁷. C'est par ce biais que cette mesure pourrait être applicable à la LNI, qui ne connaît pas la notion de retrait préventif.

²⁷⁸³ Voir précédemment, p. 668.

²⁷⁸⁴ Voir précédemment, p. 670 ss.

²⁷⁸⁵ Arrêt du 20 novembre 2014 dans la cause 1C_277/2014, cons. 3.

²⁷⁸⁶ Voir notamment Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, p. 177 ss.

²⁷⁸⁷ Etant entendu, cependant, que les règles de procédure administratives applicables aux procédures de retrait d'un permis de conduire sont celles de la procédure administrative cantonale ; voir plus loin, p. 714 s.

6.11.2 *Retrait de sécurité de durée indéterminée*

Lorsque l'enquête confirme les doutes et que l'inaptitude est établie, l'autorité compétente prononce un retrait de permis « de sécurité », parce que les conditions légales de sa délivrance ne sont pas ou plus remplies (art. 16d al. 1^{er} et al. 3 LCR)²⁷⁸⁸, en particulier celles qui ont trait aux aptitudes physiques et psychiques (art. 16d al. 1^{er} lettres a et b et al. 3 LCR²⁷⁸⁹).

Un retrait de sécurité est prononcé pour une durée indéterminée, mais au moins la durée minimale prévue pour l'infraction commise, si le retrait de durée indéterminée est prononcé à la place d'un retrait d'admonestation (art. 16 d al. 2 LCR).

6.11.3 *Retrait de sécurité à titre définitif*

Selon l'art. 16d al. 3 LCR²⁷⁹⁰, le permis est retiré à titre définitif au conducteur incorrigible ou au conducteur qui, au cours des cinq dernières années, a déjà fait l'objet d'un retrait de permis pour délit de chauffard au sens de l'art. 16c al. 2 lettre a^{bis} LCR²⁷⁹¹. La LNI prévoit aussi le retrait définitif du permis de conduire d'un conducteur incorrigible.

Est considéré comme « incorrigible », tant au sens de la LCR qu'au sens de la LNI, le conducteur qui fait preuve d'une inaptitude caractérielle et qui, par son comportement extérieur, « ne présente pas la garantie d'observer les prescriptions et de respecter autrui lorsqu'il est au volant,

²⁷⁸⁸ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 283 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 202 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 175 ss ; Bernhard RÜTSCHKE, Nadja D'AMICO, Kommentar *ad* Art. 16d SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 371 ss.

²⁷⁸⁹ Lorsqu'un cycliste est inapte, les autorités peuvent lui interdire la conduite de ce véhicule (art. 19 al. 2 LCR) ; s'il a circulé en étant pris de boisson, l'interdiction sera d'un mois au moins (art. 19 al. 3 LCR).

²⁷⁹⁰ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 298 ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 222 ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 179 ; Bernhard RÜTSCHKE, Nadja D'AMICO, Kommentar *ad* Art. 16d SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 397 ss.

²⁷⁹¹ Voir notamment Daniele GALLIANO, Le délit de chauffard, Berne 2019; Julien DELEZE, Le « délit de chauffard » au sens de l'art. 90 al. 3 LCR : éléments constitutifs et proposition d'interprétation, *in*: PJA 2013, p. 1202 ss.

c'est-à-dire lorsqu'un pronostic défavorable doit être posé quant au comportement futur de l'intéressé »²⁷⁹².

7. Actes de nature médicale pour établir l'incapacité

7.1 Lors d'un contrôle officiel de la circulation routière

7.1.1 *Contrôle de l'alcoolémie*

Tout conducteur d'un véhicule automobile ou d'un bateau peut être soumis à un contrôle d'alcoolémie afin de déterminer sa capacité à la conduite (art. 55 al. 1^{er} LCR²⁷⁹³ pour la circulation routière et art. 24b al. 1^{er} LNI).

Ces deux lois autorisent un contrôle inopiné, même en dehors de tout « soupçon préalable » d'une éventuelle incapacité²⁷⁹⁴. L'OCCR précise que les contrôles de police ont lieu par sondages, de manière systématique ou dans le cadre d'opérations d'envergure, éventuellement coordonnées au niveau supracantonal voire international (art. 5 al. 2 OCCR). Les agents de l'administration fédérale des douanes peuvent aussi contrôler « l'état des conducteurs » et le respect de la durée du travail, de la conduite et du repos des conducteurs qui entrent en Suisse ou qui en sortent (art. 4 al. 2 lettres b et c OCCR).

La Loi sur les chemins de fer²⁷⁹⁵ (art. 82 al. 1^{er} LCdF) et la Loi sur les installations à câbles²⁷⁹⁶ (art. 24b al. 1^{er} LICa) prévoient des dispositions de même nature pour les personnes affectées à des activités déterminantes pour la sécurité du transport. La Loi sur la navigation maritime²⁷⁹⁷, quoiqu'elle

²⁷⁹² Arrêt du 20 mai 2019 dans la cause 1C_496/2018.

²⁷⁹³ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 637 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 485 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 326 ss ; Silvan FAHRNI, Stefan HEIMGARTNER, Kommentar *ad* Art. 55 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 935 ss.

²⁷⁹⁴ ATF 142 IV 324, 326.

²⁷⁹⁵ Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101).

²⁷⁹⁶ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les installations à câbles transportant des personnes (loi sur les installations à câbles [LICa] ; RS 743.01).

²⁷⁹⁷ Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (RS 747.30). L'acronyme LNM ne figure pas au Recueil systématique.

réprime l'« ivresse »²⁷⁹⁸, ne dit rien, elle, sur les conditions d'un contrôle inopiné réalisé par des autorités officielles – il est vrai qu'il est sans doute difficile à mettre en place en haute mer²⁷⁹⁹ -.

Quant à la Loi sur l'aviation²⁸⁰⁰, elle autorise un « examen approprié » des membres de l'équipage de conduite d'un aéronef « lorsque des indices permettent de conclure qu'ils sont pris de boisson ou qu'ils se trouvent sous l'influence de narcotiques ou de substances psychotropes » (art. 100ter al. 1^{er} LA). Ainsi, contrairement à la LCR, à la LNI, à la LCdF et à LICa, la législation sur la navigation aérienne requiert des indices d'incapacité pour qu'un contrôle inopiné de l'alcoolémie puisse être effectué. Une modification de la loi est cependant à l'étude, pour permettre des contrôles inopinés même sans indice de consommation préalable²⁸⁰¹.

Une nouvelle disposition du Code de procédure pénale, l'art. 251a CPP²⁸⁰², est désormais spécifiquement applicable aux situations dans lesquelles le contrôle a lieu en cas de soupçon d'infraction. Ce contrôle constitue dans de telles circonstances « une mesure de droit procédural » qui pourrait s'inscrire dans le cadre d'une instruction pénale lorsque le soupçon était fondé. La personne concernée peut être soumise à un alcootest, à une prise de sang ou à un prélèvement d'urine (lettres a à c). La disposition autorise la police à procéder à l'alcootest ou à faire procéder aux deux autres prélèvements biologiques et à leur analyse. Auparavant, le prélèvement et l'analyse de sang ou d'urine nécessitaient un mandant émis par le ministère public, en application du principe général énoncé à l'art. 198 al. 1^{er} lettre a CPP.

²⁷⁹⁸ L'ivresse à bord, lorsqu'elle compromet la sûreté du navire ou de la navigation, constitue une infraction pénale (art. 139 LNM).

²⁷⁹⁹ Le capitaine détient certes des pouvoirs de police (art. 57 LNM) ; on ne l'imagine cependant pas les mettre en œuvre contre lui-même. Voir notamment Jean-Hughes BUSSLINGER, Du statut et des compétences du capitaine de navire, Tolochenaz 1989, p. 124 ss.

²⁸⁰⁰ Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA, RS 748.0).

²⁸⁰¹ Voir le Rapport explicatif du 1^{er} mai 2020 rédigé à ce propos par l'Office fédéral de l'aviation civile,

https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3134/LA_Rapport-expl_fr.pdf.

²⁸⁰² Adoptée le 17 juin 2022, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2024 (FF 2022 1560).

7.1.2 *Contrôle de la consommation de stupéfiants ou de médicaments*

Lorsque la personne concernée présente des indices laissant présumer une incapacité de conduire et que ces indices ne sont pas uniquement dus à l'influence de l'alcool, elle peut faire l'objet d'autres examens préliminaires, notamment un contrôle d'urine ou de salive (art. 55 al. 2 LCR²⁸⁰³ et 24b al. 2 LNI).

Si le contrôle a lieu parce qu'existe un soupçon d'infraction, l'art. 251a CPP²⁸⁰⁴ ne prévoit que le prélèvement puis l'analyse de sang ou d'urine. L'absence du contrôle de salive dans cette liste ne devrait probablement pas être interprétée comme une volonté du législateur d'exclure l'utilisation de ce type de test, souvent mis en œuvre par la police. Les contrôles de salive peuvent sans doute encore être utilisés afin de fonder un éventuel soupçon. Toutefois, dans le cadre de la procédure pénale qui pourrait suivre, seule l'analyse de sang ou l'analyse d'urine pourrait être utilisée à titre de moyen de preuve pour retenir l'existence d'une incapacité à charge de la personne prévenue.

Alors qu'un contrôle d'alcoolémie peut viser tout conducteur dans n'importe quelle circonstance, le contrôle de stupéfiants ou de médicaments suppose « des indices accréditant que la personne contrôlée est incapable de conduire à cause d'une autre substance que l'alcool et qu'elle a conduit dans cet état » (art. 10 al. 2 OCCR). Ces indices peuvent résulter par exemple de la conduite du véhicule, du comportement du conducteur dans son interaction avec les agents de police (art. 17 OCCR), de son apparence physique, d'odeurs particulières qui pourraient émaner de l'habitacle du véhicule ou même des déclarations du conducteur, qui annoncerait spontanément qu'il a consommé des médicaments ou des produits prohibés²⁸⁰⁵.

²⁸⁰³ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 637 ss ; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 485 ss ; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 326 ss ; Silvan FAHRNI, Stefan HEIMGARTNER, *Kommentar ad Art. 55 SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 935 ss.

²⁸⁰⁴ Adopté le 17 juin 2022 (FF 2022 1560), dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2024.

²⁸⁰⁵ Instructions du 2 août 2016 concernant la constatation de l'incapacité de conduire dans la circulation routière, http://www.astra2.admin.ch/media/pdfpub/2016-08-02_2628_f.pdf.

7.2 A l'occasion d'un incident ou d'un accident

7.2.1 Incident ou accident dans le domaine des transports

Lors d'une enquête diligentée par le Service suisse d'enquête et de sécurité (SESE)²⁸⁰⁶, cette autorité peut « soumettre à un examen médical portant sur l'état physique ou psychique les personnes ayant participé à la conduite d'un moyen de transport impliqué » (art. 34 al. 1^{er}) ; « [d]es atteintes à l'intégrité corporelle peuvent être ordonnées si elles ne causent pas de douleurs particulières et ne nuisent pas à la santé » (al. 2).

Certaines législations contiennent des dispositions spécifiques à propos de telles enquêtes, ainsi par exemple la LA, à ses art. 24 ss, qui permet d'ordonner des « examens médicaux, notamment prise de sang ou analyse d'urine » (art. 26 al. 2 lettre d LA) ou la LCdF, à ses art. 15 ss, avec un texte identique pour les mesures d'investigation de nature médicale (art. 15b al. 2 lettre d LCdF).

7.2.2 Accident de la circulation routière

Selon l'art. 55 al. 1^{er} LCR, en cas d'accident, ce sont non seulement les conducteurs de véhicules, mais également les « autres usagers de la route impliqués dans [l']accident » qui peuvent être soumis à un contrôle d'alcoolémie²⁸⁰⁷.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « il y a de manière générale lieu de s'attendre à un contrôle de l'alcoolémie à l'alcootest en cas d'accident, sous réserve que celui-ci soit indubitablement imputable à une cause totalement indépendante du conducteur »²⁸⁰⁸.

²⁸⁰⁶ Voir précédemment, p. 656 ss.

²⁸⁰⁷ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 637 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 485 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 326 ss ; Silvan FAHRNI, Stefan HEIMGARTNER, Kommentar *ad* Art. 55 SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 935 ss.

²⁸⁰⁸ ATF 142 IV 324, 327 ; les circonstances de l'accident ne sont pas banales lorsque, par exemple, un conducteur « percute un sanglier sans qu'aucun élément particulier n'explique la collision » ; un contrôle de l'alcoolémie est dès lors justifié.

L'art. 55 al. 4 LCR autorise, à titre exceptionnel, « pour des raisons importantes », une prise de sang effectuée contre la volonté de la personne suspectée²⁸⁰⁹.

7.3 Tests préliminaires

La législation distingue entre les « tests préliminaires » (art. 10 OCCR) et les « examens médicaux complémentaires »²⁸¹⁰, dans les faits des analyses médicales, qui suivent généralement lorsque les tests préliminaires sont positifs (12 et 12a OCCR).

7.3.1 *Analyse de l'air expiré (haleine)*

L'analyse de l'air expiré est d'abord réalisée au moyen d'un éthylotest mobile, à disposition des agents de police dans leur véhicule ; ce premier test préliminaire peut et, dans certains cas, doit être validé par un second test préliminaire réalisé au moyen d'un éthylomètre, appareil fixe se trouvant dans les locaux de la police, ce qui suppose évidemment que la personne examinée s'y rende. Ces deux appareils détectent la présence d'alcool dans l'haleine ; il s'agit donc de mesures indirectes pour déterminer une consommation d'alcool (tandis que l'analyse de sang ou l'analyse d'urine permettent d'évaluer la quantité d'alcool présente dans l'organisme)²⁸¹¹.

Si le résultat du test au moyen de l'éthylotest est négatif et que la personne testée ne présente aucun signe d'incapacité de conduire, « il y a lieu de renoncer à d'autres mesures d'investigation » (art. 10 al. 4 OCCR). En revanche, si le test est positif, la police procède alors en principe à un contrôle de l'alcool au moyen d'un éthylomètre. Cependant, le recours à une mesure effectuée par un éthylomètre, après un contrôle positif à l'éthylotest, n'est pas indispensable si le conducteur reconnaît le résultat de ce premier test, en apposant sa signature sur le rapport de police (art. 10a al.

²⁸⁰⁹ Sur ce point, voir plus loin, p. 704.

²⁸¹⁰ C'est le terme que le législateur utilise à l'art. 92a LCR. La LICa, à ses art. 24f et 25c, utilise plutôt le qualificatif de « supplémentaire ».

²⁸¹¹ Voir notamment Romano LAHARPE, Michel PELLETIER, Conduite en état d'ivresse et détermination du taux d'alcoolémie, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 701 ss.

2 et 13 al. 3 OCCR)²⁸¹². Ces modalités ne sont possibles que lorsque le taux d'alcool mesuré est relativement faible, soit inférieur à 0,4 mg/l ; un taux mesuré au-delà de cette valeur par éthylotest entraîne nécessairement une mesure au moyen d'un éthylomètre²⁸¹³.

En outre, bien que la mesure réalisée avec un éthylotest corresponde en principe à un « premier » test (art. 10 al. 1^{er} OCCR), son utilisation dans un premier temps, avant le recours à un contrôle au moyen d'un éthylomètre si l'éthylotest est « positif », n'est pas requise par la loi : la police peut d'emblée soumettre un conducteur à un contrôle réalisé au moyen d'un éthylomètre (art. 10 al. 5 OCCR).

Deux mesures au moins²⁸¹⁴ sont requises pour un contrôle à l'éthylotest, une seule pour un contrôle à l'éthylomètre. Lors d'un contrôle à l'éthylotest, le résultat inférieur des deux mesures est déterminant (art. 11 al. 3 OCCR).

7.3.2 *Prélèvement et analyse de salive ou d'urine*

Pour déceler la consommation d'autres substances que l'alcool, plus spécifiquement de stupéfiants ou de médicaments, la législation fédérale autorise d'autres examens préliminaires, notamment « un contrôle de l'urine et de la salive » (art. 55 al. 2 LCR ; art. 10 al. 2 et 12a OCCR). L'art. 251a CPP²⁸¹⁵, applicable lorsqu'existe un soupçon d'infraction, ne prévoit cependant pas le prélèvement et l'analyse de salive. Il ne faut sans doute pas interpréter cette norme comme une disposition qui exclurait désormais les contrôles de salive dans de telles circonstances. Toutefois, dans le cadre de la procédure pénale qui pourrait suivre, seule l'analyse de sang ou

²⁸¹² Un modèle de rapport se trouve à l'annexe 2 de l'OCCR-OFROU. Le conducteur doit être informé des conséquences administratives et pénales de sa reconnaissance (art. 13 al. 1^{er} OCCR).

²⁸¹³ Les valeurs pertinentes sont précisées à l'art. 11 al. 3 OCCR. La valeur-seuil est de 0,55 mg/l pour les personnes conduisant un véhicule non motorisé ou un cyclomoteur, selon l'al. 3 lettre c.

²⁸¹⁴ Deux nouvelles mesures sont nécessaires si la seconde diverge de plus de 0.05 mg/l de la première (art. 11 al. 2 OCCR) ; Instructions du 2 août 2016 élaborées par l'OFROU, section 1.2.2.

²⁸¹⁵ Adopté le 17 juin 2022 (FF 2022 1560), dont l'entrée en vigueur est prévue le 1^{er} janvier 2024.

l'analyse d'urine pourrait être utilisée à titre de moyen de preuve pour retenir l'existence d'une incapacité à charge de la personne prévenue.

Simple dans sa mise en œuvre par les agents de police lors du contrôle routier, le contrôle de salive est utilisé en présence d'indices d'incapacité à la conduite que ne corrobore pas un éthylotest négatif. Il peut cependant être d'emblée associé à un éthylotest positif, si les agents de police constatent en outre des signes de consommation de stupéfiants, chez le conducteur ou dans l'habitacle du véhicule.

Les tests de salive sont cependant d'une fiabilité relative²⁸¹⁶. Lorsque tant l'éthylotest que le test de salive sont négatifs mais que pourtant, le conducteur manifeste des indices d'incapacité à la conduite, la police l'emmène alors dans un hôpital afin que soient réalisés des prélèvements biologiques d'urine et de sang (art. 12a OCCR).

7.3.3 *Prélèvement et analyse de sueur ?*

Le prélèvement et l'analyse de sueur ne sont pas prévus par la LCR, ni par la LNI, ni par le CPP ; en revanche, l'OCCR les prévoit, parmi les examens préliminaires (art. 10 al. 2 OCCR), le Conseil fédéral disposant de la compétence d'édicter des prescriptions sur les examens préliminaires en général (art. 55 al 7 LCR et art. 24b LNI).

Ce type de prélèvement n'est toutefois que très rarement utilisé dans la pratique. Sa fiabilité n'est dès lors pas optimale, les processus de prélèvement et d'analyse n'étant pas éprouvés²⁸¹⁷ ; des difficultés notables dans le prélèvement peuvent en outre surgir, la physiologie humaine ne permettant pas de récolter aisément de la sueur en toutes circonstances (et en toute saison).

²⁸¹⁶ La fiabilité est relative dans ce sens que la détection des substances pour lesquels ces tests sont conçus n'est pas absolue. En outre, ils ne détectent évidemment pas les substances pour lesquelles ils ne sont pas conçus ; en conversation avec Nicolas Donzé.

²⁸¹⁷ En conversation avec Nicolas Donzé.

7.4 Portée des tests préliminaires

7.4.1 *Consommation excessive d'alcool*

La mesure résultant d'un contrôle réalisé au moyen d'un éthylotest ou d'un éthylomètre afin de déterminer l'alcoolémie a désormais force probante dans le domaine de la circulation routière²⁸¹⁸, de sorte qu'une prise de sang en vue d'une analyse – seul élément ayant valeur de preuve jusqu'en 2012 - n'est plus indispensable.

Les données chiffrées à propos de la quantité d'alcool consommée sont ainsi admissibles en tant que moyens de preuve si l'automobiliste les accepte. Ces tests sont par conséquent des tests préliminaires qui peuvent aussi être définitifs.

7.4.2 *Présence de stupéfiants et de médicaments*

Les tests de salive ou d'urine, au contraire, sont des tests préliminaires au sens strict (art. 10 al. 2 OCCR) : ils ne permettent que de déceler la présence de stupéfiants ou de médicaments dans le support biologique prélevé, mais ne disent rien quant à une éventuelle consommation abusive régulière, ni à propos de la quantité de substances consommées.

On l'a dit, les tests de salive sont d'une fiabilité relative, de sorte qu'ils peuvent être suivis d'un autre examen préliminaire, soit l'analyse d'urine, même lorsqu'ils sont négatifs, lorsque le comportement du conducteur le justifie. La fiabilité des tests d'urine, elle, est éprouvée scientifiquement : s'ils sont négatifs, la procédure « médicale » s'arrête (art. 10 al. 4 OCCR). S'ils sont positifs, en revanche, le laboratoire va alors procéder à l'analyse du prélèvement sanguin.

²⁸¹⁸ Depuis la modification de l'art. 55 al. 6 LCR ; Message Via Sicura, 7732 ss.

7.5 Analyses complémentaires

7.5.1 *Prélèvement et analyse de sang, avec examen médical lors du prélèvement*

Malgré la valeur probante d'une analyse réalisée à l'aide d'un éthylotest ou d'un éthylomètre, la LCR prévoit une prise de sang si la personne concernée présente des indices laissant présumer une incapacité de conduite qui n'est pas due à l'alcool (art. 55 al. 3 lettre a LCR) ; l'incapacité résulte peut-être, dans un tel cas, de la consommation de stupéfiants ou de médicaments²⁸¹⁹.

Une prise de sang doit également être ordonnée si la personne s'oppose ou se dérobe au contrôle au moyen de l'éthylomètre ou « fait en sorte que cette mesure ne puisse atteindre son but » (art. 55 al. 3 lettre b LCR). En outre, une prise de sang est ordonnée lorsque la personne concernée l'exige (art. 55 al. 3 lettre c LCR). Si le taux d'alcool dans l'haleine et le taux d'alcool dans le sang ont tous les deux été mesurés, c'est le taux d'alcool mesuré dans le sang qui est déterminant (art. 55 al. 6^{bis} LCR).

L'al. 3^{bis} ajoute qu'une prise de sang peut également être ordonnée si le contrôle au moyen de l'éthylomètre est impossible – parce que le conducteur souffre d'une affection respiratoire²⁸²⁰, ou qu'il se trouve parmi les victimes d'un accident, par exemple -, ou encore si ce contrôle est inapproprié pour constater l'infraction, notamment lorsqu'un conducteur impliqué dans un accident a pris la fuite et n'est retrouvé que plusieurs jours plus tard²⁸²¹. La LNI (art. 24b al. 3) formule des modalités similaires.

Au prélèvement de sang est généralement associé un examen médical de la personne concernée, destiné à déceler d'éventuels autres indices d'incapacité ou d'inaptitude à la conduite qui, en raison d'une

²⁸¹⁹ Le mandat décerné par l'autorité compétente contient cependant aussi celui de rechercher la présence éventuelle d'alcool (art. 22 OCCR-OFROU).

²⁸²⁰ Certaines personnes souffrant d'asthme sévère ne sont pas en mesure de « souffler fort » dans l'éthylotest ou dans l'éthylomètre pendant cinq secondes, comme le nécessite le fonctionnement de l'appareil.

²⁸²¹ Cette liste n'est pas exhaustive, Message Via Sicura 7761. Les art. 12 et 12a OCCR décrivent encore plus en détail les cas où une prise de sang doit être ordonnée ; voir les Instructions du 2 août 2016 élaborées par l'OFROU, section 1.4.

consommation d'alcool, de stupéfiants ou de médicaments, pourraient être constatés médicalement (art. 55 al. 7 lettre b LCR *in fine* et art. 15 al. 1^{er} OCCR). Le médecin pourrait par exemple constater et consigner dans son rapport une démarche hésitante, un discours confus ou traînant, un comportement agressif ou d'autres signes semblables, ou encore des signes cliniques, notamment à la palpation du foie, compatibles avec une consommation abusive d'alcool.

Le médecin peut toutefois y renoncer s'il apparaît d'emblée que la personne concernée ne présente, dans son comportement, aucun indice révélant une autre cause d'incapacité de conduire que l'alcool (art. 15 al. 2 OCCR).

7.5.2 Prélèvement et analyse de sang différés

Lorsqu'un conducteur impliqué dans un accident ne « s'arrête pas immédiatement » (art. 51 LCR)²⁸²², qu'il est retrouvé quelques heures plus tard et qu'il affirme avoir consommé de l'alcool « après l'événement critique, [il] doit être interrogé en détail sur la nature des boissons, la quantité et le moment de leur consommation. Les moyens de preuve [par exemple les bouteilles ayant contenu l'alcool consommé postérieurement] doivent être mis en sûreté » (art. 26 al. 3 OOCCR-OFROU).

L'analyse réalisée dans ces circonstances ne permet pas de distinguer entre la quantité d'alcool consommée avant l'événement critique et celle qui pourrait avoir été consommée ensuite. Elle permet cependant, par un calcul rétrospectif, d'évaluer la fiabilité des déclarations des conducteurs,

²⁸²² Si le conducteur a tué ou blessé une personne, ce comportement correspond à la fois à une infraction grave du point de vue administratif (art. 16c al. 1^{er} lettre e LCR) et un délit (« Violation des obligations en cas d'accident », art. 92 al. 2 LCR). Même en présence de simples dégâts matériels, la violation des obligations en cas d'accident constitue une contravention pénale (art. 92 al. 1^{er} LCR). Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 616 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 463 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 315 ss ; Lea UNSELD, Kommentar *ad* Art. 51 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 857 ss.

qui ont parfois tendance à minimiser leur consommation antérieure et à exagérer leur consommation postérieure²⁸²³.

Au surplus, l'analyse de sang est inutile si la personne est retrouvée plusieurs jours après l'accident. La « fenêtre » pendant laquelle l'alcool consommé est présent dans le sang varie entre quelques heures et deux à trois jours, selon la physiologie propre à chaque individu²⁸²⁴ ; au-delà de cette « fenêtre », l'organisme a éliminé l'alcool dans le sang et toute recherche de ce type qui viserait à établir une incapacité serait vaine²⁸²⁵.

7.5.3 *Utilisation ultérieure des prélèvements biologiques afin de déterminer une dépendance*

Selon l'art. 55 al. 7 lettre c LCR, on l'a dit, le Conseil fédéral peut prescrire que les échantillons de sang, de cheveux ou d'ongles, prélevés dans le but d'établir une éventuelle incapacité, soient analysés en vue de déterminer, chez la personne concernée, l'existence d'une forme de dépendance diminuant son aptitude à conduire²⁸²⁶. Le Conseil fédéral n'a pas fait usage de cette compétence²⁸²⁷.

7.6 Portée des analyses complémentaires

7.6.1 *Consommation excessive d'alcool*

Pour autant que le conducteur l'exige²⁸²⁸, l'analyse de sang permet de déterminer la consommation par un dosage de la molécule d'alcool présente dans l'organisme ; en dépit du temps qui s'est écoulé, le laboratoire est en

²⁸²³ Par exemple, si le calcul rétrospectif, effectué sur la base des déclarations du conducteur, conduit à une présence « négative » d'alcool dans l'organisme avant l'accident, on peut en déduire que ses déclarations ne sont pas conformes à la réalité ; en conversation avec Nicolas Donzé.

²⁸²⁴ En conversation avec Nicolas Donzé.

²⁸²⁵ En revanche, des métabolites de l'alcool sont encore présents dans l'urine jusqu'à une semaine après la consommation et sa trace se retrouve dans les cheveux pendant plusieurs semaines.

²⁸²⁶ Voir précédemment, p. 670 ss.

²⁸²⁷ Philippe WEISSENBERG, p. 501 s.

²⁸²⁸ Ou qu'elle soit nécessaire parce que le test de l'alcoolémie au moyen d'un éthylotest ou d'un éthylomètre n'a pas pu être réalisé.

mesure d'indiquer, par un calcul rétroactif, le taux d'alcoolémie du conducteur lors de l'incident ou de l'accident, ou lors du contrôle routier.

7.6.2 *Consommation de stupéfiants*

La présence de stupéfiants dans l'organisme, quelle qu'en soit la quantité, entraîne nécessairement l'ouverture d'une enquête pour établir une éventuelle dépendance (art. 15d al. 1^{er} LCR)²⁸²⁹.

Le conducteur est en outre, en principe, réputé incapable de conduire son véhicule avec sûreté au moment où le stupéfiant est détecté ; le législateur suisse a ainsi adopté le modèle de réglementation dit de « tolérance zéro »²⁸³⁰. Ce modèle n'est pas exempt de failles, dans la mesure où la corrélation entre la consommation de stupéfiants, notamment pour la substance active du cannabis (le THC), et leurs effets incapacitants n'est pas idéale : « [a]u bout d'une durée relativement brève déjà, la concentration sanguine de THC a fortement diminué, alors que les effets de la substance sont à leur apogée [...] »²⁸³¹.

Le conducteur conserve au surplus la possibilité d'apporter la preuve que sa consommation est conforme au droit, notamment en « prouv[ant qu'il] en consomme une ou plusieurs sur prescription médicale » (art. 2 al. 2^{ter} OCR). Une telle consommation conforme au droit n'est cependant compatible avec la conduite d'un véhicule que si elle n'affecte pas la capacité de conduire de la personne concernée. Selon l'art. 16 OCCR, les résultats de l'analyse de sang ou des urines sont soumis à des experts reconnus, chargés d'apprécier leur portée sur la capacité de conduite selon le principe dit « des trois piliers ».²⁸³²

²⁸²⁹ Voir précédemment, p. 670 ss.

²⁸³⁰ Récemment confirmé par le Tribunal fédéral, arrêt du 23 juin 2021 dans la cause 6B_282/2021.

²⁸³¹ Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, p. 483.

²⁸³² Voir plus loin, p. 700.

7.6.3 Consommation de médicaments

La législation sur la circulation routière ne contient aucune liste de médicaments qui seraient prohibés ou, alternativement, qui seraient autorisés pour les conducteurs.

La présence des médicaments dans une analyse médicale complémentaire ne suffit par conséquent pas pour retenir qu'un conducteur a conduit en état d'incapacité²⁸³³. A nouveau, l'art. 16 al. 2 OCCR prévoit expressément que les résultats d'analyse du sang ou des urines sont soumis à l'appréciation d'experts reconnus, chargés d'évaluer la portée de ces résultats sur la capacité de conduire.

Les experts doivent « prend[re] en compte les constatations de la police, les résultats de l'examen médical et ceux de l'examen chimique et toxicologique, et motive[r] les conclusions qu'il[s] en tire[nt] ». Cette méthode de réflexion concrète et de cas en cas est dénommée « principe des trois piliers »²⁸³⁴.

On peut observer ici que l'analyse peut aussi révéler la présence en quantité non pas excessive mais, au contraire, insuffisante d'un médicament prescrit à un patient, de nature à compromettre sa capacité à la conduite²⁸³⁵ ; tel est notamment le cas des personnes sujettes à des crises d'épilepsie qui négligeraient de prendre leur médication²⁸³⁶.

²⁸³³ Ou, si l'analyse révèle une consommation régulière, qu'il souffre d'une dépendance à certains médicaments incompatible avec la conduite d'un véhicule.

²⁸³⁴ Voir Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, 489. La méthode n'est toutefois pas nécessairement mise en œuvre en présence de deux substances incapacitantes, lorsque l'une des deux n'est pas soumise à une valeur-limite mais que l'autre l'est, par exemple en présence de médicaments et d'alcool ; le dépassement de la valeur-limite pour l'alcool suffit pour prendre des sanctions. Sur ce dernier point, Cédric MIZEL, *ibidem*, note 2372.

²⁸³⁵ Bruno LINIGER, *Drogen, Medikamente und Fahreignung*, in: *Handbuch der verkehrsmedizinischen Begutachtung*, Berne 2005, p. 31 ss; Randall BASELT, *Drug Effects on Psychomotor Performance*, Foster City, 2001.

²⁸³⁶ Voir en particulier Pierre ARNOLD, et al., *Épilepsie et conduite*, in: *Forum médical suisse* 2019, p. 737 ss.

7.7 Tests pour établir la fatigue excessive ?

7.7.1 Pour les conducteurs non professionnels

Il n'existe pas de test ou d'examen médical pour établir qu'un conducteur souffre de « surmenage » (« *Übermüdung* » dans la version allemande de l'OCR), c'est-à-dire qu'il est fatigué au point que sa capacité à conduire son véhicule avec sûreté est compromise²⁸³⁷. Dans tel cas, à nouveau, c'est le modèle de réflexion dit « des trois piliers » qui va guider l'autorité dans sa réflexion avant de statuer²⁸³⁸.

Pourtant, se mettre au volant en état de fatigue excessive ou poursuivre sa route lorsque cet état survient correspond à une faute grave²⁸³⁹. La déclaration du conducteur – qui reconnaîtrait devant les agents de police qu'il est fatigué - ne suffit cependant pas, à elle seule, à retenir qu'il circule en état d'incapacité, selon la jurisprudence²⁸⁴⁰. En revanche, la fatigue excessive ne fait pas de doute lorsque le conducteur dort dans son véhicule engagé dans la circulation, après s'être arrêté à un feu rouge et s'être endormi en attendant que le feu passe à la phase verte²⁸⁴¹.

La question est plus délicate en présence d'un assoupissement (« *Sekundenschlaf* »), qu'il ait causé une perte de maîtrise du véhicule ou non ; « [e]n règle générale, le fait de s'assoupir au volant constitue un motif de retrait obligatoire »²⁸⁴². Cependant, un assoupissement peut, selon les circonstances, être exceptionnellement tenu pour une faute moyennement grave voire légère, « lorsque le conducteur ne s'est pas senti fatigué, qu'il avait bénéficié de suffisamment d'heures de sommeil la nuit précédente, et dont la non-prise de conscience d'un certain état de fatigue n'est pas imputable à un manque de scrupules à l'égard d'autrui »²⁸⁴³.

²⁸³⁷ Voir notamment Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, p. 498 s ; Kathrin FREI, *Übermüdung im Strassenverkehr – ein unterschätztes Problem*, in: *Circulation routière* 1/2011, p. 43 ss.

²⁸³⁸ Voir précédemment, p. 661.

²⁸³⁹ ATF 130 IV 32, JT 2004 I 476.

²⁸⁴⁰ Arrêt du 22 août 2011 dans la cause 6B_252/2011.

²⁸⁴¹ Arrêt du 1^{er} avril 2009 dans la cause 1C_555/2008.

²⁸⁴² ATF 126 II 206.

²⁸⁴³ Le conducteur pourrait alors être mis au bénéfice d'une « erreur sur les faits » au sens de l'art. 13 CPS ; voir Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, p. 364, qui cite un arrêt du 15 décembre 2005 du Tribunal militaire de cassation, ATMC 12^e vol. no 33, cons. 2c.

7.7.2 Pour les conducteurs professionnels

Pour les conducteurs professionnels de véhicules automobiles, la durée de la conduite, du travail, des pauses et du repos est fixée dans deux ordonnances, l'OTR 1²⁸⁴⁴ et l'OTR 2²⁸⁴⁵, qui reposent sur l'art. 56 LCR²⁸⁴⁶ et sur l'art. 103 LCR mais également sur la Loi sur la durée de travail dans les entreprises de transports publics²⁸⁴⁷.

Le respect de ces durées est notamment assuré par un dispositif technique d'enregistrement (« tachygraphe », analogique ou numérique), qui doit être maintenu en état de marche permanent et manipulé correctement (art. 3 al. 4 OCR), que l'employeur doit contrôler (art. 16 OTR 1 et art. 21 OTR 2) et que la police peut vérifier lors de contrôles routiers (art. 21 OCCR) ou lors de contrôles effectués dans les locaux de l'entreprise (art. 22 OCCR).

La législation crée dans ce contexte une présomption irréfragable : les conducteurs professionnels ne sont autorisés à travailler et à conduire que dans les limites des durées prescrites ; au-delà, il ne leur est pas possible de démontrer que, malgré le dépassement des limites, ils sont encore « en forme » et capables de conduire avec sûreté.

²⁸⁴⁴ Ordonnance du 19 juin 1995 sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (Ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1 ; RS 822.221).

²⁸⁴⁵ Ordonnance du 6 mai 1981 sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourds (OTR 2, RS 822.222).

²⁸⁴⁶ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 644 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 502 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 332 ss ; Bruno SCHLEGEL, Kommentar *ad* Art. 56 SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 957 ss.

²⁸⁴⁷ Loi du 8 octobre 1971 sur le travail dans les entreprises de transports publics (loi sur la durée du travail [LDT], RS 822.21). Cette loi transpose dans le droit suisse la Convention no 153 du 27 juin 1979 concernant la durée de travail et les périodes de repos dans les transports routiers, conclue sous l'égide de l'OIT, approuvée par l'Assemblée fédérale le 5 mars 1981 et entrée en vigueur pour la Suisse le 10 février 1983 (RS 0.822.725.3).

7.8 Qualifications requises pour réaliser les tests d'alcoolémie, les prélèvements biologiques et les analyses médicales

L'utilisation des éthylotests et des éthylomètres ne requiert pas de qualifications particulières ; les agents de police sont autorisés à procéder à ces tests eux-mêmes (art. 10 al. 1^{er} et al. 5 OCCR).

Le prélèvement de sang doit être effectué par un médecin ou un auxiliaire qualifié désigné par le médecin et agissant sous sa responsabilité (art. 14 al. 1^{er} OCCR première phrase), ce qui suppose généralement que la personne concernée se déplace dans un hôpital, accompagnée de deux agents de police.

Quant à la récolte d'urine, il faut y procéder sous le contrôle visuel approprié d'une « personne qualifiée », selon l'art. 14 al. 1^{er} OCCR deuxième phrase, mais la disposition ne précise pas les qualifications requises pour cette opération²⁸⁴⁸. Comme lors d'un prélèvement d'urine effectuée dans le cadre de la lutte contre le dopage²⁸⁴⁹, le « contrôleur » devrait être du même sexe que le « donneur ». La loi ne dit rien sur les prélèvements de salive ou de sueur ; le premier a lieu au moyen d'un bâtonnet passé dans la bouche et peut être réalisé par les agents de police, le second n'est pas utilisé par la pratique.

L'échantillon biologique est ensuite acheminé, « par le moyen le plus rapide possible » et selon les autres modalités prévues à l'art. 14 al. 2 OCCR, vers un laboratoire « reconnu » disposant du personnel et du matériel requis pour ce type d'analyses. Ce laboratoire reçoit ensuite le « mandat »²⁸⁵⁰ de procéder à l'analyse requise en fonction des circonstances ; alternativement, en particulier pour les analyses capillaires, il reçoit le mandat de convoquer la personne concernée, de prélever des cheveux et de procéder aux analyses requises.

Les conditions de reconnaissance des laboratoires sont prévues aux art. 14 al. 3 OCCR et 27 ss OCCR-OFROU. Dans des cas particuliers, notamment lors de la consommation de médicaments, les résultats des analyses sont appréciés par des experts titulaires du titre de spécialiste en

²⁸⁴⁸ Les Instructions du 2 août 2016 élaborées par l'OFROU ne le précisent pas non plus.

²⁸⁴⁹ Voir précédemment, p. 630 ss.

²⁸⁵⁰ Selon l'art. 13 OCCR.

médecine légale ou du titre de toxicologue forensique SSML (art. 16 OCCR). L'ONI renvoie à l'OCCR pour ce qui a trait à la reconnaissance des laboratoires et des experts (art. 40f al. 3 ONI et 40h al. 3 ONI).

7.9 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

7.9.1 *En général*

Selon l'art. 13 al. 2 OCCR, la personne qui refuse de se soumettre à un examen préliminaire, à un contrôle au moyen de l'éthylomètre, à une prise de sang, à une récolte des urines ou à un examen médical - même si un tel prélèvement a été ordonné selon l'art. 55 al. 3 lettre b LCR²⁸⁵¹ -, doit être informée des conséquences de son refus.

Ces conséquences sont à la fois administratives et pénales. Le comportement de celui qui refuse de collaborer correspond, en effet, à une « infraction grave », qui expose le récalcitrant à un retrait de permis fixé selon les modalités de l'art. 16c LCR, d'une durée minimum de trois mois (al. 2 lettre a), avec des gradations en fonction d'une éventuelle récidive ou de fautes additionnelles et pouvant aller jusqu'au retrait définitif (al. 2 lettre e). En outre, ce comportement d'« entrave » aux mesures de constatation de l'incapacité de conduire constitue une infraction de nature pénale, punissable d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 91a al. 1^{er} LCR)²⁸⁵².

En général, selon le Conseil fédéral, ces conséquences, et leur description au conducteur, « suffisent »²⁸⁵³. Ainsi, la législation en matière de circulation routière ne prévoit pas, en principe, le recours à d'autres moyens de contrainte, notamment le recours à la force, pour obtenir le

²⁸⁵¹ Voir notamment Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 491 ; Silvan FAHRNI, Stefan HEIMGARTNER, Kommentar *ad* Art. 55 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 946 s.

²⁸⁵² Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 922 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 729 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 519 ss ; Yvan JEANNERET, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR), Berne 2007, p. 123 ss ; Christoph RIEDO, Kommentar *ad* Art. 91a SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 1590 ss.

²⁸⁵³ Message du 31 mars 1999 concernant la la modification de la loi fédérale sur la circulation routière, FF 1999 4106, 4140.

respect de l'obligation imposée aux conducteurs dans de telles circonstances.

7.9.2 *En cas d'accident*

La LCR contient toutefois une exception à ce qui vient d'être exposé, à son art. 55 al. 4 première phrase²⁸⁵⁴ : cette disposition prévoit que « [p]our des raisons importantes, la prise de sang peut être effectuée contre la volonté de la personne suspectée ».

Selon le Message du Conseil fédéral²⁸⁵⁵, « [p]areil procédé ne se justifie cependant que pour des raisons importantes : par exemple si le suspect paraît responsable ou coresponsable d'un accident grave (avec des morts ou des blessés graves) ou d'une grave mise en danger de la sécurité routière et, notamment, s'[il] a pris la fuite; de même lorsque deux personnes impliquées dans une collision sont soupçonnées d'avoir consommé de l'alcool et que l'une d'elles refuse la prise de sang, alors que l'autre s'y est soumise (inégalité importante des moyens de preuve) ».

Concrètement, une prise de sang réalisée contre la volonté de la personne suspectée est tout à fait rare. Elle serait effectuée, autant qu'on puisse l'imaginer, après son immobilisation physique par les agents de police présents. Certains auteurs de littérature médicale la considèrent comme contraire à l'éthique²⁸⁵⁶ ; il est probable, en effet, que nombre de médecins refuseraient d'y collaborer.

Finalement, il faut encore rappeler qu'un prélèvement d'urine réalisé contre la volonté du « donneur », en ayant recours à la force, n'est pas compatible avec les exigences de la Convention européenne des Droits de l'Homme²⁸⁵⁷.

²⁸⁵⁴ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 640; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 492 s. ; Silvan FAHRNI, Stefan HEIMGARTNER, *Kommentar ad Art. 55 SVG*, in: Basler *Kommentar SVG*, p. 949 s.

²⁸⁵⁵ FF 1999 4106, 4140.

²⁸⁵⁶ Romano LAHARPE, Michel PELLETIER, *Conduite en état d'ivresse et détermination du taux d'alcoolémie*, in Romano LaHarpe et al., p. 703.

²⁸⁵⁷ Voir précédemment, p. 18.

7.10 Conséquences de l'incapacité

7.10.1 *Interdiction de reprendre la route*

L'art. 54 al. 3 LCR²⁸⁵⁸ permet à la police²⁸⁵⁹, sur la base d'une de ses « attributions spéciales », d'empêcher un conducteur qui n'est pas à même de conduire son véhicule en toute sécurité de continuer sa course.

L'art. 30 OCCR énumère les situations dans lesquelles une telle interdiction a lieu, notamment celles qui ont trait à l'incapacité, soit l'ébriété (lettre c), la présence d'alcool dans l'air expiré alors que le conducteur est soumis à l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool (lettre c^{bis}), l'inobservation d'une condition concernant la capacité visuelle (lettre d) et l'inobservation d'une restriction éventuelle en lien avec une infirmité ou à la taille (lettre e)²⁸⁶⁰.

7.10.2 *Saisie du permis de conduire*

Selon l'art. 54 al. 3 LCR, lorsque la police empêche un conducteur de reprendre la route, elle doit aussi saisir son permis de conduire.

L'art. 31 OCCR précise et nuance cette obligation stricte. La saisie a lieu « sur le champ » lorsque le conducteur est manifestement pris de boisson ou présente une concentration dans l'air expiré de 0,40 milligramme par litre ou plus (al. 1^{er} lettre a), soit une concentration correspondant à un taux qualifié, ou est manifestement incapable de conduire pour d'autres raisons (lettre b)²⁸⁶¹.

²⁸⁵⁸ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 635 ; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 483 s. ; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 324 s. ; Christoph RIEDO, *Kommentar ad Art. 54 SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 923 ss.

²⁸⁵⁹ L'administration fédérale des douanes détient aussi cette prérogative, selon l'art. 4 al. 3 lettre b OCCR.

²⁸⁶⁰ La lettre a) concerne les conducteurs qui ne sont pas titulaires d'un permis ou dont le permis a été retiré ou refusé ; la lettre b) concerne les conducteurs incapables de conduire un véhicule pour lequel le permis de conduire n'est pas nécessaires.

²⁸⁶¹ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 1838.

Le permis saisi par la police est immédiatement transmis à l'autorité compétente, qui se prononce sans délai sur le retrait. Jusqu'à décision de l'autorité, la saisie opérée par la police a les mêmes effets qu'un retrait du permis (art. 54 al. 4 LCR) ; le conducteur ne peut se remettre au volant et, s'il le fait, est passible des sanctions infligées aux conducteurs qui conduisent malgré un retrait de permis (art. 95 al. 1^{er} lettre b LCR).

7.10.3 *Retrait préventif du permis de conduire ?*

Si l'incapacité résulte d'un taux d'alcool dans le sang de 1,6 gramme pour mille ou plus ou d'un taux d'alcool dans l'haleine de 0,8 milligramme ou plus par litre d'air expiré, ou encore résulte de la conduite sous l'emprise de stupéfiants, c'est aussi l'aptitude du conducteur qui est mise en doute (art. 15d al. 1^{er} lettre a et b LCR). Or, en cas de doute sérieux quant à l'aptitude d'un conducteur ou d'un élève conducteur, l'autorité compétente peut prononcer un retrait préventif du permis de conduire (art. 30 OAC)²⁸⁶². Partant, un retrait prononcé à titre préventif est envisageable également avant que ne soit prise une décision de retrait d'admonestation.

Il ne s'agit pas à proprement parler d'une conséquence de l'incapacité, mais, on l'a dit, plutôt d'une conséquence de l'ouverture d'une enquête destinée à établir l'éventuelle inaptitude du conducteur concerné. La mesure correspond dans les faits à une mesure provisionnelle, expressément énoncée par l'OAC et plus généralement prévue par l'art. 46 PA au titre de décision incidente²⁸⁶³.

7.10.4 *Retrait d'admonestation de durée déterminée*

Le permis de conduire un véhicule automobile peut être retiré pour « une durée adaptée aux circonstances » lorsque la capacité fait défaut, « parce que [le conducteur] est sous l'influence de l'alcool, de stupéfiants,

²⁸⁶² Voir précédemment, p. 686.

²⁸⁶³ Etant entendu, une fois encore, que la procédure est régie par les règles de la procédure cantonale.

de médicaments ou pour d'autres raisons » (art. 31 al. 2 LCR)²⁸⁶⁴ ; parmi ces « autres raisons » figure le non-respect des prescriptions en matière de durée de travail et de repos pour les chauffeurs professionnels (art. 30 OTR 2²⁸⁶⁵). Pour ce qui a trait à la conduite en état d'ébriété, elle correspond à une infraction légère, moyennement grave ou grave en fonction du taux d'alcool constaté (art. 16a, art. 16b et art. 16c LCR). Pour les élèves conducteurs, les titulaires d'un permis de conduire à l'essai et pour les titulaires de permis de conduire des catégories professionnelles, notamment, toute consommation d'alcool est interdite (art. 31 al. 2bis lettres a, b, d et f LCR).

Lorsqu'il est prononcé dans ces circonstances, le retrait est désigné comme un retrait « d'admonestation », selon une terminologie utilisée par la jurisprudence et la doctrine. La durée de ce retrait varie en fonction des circonstances (art. 16 al. 3 LCR)²⁸⁶⁶, en particulier en fonction de l'existence d'une infraction commise en même temps, d'une éventuelle récidive et, on l'a dit, du taux d'alcool constaté (art. 16a ss LCR), entre un mois au moins lorsque un conducteur déjà sanctionné au cours des deux années précédentes conduit en état d'ébriété sans présenter un taux d'alcool qualifié (art. 16a al. 1^{er} lettre b LCR) ou lorsqu'il enfreint l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool (art. 16a al. 1^{er} lettre c LCR), et quinze mois au minimum pour un taux qualifié avec deux récidives graves (art. 16b al. 2 lettre d LCR).

²⁸⁶⁴ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 635 ; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 312 ss ; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 222 ss ; Andreas ROTH, *Kommentar ad Art. 31 SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 584 ss.

²⁸⁶⁵ L'OTR 1 prévoit quant à elle que les sanctions pénales infligées en exécution de son art. 21 doivent être portées à la connaissance de l'autorité d'exécution du canton dans lequel le véhicule est immatriculé (art. 22 OTR 1).

²⁸⁶⁶ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 635 ; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 483 s. ; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 324 s. ; Christoph RIEDO, *Kommentar ad Art. 54 SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 923 ss.

7.10.5 *Retrait d'admonestation de durée indéterminée*

L'autorité compétente retire le permis de conduire pour une durée indéterminée, mais deux ans – ou 24 mois - au minimum, en présence de trois récidives graves, dans les circonstances prévues à l'art. 16b al. 2 lettre e LCR²⁸⁶⁷ et à l'art. 16c al. 2 lettre d LCR²⁸⁶⁸.

7.10.6 *Retrait d'admonestation à titre définitif*

Le permis de conduire est retiré définitivement, dans les cas de récidive particulièrement graves prévus à l'art. 16b al. 2 lettre f LCR et à l'art. 16c al. 2 lettre e LCR²⁸⁶⁹.

7.10.7 *Sanctions pénales*

La conduite d'un véhicule sous l'influence de l'alcool avec un taux « non qualifié » constitue une infraction de nature pénale passible d'une amende (art. 91 al. 1^{er} LCR).

Lorsque le conducteur présente un taux d'ébriété qualifié ou qu'il conduit en état d'incapacité pour une autre raison que l'état d'ébriété, la sanction est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire (art. 91 al. 2 LCR).

²⁸⁶⁷ BUSSY/RUSCONI, p. 252 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 171 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 151 ss ; Bernhard RÜTSCHKE, Kommentar *ad* Art. 16b SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 328 ss.

²⁸⁶⁸ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 264 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 181 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 157 ss ; Bernhard RÜTSCHKE, Denise WEBER, Kommentar *ad* Art. 16c SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 340 ss.

²⁸⁶⁹ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 273 ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 199 s. ; Bernhard RÜTSCHKE, Denise WEBER, Kommentar *ad* Art. 16c SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 361 ss.

Pour les conducteurs professionnels, le non-respect des prescriptions en matière de durée de conduite ou d'enregistrement de ces données est passible d'une amende, selon l'art. 21 OTR 1 et l'art. 28 OTR 2²⁸⁷⁰. C'est la disposition pénale prévue à l'art. 49 OCCR qui est applicable à quiconque refuserait de présenter les données ou documents de contrôle, qui refuserait aux autorités l'accès aux locaux d'une entreprise en vue d'un contrôle ou qui entraverait ou tenterait de faire échouer un contrôle.

8. Actes de nature médicale ou psychologique en vue de la restitution d'un permis retiré ou annulé

8.1 Après un retrait de durée déterminée

Si la durée prescrite du retrait dépasse une année, une restitution anticipée est envisageable, pour autant que la durée minimale ne soit pas réduite, que les deux tiers de la durée du retrait prescrit soient écoulés et, surtout, que « le comportement de la personne concernée montre que la mesure administrative a atteint son but » (art. 17 al. 2 LCR)²⁸⁷¹.

Selon le Conseil fédéral, une telle preuve peut résulter de « la fréquentation d'un cours d'éducation routière, d'un traitement psychothérapeutique, d'une abstinence contrôlée de toute consommation d'alcool ou de stupéfiants, etc. »²⁸⁷².

²⁸⁷⁰ Voir notamment Yvan JEANNERET, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR), Berne 2007, p. 727 s. Voir aussi Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 830 s.; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 610 s.; Stefan MAEDER, Marcel Alexander NIGGLI, Kommentar *ad* Art. 103 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 1843 ss.

²⁸⁷¹ BUSSY/RUSCONI, p. 301 s.; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 223 ss; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 180 ss; Bernhard RÜTSCHKE, Denise WEBER, Kommentar *ad* Art. 17 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 403 ss.

²⁸⁷² Message du 31 mars 1999 concernant la modification de la loi fédérale sur la circulation routière, FF 1999 IV 4106, 4137.

8.2 Après un retrait de durée indéterminée

La restitution d'un permis retiré pour une durée indéterminée n'est possible qu'après l'expiration d'un éventuel délai d'attente légal²⁸⁷³ ou prescrit, et pour autant que la personne concernée puisse « prouver que son inaptitude à la conduite a disparu » (art. 17 al. 3 LCR)²⁸⁷⁴.

Ni la LCR ni l'OAC ne précisent davantage les moyens qui permettraient de démontrer la disparition de l'inaptitude. Dans les faits, la démonstration de cette aptitude retrouvée repose généralement sur une évaluation médico-psychologique favorable, qui combine l'appréciation d'un médecin du trafic et celle d'un psychologue du trafic.

8.3 Après l'annulation d'un permis de conduire à l'essai

Selon l'art. 15a al. 5 LCR²⁸⁷⁵, après l'annulation d'un permis de conduire à l'essai – désormais « caduc » (al. 4)²⁸⁷⁶ -, un nouveau permis d'élève conducteur ne peut être délivré à la personne concernée qu'un an après l'infraction commise au plus tôt et « uniquement sur la base d'une expertise psychologique attestant son aptitude à conduire ».

L'art. 11 al. 4 OAC précise encore à propos de l'avis qu'il doit émaner d'un psychologue du trafic reconnu, qu'il peut être remis à l'autorité un mois avant l'expiration du délai d'interdiction de conduite au plus tôt et qu'il ne doit pas dater de plus de trois mois.

²⁸⁷³ Par exemple, deux ans au moins lors d'un retrait prononcé en exécution de l'art. 16c al. 2 lettre d LCR.

²⁸⁷⁴ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 302 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 226 ss ; Bernhard RÜTSCHKE, Denise WEBER, Kommentar *ad* Art. 17 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 411 ss.

²⁸⁷⁵ Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 178 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 80 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 121 ss ; Jürg BICKEL, Kommentar *ad* Art. 15a SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 216 s.

²⁸⁷⁶ De sorte que ce retrait est, en quelque sorte, « définitivement définitif », tandis qu'un permis de conduire retiré à titre définitif peut, en dépit de cet adjectif, être restitué après 5 ans, voire 10 ans ; voir précédemment, p. 708.

8.4 Après un retrait définitif

Lorsque le permis de conduire a été retiré à titre définitif, sa restitution est notamment subordonnée à une expertise psychologique positive, selon l'art. 17 al. 4 LCR²⁸⁷⁷.

8.5 Modalités des actes de nature médicale ou psychologique

La restitution anticipée d'un permis de conduire retiré pour une durée déterminée suppose un traitement psychothérapeutique ou une abstinence contrôlée de toute consommation d'alcool, de stupéfiants ou de consommation abusive de médicaments.

Lorsque le retrait a été prononcé pour une durée indéterminée, le conducteur sanctionné doit fournir la preuve que son inaptitude a disparu, qu'il s'agisse d'une inaptitude physique ou psychique ou d'une dépendance.

La restitution d'un permis retiré à titre définitif nécessite une expertise psychologique favorable, comme la délivrance d'un permis d'élève conducteur après l'annulation d'un permis à l'essai²⁸⁷⁸.

Aucune des dispositions légales ne mentionnant explicitement l'obligation de suivre des traitements psychothérapeutiques ou médicaux destinés à recouvrer l'aptitude disparue, elles ne livrent évidemment pas d'indications sur leur nature. Les causes d'une inaptitude psychique ou physique pouvant être variées, il est délicat d'apporter des précisions à propos des traitements qu'elles nécessitent ; en présence d'une dépendance, le traitement devrait évidemment viser son élimination.

²⁸⁷⁷ BUSSY/RUSCONI, p. 299 ss ; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 223 ss ; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 180 ss ; Bernhard RÜTSCHKE, Denise WEBER, *Kommentar ad Art. 17 SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 403 ss. Voir plus loin, p. 711.

²⁸⁷⁸ Voir précédemment, p. 710.

8.6 Qualifications requises pour réaliser les traitements

Les lois pertinentes ne disent pas, non plus, qui pourrait les entreprendre. Dans les faits, la personne concernée peut, dans de telles circonstances, consulter tout médecin, psychiatre ou psychologue, exerçant à titre indépendant ou au sein d'une institution sanitaire et disposant des compétences nécessaires pour proposer et mettre en œuvre de tels traitements.

8.7 Analyses médicales et qualifications requises pour les réaliser

Les analyses médicales nécessaires pour démontrer une abstinence de toute consommation d'alcool ou de stupéfiants ou toute consommation abusive de médicaments sont les mêmes que celles qui sont utilisées pour détecter une consommation de ces substances. De toute évidence, les analyses ont cette fois pour but de démontrer l'absence et non la présence de substances prohibées dans l'organisme de la personne concernée.

Une personne concernée qui déciderait de se soumettre à ces analyses peut s'adresser à n'importe quel laboratoire d'analyses médicales de son choix. Cependant, s'il entend utiliser ultérieurement les résultats comme moyens de preuve dans une procédure tendant à la restitution de son permis, le recours aux services d'un laboratoire reconnu officiellement pour réaliser ce type d'analyses est préférable.

8.8 Expertises psychologiques et qualifications requises pour les réaliser

Ni la LCR ni la LNI ne détaillent le contenu ou les modalités des expertises psychologiques portant sur l'aptitude psychique d'un conducteur après un retrait du permis. L'OAC, qui contient un certain nombre de modèles dans ses annexes, n'en propose pas pour des évaluations de ce genre.

On pourrait cependant imaginer que les modèles et protocoles suivis pour déterminer l'aptitude peuvent servir de références, au moins partielles : il s'agit bien d'établir l'aptitude psychique du conducteur, même si, dans ces circonstances, l'objectif est de déterminer si une aptitude qui n'existait plus est à nouveau présente.

La démonstration de l'aptitude retrouvée repose sur une évaluation médico-psychologique, confiée à un médecin du trafic et à un psychologue du trafic ou à un médecin-conseil et à un psychologue-conseil. Les qualifications requises pour réaliser ces évaluations d'aptitude retrouvée sont celles qui sont posées pour réaliser des évaluations d'aptitude en général (art. 5a ss OAC)²⁸⁷⁹. Elles ne devraient toutefois pas être confiées à un médecin ou à un psychologue qui a, précédemment, entrepris le traitement médical destiné à faire disparaître la cause de l'inaptitude.

8.9 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Comme à l'occasion des examens médicaux réalisés à propos de l'aptitude ou de l'inaptitude, les examens médico-psychologiques ou médicaux effectués en vue d'une éventuelle restitution d'un permis sont certes imposés par le droit fédéral si le conducteur ou l'élève conducteur²⁸⁸⁰ entend obtenir la restitution de ce document. Cependant, les lois applicables ne prévoient pas réellement une obligation de s'y soumettre.

En réalité, on l'a dit, ces lois formulent une incombance. L'obligation de collaborer résulte plutôt de l'inconvénient ou du désavantage auquel l'administré s'expose s'il ne collabore pas à la réalisation de la mesure médicale : l'autorité détient le pouvoir de refuser la restitution du permis et va l'exercer si l'administré ne collabore pas.

A nouveau, la base légale dont découle cette incombance se trouve dans les dispositions de procédure administrative prévoyant, à charge de l'administré, l'obligation de collaborer à l'établissement des faits dans le cadre d'une procédure administrative (art. 14 PA pour une procédure qui

²⁸⁷⁹ Voir précédemment, p. 667.

²⁸⁸⁰ Un conducteur à l'essai dont le permis a été retiré ne peut retrouver qu'un statut d'élève conducteur, voir précédemment, p. 711.

serait régie par la procédure administrative fédérale) et, à défaut, de la possibilité laissée à l'administration de statuer sur la base du dossier, même incomplet (art. 52 al. 3 PA²⁸⁸¹).

9. Autorités compétentes et voies de droit

9.1 Sanctions administratives

Selon l'art. 106 al. 2 LCR, sous réserve des compétences fédérales prévues à l'art. 2 LCR, les cantons sont compétents pour l'exécution de la loi, en particulier la délivrance ou le retrait des permis (art. 22 LCR²⁸⁸² ; voir aussi l'art. 58 al. 2 LNI). Ils confient cette tâche à un service ou un office particulier, souvent compétent pour les deux domaines, parfois doté de la personnalité juridique²⁸⁸³.

Les décisions administratives rendues en matière de permis, qui peuvent être confiées à une commission spécifique en première instance selon l'organisation administrative cantonale²⁸⁸⁴, sont susceptibles de recours, devant la juridiction de recours désigné par le droit cantonal, qui peut aussi être une commission judiciaire indépendante spécialement créée à cet effet²⁸⁸⁵.

Un tel recours, lorsqu'il conteste une décision reposant sur l'avis d'un expert médical ou psychologue, a dans les faits assez peu de chance d'aboutir, les juges faisant preuve, par principe, de retenue lorsqu'ils examinent une appréciation de cette nature. Ce n'est qu'en présence d'une appréciation en contradiction manifeste avec les faits de la cause, ou

²⁸⁸¹ Etant entendu, une fois encore, que la procédure est régie par les règles de la procédure cantonale.

²⁸⁸² Voir notamment BUSSY/RUSCONI, p. 314 ss ; Philippe WEISSENBERG, *Kommentar SVG*, p. 237 ss ; Hans GIGER, *Kommentar SVG*, p. 192 ss ; Bernhard RÜTSCHÉ, Danielle SCHNEIDER, *Kommentar ad Art. 22 SVG*, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 431 ss.

²⁸⁸³ Ainsi dans le canton de Fribourg, selon la Loi du 7 mai 1996 sur l'Office de la circulation et de la navigation.

²⁸⁸⁴ Par exemple, la Commission des mesures administratives, dans le canton de Fribourg, prévue par l'art. 8 de la Loi du 12 novembre 1981 d'application de la législation fédérale sur la circulation routière.

²⁸⁸⁵ Par exemple, la Commission de recours du canton de Berne contre les mesures prononcées en vertu de la loi sur la circulation routière, prévue à l'art. 3 de la Loi cantonale du 27 mars 2006 sur la circulation routière.

insoutenable, qu'une juridiction pourrait substituer sa propre appréciation à celle de l'expert²⁸⁸⁶.

La décision cantonale peut ensuite faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, selon les art. 82 ss LTF, les décisions en matière de permis de conduire ne figurant pas parmi les exceptions de l'art. 83 LTF. A nouveau, bien que les notions d'incapacité ou d'incapacité soient des notions de droit, les éléments médicaux qui conduisent à retenir qu'elles sont présentes ou non sont des éléments de fait, que le Tribunal fédéral ne revoit généralement pas²⁸⁸⁷; les chances de succès paraissent dès lors ténues. Le recourant peut en revanche tenter de remettre en cause la proportionnalité du retrait et, plus précisément encore, sa durée, même si les dispositions de la LCR laissent désormais peu de marge de manœuvre aux juges.

9.2 Sanctions pénales

La coexistence des procédures administrative et pénale, qui reposent sur les mêmes faits, ne viole-t-elle pas le principe « *ne bis in idem* » ? Selon ce principe, formulé notamment à l'art. 11 CPP²⁸⁸⁸, « aucune personne [...] ne peut être poursuivie une nouvelle fois pour la même infraction ». Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de LCR²⁸⁸⁹, les deux procédures poursuivent toutefois des buts différents, la procédure pénale étant par essence destinée à punir un contrevenant, tandis que, par les normes de la procédure administrative, le législateur s'efforce avant tout de protéger la sécurité publique²⁸⁹⁰; elles sont par conséquent admissibles l'une et l'autre parallèlement.

²⁸⁸⁶ ATF 137 II 266, RDAF 2012 I 497, cité par Benoît BOVAY, p. 235.

²⁸⁸⁷ Selon l'art. 97 LTF. Voir notamment Cédric MIZEL, *Droit et pratique illustrée*, p. 730 ss.

²⁸⁸⁸ Voir notamment Michel HOTTELIER, *Commentaire ad art. 11 CPP*, in: *Commentaire Romand CPP*, p. 94 ss; MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, p. 59 ss.

²⁸⁸⁹ ATF 137 I 363, 125 II 402. Cette jurisprudence est appliquée par analogie en matière de navigation aérienne par le Tribunal administratif fédéral, par exemple dans l'arrêt du 25 octobre 2012 dans la cause A-5692/2011; elle est sans doute aussi extensible aux autres modes de transport.

²⁸⁹⁰ Dans ce sens, Cédric MIZEL, *Ne bis in idem*: l'arrêt Zolotoukhine contre Russie ne s'applique pas au retrait du permis de conduire suisse, in: *Circulation routière*, p. 27 ss;

Selon la LCR, la conduite sans autorisation, qui englobe notamment la conduite sans permis ou la conduite en dépit d'un refus ou d'un retrait de permis, constituent une infraction pénale (art. 95 LCR)²⁸⁹¹, comme la conduite malgré un état d'incapacité ou en violation de l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool (art. 91 LCR)²⁸⁹². L'entrave aux mesures de constatation de l'incapacité de conduire l'est aussi (art. 91a LCR) ; cette disposition vise en particulier le conducteur qui « s'oppose ou se dérobe intentionnellement » à une prise de sang, à un autre examen préliminaire ou un examen médical complémentaire « ou fait en sorte que des mesures de ce genre ne puissent atteindre leur but »²⁸⁹³.

Toutes ces infractions sont passibles d'une peine privative de liberté jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire, selon la nature de l'infraction et ses circonstances. La sanction est prononcée selon les règles usuelles de la procédure pénale, par le juge compétent à raison du lieu (art. 31 CPP).

Sa décision peut faire l'objet d'un appel devant la juridiction d'appel prévue par le droit cantonal (art. 21 CPP), puis devant le Tribunal fédéral, par le biais d'un recours en matière pénale (art. 78 ss LTF).

10. Synthèse

La législation fédérale sur la circulation routière et ses ordonnances d'exécution imposent des examens médicaux ou psychologiques ou des analyses médicales pour les conducteurs dont l'aptitude ou la capacité à la

contra : Yvan JEANNERET, L'arrêt Zolotoukhine contre Russie ou la fin du retrait administratif du permis de conduire, *in*: RDAF 2010 I 263.

²⁸⁹¹ BUSSY/RUSCONI, p. 945 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 770 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 543 ss; Adrian BUSSMAN, Kommentar *ad* Art. 95 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 1699 ss.

Yvan JEANNERET, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR), Berne 2007, p. 297 ss.

²⁸⁹² BUSSY/RUSCONI, p. 914 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 713 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 501 ss; Silvan FAHRNI, Stefan HEIMGARTNER, Kommentar *ad* Art. 91 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 1566 ss; Yvan JEANNERET, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR), Berne 2007, p. 76 ss.

²⁸⁹³ BUSSY/RUSCONI, p. 922 ss ; Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG, p. 729 ss ; Hans GIGER, Kommentar SVG, p. 519 ss; Christoph RIEDO, Kommentar *ad* Art. 91a SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 1590 ss; Yvan JEANNERET, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR), Berne 2007, p. 123 ss.

conduite soulèveraient des incertitudes. L'obligation s'applique déjà aux candidats au permis d'élève conducteur et vise aussi les conducteurs dont le permis a été retiré et qui en espèrent la restitution.

Les automobilistes concerné(e)s sont tenu(e)s de collaborer aux mesures médicales ou psychologiques requises ; l'opposition ou la « dérobade » à un contrôle de capacité (art. 91a LCR), en particulier, constitue une infraction pénale, comme l'est l'obtention d'un permis sur la base de renseignements inexacts, par exemple de faux certificats médicaux (art. 97 al. 1^{er} lettre d LCR).

L'obligation ne prend cependant que la forme d'une incombance : la loi ne prévoit pas le recours à la contrainte pour les automobilistes récalcitrants. Outre une éventuelle sanction pénale dans les situations évoquées précédemment, celui ou celle qui refuserait de collaborer s'expose surtout à l'inconvénient de voir l'autorité administrative lui retirer son permis, ou lui refuser son permis s'il ne l'a pas encore obtenu, ou encore lui refuser une restitution de son permis lorsqu'il lui a déjà été retiré.

A son art. 55 al. 4, la LCR prévoit une exception au principe qui précède : selon cette disposition, « pour des raisons importantes », une prise de sang pourrait être effectuée contre la volonté d'un automobiliste impliqué dans un accident. Cette exception paraît essentiellement théorique : la pratique n'y a pas recours.

* * * * *

CHAPITRE XVI :

Les mesures destinées à évaluer l'aptitude physique ou psychique à exercer une activité professionnelle

1. Le contexte

Les mesures destinées à évaluer l'aptitude physique ou psychique à l'exercice d'une activité professionnelle s'inscrivent dans le cadre plus large de la sécurité au travail, c'est-à-dire de la prévention des accidents et des maladies professionnelles. Elles sont prévues avant tout dans une perspective de protection de la santé et de l'intégrité des travailleurs eux-mêmes, mais peuvent aussi poursuivre des objectifs de sécurité publique, si l'activité exercée comporte des dangers pour la collectivité. Lorsque les circonstances l'exigent, ces mesures prennent la forme d'examens médicaux, à l'embauche puis en cours d'emploi et, plus rarement, après la fin de l'activité. Elles sont en principe applicables dans toutes les entreprises actives en Suisse, mais la loi prévoit d'assez nombreuses exceptions.

L'exercice indépendant des professions médicales et des professions de la santé encadrées par le droit fédéral est aussi concerné par des normes relatives à l'évaluation de l'aptitude physique ou psychique ; ce sont alors plutôt des objectifs de protection de la santé publique qui sont poursuivis. L'aptitude découle généralement d'un certificat médical, délivré à l'issue d'une consultation médicale ; à titre exceptionnel, une expertise peut être ordonnée.

Les dispositions relatives à la sécurité au travail prévoient une obligation de se plier à ces mesures de prévention mais, de manière générale, le travailleur concerné n'est jamais réellement contraint de se soumettre à de tels actes médicaux et il reste libre de les refuser. Cependant, dans ce cas, il s'expose à être déplacé au sein de l'entreprise ou même à perdre son emploi ou, s'il postule, à voir sa candidature être écartée. Ce qui précède est également applicable aux professions médicales et aux professions de la santé régies par le droit fédéral et exercées à titre indépendant : les soignants restent libres de ne pas se soumettre à un acte médical requis par l'autorité sanitaire mais, dans un tel cas, leur droit de pratique, avant la délivrance ou en cours d'exercice, pourrait être compromis.

2. Bref historique

Les préoccupations de sécurité au travail remontent au 19^e siècle et se développent avec l'essor de la révolution industrielle et l'émergence du mouvement ouvrier²⁸⁹⁴. Dans un premier temps, elles se « [bornent] à assurer la protection des jeunes gens et des femmes qui étaient les plus menacés par les conséquences nocives du travail dans les fabriques »²⁸⁹⁵. D'abord ancrées dans le droit cantonal²⁸⁹⁶, elles trouvent leur place dans le droit fédéral avec l'adoption de la Constitution fédérale de 1874²⁸⁹⁷ et de son art. 34 al. 1^{er} Cst autorisant la Confédération à légiférer sur le travail des enfants, sur la durée de travail et sur la protection des ouvriers « contre l'exercice des industries insalubres et dangereuses »²⁸⁹⁸. Cette compétence

²⁸⁹⁴ Voir en particulier Brigitte STUDER, Protection des travailleurs, *in*: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/016583/2016-03-31/>.

²⁸⁹⁵ Message Loi sur le travail 1960, 886. Sur les aspects historiques de la protection de la maternité, voir aussi Stéphanie PERRENOUD, La protection de la maternité, Berne 2015, p. 295 ss.

²⁸⁹⁶ Message Loi sur le travail 1960, 886 ss. Voir par exemple l'art. 14 de la Constitution du 8 mars 1907 du canton du Valais, toujours en vigueur (« L'Etat édicte des prescriptions concernant la protection ouvrière et assurant la liberté du personnel »).

²⁸⁹⁷ « La première constitution fédérale de 1848 n'attribuait à la Confédération aucune compétence dans le domaine de la protection des travailleurs », Message Loi sur le travail 1960, 887.

²⁸⁹⁸ Gabriel AUBERT, Commentaire *ad* art. 34 al. 1 aCst, *in*: Jean-François Aubert et al. vol. II 1996.

est élargie en 1908 avec l'adoption de l'art. 34ter Cst, disposition consacrée plus globalement à « la protection des employés ou ouvriers »²⁸⁹⁹.

Une première loi fédérale intitulée « Loi concernant le travail dans les fabriques », destinée à protéger les travailleurs, notamment au moyen de règles relatives à la durée du travail, est adoptée en 1877²⁹⁰⁰ ; elle est remaniée en 1914 dans une nouvelle « Loi sur le travail dans les fabriques »²⁹⁰¹, remplacée à son tour en 1964 par l'actuelle Loi sur le travail²⁹⁰², afin, d'une part, d'étendre son champ d'application à l'ensemble des salariés de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et, d'autre part, d'adapter le droit fédéral aux « conditions et besoins de l'époque »²⁹⁰³. La Loi de 1877 prévoit aussi des mesures spécifiquement consacrées à la prévention des maladies et des accidents professionnels, rappelées plus tard dans la Loi sur l'assurance-maladie et accident (LAMA)²⁹⁰⁴ de 1911, puis rassemblées dans la Loi sur l'assurance-accident adoptée en 1981²⁹⁰⁵.

Quant aux dispositions relatives à l'obligation de produire un certificat médical d'aptitude – partant, de se soumettre à une consultation médicale –, elles font d'abord leur apparition dans des ordonnances ou lois spécifiques²⁹⁰⁶ – à l'art. 4 d'une ordonnance aujourd'hui abrogée, l'Ordonnance du 3 septembre 1948 relative aux mesures de protection et de

²⁸⁹⁹ Gabriel AUBERT, Commentaire *ad* art. 34ter al. let. a-c aCst, *in*: Jean-François Aubert et al. vol. II 1996.

²⁹⁰⁰ Loi fédérale du 23 mars 1877 concernant le travail dans les fabriques, FF 1877 II 113 ; combattue par referendum, elle fut acceptée en votation populaire le 21 octobre 1877 (FF 1877 IV 675) et entra en vigueur le 1^{er} janvier 1878.

²⁹⁰¹ Loi fédérale du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques ; cette loi a été abrogée à l'entrée en vigueur de la Loi sur le travail de 1964, à l'exception de quelques articles qui règlent encore certains aspects de l'activité des offices de conciliation lors de conflits collectifs de travail (RS 821.41).

²⁹⁰² Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail [LTr], RS 822.11), modifiée à plusieurs reprises depuis son entrée en vigueur le 1^{er} février 1966.

²⁹⁰³ Message Loi sur le travail 1960, 891 s.

²⁹⁰⁴ A son art. 45 ; FF 1911 III 815. Voir le Message du 10 décembre 1906 concernant les assurances contre les maladies et les accidents, FF 1906 VI 213, 334.

²⁹⁰⁵ Message LAA 1976, 183 s. et 217 ss.

²⁹⁰⁶ Message Loi sur le travail 1960, 967 s.

lutte contre la silicose²⁹⁰⁷, et à l'art. 63 de la Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse²⁹⁰⁸. La Loi sur le travail de 1964 fait bien référence à un certificat médical pour attester l'aptitude d'un jeune travailleur, mais n'en fait pas une exigence et délègue au Conseil fédéral la compétence de le prescrire dans certains cas (art. 29 al. 4)²⁹⁰⁹. L'examen médical pour le travail de nuit régulier, lui, est introduit dans la loi en 1998 ; à nouveau, son caractère éventuellement obligatoire fait l'objet d'une délégation de compétence au Conseil fédéral (art. 17c al. 2)²⁹¹⁰.

Pour ce qui a trait aux mesures de vérification de l'aptitude physique ou psychique prévues dans le domaine de l'exercice indépendant²⁹¹¹ des professions médicales et de certaines professions de la santé, elles ne se trouvent dans le droit fédéral que depuis quelques années : la Loi sur les professions médicales²⁹¹² date de 2006, la Loi sur les professions de la

²⁹⁰⁷ Ordonnance reposant sur divers articles de la défunte LAMA, adoptée le 3 septembre 1948 (RO 1948 940) et abrogée le 23 décembre 1960 à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'Ordonnance relative à la prévention des maladies professionnelles (RO 1960 1720), elle-même remplacée le 19 décembre 1983 par l'Ordonnance sur la prévention des accidents, encore en vigueur (RS 832.30) ; une ordonnance du DEFR actuellement en vigueur y fait cependant encore explicitement référence dans son préambule (RS 832.323.112). L'art. 4 al. 1^{er} de l'Ordonnance de 1948 a la teneur suivante : « [...] [P]euvent seuls être occupés à des travaux au sens de l'article premier [c'est-à-dire, en substance, des travaux mettant des ouvriers en contact avec des matériaux dégageant de la poussière se mêlant à l'air respiré, si l'expérience a prouvé qu'il y a danger de silicose] les assurés déclarés aptes à ces travaux à la suite d'un examen médical ».

²⁹⁰⁸ « Nul ne peut être engagé à bord d'un navire suisse s'il ne présente un certificat médical attestant qu'il est apte au travail qui lui incombera et qu'il est exempt de toute maladie pouvant mettre en danger les autres personnes qui se trouvent à bord », art. 63 al. 2 LNM (FF 1953 III 169, 189). Cette disposition a été modifiée en 1987 ; son nouveau contenu, encore en vigueur aujourd'hui, délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles en matière de « protection de la santé [et de] soins médicaux » (art. 63 al. 2 lettre d LNM ; à propos de la modification, voir le Message du 10 mars 1986, FF 1986 II 741, 781).

²⁹⁰⁹ Voir à ce propos le Message Loi sur le travail 1960, 967 s. La disposition est encore en vigueur dans cette formulation (état : mars 2021).

²⁹¹⁰ Voir le Rapport du 17 novembre 1997 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national – Initiative parlementaire – Révision de la loi sur le travail (CER-N), FF1998 II 1128, qui renvoie à propos de cette disposition au Message du 2 février 1994 concernant la modification de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail), FF 1994 II 157, 183 s.

²⁹¹¹ C'est-à-dire « sous propre responsabilité professionnelle », selon l'art. 36 al. 1^{er} LPMed et l'art. 11 LPSan.

²⁹¹² Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales [LPMed], RS 811.11).

psychologie²⁹¹³ a été adoptée en 2011 et la Loi sur les professions de la santé²⁹¹⁴ en 2016. Auparavant, les normes relatives aux conditions personnelles de délivrance des autorisations relevaient des cantons²⁹¹⁵ et se trouvaient dès lors dans leur législation sanitaire²⁹¹⁶.

Les premières lois sanitaires cantonales de la « Suisse moderne », édictées dans la deuxième partie du 19^e siècle, ne formulaient pas toujours des conditions touchant à l'aptitude physique ou psychique des personnes souhaitant exercer « l'art de guérir », à l'exemple de la Loi valaisanne du 24 novembre 1849 sur la police sanitaire²⁹¹⁷, ou de celle qui l'a remplacée cinquante ans plus tard, la Loi du 27 novembre 1896 sur la police sanitaire²⁹¹⁸. La Loi de 1896 exigeait toutefois, mais des seules sages-femmes, qu'elles produisent un « certificat médical attestant une bonne constitution physique » (art. 45 lettre d) pour se présenter à l'examen professionnel prévu à l'art. 44. Les frais de formation et d'examen étant payés par l'Etat et la pension, l'achat des « traités » et des instruments étant à la charge des communes (art. 46)²⁹¹⁹, on peut supposer que ce certificat médical était par conséquent, tant pour l'Etat que pour la commune concernée, plutôt un moyen de s'assurer que leurs investissements n'étaient pas excessivement risqués.

Ce n'est qu'avec la Loi sur la santé publique du 18 novembre 1961²⁹²⁰ qu'apparaît pour la première fois l'exigence d'aptitude physique ou psychique dans le droit sanitaire valaisan, pour les professions médicales

²⁹¹³ Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (Loi sur les professions de la psychologie [LPsy], RS 935.81).

²⁹¹⁴ Loi fédérale du 30 septembre 2016 sur les professions de la santé (LPSan, RS 811.21) ; elle concerne sept professions de la santé.

²⁹¹⁵ Les cantons restent compétents pour la délivrance de l'autorisation et pour la surveillance de ces professions et ont conservé la compétence d'édicter les conditions d'exercice des professions de la santé qui ne sont pas visées par le droit fédéral.

²⁹¹⁶ Grâce à l'adoption de la Loi fédérale sur le marché intérieur (Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI], RS 943.02), en 1995, les titulaires d'une autorisation délivrée par un canton sont encore soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation d'un autre canton où ils voudraient exercer, mais la procédure de délivrance de cette seconde autorisation doit être « simple, rapide et gratuite » (art. 3 al. 4 LMI). Voir notamment Jean-François DUMOULIN, Commentaire *ad* art. 36 LPMed, p. 317.

²⁹¹⁷ Recueil des Lois, Décrets et Arrêtés du canton du Valais de 1847 à 1852, p. 170 ss.

²⁹¹⁸ Recueil des Lois, Décrets et Arrêtés du canton du Valais de 1896 à 1899, p. 8 ss.

²⁹¹⁹ Qui devaient toutes disposer d'une sage-femme au moins, selon l'art. 47 de la loi.

²⁹²⁰ Qui a remplacé la loi de 1896, restée en vigueur plus de soixante ans ; Recueil des lois, décrets et arrêtés du canton du Valais, Année 1962, 142 ss.

(art. 22 lettre c) comme pour les « professions médicales auxiliaires ou paramédicales » (par renvoi de l'art. 55) : « l'autorisation de pratiquer peut être refusée [aux personnes] qui présenteraient des tares physiques ou psychiques incompatibles avec l'exercice de leur profession ». L'exigence est évidemment encore présente dans la Loi du 9 février 1996 puis dans la Loi du 14 février 2008, et dans la Loi actuellement en vigueur, du 12 mars 2020²⁹²¹, même si ces normes ne s'appliquent plus, désormais, qu'à l'exercice « sous propre responsabilité professionnelle » des quelques professions de la santé encore régies par le droit sanitaire cantonal.

3. Normes applicables

3.1 Dispositions relatives à la protection de la santé et de l'intégrité corporelle

3.1.1 *Loi sur le travail et Ordonnances relatives à la loi sur le travail*

L'art. 6 al. 1^{er} de la Loi sur le travail (LTr)²⁹²² impose aux employeurs une obligation générale dans le domaine de la protection de la santé des employés : « [p]our protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs »²⁹²³ ; cette disposition, comme toute la loi, concrétise les compétences de la Confédération en matière de protection des travailleurs, telle qu'elle est

²⁹²¹ Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé.

²⁹²² Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail [LTr], RS 822.11). Voir généralement SECO, Commentaire LTr OLT1 et OLT2).

²⁹²³ Voir notamment Thomas GEISER, *Arbeitsgesetz*, in: Wolfgang Portmann, Adrian von Kaenel, *Arbeitsrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 670 ss; Harry NÖTZLI, *Kommentar ad Art. 6 ArG*, in: Alfred Blesi et al. (éd.), *ArG Arbeitsgesetz Kurzkommentar*, Bâle 2018, p. 86 ss; Hans-Ulrich SCHEIDEGGER, Christine PITTELOUD, *Commentaire ad art. 6 LTr*, in: *Commentaire Loi sur le travail*, p. 111 ss.

prévue par l'art. 110 al. 1^{er} lettre a Cst²⁹²⁴. Plusieurs ordonnances détaillent encore ce principe, en fonction du type d'entreprise ou du type d'activité²⁹²⁵, ou encore du « profil » des employés concernés²⁹²⁶.

L'appréciation du caractère « nécessaire » des mesures à prendre ne résulte pas « d'une opinion individuelle subjective, mais de l'expérience générale concernant des risques identiques ou similaires ressortant par exemple de la statistique des accidents. Sont considérées comme indispensables les mesures dont la nécessité est généralement reconnue dans la pratique »²⁹²⁷.

Quant au concept d'« état de la technique », il doit être interprété « dans son sens le plus large. En principe, les mesures de protection doivent être également adaptées aux progrès de la technique et des méthodes de travail. En effet, une certaine mesure peut, avec le temps, s'avérer insuffisante »²⁹²⁸.

Enfin, la notion d'adaptation aux conditions d'exploitation de l'entreprise²⁹²⁹ est le reflet du principe de proportionnalité²⁹³⁰. « Le pouvoir d'appréciation joue un rôle primordial au moment de répondre à la question du principe de proportionnalité. Cependant, ici encore, on ne pourra pas se contenter d'un avis individuel subjectif et les décisions devront être prises

²⁹²⁴ Karine LEMPEN, Commentaire *ad* art. 110 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 2201 ss; Basile CARDINAUX, Kommentar *ad* Art. 110 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 1707 ss; Thomas GÄCHTER, Kommentar *ad* Art. 110 BG, *in*: St Galler Kommentar BV, p. 1978 ss.

²⁹²⁵ L'Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3 [Protection de la santé], RS 822.113) détermine encore plus précisément les mesures qui doivent être prises dans les entreprises soumises à la loi.

²⁹²⁶ Une ordonnance est, par exemple, spécifiquement dédiée à la protection de la maternité : Ordonnance du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (Ordonnance sur la protection de la maternité, RS 822.111.52).

²⁹²⁷ Suva, Quelles sont vos obligations dans le domaine de la sécurité au travail et de la protection de la santé ?, édition revue et corrigée de mars 2018, p. 9.

²⁹²⁸ *Ibidem*.

²⁹²⁹ Sur la notion d'« entreprise », voir plus loin, p. 730.

²⁹³⁰ Voir précédemment, p. 140 s.

selon des critères objectifs tenant compte des particularités de l'exploitation sur le plan technique et humain. »²⁹³¹

La Loi sur le travail est complétée par de nombreuses ordonnances, on l'a dit, dont certaines concernent directement des thématiques de santé, ainsi l'Ordonnance sur la protection de la maternité²⁹³², l'Ordonnance OLT 3 (Protection de la santé)²⁹³³ ou encore l'Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs²⁹³⁴, ensuite détaillée dans l'Ordonnance sur les travaux dangereux pour les jeunes²⁹³⁵.

3.1.2 *Code des obligations et Contrat-type de travail pour le personnel soignant*

Le Code des obligations formalise à son art. 328 al. 1^{er} CO²⁹³⁶ l'obligation générale de protection de la santé et de l'intégrité corporelle des travailleurs dans le domaine du droit privé : selon cette disposition, l'employeur est tenu de préserver la personnalité de l'employé, notamment

²⁹³¹ Suva, Quelles sont vos obligations dans le domaine de la sécurité au travail et de la protection de la santé, p. 9.

²⁹³² Ordonnance du DEFR du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (Ordonnance sur la protection de la maternité, RS 822.111.52).

²⁹³³ Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé), RS 822.113. Voir généralement SECO, Commentaire OLT3 et OLT4.

²⁹³⁴ Ordonnance 5 du 28 septembre 2007 relative à la loi sur le travail (Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs, OLT 5), RS 822.115. Voir généralement SECO, Commentaire OLT5 jeunes travailleurs.

²⁹³⁵ Ordonnance du 4 décembre 2007 du DEFR sur les travaux dangereux pour les jeunes, RS 822.115.2. Les dispositions du droit fédéral découlent notamment du droit international, voir en particulier la Convention no 182 concernant l'interdiction des pires formes des travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, conclue à Genève le 17 juin 1999, approuvée par l'Assemblée fédérale le 9 mars 2000, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 juin 2001 (RS 0.822.728.2).

²⁹³⁶ Voir notamment Jean-Philippe DUNAND et al., Droit du travail, Bâle 2020, p. 233 ss ; Wolfgang PORTMANN, Isabelle WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4e éd., Zurich, St-Gall 2020, p. 121 s.; Wolfgang PORTMANN, Roger RUDOLPH, Kommentar *ad* Art. 328 OR, in: Basler Kommentar OR I, p. 2186 ss, notamment 2193 ss; Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail, 4e éd., Berne 2019, p. 405 ss; Thomas GEISER et al., Arbeitsrecht in der Schweiz, 4e éd., Berne 2019, p. 392 ss; Aurélien WITZIG, Droit du travail, Genève, Zurich, Bâle 2018, p. 531 ss; Jean-Philippe DUNAND, Commentaire *ad* art. 328 CO, in: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 268 ss.

sa vie, sa santé et son intégrité physique ; l'al. 2 reprend, dans une formulation à peine différente, la teneur de l'art. 6 LTr.

L'art. 328 CO est une disposition relativement impérative, à laquelle il ne peut être dérogé au détriment de la travailleuse ou du travailleur (art. 362 al. 1^{er} CO).

Le Conseil fédéral a en outre arrêté un contrat type de travail pour le personnel soignant²⁹³⁷ qui prévoit, à son art. 8 al. 1er, un examen médical obligatoire lors de l'entrée en service, à moins que l'employé ne présente un certificat médical datant de moins de six mois ; la disposition détaille les éléments de santé qui doivent être examinés. Ensuite, l'état de santé de l'employé doit être contrôlé au moins une fois par an (al. 2)²⁹³⁸ et à nouveau « avant de quitter l'employeur » (al. 3).

3.1.3 *Loi sur le personnel de la Confédération*

Les exigences de la Loi sur le travail se retrouvent dans la législation fédérale relative au personnel actif au sein de la Confédération ou d'autres entités de droit public fédéral²⁹³⁹ ; la Confédération doit en effet prendre les mesures d'exécution que la LTr place expressément dans sa compétence et assumer l'exécution de la loi et de ses ordonnances dans les entreprises fédérales. Ainsi, selon l'art. 4 al. 2 lettre g de la Loi sur le

²⁹³⁷ Arrêté du 22 décembre 1971 du Conseil fédéral établissant un contrat-type de travail pour le personnel soignant, RS 221.215.328.4. Il existe aussi un contrat-type pour les médecins-assistants, qui ne prévoit pas, lui, d'examen médical (RS 221.215.328.1).

²⁹³⁸ Sous réserve de contrôles plus fréquents qui seraient prescrits par la législation concernant la protection contre les radiations (al. 2) pour le personnel exposé aux radiations, pour lequel un autre contrat-type a été arrêté, voir plus loin, p. 732 s.

²⁹³⁹ Ces autres entités sont le Conseil fédéral en sa qualité d'organe directorial suprême de l'administration, l'Assemblée fédérale, en ce qui concerne les Services du Parlement, les Chemins de fer fédéraux, le Tribunal fédéral, le Ministère public de la Confédération et l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération, ainsi que le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral des brevets ; voir art. 3 LPers. Le Conseil des Ecoles polytechniques fédérales a lui aussi qualité d'employeur, selon l'art. 2 al. 1er de l'Ordonnance-cadre LPers.

personnel de la Confédération (LPers)²⁹⁴⁰, l'employeur doit mettre en œuvre les mesures propres à assurer la protection de la personnalité et de la santé ainsi que la sécurité au travail de son personnel, une disposition détaillée et précisée à l'art. 10a al. 1^{er} OPers²⁹⁴¹.

La Confédération dispose dès lors d'une inspection du travail (art. 42 al. 4 LTr), comme d'un service médical du travail chargé des examens médicaux et des mesures relevant de la médecine du travail (art. 11 OPers); les tâches du service médical ont été déléguées à une entité privée²⁹⁴².

3.2 Dispositions relatives à la prévention des accidents et des maladies professionnelles

3.2.1 *Loi sur l'assurance-accidents et Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles*

Même si la Loi sur le travail contient certains principes généraux en matière de protection de la santé et de l'intégrité corporelle, repris dans le Code des obligations et dans la législation relative au personne fédéral, c'est bien la Loi sur l'assurance-accidents (LAA) qui régit plus concrètement la prévention des accidents et des maladies professionnelles, à son Titre 6 – art. 81 ss LAA -²⁹⁴³, complétée par l'OLAA²⁹⁴⁴ mais surtout

²⁹⁴⁰ Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1). Voir notamment Urs BÜRGI, Gudrun BÜRGI-SCHNEIDER, Öffentliches Personalrecht des Bundes, in: Urs Bürgi, Gudrun Bürgi-Schneider (éd.), Handbuch Öffentliches Personalrecht, Zurich. Bâle, Genève 2017, p. 56; Peter HELBLING, Kommentar ad Art. 4 BPG, in: Wolfgang Portmann et al. (éd.), Bundespersonalgesetz, Berne 2013, p. 48 ss.

²⁹⁴¹ Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers, RS 172.220.11).

²⁹⁴² Voir l'interpellation parlementaire du 27 septembre 2019 à ce propos, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20194334>.

²⁹⁴³ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA, RS 832.20). Voir notamment Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), in: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1094 ss; Carole SONNENBERG, La protection de la personnalité du travailleur : sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, Lausanne 2010; Florence AUBRY GIRARDIN, Protection de la santé au travail: cadre juridique général, in: Olivier Guilloid (éd.), Santé et travail, 14e Journée de droit de la santé, Berne 2008, p. 45 ss; Urs KRUMMENACHER, Anton GÜGGI, Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten, in; Tomas Poledna, Ueli Kieser (éd.), Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VIII, Bâle 2005.

par l'Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (OPA)²⁹⁴⁵.

Un accident correspond à une atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain, par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort (art. 4 LPGa) ; l'art. 12 OLAA apporte quelques précisions supplémentaires pour définir les accidents spécifiquement professionnels²⁹⁴⁶, par exemple ceux qui surviendraient pendant les trajets pour se rendre au lieu de travail ou pour en revenir (art. 12 al. 1^{er} lettre d OLAA).

Quant aux maladies professionnelles, ce sont celles qui sont « dues exclusivement ou de manière prépondérante, dans l'exercice de l'activité professionnelle, à des substances nocives ou à certains travaux » (art. 9 LAA), une notion précisée ensuite par l'art. 14 OLAA puis dans une « liste » énoncée à l'annexe 1 de l'OLAA. A ces maladies, l'art. 9 al. 2 LAA ajoute, dans une clause plus générale destinée à combler d'éventuelles lacunes de la liste²⁹⁴⁷, les « autres maladies dont il est prouvé qu'elles ont été causées exclusivement ou de manière nettement prépondérante par l'exercice de l'activité professionnelle ». Les maladies liées au travail mais qui n'entrent pas dans le champ d'application de ces normes sont, elles, des maladies « associées au travail » qui, toutefois, peuvent être parfois indemnisées au titre d'accident du travail, par exemple la contamination d'un soignant par le virus HIV après une piqûre accidentelle²⁹⁴⁸.

²⁹⁴⁴ Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA, RS 832.202).

²⁹⁴⁵ Ordonnance du 19 décembre 1983 sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (Ordonnance sur la prévention des accidents [OPA], RS 832.30).

²⁹⁴⁶ La prévention des accidents non professionnels a été confiée au « Bureau suisse de prévention des accidents » (bpa), géré conjointement par la CNA et les autres assureurs. Ce Bureau prodigue information et conseils à la population (art. 59 OPA), mais n'a pas d'activités dans le cadre desquelles il pourrait ordonner des mesures de nature médicale.

²⁹⁴⁷ Ghislaine FRESARD-FELLAY, Les maladies associées au travail et l'assurance-accidents, in: Olivier Guillod (éd.), Santé et travail, 14e Journée de droit de la santé, Berne 2008, p. 121 ss, p. 125.

²⁹⁴⁸ Ghislaine FRESARD-FELLAY, *ibidem*, p. 131-132. Cette auteure cite un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 129 V 402) dans lequel une indemnisation par l'assurance-accident a bien été admise en lien avec la piqûre accidentelle, mais pas pour l'incapacité de travail due au stress post-traumatique qui l'a suivie, le Tribunal fédéral ayant jugé que l'accident était banal ; la soignante n'a pas développé l'infection.

Aux normes qui viennent d'être mentionnées sont associées plusieurs ordonnances particulières, destinées à préciser les mesures à prendre dans des secteurs spécifiques pour la prévention des accidents, par exemple celui des travaux de la construction²⁹⁴⁹, en exécution de normes de droit international public²⁹⁵⁰, ou pour la prévention des maladies, par exemple dans les entreprises qui exécutent des travaux avec des substances chimiques²⁹⁵¹.

La prévention des accidents s'opère, d'une part, grâce à des mesures techniques et organisationnelles propres à éliminer les dangers, selon l'art. 3 OPA et, d'autre part, par l'utilisation d'équipements de protection individuelle, conformément à l'art. 5 OPA²⁹⁵². Bien que ces mêmes mesures visent essentiellement la prévention des accidents, elles sont également efficaces en termes de prévention des maladies²⁹⁵³.

Conformément à l'art. 81 al. 1^{er} LAA, les prescriptions sur la prévention des accidents et maladies professionnelles s'appliquent à toutes les entreprises dont les travailleurs exécutent des travaux en Suisse²⁹⁵⁴. Il y a entreprise selon la loi lorsqu'un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou temporaire, même sans faire usage d'installations ou de locaux particuliers (art. 1^{er} al. 2 LTr et art. 1^{er} al. 2 OPA)²⁹⁵⁵.

²⁹⁴⁹ Ordonnance du 29 juin 2005 sur la sécurité et la protection de la santé des travailleurs dans les travaux de construction (Ordonnance sur les travaux de construction [OTConst] ; RS 832.311.141); voir notamment Roger ANDRES, *Die Normen der Arbeitssicherheit – System und Kritik am Beispiel des Bauens*, Zurich, Bâle, Genève 2016.

²⁹⁵⁰ Convention no 62 du 23 juin 1937 concernant les prescriptions de sécurité dans l'industrie du bâtiment, adoptée à Genève le 23 juin 1937, approuvée par l'Assemblée fédérale le 20 juin 1939, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juillet 1942 (RS 0.832.311.10).

²⁹⁵¹ Ordonnance du 26 décembre 1960 concernant les mesures techniques pour la prévention des maladies professionnelles provoquées par des substances chimiques (RS 832.321.11).

²⁹⁵² Toutes ces mesures sont hiérarchisées selon l'acronyme « **STOP** », c'est-à-dire **S**ubstitution des dangers, mesures d'ordre **T**echnique, mesures d'ordre **O**rganisationnel et, enfin, mesures **P**ersonnelles, en complément des mesures précitées.

²⁹⁵³ C'est-à-dire d'atteintes à la santé physique, mentale ou psychique qui ne sont pas dues à un accident et qui exigent un examen ou un traitement médical ou provoquent une incapacité de travail, selon l'art. 3 LPGa *in fine*.

²⁹⁵⁴ Selon l'art. 81 al. 2 LAA.

²⁹⁵⁵ Voir notamment Thomas GEISER, *Arbeitsgesetz*, in: Wolfgang Portmann, Adrian von Kaenel (éd.), *Arbeitsrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 645 ss; Thomas GEISER, *Commentaire ad art. 2 LTr*, in: *Commentaire Loi sur le travail*, p. 44 ss.

Le Conseil fédéral peut cependant, par voie d'ordonnance, limiter ou exclure l'application de ces prescriptions pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs. Il l'a fait à l'art. 2 OPA, en excluant notamment les ménages privés, les entreprises agricoles et les installations et équipements de l'armée. En principe, la loi ne s'applique pas, non plus, à l'administration fédérale (art. 2 al. 1^{er} lettre a LTr)²⁹⁵⁶, une exception qui ne vaut cependant pas pour les dispositions relatives à la santé (art. 3a lettre a LTr) ; dans le cadre des rapports de travail de droit public fédéral, la Confédération édicte ses propres prescriptions en matière de sécurité et de santé au travail, détaillées dans l'OPers, aux art. 10a ss.

Comme l'art. 6 al. 1^{er} LTr, l'art. 82 al. 1^{er} LAA précise que l'employeur est tenu de prendre, pour prévenir les accidents et maladies professionnels, toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions données. Selon l'al. 3, les travailleurs sont tenus de seconder l'employeur dans l'application de ces mesures. Lorsque, malgré un avertissement (art. 62 OPA), un employeur ne se conforme pas aux prescriptions relatives à la sécurité au travail, l'autorité ordonne par la voie d'une décision que les mesures nécessaires soient prises (art. 64 OPA). Si l'employeur ne se soumet pas à une décision exécutoire ou « s'il contrevient d'une autre manière aux prescriptions sur la sécurité au travail », il s'expose à une augmentation de prime (art. 66 al. 1^{er} OPA). L'autorité peut aussi, au besoin, recourir aux mesures de contrainte de l'art. 52 LTr et de l'art. 86 LAA pour « rétablir l'ordre légal »²⁹⁵⁷, en particulier si l'inobservation des prescriptions met sérieusement en danger la vie ou la santé des travailleurs ou le voisinage de l'entreprise.

²⁹⁵⁶ Sous réserve des entreprises fédérales engagées dans les activités énumérées à l'art. 4 OLT 1, notamment les entreprises fédérales de transport de personnes ou de marchandises (art. 4 lettre b OLT1). Les prescriptions en matière de prévention des maladies et accidents professionnels ne s'appliquent pas, non plus, aux administrations cantonales et communales, selon la même disposition.

²⁹⁵⁷ Voir SECO, Commentaire *ad* art. 52 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2 ; Reto HÄGGI FURRER, Kommentar *ad* Art. 52 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 494 ss ; Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 52 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail, p. 601 ss.

3.2.2 *Loi sur les produits chimiques*

L'art. 25 al. 1^{er} de la Loi sur les produits chimiques²⁹⁵⁸ enjoint à « quiconque utilise des substances ou des préparations [entrant dans le champ d'application de la loi] à titre professionnel ou commercial [de] prendre toutes mesures utiles à la protection de la vie et de la santé du personnel et dont la nécessité a été démontrée par l'expérience, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions de l'entreprise ».

Il s'agit d'une disposition spécifique dans la mesure où elle se trouve dans une loi spéciale. Cependant, la loi n'énonce pas de modalités de prévention particulières dans le cadre de la protection contre les substances et les préparations dangereuses ; elle se contente d'un renvoi aux normes pertinentes de la LTr et de la LAA. Ce renvoi est toutefois nécessaire afin d'imposer des mesures de protection à toutes les entreprises qui utiliseraient des produits chimiques dangereux, y compris à celles qui seraient exclues du champ d'application de la LTr et de la LAA, en particulier les entreprises familiales et les entreprises agricoles²⁹⁵⁹.

3.2.3 *Loi sur la radioprotection et Contrat-type de travail pour le personnel professionnellement exposé aux radiations*

Selon l'art. 13 al. 1^{er} de la Loi sur la radioprotection (LRaP)²⁹⁶⁰, les travailleurs professionnellement exposés aux radiations et qui sont assujettis à l'assurance obligatoire sont soumis aux mesures médicales de prévention des maladies professionnelles prévues par la LAA. Ce premier alinéa ne constitue en fait qu'un rappel des principes généraux de prévention de la LAA et n'est dès lors pas indispensable.

²⁹⁵⁸ Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (Loi sur les produits chimiques [LChim], RS 813.1).

²⁹⁵⁹ Message du 24 novembre 2000 concernant la loi fédérale sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses, FF 2000 623, 708.

²⁹⁶⁰ Loi fédérale du 22 mars 1991 sur la radioprotection (LRaP, RS 814.50).

Le second alinéa de la disposition, en revanche, est nécessaire afin d'étendre ces mesures aux personnes qui ne seraient pas des travailleurs obligatoirement assurés, par exemple les employeurs ou les indépendants²⁹⁶¹. Le Conseil fédéral a en outre arrêté un contrat-type de travail pour le personnel exposé professionnellement aux radiations²⁹⁶² qui ne serait pas assuré contre les accidents.

La loi instaure d'abord des mesures de surveillance de nature technique (ou « physique »), par relevé des valeurs d'exposition (dosimétrie), qui ne peuvent dépasser certaines limites (art. 10 LRaP et 56 s. ORaP) ; au surplus, des contrôles médicaux peuvent ou doivent être mis en place dans certains cas²⁹⁶³. Concrètement, ces mesures concernent une partie du personnel de santé chargé de réaliser des clichés au moyen d'appareils d'imagerie médicale émettant des rayons ionisants, les travailleurs employés au sein des centrales nucléaires suisses et, enfin, le personnel navigant de l'aviation civile²⁹⁶⁴.

3.2.4 *Législation sur les transports (renvoi)*

L'exercice d'une profession liée aux transports, à titre dépendant ou indépendant, sur la route ou le rail, dans le transport par voies navigables ou maritimes et dans le transport aérien, soulève également des questions juridiques liées à l'évaluation médicale de l'aptitude, tant au début de l'activité et qu'en cours d'activité.

Ces questions ne sont traitées ni dans la législation sur le travail, ni dans la législation sur la prévention des accidents. Elles relèvent de la Loi sur la circulation routière et des autres lois régissant spécifiquement ces activités professionnelles ; elles sont analysées dans un chapitre particulier,

²⁹⁶¹ Message du 17 février 1988 relatif à une loi sur la radioprotection, Feuille fédérale 1988 II 189, 205.

²⁹⁶² Arrêté du 22 avril 1966 du Conseil fédéral établissant un contrat-type de travail relatif aux prestations d'assurance à prévoir pour le personnel professionnellement exposé aux radiations ionisantes, RS 221.215.328.6.

²⁹⁶³ Voir plus loin, p. 749 s.

²⁹⁶⁴ <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/gesund-leben/umwelt-und-gesundheit/strahlung-radioaktivitaet-schall/dosimetrie-berufliche-strahlenexposition/flugpersonal.html>.

spécifiquement consacré aux mesures applicables dans le domaine des transports publics et privés²⁹⁶⁵.

3.2.5 *Législation sur la lutte contre les épidémies (renvoi)*

Le droit fédéral prévoit aussi une possibilité de vaccination dans le cadre des rapports de travail pour des employés en contact avec des personnes porteuses d'agents pathogènes - dans une perspective de protection du travailleur - ou en contact avec des personnes au système immunitaire affaibli – cette fois plutôt dans une perspective de protection du public -.

Cette problématique est spécifiquement traitée dans le chapitre consacré à la lutte contre les épidémies²⁹⁶⁶.

3.3 Dispositions relatives à la mise en œuvre de la prévention des accidents et des maladies professionnels

3.3.1 *Législation relative aux médecins du travail*

La mise en œuvre des aspects médicaux de la prévention des maladies et accidents professionnels est confiée à des médecins du travail (art. 83 al. 2 LAA), qui sont considérés comme des « spécialistes de la sécurité au travail »²⁹⁶⁷. Outre les médecins, sont aussi des spécialistes, dans leur domaine de compétence et pour autant qu'ils détiennent les titres requis : les hygiénistes du travail, les ingénieurs de sécurité et les chargés de

²⁹⁶⁵ Voir précédemment, p. 649 ss.

²⁹⁶⁶ Voir précédemment, p. 547 ss.

²⁹⁶⁷ Voir notamment Pierre MARTIN-ACHARD, Marc HOCHMANN FAVRE, Médecin-conseil et médecin du travail, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 195 ss ; Elisabeth CONNE, Sécurité et santé au travail, médecine du travail, *in* : Romano LaHarpe et al., p. 133 ss.

sécurité²⁹⁶⁸. Comme la plupart des spécialités médicales en Suisse, la médecine du travail souffre d'une sérieuse pénurie²⁹⁶⁹.

L'Ordonnance fédérale qui fixe les qualifications requises pour cette activité²⁹⁷⁰ exige des médecins qu'ils détiennent un titre de formation postgrade (« titre de spécialiste »), fédéral²⁹⁷¹ ou étranger reconnu ; ils doivent également suivre des cours de formation continue²⁹⁷². La Loi ne prévoit pas la présence obligatoire d'un médecin du travail dans les entreprises qui dépasseraient une certaine taille, ou qui exerceraient des activités présentant des risques ; l'OPA prévoit quant à elle que l'appel à des médecins du travail ou à d'autres spécialistes de la sécurité au travail doit avoir lieu « lorsque la protection de la santé des travailleurs et leur sécurité l'exigent » (art. 11a al. 1^{er} OPA). L'art. 11b OPA renvoie pour le surplus aux directives de la Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail²⁹⁷³, en particulier aux prescriptions édictées dans la Directive 6508 relative à « l'appel à des médecins du travail et autres spécialistes de la sécurité au travail ».

Pour l'administration fédérale, l'art. 28 al. 1^{er} LPers institue un service médical et l'autorise à traiter les données relatives à la santé des candidats lors d'un engagement ou des employés pendant la durée des rapports de travail. L'art. 10a al. 1^{er} de l'OPers complète cette norme et permet au Département fédéral des finances, responsable de l'élaboration de la « stratégie de développement du personnel » conjointement avec les autres départements (art. 4 al. 1^{er} OPers), d'élaborer des directives en matière de sécurité au travail, de protection et de promotion de la santé. Ce département doit en outre désigner le service médical chargé des examens

²⁹⁶⁸ Art. 1^{er} al. 1^{er} lettres b, c et d de l'Ordonnance du 25 novembre 1996 sur les qualifications des spécialistes de la sécurité au travail (RS 822.116).

²⁹⁶⁹ Edouard BOLLETER, La Suisse manque de médecins du travail, *in*: PME Magazine du 20 janvier 2020, <https://www.pme.ch/management/2020/01/20/suisse-manque-medecins-travail>.

²⁹⁷⁰ Art. 1^{er} al. 1^{er} lettre a de l'Ordonnance du 25 novembre 1996 sur les qualifications des spécialistes de la sécurité au travail (RS 822.116).

²⁹⁷¹ La durée de la formation postgrade est de 5 ans (état : novembre 2019), selon l'annexe 1 de l'Ordonnance sur les professions médicales (OPMed, RS 811.112.0).

²⁹⁷² Art. 7 de l'Ordonnance du 25 novembre 1996 sur les qualifications des spécialistes de la sécurité au travail (RS 822.116).

²⁹⁷³ Voir plus loin, p. 736 ss.

médicaux et des mesures relevant de la médecine du travail (art. 11 al. 1er OPers).

3.3.2 *Loi sur l'analyse génétique humaine*

La Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH)²⁹⁷⁴ ne contient aucune disposition touchant directement à la prévention des maladies ou accidents professionnels. Elle formule cependant les conditions particulières auxquelles des analyses génétiques peuvent être exécutées dans le cadre de rapports de travail (art. 1er al. 2 lettre c LAGH) afin d'éviter la survenance de maladies ou d'accidents professionnels (art. 40 LAGH). Ces normes sont applicables aussi bien aux rapports de travail de droit privé qu'aux rapports de travail de droit public²⁹⁷⁵.

Dans le domaine du travail, les analyses génétiques semblent encore peu répandues²⁹⁷⁶.

3.3.3 *Directives de la Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail*

L'art. 85 LAA²⁹⁷⁷ instaure une Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail (CFST)²⁹⁷⁸, composée de quinze membres, chargée notamment de veiller à l'application uniforme, dans les entreprises, des prescriptions en matière de prévention des accidents et des maladies professionnelles²⁹⁷⁹.

²⁹⁷⁴ Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine, probablement en vigueur en 2022 (LAGH, RS 810.12). Sur les analyses dans le domaine du travail, voir Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 600 s.

²⁹⁷⁵ Message LAGH I 2002, 6903.

²⁹⁷⁶ Message LAGH II 2017, 5359.

²⁹⁷⁷ Voir Roger ANDRES, *Die Normen der Arbeitssicherheit – System und Kritik am Beispiel des Bauens*, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 39 ss; Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, *L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire)*, in: Ulrich Meier (éd.), *Soziale Sicherheit – Sécurité sociale*, p. 1096 ss.

²⁹⁷⁸ Voir notamment les pages consacrées à cette commission sur le site de la Confédération, <http://www.ekas.admin.ch/index-fr.php?frameset=1>.

²⁹⁷⁹ L'art. 53 OPA énumère les principales compétences de la Commission de coordination.

La coordination des normes de prévention prévues par la législation sur le travail avec celles qui découlent de la législation sur l'assurance-accident, obligatoire pour tous les travailleurs occupés en Suisse²⁹⁸⁰, n'était en effet pas toujours optimale. Dans son Message relatif à la nouvelle Loi sur l'assurance-accident, le Conseil fédéral indiquait qu'un des objectifs de la loi était d'éliminer les « chevauchements fâcheux » entre les prescriptions de la législation alors en vigueur en matière de prévention des accidents – la défunte LAMA²⁹⁸¹ – et les prescriptions découlant de la Loi sur le travail²⁹⁸²; certaines « juxtapositions » de compétences subsistent néanmoins²⁹⁸³. Les organes d'exécution de la Loi sur le travail, lorsqu'ils collaborent à la prévention des accidents, le font désormais sur la base des dispositions de la LAA²⁹⁸⁴ et la coordination de ces organes et de ceux qui sont chargés de l'exécution de la LAA a lieu conformément aux directives d'un organe commun de coordination, la Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail.

Cette Commission remplit en réalité une mission qui dépasse celle d'une autorité de coordination. Certes, elle veille à l'application uniforme des normes touchant à la sécurité au travail. Cependant, selon l'art. 52a al. 1^{er} OPA, elle peut également élaborer des directives, en tenant compte du droit international en matière de prévention des maladies et accidents professionnels, notamment à propos de l'obligation de l'employeur de « faire appel à des médecins du travail [...] lorsque la protection de la santé des travailleurs et leur sécurité l'exigent » (art. 11a et 11b OPA).

La Commission a fait un assez large usage de ses prérogatives en matière de directives, qui jouent un rôle important dans la pratique. On peut citer en particulier la Directive 6508²⁹⁸⁵, qui détermine dans quelles circonstances une entreprise doit faire appel à un médecin du travail, ou à d'autres spécialistes de la sécurité au travail. Les autres directives

²⁹⁸⁰ Art. 1a al. 1er lettre a LAA.

²⁹⁸¹ Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (LAMA), FF 1911 III 815.

²⁹⁸² Message LAA 1976, 182.

²⁹⁸³ Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), in: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, no 735, p. 1096.

²⁹⁸⁴ Message LAA 1976, 183.

²⁹⁸⁵ Directive du 14 décembre 2006 relative à l'appel à des médecins du travail et autres spécialistes de la sécurité au travail (Directive MSST, état : 1^{er} janvier 2017)

<https://www.ekas.admin.ch/download.php?id=6944>.

contiennent des prescriptions à propos de substances dangereuses ou d'activités spécifiques²⁹⁸⁶.

Les Directives ont en outre pour effet de créer une présomption en faveur de l'employeur : s'il les observe, il est présumé se conformer aux prescriptions sur la sécurité au travail (art. 52a al. 2 OPA). Elles sont largement acceptées et mises en œuvre par les entreprises suisses. Elles ne sont toutefois pas à proprement parler contraignantes : un employeur peut en effet se conformer aux prescriptions sur la sécurité au travail « d'une autre manière que celle qui est prévue par les directives, s'il prouve que la sécurité des travailleurs est également garantie » (art. 11b al. 3 et 52a al. 3 OPA).

3.4 Dispositions relatives à l'aptitude à l'exercice indépendant d'une profession de la santé

Le droit fédéral soumet certaines activités professionnelles à des règles particulières et subordonne parfois leur exercice à la délivrance d'une autorisation administrative. Les conditions fixées pour l'obtention de l'autorisation correspondent alors à une restriction à la liberté économique garantie par la Constitution²⁹⁸⁷, qui doit par conséquent être formulée dans une base légale et trouver sa justification dans la nécessité de protéger un intérêt public²⁹⁸⁸.

²⁹⁸⁶ Pour la liste des directives en vigueur, voir <https://www.ekas.admin.ch/index-fr.php?frameset=208&page=1268> (état : automne 2020).

²⁹⁸⁷ Voir Vincent MARTENET, Commentaire *ad* art. 27 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 786 ss ; Vincent MARTENET, La Constitution et l'économie, *in*: Oliver Diggelmann et al. vol. III, p. 2061 ss ; Felix UHLMANN, Kommentar *ad* Art. 27 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 536 ss ; Pascal MAHON vol. II, p. 191 ss ; Andreas AUER et al., vol II, p. 415 ss.

²⁹⁸⁸ Voir notamment Regina KIENER, Grundrechtsschranken, p. 1293 ss; Regina KIENER et al., p. 86 ss; Jacques DUBEY vol. II, p. 115 ss ; Astrid EPINEY *ad* Art. 36 BV, p. 745 ss; Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 36 BV, p. 822 ss; Pascal MAHON vol. II, p. 52 ss ; Andreas AUER et al. vol II, p. 77 ss.

Certaines de ces lois fédérales ne comportent pas d'exigences spécifiques concernant la santé physique ou psychique²⁹⁸⁹. Pour d'autres, en revanche, plus spécifiquement celles qui régissent l'exercice des professions médicales et certaines professions de la santé, l'aptitude physique ou psychique de la profession constitue une des conditions légales de délivrance du droit de pratique.

Selon l'art. 36 al. 1^{er} lettre b LPMed²⁹⁹⁰, en effet, l'autorisation de pratiquer à titre d'activité économique privée, sous sa propre responsabilité professionnelle, est octroyée « si le requérant [...] présente, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession ». L'art. 12 al. 1^{er} lettre b LPSan²⁹⁹¹ et l'art. 24 al. 1^{er} lettre b LPsy²⁹⁹² énoncent également cette condition, dans une formulation identique. Le requérant doit alors établir qu'il satisfait à ces exigences.

3.5 Droit cantonal

En principe, « les organes cantonaux d'exécution de [la législation sur le travail] surveillent l'application des prescriptions sur la sécurité au travail dans les entreprises et quant aux équipements de travail [...] » (art. 47 OPA).

Le droit cantonal est donc limité à la désignation des organes d'exécution, ainsi que des organes judiciaires pour traiter d'éventuelles contestations. Ce qui précède est valable généralement ; la CNA²⁹⁹³ est

²⁹⁸⁹ Ainsi la profession d'avocat, selon la Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats [LLCA], RS 935.61), notamment ses art. 7 et 8 ; la profession de conseil en brevet, selon la Loi fédérale du 20 mars 2009 sur les conseils en brevet (LCBr, RS 935.62), notamment son art. 2 ; la profession de guide de montagne ou d'organisateur d'autres activités à risque, selon la Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque (RS 935.91), notamment ses art. 3 ss.

²⁹⁹⁰ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales [LPMed], RS 811.11).

²⁹⁹¹ Loi fédérale du 30 septembre 2016 sur les professions de la santé (LPSan, RS 811.21).

²⁹⁹² Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (Loi sur les professions de la psychologie [LPsy], RS 935.81).

²⁹⁹³ La CNA est un établissement autonome de droit public doté de la personnalité juridique ayant son siège à Lucerne (art. 61 al. 1^{er} LAA).

cependant compétente pour la prévention des accidents professionnels dans un certain nombre d'entreprises spécifiques énoncées à l'art. 49 OPA, comme pour la prévention des maladies professionnelles, dans toutes les entreprises (art. 50 OPA).

Pour ce qui concerne l'aptitude à l'exercice d'une profession de la santé, les conditions légales sont certes énoncées dans la législation fédérale, mais la délivrance des autorisations de pratique – et partant l'examen des conditions précitées – relèvent des compétences déléguées aux autorités sanitaires cantonales (art. 34 al. 1^{er} LPMed, art. 11 LPSan et art. 22 LPsy).

4. Examens médicaux et analyses médicales pour évaluer l'aptitude d'un ou d'une employé(e)

4.1 En général

Les employeurs du secteur privé et ceux du secteur public fédéral ne sont en principe pas autorisés à interroger leurs futurs employés ou les employés déjà à leur service à propos de leur état de santé, ni à les soumettre à des examens médicaux ou analyses médicales ; c'est la protection de leur personnalité qui est en jeu (art. 328 CO²⁹⁹⁴ et art. 4 al. 2 lettre g LPers)²⁹⁹⁵. Les questions relatives à la grossesse et à la maternité ou au désir d'enfants, qui visent particulièrement les femmes, sont au surplus considérées comme discriminatoires au sens de la Loi sur l'égalité et de son art. 3²⁹⁹⁶.

²⁹⁹⁴ Jean-Philippe DUNAND et al., Droit du travail, Bâle 2020, p. 233 ss ; Wolfgang PORTMANN, Roger RUDOLPH, Kommentar *ad* Art. 328 OR, in: Basler Kommentar OR I, p. 2186 ss ; Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail, 4e éd., Berne 2019, p. 405 ss ; Thomas GEISER et al., Arbeitsrecht in der Schweiz, 4e éd., Berne 2019, p. 204 ss ; Aurélien WITZIG, Droit du travail, Genève, Zurich, Bâle 2018, p. 531 ss ; Jean-Philippe DUNAND, Commentaire *ad* art. 328 CO, in: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 268 ss.

²⁹⁹⁵ Voir Peter HELBLING, Kommentar *ad* Art. 4 BPG, in: Wolfgang Portmann et al. (éd.), Bundespersonalgesetz, Berne 2013, p. 48 ss, en particulier p. 58 ss.

²⁹⁹⁶ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité [LEg] ; RS 151.1). Voir notamment Gabriel Aubert, Karine Lempen (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, p. 86 s. ; Claudia Kaufmann, Sabine Steiger-Sackmann (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009, p. 60 s. ; Margrit Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (éd.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, p. 59 s.

En revanche, de telles mesures sont admissibles lorsqu'il s'agit de déterminer leur aptitude physique ou psychique à occuper un emploi dans une perspective de protection de leur santé ou de leur intégrité corporelle²⁹⁹⁷, ce que rappellent l'art. 328b CO²⁹⁹⁸ et l'art. 28 al. 1^{er} LPers²⁹⁹⁹.

La prévention des maladies et accidents professionnels peut dès lors prendre la forme d'un examen médical, voire d'un suivi médical des employés. La loi déclare ces examens obligatoires pour les jeunes gens occupés de nuit et pour les personnes qui effectuent, de façon régulière ou périodique, un travail de nuit largement composé d'activités pénibles ou dangereuses (art. 45 OLT1³⁰⁰⁰). En outre, selon l'art. 70 OPA, la CNA peut, par une décision administrative³⁰⁰¹, assujettir une entreprise, une partie d'entreprise ou un travailleur aux prescriptions sur la prévention dans le domaine de la médecine du travail. Un assujettissement de cette nature vise plus particulièrement toutes les « places de travail qui, malgré une sécurité optimale, sont [...] inévitablement exposées au risque d'une maladie professionnelle ou d'une atteinte à la santé reconnues par la loi, provoquées notamment par des produits chimiques dangereux, de la poussière, des gaz ou des rayons »³⁰⁰². Les travailleurs auxquels s'applique un tel assujettissement doivent se soumettre à des examens médicaux préventifs (art. 71 al. 1^{er} OPA).

Dans les rapports de travail de droit public fédéral, c'est le Département fédéral des finances, auquel est rattaché l'Office fédéral du personnel, qui est chargé d'édicter, en collaboration avec les autres départements, des directives concernant notamment la sécurité au travail et

²⁹⁹⁷ Message LAGH II 2017, 5359.

²⁹⁹⁸ Wolfgang PORTMANN, Roger RUDOLPH, Kommentar *ad* Art. 328 OR, *in*: Basler Kommentar OR I, p. 2215 ss ; Jean-Philippe DUNAND, Commentaire *ad* art. 328 CO, *in*: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 317 ss.

²⁹⁹⁹ Harry NÖTZLI, Kommentar *ad* Art. 28 BPG, *in*: Wolfgang Portmann et al. (éd.), Bundespersonalgesetz, Berne 2013, p. 508 ss.

³⁰⁰⁰ SECO, Commentaire *ad* art. 45 OLT1, *in*: , Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰⁰¹ Pour les travailleurs professionnellement exposés aux radiations – les techniciens en radiologie ou les employés d'une installation nucléaire, par exemple –, l'assujettissement à ces prescriptions résulte de la loi ; art. 13 de la Loi fédérale du 22 mars 1991 sur la radioprotection (LRaP, RS 814.50).

³⁰⁰² Message LAGH II, 5359.

la protection de la santé des employés (art. 32 lettre d LPers³⁰⁰³ et 10a al. 1^{er} de l'OPers).

Les travailleurs auxquels s'appliquent ces prescriptions sont alors soumis à des examens médicaux préventifs à l'embauche et en cours d'emploi, lors d'examens de contrôle, voire après que les travailleurs ont cessé d'exercer l'activité lorsqu'elle pouvait être nuisible à la santé.

4.2 Les examens médicaux et analyses médicales à l'embauche

Tout nouveau travailleur à qui s'appliquent les prescriptions sur la prévention dans le domaine de la médecine du travail prévues à l'art. 71 OPA doit être annoncé à la CNA, au plus tard 30 jours après le début des travaux³⁰⁰⁴. La CNA examine s'il a déjà fait l'objet d'une décision d'aptitude ; à défaut, il doit subir un examen médical, au plus tard dans les 30 jours après la réception de la communication de la CNA (art. 72 al. 1^{er} OPA). Dans ce premier modèle de gestion du risque, un travailleur peut ainsi travailler pendant 60 jours avant que son aptitude ne soit examinée par un médecin du travail.

Toutefois, selon un second modèle, applicable aux activités pour lesquelles le risque est plus marqué, la déclaration de l'employeur doit être immédiate et le travailleur ne peut pas commencer à effectuer le travail comportant un danger avant que la CNA ne se soit déterminée sur son aptitude³⁰⁰⁵. L'Ordonnance autorise aussi la CNA à soumettre un travailleur à un examen d'embauche avant le début des travaux, même si ces travaux ne sont pas visés par les prescriptions relatives à la prévention des maladies et accidents professionnels, lorsqu'« une occupation, même de courte durée, peut mettre en danger le travailleur [...] » (art. 72 al. 4 OPA).

³⁰⁰³ Peter HELBLING, Kommentar *ad* Art. 32 BPG, in: Wolfgang Portmann et al. (éd.), Bundespersonalgesetz, Berne 2013, p. 533 ss, notamment p. 538.

³⁰⁰⁴ La CNA peut cependant prévoir certaines dérogations à l'obligation d'annonce pour certains travailleurs, selon l'art. 72 al. 1^{er} OPA *in fine*.

³⁰⁰⁵ L'art. 72 al. 3 OPA cite en particulier les travaux en milieu hyperbare tels que les travaux de construction dans l'air comprimé ou les travaux de scaphandrier.

L'art. 11 al. 2 lettre a OPers traite de la même problématique, cette fois au sein de l'administration fédérale. Il confie au service médical de la Confédération la tâche d'apprécier l'aptitude des candidats lors de l'engagement, « sur mandat des unités administratives ».

4.3 Les examens médicaux et analyses médicales en cours d'emploi

L'aptitude à exercer une activité peut évidemment évoluer avec le temps, de sorte que les travailleurs soumis aux prescriptions sur la prévention dans le domaine de la médecine du travail peuvent être soumis à des examens médicaux préventifs en cours d'emploi (art. 73 OPA).

Le droit fédéral prévoit spécifiquement de tels examens pour les travailleurs exerçant un travail de nuit, pour les femmes enceintes et pour les jeunes travailleurs.

4.3.1 Les examens médicaux en cas de travail de nuit

Par principe, le travail de nuit, avant 6 heures et au-delà de 23 heures (selon l'art. 10 LTr), est interdit par l'art. 16 LTr³⁰⁰⁶ ; l'art. 17 LTr ouvre cependant la voie à des dérogations, soumises à autorisation³⁰⁰⁷, pour le travail de nuit temporaire ou pour le travail de nuit régulier ou périodique. Des limitations en termes de durée du travail de nuit sont applicables (art. 17a LTr) ; selon les circonstances, un temps de repos supplémentaire et une majoration de salaire sont dus (art. 17b LTr).

³⁰⁰⁶ SECO, Commentaire *ad* art. 16 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2 ; Béatrice HURNI, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 16 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 213 ss ; Jean-Fritz STÖCKLI, Daniel SOLTERMANN (Dominique GUEx), Commentaire *ad* art. 16 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail, p. 260 ss.

³⁰⁰⁷ Autorisation délivrée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) pour le travail de nuit régulier ou périodique, par les autorités cantonales pour le travail de nuit temporaire (art. 17 al. 5 LTr). Voir Béatrice HURNI, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 17 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 217 ss ; Jean-Fritz STÖCKLI, Daniel SOLTERMANN (Dominique GUEx), Commentaire *ad* art. 16 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail, p. 265 ss.

Conformément à l'art. 17c al. 1^{er} LTr³⁰⁰⁸, les travailleurs qui effectuent un travail de nuit pendant une longue période ont droit à un examen de leur état de santé et à des conseils sur la façon de réduire ou de supprimer les problèmes de santé liés à leur travail. L'art. 44 al. 1^{er} OLT1³⁰⁰⁹ précise que ce droit est reconnu aux travailleurs occupés pendant un minimum de 25 nuits par an ; ils peuvent faire valoir ce droit tous les deux ans, chaque année pour les travailleurs âgés de 45 ans révolus (al. 2).

L'examen médical comporte un contrôle de base de leur état de santé ; l'ampleur de l'examen est déterminée par la nature de l'activité à exercer et par les risques que présente le poste de travail (art. 43 OLT1³⁰¹⁰). Il doit être effectué par un médecin « ayant acquis les connaissances nécessaires sur les procédés de travail, les conditions de travail ainsi que sur les principes de médecine du travail » (art. 43 al. 2 OLT1) ; les travailleuses peuvent consulter une femme médecin si elles le souhaitent (art. 43 al. 2 OLT1 *in fine*).

Quant aux conseils, ils doivent porter « sur les aspects spécifiques liés au travail de nuit. Ils peuvent avoir trait aux questions relatives à la famille, aux conditions sociales ou à l'alimentation, pour autant qu'elles aient un impact sur la santé des personnes occupées la nuit », conformément à l'art. 43 al. 3 OLT1.

L'art. 17c al. 2 LTr précise que l'examen médical peut être déclaré obligatoire pour certaines catégories de travailleurs. Il l'est en particulier pour les jeunes gens occupés de nuit³⁰¹¹ et pour les personnes qui effectuent, de façon régulière ou périodique, un travail de nuit largement composé d'activités pénibles ou dangereuses, ou qui se trouvent exposées à des situations pénibles ou dangereuses, imputables notamment au bruit, aux vibrations, à la chaleur, au froid, à des polluants, ou encore à des contraintes

³⁰⁰⁸ SECO, Commentaire *ad* art. 17c LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2 ; Béatrice HURNI, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 17c ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkommentar, Bâle 2018, p. 238 ss ; Jean-Fritz STÖCKLI, Daniel SOLTERMANN (Dominique GUEX), Commentaire *ad* art. 16 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail, p. 283 ss.

³⁰⁰⁹ SECO, Commentaire *ad* art. 44 OLT1, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰¹⁰ SECO, Commentaire *ad* art. 43 OLT1, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2. Selon la disposition, le SECO publie un descriptif de l'examen médical et des conseils.

³⁰¹¹ Voir plus loin, p. 747 s.

excessives d'ordre physique, psychique ou mental (selon l'art. 45 al. 1^{er} OLT1)³⁰¹². L'examen médical doit précéder l'affectation à l'activité de nuit et, en principe, être répété tous les deux ans (art. 45 al. 2 OLT1).

4.3.2 *Les examens médicaux pour les femmes enceintes, les femmes qui viennent d'accoucher et les mères qui allaitent*

Les art. 35 ss LTr prévoient des dispositions particulières destinées à protéger tant la santé des femmes enceintes et des mères qui allaitent que la santé de l'enfant. Ces dispositions résultent notamment du droit international public³⁰¹³.

L'art. 35 al. 1^{er} LTr prévoit en particulier que les femmes enceintes et les mères qui allaitent doivent être occupées « de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant ne soient pas compromises »³⁰¹⁴ ; l'employeur est tenu d'« aménager leurs conditions de travail en conséquence ». Si aucun travail équivalent ne peut leur être proposé, elles ont droit à 80% de leur salaire, selon l'al. 3. Elles ne peuvent en outre être occupées sans leur consentement (art. 35a al. 1^{er} LTr) et peuvent, « sur simple avis », se dispenser d'aller au travail ou le quitter³⁰¹⁵ ; les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement (art. 35a al. 2 LTr³⁰¹⁶ ; art. 40a O-OPers³⁰¹⁷ dans la fonction publique fédérale).

Les femmes qui viennent d'accoucher ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement ; ensuite, et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent, selon

³⁰¹² Egalement lorsqu'ils travaillent seuls dans une entreprise ou une partie d'entreprise ; voir l'art. 45 al. 1^{er} lettre d OLT1. SECO, Commentaire *ad* art. 45 OLT1, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰¹³ Convention no 183 sur la protection de la maternité, 2000, conclue à Genève le 15 juin 2000, approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 2012, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015 (RS 0.822.728.3).

³⁰¹⁴ SECO, Commentaire *ad* art. 35 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰¹⁵ Dans ce cas, le salaire n'est pas dû par l'employeur, arrêt du 26 mars 2007 dans la cause 4C.36/2007. Voir Rémy WYLER, Commentaire *ad* art. 35a LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail, p. 443 s.

³⁰¹⁶ SECO, Commentaire *ad* art. 35a LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰¹⁷ Ordonnance du 6 décembre 2001 du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers, RS 172.220.111.31).

l'art. 35a al. 3 LTr. Enfin, durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 heures et 6 heures (art. 35a al. 4 LTr). Pour celles qui accomplissent un horaire de nuit avant la huitième semaine précédant l'accouchement ou entre la huitième et la seizième semaine après l'accouchement, l'employeur est tenu de proposer un déplacement de l'horaire de travail, vers un horaire de jour, « chaque fois que cela est réalisable ». Si aucun travail équivalent ne peut leur être proposé, elles ont alors droit à 80% de leur salaire (art. 35b al. 2 LTr)³⁰¹⁸.

Ces normes sont notamment concrétisées aux art. 62 ss OLT1 : l'employeur n'est autorisé à affecter une femme enceinte, une femme qui vient d'accoucher ou une mère qui allaite à des travaux dangereux ou pénibles uniquement lorsque l'inexistence de toute menace pour la santé de la mère ou celle de l'enfant est établie, sur la base d'une analyse de risques, ou que la prise de mesures de protection adéquates permet d'y parer³⁰¹⁹. Sont notamment considérés comme travaux dangereux ou pénibles les activités impliquant le déplacement manuel de lourdes charges ; les travaux exposant au froid, à la chaleur ou à l'humidité ; ou encore les travaux comportant une exposition aux radiations nocives, au bruit, à des substances ou micro-organismes nocifs³⁰²⁰.

L'analyse de risques précitée doit être confiée à un des spécialistes prévus à l'art. 17 de l'Ordonnance sur la protection de la maternité³⁰²¹. Cette ordonnance définit plus précisément les critères d'évaluation des activités dangereuses pour la santé de la mère et de l'enfant (art. 1^{er}) et désigne les personnes chargées de contrôler l'efficacité des mesures de protection prises.

³⁰¹⁸ SECO, Commentaire *ad* art. 35b LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2 ; Angela HENTSCH, Kommentar *ad* Art. 35, 35a et 35b ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 345 ss ; Rémy WYLER, Commentaire *ad* art. 35, 35a et 35b LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 424 ss.

³⁰¹⁹ Voir en particulier Stéphanie PERRENOUD, La protection de la maternité, Berne 2015, p. 668 ss et p. 733 ss.

³⁰²⁰ Art. 62 al. 3 lettres a à h OLT1.

³⁰²¹ Ordonnance du DEFR du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (Ordonnance sur la protection de la maternité, RS 822.111.52 ; l'abréviation OProMa n'est pas officielle).

La détermination de l'aptitude de la travailleuse incombe ensuite au médecin traitant qui la suit pendant sa grossesse et sa maternité. Il doit l'évaluer en fonction de critères énumérés à l'art. 2 de l'Ordonnance sur la protection de la maternité, après un examen médical (art. 2 al. 2 lettre a), et établir un certificat médical³⁰²² précisant si la travailleuse peut poursuivre son activité au poste concerné sans restriction, à certaines conditions ou si elle doit l'interrompre (art. 3 al. 1er)³⁰²³. Le médecin communique les résultats de l'évaluation à la travailleuse mais aussi à l'employeur, afin qu'il puisse, si besoin est, prendre les mesures appropriées dans l'entreprise ou la partie de l'entreprise qui présente un danger (art. 3 al. 2).

Une femme enceinte ou une mère qui allaite ne doit pas travailler dans une entreprise ou une partie d'entreprise qui présente un danger – partant, le médecin doit établir un certificat d'« inaptitude » - si aucune analyse de risques n'a été réalisée, ou si elle a été réalisée mais qu'elle est insuffisante, ou encore si les mesures ordonnées ne sont pas respectées ou sont insuffisantes, enfin s'il existe des indications d'un risque pour la femme concernée ou son enfant (art. 3 al. 3 OProMa)³⁰²⁴.

4.3.3 *Les examens médicaux pour les jeunes travailleurs occupés à un travail de nuit*

Selon l'art. 29 al. 1^{er} LTr, sont considérés comme des jeunes travailleurs les travailleurs des deux sexes âgés de moins de 18 ans³⁰²⁵. L'employeur doit notamment avoir les égards voulus pour leur santé (art. 29 al. 2 LTr *in initio*). Le Conseil fédéral peut prescrire la production d'un certificat médical (art. 29 al. 4 LTr *in fine*)³⁰²⁶.

³⁰²² Le SECO en propose un modèle sur son site.

³⁰²³ Voir en particulier Stéphanie PERRENOUD, *La protection de la maternité*, Berne 2015, p. 735 ss.

³⁰²⁴ Stéphanie PERRENOUD, *La protection de la maternité*, Berne 2015, p. 737.

³⁰²⁵ SECO, *Commentaire ad art. 29 LTr*, in: SECO, *Commentaire LTr*, OLT1 et OLT2 Thomas PIETRUSZAK, *Kommentar ad Art. 29 ArG*, in: Alfred Blesi et al. (éd.), *ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar*, Bâle 2018, p. 325 ss; Christian FAVRE, *Commentaire ad art. 29 LTr*, in: *Commentaire Loi sur le travail 2005*, p. 393 ss.

³⁰²⁶ Il l'a fait expressément à l'art. 45 al. 3 de l'Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT1, RS 822.111) et, implicitement, à l'art. 12 de l'Ordonnance 5 du 28 septembre 2007 relative à la loi sur le travail (Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs, OLT 5, RS 822.115).

Le travail de nuit de jeunes gens âgés de plus de 16 ans, entre 22 heures et 6 heures, est en principe interdit (art. 31 al. 4 LTr)³⁰²⁷ ; l'interdiction résulte partiellement du droit international public³⁰²⁸. Il peut toutefois être autorisé à titre exceptionnel, notamment dans une perspective de formation professionnelle³⁰²⁹. De telles exceptions sont rarissimes ; on cite souvent dans ce contexte l'exemple des apprentis boulangers³⁰³⁰.

Un examen médical, accompagné de conseils, est obligatoire pour les jeunes qui pratiquent le travail de nuit, régulier ou périodique (art. 45 al. 1^{er} OLT1³⁰³¹ et art. 12 OLT5³⁰³²), quelle qu'en soit la nature ; il n'est pas nécessaire, en particulier, que l'activité soit pénible ou dangereuse ou qu'elle expose les jeunes travailleurs à des situations pénibles ou dangereuses.

4.3.4 *Les autres examens médicaux pour les jeunes travailleurs*

Selon l'art. 18 OLT 5, le Département de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) pourrait, après avoir pris l'avis de la Commission fédérale du travail, désigner les activités auxquelles les jeunes ne peuvent être occupés que sur présentation d'un certificat médical. Cette pièce doit en particulier attester que l'intéressé est, avec ou sans réserve, apte à exercer l'activité mentionnée.

³⁰²⁷ SECO, Commentaire *ad* art. 31 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2 ; Thomas PIETRUSZAK, Kommentar *ad* Art. 31 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 335 ss; Christian FAVRE, Commentaire *ad* art. 31 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 411 ss.

³⁰²⁸ Convention concernant le travail de nuit des enfants dans l'industrie, adoptée à Washington le 28 novembre 1919, approuvée par l'Assemblée fédérale le 3 février 1922, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} octobre 1923 (RS 0.822.711.6).

³⁰²⁹ Le travail de nuit régulier accompli par des jeunes travailleurs est soumis à l'autorisation du SECO, le travail de nuit temporaire ne dépassant pas dix nuits par année civile à l'autorisation de l'autorité cantonale (art. 12 al. 4 OLT5).

³⁰³⁰ Voir l'Ordonnance du DEFR du 21 avril 2011 concernant les dérogations à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche pendant la formation professionnelle initiale (RS 822.115.4).

³⁰³¹ SECO, Commentaire *ad* art. 45 OLT1, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰³² SECO, Commentaire *ad* art. 12 OLT5, *in*: SECO, Commentaire OLT5 jeunes travailleurs.

A ce jour, le DEFR n'a pas fait usage de cette prérogative³⁰³³.

4.3.5 *Les examens médicaux et analyses médicales pour les personnes professionnellement exposées aux radiations*

Les personnes professionnellement exposées aux radiations, telles qu'elles sont désignées par l'art. 51 ORaP, - essentiellement, on l'a dit, une partie du personnel médical chargé de réaliser des clichés à l'aide de rayons ionisants, les employés des installations nucléaires et le personnel navigant de l'aviation civile - sont soumises à des mesures de surveillance médicale particulières. L'obligation résulte du droit international public³⁰³⁴.

Toute exposition professionnelle est interdite pour les jeunes de moins de 16 ans ; elle est très limitée pour les jeunes âgés de 16 à 18 ans et pour les femmes enceintes (art. 53 et 57 ORaP). De manière générale, la loi ne prévoit pas de contrôle médical obligatoire : la surveillance est généralement effectuée à l'aide d'appareils de dosimétrie individuels (art. 61 ORaP), plus rarement « par calcul » (art. 62 ORaP), c'est-à-dire par évaluation théorique, en particulier pour le personnel navigant.

Ce n'est que lorsque les valeurs limites fixées par l'art. 10 LRaP et les art. 56 s. ORaP sont dépassées qu'un contrôle médical est envisagé (art. 59 ORaP) ; il n'est cependant pas obligatoire, mais laissé à l'appréciation de l'autorité de surveillance³⁰³⁵.

Le contrôle médical est cependant bien obligatoire en cas de « défaillance » d'une installation au sens de l'art. 122 ORaP qui entraînerait une situation d'urgence (art. 132 ORaP), c'est-à-dire en cas d'accident causant une augmentation de la radioactivité exigeant « des mesures immédiates pour éviter des conséquences négatives graves pour la santé humaine et la sécurité, pour les conditions de vie et pour l'environnement ».

³⁰³³ Etat : janvier 2022. Voir Christian FAVRE, Commentaire *ad* art. 31 LTr, in: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 403.

³⁰³⁴ Convention no 115 du 22 juin 1960 concernant la protection des travailleurs contre les radiations ionisantes, adoptée à Genève le 22 juin 1960, approuvée par l'Assemblée fédérale le 4 décembre 1961, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 mai 1964 (RS 0.814.502.1).

³⁰³⁵ Désignée à l'art. 184 ORaP, soit l'OFSP, la CNA ou l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN), selon les entreprises.

Toutes les personnes astreintes à participer à la lutte contre l'accident (art. 20 LRaP et 142 ORaP) – notamment les soignants, mais aussi les membres des services du feu ou des forces de l'ordre, par exemple³⁰³⁶ - doivent alors être placées sous contrôle médical dans l'hypothèse où elles auraient reçu une dose efficace supérieure à 250 mSv (art. 143 ORaP).

4.4 Les examens médicaux et analyses médicales après la fin de l'emploi

Selon l'art. 74 OPA, la CNA peut même ordonner des examens après que le travailleur a cessé d'exercer l'activité nuisible à la santé, lorsque des raisons médicales l'exigent.

L'objectif n'est évidemment plus d'évaluer l'aptitude de l'employé, mais de s'assurer qu'il ne développe pas ultérieurement, après la fin de ses activités dangereuses, une maladie dont l'origine doit être reliée à ses activités antérieures. De tels examens ont lieu lorsque, dans son occupation antérieure, le travailleur a été en contact avec des substances dont l'effet peut se déclarer plusieurs mois ou années plus tard, principalement des substances cancérigènes³⁰³⁷. Les dispositions du droit fédéral dans ce domaine résultent du droit international public³⁰³⁸.

S'il est toujours actif au sein de l'entreprise, c'est l'employeur qui doit organiser la consultation. Lorsqu'il a quitté l'entreprise, pour un autre employeur ou parce qu'il atteint l'âge de la retraite, l'examen est effectué d'entente entre la CNA et le travailleur.

³⁰³⁶ Et d'autres encore, voir la liste de l'art. 142 al. 1^{er} lettres a à h ORaP.

³⁰³⁷ Directive CFST 408.

³⁰³⁸ Convention no 139 concernant la prévention et le contrôle des risques professionnels causés par les substances et agents cancérogènes, adoptée à Genève le 24 juin 1974, approuvée par l'Assemblée fédérale le 18 mars 1876, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 octobre 1977 (RS 0.832.329).

4.5 Les analyses génétiques

Les dispositions de la LAGH sont applicables tant à l'embauche qu'en cours d'emploi, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'opérer une telle distinction ici. En outre, elles déploient leurs effets tant dans le secteur privé que dans le secteur public.

4.5.1 Conditions de réalisation

Par analyses génétiques, on entend les analyses cytogénétiques et génétiques moléculaires réalisées sur l'être humain dans le but de déterminer des caractéristiques du patrimoine génétique et toutes les autres analyses de laboratoire qui visent à obtenir de manière directe ces mêmes informations, selon l'art. 3 lettre a LAGH³⁰³⁹. Elles sont dites présymptomatiques lorsqu'elles sont réalisées dans le but de détecter une prédisposition à une maladie avant l'apparition de ses symptômes cliniques (art. 3 lettre e LAGH).

La Section 2 du Chapitre 4 de la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, aux art. 38 à 41, est spécifiquement consacrée aux analyses qui peuvent être effectuées dans le cadre des rapports de travail³⁰⁴⁰. Par principe, de telles analyses sont interdites, conformément à l'art. 39 LAGH, qui empêche non seulement la réalisation d'une analyse génétique (lettre a), mais aussi l'utilisation de données génétiques provenant d'une analyse réalisée antérieurement (lettre b).

Exceptionnellement toutefois, l'art. 40 LAGH autorise la prescription d'une analyse génétique présymptomatique, lorsque certaines conditions énoncées sont réunies, notamment lorsque le poste comporte le risque de provoquer une maladie professionnelle pour un employé présentant une prédisposition génétique particulière. Il faut encore que les

³⁰³⁹ Les analyses cytogénétiques correspondent à des analyses réalisées dans le but de déterminer le nombre et la structure des chromosomes (lettre b) ; les analyses génétiques moléculaires sont des analyses réalisées dans le but de déterminer la structure moléculaire des acides désoxyribonucléique (ADN) et ribonucléique ainsi que le produit direct du gène (lettre c).

³⁰⁴⁰ Voir notamment Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 588 ss ; Bernice ELGER, Alex MAURON, Analyses génétiques, in: Romano La Harpe et al., p. 407 ss ; Dominique MANAI, Droits du patient et biomédecine, Berne 2013, p. 407 ss.

conditions cumulatives de l'art. 40 LAGH soient réunies³⁰⁴¹. La réalisation d'une analyse génétique destinée à prévenir une maladie professionnelle doit aussi respecter les conditions fixées pour les analyses génétiques réalisées dans le domaine médical (art. 40 al. 1^{er} LAGH *in initio*) et elle est soumise à l'autorisation de la CNA (art. 40 al. 2 LAGH).

4.5.2 *Exécution de l'analyse génétique et communication du résultat*

Les analyses génétiques prescrites dans le cadre des rapports de travail ne peuvent être réalisées que dans le but de déterminer d'éventuelles caractéristiques ayant un rapport avec le poste concerné (art 38 al. 1^{er} LAGH), c'est-à-dire porter uniquement sur des caractéristiques génétiques « qui pourraient causer à la personne concernée des troubles de la santé ou des maladies professionnelles sur le poste de travail prévu [...] »³⁰⁴².

Puisque l'alinéa 1^{er} de l'art. 40 LAGH exige le respect des « dispositions applicables aux analyses génétiques dans le domaine médical », la personne concernée doit recevoir, avant et après l'analyse, le conseil génétique prévu par l'art. 21 al. 1^{er} lettre b LAGH et donner son consentement écrit à la réalisation de l'analyse génétique, conformément à l'art. 25 LAGH.

Le médecin ne peut communiquer le résultat de l'analyse qu'à la personne concernée. Le diagnostic ne peut en aucun cas être communiqué à l'employeur ; le médecin ne peut que lui indiquer « si la personne

³⁰⁴¹ Plus spécifiquement, le poste doit être soumis aux dispositions sur la prévention dans le domaine de la médecine du travail en vertu d'une décision de la CNA ou d'autres dispositions fédérales qui prescrivent une analyse médicale pour évaluer l'aptitude de la personne à exercer l'activité en question (art. 40 lettre a LAGH) ; les mesures prises sur le lieu de travail ne suffisent pas à écarter les risques visés à la lettre a (lettre b) ; enfin, la prédisposition génétique considérée est pertinente, selon l'état des connaissances scientifiques, pour la maladie professionnelle, et la commission d'experts a confirmé la pertinence et reconnu la fiabilité de la méthode d'analyse utilisée pour détecter la prédisposition (lettre c).

³⁰⁴² Message LAGH II 2017, 5360.

concernée entre ou n'entre pas en considération pour l'activité envisagée » (art. 38 al. 2 LAGH)³⁰⁴³.

4.6 Reconnaissance de l'aptitude ou décision d'inaptitude (« exclusion »)

L'examen médical, l'analyse médicale ou l'analyse génétique peut conduire à reconnaissance de l'aptitude du travailleur (art. 45 al. 3 et 4 OLT1 pour le travail de nuit³⁰⁴⁴). Une telle reconnaissance est valable pour la durée qui sépare l'examen ou l'analyse et le prochain contrôle ; la date de ce prochain contrôle doit figurer sur le certificat (art. 80 al. 1^{er} OPA)³⁰⁴⁵. La reconnaissance peut être « conditionnelle », c'est-à-dire soumise au respect de conditions imposées en vue de protéger la santé du travailleur (art. 45 al. 4 et 5 OLT1 et art. 80 al. 2 OPA). La validité de la reconnaissance peut « expirer de manière anticipée » si l'employé développe des symptômes de maladie ou si un accident vient remettre en cause l'aptitude (art. 80 al. 2 OPA).

Au contraire, l'examen peut déboucher sur une décision d'inaptitude ou d'«exclusion ». Un ou une employé(e) dont la santé ou l'intégrité sont sérieusement menacés par la poursuite de l'activité exercée, de manière temporaire – par exemple, pendant une grossesse³⁰⁴⁶ – ou permanente, peut en effet être déclaré(e) inapte et « exclu(e) » du travail dangereux (art. 45 al. 4 OLT1 pour le travail de nuit et art. 78 OPA)³⁰⁴⁷.

Si l'inaptitude est temporaire, le travailleur ne peut commencer son activité avant l'expiration du délai fixé. Si elle est définitive, le travailleur ne doit pas être affecté à cette activité et lorsqu'il l'est déjà, il doit l'abandonner dans le délai fixé par la CNA (art. 80 al. 3 OPA).

³⁰⁴³ Message LAGH II 2017, *ibidem*.

³⁰⁴⁴ SECO, Commentaire *ad* art. 45 OLT1, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰⁴⁵ Directive CFST 413.1.

³⁰⁴⁶ Voir notamment Elisabeth CONNE, Sécurité et santé au travail, médecine du travail, *in* Romano LaHarpe et al., p. 133 ss.

³⁰⁴⁷ Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), *in*: Ulrich Meier (éd.), *Soziale Sicherheit – Sécurité sociale*, p. 1098 ss.

De la même manière, l'art. 59 al. 5 ORaP prévoit la possibilité de « décréter une exclusion temporaire ou définitive » pour les personnes professionnellement exposées aux radiations.

4.7 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Les travailleurs doivent collaborer aux mesures de protection de la santé (art. 6 al. 3 LTr³⁰⁴⁸ et art. 82 al. 2 et al. 3 LAA). Une obligation de collaborer similaire est prévue pour les personnes professionnellement exposées aux radiations (art. 13 al. 3 LRaP). Le droit fédéral prévoit également la possibilité d'infliger des sanctions de nature pénale aux contrevenants ; une décision de cette nature, rendue en application de l'art. 112 LAA ou de l'art. 60 LTr³⁰⁴⁹, applicable aux travailleurs, est peu fréquente³⁰⁵⁰.

Plus concrètement, les travailleurs qui refuseraient de se soumettre à l'examen médical obligatoire pour les activités de nuit ne peuvent y être affectés (art. 45 al. 4 OLT1).

Pour ce qui concerne les femmes enceintes, qui viennent d'accoucher ou qui allaitent, leur droit d'obtenir un allègement ou un aménagement de leurs conditions de travail ne peut sans doute être exercé que dans la mesure où elles informent leur employeur de leur état et le démontrent au moyen d'un certificat médical, au moins lorsque cet état n'est pas manifeste.

Au surplus, selon l'art. 77 OPA, « si le travailleur se soustrait à un examen de prévention et s'il contracte par la suite la maladie professionnelle en cause ou qu'il en résulte une aggravation de celle-ci ou encore si le travailleur subit un accident en raison d'un risque inhérent à sa personne », il s'expose à une réduction ou un refus des prestations d'assurance,

³⁰⁴⁸ SECO, Commentaire *ad* art. 6 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2 ; Harry NÖTZLI, Kommentar *ad* Art. 6 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkommentar, Bâle 2018, p. 86 ss; Hans-Ulrich SCHEIDEGGER, Christine PITTELOUD, Commentaire *ad* art. 6 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 111 ss.

³⁰⁴⁹ SECO, Commentaire *ad* art. 60 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰⁵⁰ Voir plus loin, p. 160.

conformément à l'art. 21 al. 1er de la Loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA)³⁰⁵¹. Il s'agit par conséquent d'incombances.

5. Examens médicaux et expertises médicales pour évaluer l'aptitude d'un professionnel de la santé exerçant sous sa propre responsabilité

5.1 Les professions concernées

Selon l'art. 2 LPMed, les professions visées par cette loi sont celles de médecin, de médecin-dentiste, de chiropraticien, de pharmacien et de vétérinaire. Les professions concernées par la Loi sur les professions de la santé sont, selon l'art. 2 LPSan, celles d'infirmier, de physiothérapeute, d'ergothérapeute, de sage-femme, de diététicien, d'optométriste et d'ostéopathe. Enfin, la Loi sur les professions de la psychologie soumet l'exercice de la profession de psychothérapeute à certaines conditions, notamment l'aptitude physique et psychique (art. 22 LPsy). Les autres professions de la santé restent dans le domaine de compétence législative des cantons.

Seul l'exercice « sous propre responsabilité professionnelle » des professions réglementées par le droit fédéral nécessite une autorisation (art. 34 al. 1^{er} LPMed, art. 11 LPSan, art. 22 LPsy). *A contrario*, l'exercice d'une de ces professions dans un service public ou à titre d'activité économique privée sous surveillance professionnelle ne requiert pas d'autorisation³⁰⁵².

³⁰⁵¹ Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1).

³⁰⁵² Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical*, p. 1363 ss ; Olivier GUILLOD, *Droit médical*, p. 174 ss ; Jean-François DUMOULIN, *Commentaire ad art. 34 LPMed*, p. 289 ss.

5.2 Les certificats médicaux et expertises médicales avant la délivrance de l'autorisation d'exercice

Afin d'obtenir l'autorisation d'exercer l'une des professions de la santé visées par la législation fédérale, le requérant doit, notamment, présenter, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession (selon l'art. 36 al. 1^{er} lettre b *in fine* LPMed, l'art. 24 al. 1^{er} lettre b LPsy ou l'art. 12 al. 1^{er} lettre b LPSan).

Quoique les conditions d'exercice des professions de la santé précitées soient énoncées dans la législation fédérale, la procédure de délivrance des autorisations de pratique est confiée aux cantons (art. 34 LPMed³⁰⁵³, art. 22 LPsy et art. 11 LPSan). C'est dire que les pratiques peuvent quelque peu varier ; de manière générale³⁰⁵⁴, les cantons requièrent, à l'occasion des formalités administratives initiales, que soit produit un certificat médical attestant l'aptitude physique et psychique, comme le proposait le Conseil fédéral dans son Message à l'appui du projet de loi³⁰⁵⁵.

Cependant, en cas de doute sur l'aptitude à exercer, ou en présence de circonstances particulières qui pourraient par exemple justifier des restrictions à l'autorisation ou des charges selon les art. 37 LPMed, 13 LPSan ou 25 LPsy, notamment en lien avec certaines particularités physiques³⁰⁵⁶, une expertise, probablement plus approfondie, plus détaillée et peut-être plus objective³⁰⁵⁷ qu'un certificat médical, est possible lors de l'examen initial des conditions d'exercice déjà.

³⁰⁵³ Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1473 ss ; Jean-François DUMOULIN, *Commentaire ad art. 34 LPMed*, p. 293 s.

³⁰⁵⁴ En tout cas selon la pratique des cantons romands.

³⁰⁵⁵ Message LPMed 2015, 7958 et Message du 30 septembre 2009 relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, 6276.

³⁰⁵⁶ Voir notamment Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1473 ss ; Jean-François DUMOULIN, *Commentaire ad art. 37 LPMed*, p. 320 ss.

³⁰⁵⁷ En particulier si le certificat médical a été rédigé par un soignant lié au requérant par une relation thérapeutique.

5.3 Les certificats médicaux et expertises médicales après la délivrance de l'autorisation d'exercice

Après la délivrance de l'autorisation, si le professionnel de la santé fait l'objet de plaintes ou de dénonciations pour des faits liés à une difficulté de santé, somatique ou psychique, ou s'il annonce spontanément une difficulté de cette nature aux autorités sanitaires cantonales³⁰⁵⁸, se pose alors la question du maintien ou du retrait de l'autorisation.

Selon l'art. 38 LPMed³⁰⁵⁹, l'art. 26 LPsy ou l'art. 14 LPSan, en effet, l'autorisation doit être retirée si les conditions de l'octroi, partant les conditions relatives à l'aptitude physique ou psychique, ne sont plus remplies ; l'autorisation doit aussi être retirée si l'autorité constate, sur la base d'événements survenus après l'octroi de l'autorisation, qu'elle n'aurait pas dû être délivrée. Le retrait peut être définitif ou ne porter que sur une durée déterminée ; il peut aussi conduire éventuellement à une autorisation restreinte ou soumise à charge, conformément aux art. 37 LPMed³⁰⁶⁰, 13 LPSan et 25 LPsy, à nouveau de manière définitive ou temporaire.

Une décision de cette nature nécessite généralement une expertise, qui devrait se prononcer à la fois sur la nature de l'affection et sur son impact sur la pratique quotidienne de la profession³⁰⁶¹ ; lorsque l'affection est de nature psychique, cette évaluation peut être délicate. On peut cependant aussi imaginer des situations dans lesquelles le cas est suffisamment clair et incontesté pour que les autorités sanitaires cantonales puissent se contenter d'un certificat médical³⁰⁶².

³⁰⁵⁸ Le droit sanitaire cantonal l'exige parfois, ainsi à l'art. 57 de la Loi valaisanne du 12 mars 2020 sur la santé.

³⁰⁵⁹ Voir notamment Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1460 ss ; Jean-François DUMOULIN, *Commentaire ad art. 38 LPMed*, p. 327 ss.

³⁰⁶⁰ Voir notamment Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1452 ss ; Jean-François DUMOULIN, *Commentaire ad art. 37 LPMed*, p. 320 ss.

³⁰⁶¹ Voir notamment Yves DONZALLAZ, *Traité de droit médical* vol. II, p. 1467 ; Jean-François DUMOULIN, *Commentaire ad art. 38 LPMed*, p. 330.

³⁰⁶² Par exemple, un chirurgien victime d'une grave fracture de l'épaule, du bras ou de la main qui opère ne peut sans doute plus opérer pendant quelque temps, mais il est probable que rien ne l'empêche de poursuivre certaines consultations.

5.4 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

La législation fédérale ne contient pas de normes spécifiques à propos de l'obligation de collaborer dans un tel contexte. En réalité, avant la délivrance de l'autorisation, dans la mesure où il s'agit d'une procédure que l'administré a lui-même introduit, il lui appartient de coopérer à la constatation des faits, partant de se soumettre à un examen médical en vue d'obtenir un certificat ; l'obligation de collaborer résulte ainsi des règles ordinaires de procédure administrative³⁰⁶³.

S'il refuse de collaborer, l'administré s'expose évidemment au risque de voir l'autorité saisie considérer que les faits à établir n'ont pu être constatés et que, partant, les conditions à la délivrance de l'autorisation ne sont pas réunies.

Lorsque le refus de collaborer survient après la délivrance de l'autorisation, à l'occasion d'une procédure destinée à évaluer l'opportunité d'un retrait, l'autorité administrative pourrait être encline, en dépit de la maxime inquisitoire applicable aux procédures administratives, à statuer sur la base du dossier existant³⁰⁶⁴. Un retrait prononcé au titre de mesure provisionnelle, lorsque les circonstances le justifient, est de nature à inciter le professionnel de la santé concerné à se soumettre à une expertise ; c'est peut-être pour lui le seul moyen de récupérer l'autorisation d'exercer dont il a d'ores et déjà été privé.

³⁰⁶³ Selon l'art. 13 al. 1^{er} lettre a PA, mais les procédures de cette nature sont soumises aux règles de procédure administrative cantonale. L'art. 18 al. 1^{er} lettre a de la Loi valaisanne du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives, par exemple, a la même teneur.

³⁰⁶⁴ Comme le prévoient certaines législations de procédure cantonales, par exemple, l'art. 18 al. 2 de la Loi sur la procédure et la juridiction administrative du canton du Valais ou l'art. 30 al. 2 de la Loi sur la procédure administrative du canton de Vaud.

6. Autorités compétentes et voies de droit

6.1 Autorités compétentes

La CNA est compétente pour surveiller, dans toutes les entreprises, l'application des prescriptions sur la prévention des maladies (art. 50 OPA) et sur la prévention des risques particuliers d'accidents inhérents à la personne du travailleur (art. 49 al. 3 OPA)³⁰⁶⁵.

Elle est en outre compétente pour surveiller l'application des prescriptions sur la prévention des accidents professionnels dans les entreprises énumérées à l'art. 49 al. 1^{er} OPA, ainsi que dans les entreprises utilisant les équipements de travail énumérés à l'al. 2 de la même disposition.

Pour les autres entreprises, ce sont les organes cantonaux d'exécution de la législation sur le travail qui sont compétents en matière de prévention des accidents (art. 41 LTr³⁰⁶⁶ et art. 47 OPA), à moins que la législation sur le travail ne désigne une autorité fédérale d'exécution, en particulier dans les administrations, entreprises et établissements de la Confédération (art. 42 LTr et art. 48 al. 3 OPA). Selon l'art. 42 LTr, en effet, la Confédération prend les mesures d'exécution nécessaires à la mise en œuvre de la LTr en son sein ou dans les entreprises publiques qui lui sont rattachées ; ces prérogatives sont en principe exercées par le Secrétariat à l'économie (SECO), selon l'art. 42 al. 3 LTr et l'art. 75 al. 1^{er} lettre i OLT1³⁰⁶⁷, qui recourt dans ce but aux inspections fédérales du travail et au service médical du travail, ou à des inspections spécialisées ou à des experts (art. 42 al. 4 LTr)³⁰⁶⁸.

³⁰⁶⁵ Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), *in*: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1096 ss.

³⁰⁶⁶ SECO, Commentaire *ad* art. 41 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰⁶⁷ SECO, Commentaire *ad* art. 75 OLT1, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰⁶⁸ SECO, Commentaire *ad* art. 42 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2; Gabriel KASPER, Isabelle WILDHABER, Kommentar *ad* Art. 42 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkommentar, Bâle 2018, p. 418 ss; Roland MÜLLER, Christian MADUZ, ArG Kommentar, 8e éd., Zurich 2017, p. 172 ss; Hans-Ulrich SCHEIDEGGER, Christine PITTELOUD, Commentaire *ad* art. 42 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 515 ss.

La Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail³⁰⁶⁹ peut définir plus en détail les tâches respectives des organes d'exécution (art. 52 OPA).

6.2 Prévention des accidents et maladies professionnelles dans le cadre des tâches de la CNA

Une décision administrative rendue par la CNA, touchant tant l'assujettissement à des mesures médicales de prévention que d'éventuelles sanctions administratives prononcées pour un refus de s'y conformer, est d'abord susceptible d'opposition devant la même autorité, selon l'art. 52 LPGA³⁰⁷⁰. En dérogation avec la procédure habituelle de recours³⁰⁷¹, c'est le Tribunal administratif fédéral qui devrait ensuite être saisi d'un éventuel recours contre la décision sur opposition, conformément à l'art. 109 lettre c LAA³⁰⁷².

La LAA prévoit également la possibilité d'infliger des sanctions pénales aux contrevenants ; une telle décision, rendue en application de l'art. 112 al. 1^{er} lettre d et al. 2 LAA³⁰⁷³ est assez rare³⁰⁷⁴. La poursuite relève des cantons (selon l'art. 22 CPP, faute d'attribution expresse à une autorité fédérale). Une sanction pourrait faire l'objet d'un appel au sens des art. 398 ss CPP devant la juridiction d'appel désignée par le droit cantonal, puis d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, aux conditions des art. 78 ss LTF.

³⁰⁶⁹ Voir précédemment, p. 736 ss.

³⁰⁷⁰ Valérie DEFAGO GAUDIN, Commentaire *ad* art. 52 LPGA, *in*: Commentaire romand LPGA, p. 612 ss; Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), *in*: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1137ss.

³⁰⁷¹ En principe, un recours LAA est adressé au tribunal cantonal des assurances institué par le canton compétent à raison du lieu (art. 57 LPGA).

³⁰⁷² Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), *in*: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1142 ss.

³⁰⁷³ Roger ANDRES, Merkwürdige Revision der Strafbestimmung im Unfallversicherungsgesetz – Inwiefern der seit 1. Januar 2017 geltende Art. 112 revUVG die Rechtslage im Bereich der Arbeitssicherheit (eben doch) materiell verändert hat, *in*: Jusletter du 13 février 2017.

³⁰⁷⁴ ATF 114 IV 173, 109 IV 125, 109 IV 15, cités par Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), *in*: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1097.

6.3 Prévention des accidents et des maladies associées au travail dans le cadre des tâches des organes cantonaux d'exécution

En cas d'infraction, l'organe cantonal compétent selon la législation sur le travail ou selon la législation sur la prévention des accidents doit, dans un premier temps, signaler l'irrégularité au contrevenant et l'inviter à y remédier (art. 51 al. 1^{er} LTr³⁰⁷⁵ et 62 OPA). Lorsque le contrevenant ne donne pas suite à ce signalement, l'organe cantonal rend « la décision voulue », sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CPS (art. 51 al. 2 LTr) ou ordonne les mesures nécessaires par la voie d'une décision (art. 64 OPA), éventuellement assortie de mesures « nécessaires à rétablir l'ordre légal » si la vie ou la santé des travailleurs est sérieusement mise en danger (art. 52 al. 1^{er} LTr ; art. 86 LAA et 67 OPA), par exemple l'interdiction d'utiliser des locaux ou des installations, voire la fermeture temporaire de l'entreprise (art. 52 al. 2 LTr³⁰⁷⁶ et 86 al. 2 LAA).

Les décisions de l'autorité cantonale peuvent faire l'objet d'un recours devant l'autorité de recours désignée par le droit cantonal, selon l'art. 56 LTr³⁰⁷⁷, celles qu'elle rend sur opposition en exécution de la législation sur la prévention des accidents peuvent être déférées au Tribunal administratif fédéral (art. 109 lettre c LAA).

Le droit fédéral prévoit également la possibilité d'infliger des sanctions pénales aux contrevenants ; des décisions de cette nature, rendues en application de l'art. 59 LTr³⁰⁷⁸ – pour l'employeur –, de l'art. 60 LTr³⁰⁷⁹

³⁰⁷⁵ SECO, Commentaire *ad* art. 51 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰⁷⁶ Reto HÄGGI FURRER, Kommentar *ad* Art. 52 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 494 ss; Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 52 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 601 ss.

³⁰⁷⁷ Reto HÄGGI FURRER, Kommentar *ad* Art. 56 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 505 ss; Benoît BOVAY, Commentaire *ad* art. 56 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 616 s.

³⁰⁷⁸ Voir en particulier Marc ENGLER, Thomas SPRENGER, Kommentar *ad* Art. 59 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 511 ss; Roland MÜLLER, Christian MADUZ, ArG Kommentar, 8e éd., Zurich 2017, p. 200 ss ; Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 60 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 623 ss.

³⁰⁷⁹ Voir en particulier Marc ENGLER, Thomas SPRENGER, Kommentar *ad* Art. 60 ArG, *in*: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 517 ss; Roland MÜLLER, Christian MADUZ, ArG Kommentar, 8e éd., Zurich 2017, p. 202 ;

– pour le travailleur –, ou de l’art. 112 LAA³⁰⁸⁰ - pour l’un et l’autre - semblent exceptionnelles, en tout cas pour les travailleurs. La poursuite incombe aux cantons (art. 62 al. 2 LTr³⁰⁸¹). Une sanction pourrait faire l’objet d’un appel au sens des art. 398 ss CPP devant la juridiction d’appel désignée par le droit cantonal, puis d’un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, aux conditions des art. 78 ss LTF.

6.4 Prévention des maladies et accidents professionnels dans le cadre des tâches des organes fédéraux d’exécution

Les décisions du SECO selon l’art. 77 OLT1³⁰⁸² peuvent faire l’objet d’un recours devant le Tribunal administratif fédéral, dans la mesure où ces décisions ne correspondent à aucune des exceptions prévues par l’art. 32 LTAF. Elles ne concernent cependant que « l’employeur », en lui enjoignant « de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de l’ordre légal ». La disposition paraît essentiellement viser les décisions touchant aux autorisations pour le travail de nuit.

En revanche, une entité administrative de la Confédération ou une institution décentralisée de la Confédération à laquelle le SECO imposerait des mesures de prévention pour ses employés ne semble détenir aucun « moyen de droit contre cette décision » selon la législation sur le travail (art. 6 PA *in fine*), de sorte qu’un recours paraît exclu.

Quant aux personnes qui seraient touchées par une décision d’inaptitude ou d’aptitude partielle décrétée par l’inspection du travail ou par le service médical de la Confédération, elles pourraient la contester au moyen des dispositions de la LPers, plus particulièrement des art. 34 ss LPers, qui prévoient un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 36 al. 1^{er} LPers). Un recours de l’employé(e) devant le Tribunal fédéral à propos de la seule question de l’aptitude partielle ou de l’inaptitude serait

Laurent MOREILLON, Commentaire *ad* art. 60 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 634 ss.

³⁰⁸⁰ Roger ANDRES, Merkwürdige Revision der Strafbestimmung im Unfallversicherungs-gesetz – Inwiefern der seit 1. Januar 2017 geltende Art. 112 revUVG die Rechtslage im Bereich der Arbeitssicherheit (eben doch) materiell verändert hat, *in*: Jusletter du 13 février 2017.

³⁰⁸¹ SECO, Commentaire *ad* art. 62 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

³⁰⁸² SECO, Commentaire *ad* art. 77 LTr, *in*: SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2.

ensuite irrecevable, dans la mesure où il s'agirait d'une contestation non pécuniaire en matière de rapport de travail de droit public (art. 83 lettre g LTF)³⁰⁸³.

6.5 Contestations de nature civile relatives aux obligations de droit public en matière de sécurité au travail

Les obligations énoncées dans le droit public à propos de la sécurité au travail peuvent également être l'objet de procédures civiles en vue d'obtenir leur exécution, selon l'art. 342 al. 2 CO³⁰⁸⁴.

Si cette voie est choisie, ce sont les juridictions compétentes en matière de conflits de travail, telles qu'elles sont désignées par le droit cantonal, qui sont compétentes³⁰⁸⁵. Contre leur décision, un recours en matière de droit civil au Tribunal fédéral est ouvert (art. 72 LTF), l'affaire n'étant pas « pécuniaire » au sens de l'art. 74 LTF³⁰⁸⁶.

6.6 Exercice d'une profession médicale ou de la santé

En cas de refus ou de retrait de l'autorisation pour cause d'inaptitude physique ou psychique, une voie de recours cantonale est ouverte pour le professionnel de la santé concerné, devant une juridiction administrative et selon des procédures prévues par le droit cantonal³⁰⁸⁷. Une décision défavorable peut encore être déférée, au moyen d'un recours en matière de

³⁰⁸³ Thomas HÄBERLI, Kommentar *ad* Art. 83 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1218 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, 922 ss.

³⁰⁸⁴ Wolfgang PORTMANN, Roger RUDOLPH, Kommentar *ad* Art. 342 OR, *in*: Basler Kommentar OR I, p. 2429 ss; Pascal MAHON, Eloi JEANNERAT, Commentaire *ad* art. 342 CO, *in*: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 880 ss ; Ullin STREIFF et al., Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7e éd., Zurich, Bâle, Genève 2012, p. 1302 ss.

³⁰⁸⁵ Voir notamment François Bohnet et al. (éd.), Les procédures en droit du travail, Genève, Zurich, Bâle 2020.

³⁰⁸⁶ Pascal MAHON, Eloi JEANNERAT, Commentaire *ad* art. 342 CO, *in*: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, note de bas de page 42, p. 892. Pour ces affaires « pécuniaires », une valeur litigieuse minimale de 15'000 frs est nécessaire en matière de droit du travail (art. 74 al. 1^{er} lettre a LTF).

³⁰⁸⁷ Voir notamment Yves DONZALLAZ, Traité de droit médical vol. II, p. 1473 ss ; Jean-François DUMOULIN, Commentaire *ad* art. 38 LPMed, p. 332 s.

droit public, devant le Tribunal fédéral, cet objet ne constituant pas une des exceptions énoncées à l'art. 83 LTF³⁰⁸⁸.

7. Synthèse

La législation fédérale sur la protection des travailleurs – essentiellement, la Loi sur le travail et ses ordonnances, ainsi que l'Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles – permet d'imposer des examens médicaux à certains employé(e)s, dans une perspective légitime de protection de leur santé et de leur intégrité. Ce sont avant tout les femmes enceintes ou allaitantes et les jeunes travailleurs qui sont concernés, mais des dispositions légales protègent aussi celles et ceux qui effectuent un travail de nuit régulier ou qui sont affectés à une occupation présentant un risque, par exemple parce qu'ils utilisent des produits dangereux ou qu'ils sont exposés à des rayons ionisants.

L'aptitude physique ou psychique des professionnels exerçant une profession médicale ou une profession de la santé doit aussi être évaluée, avant ou après la délivrance de l'autorisation de pratique, généralement au moyen d'un certificat médical rédigé à l'issue d'une consultation médicale. Dans certains cas particuliers, une expertise médicale peut également être ordonnée. Ce sont ici des objectifs de protection des patients, à nouveau légitimes, qui sont visés.

L'employé(e) est tenu(e) de collaborer aux mesures médicales requises, mais l'obligation ne prend que la forme d'une incombance. Celui ou celle qui refuserait de se plier à cette obligation pourrait être confronté(e) au risque d'être déclaré inapte et d'être déplacé au sein de l'entreprise, voire de perdre son emploi. Il n'y a pas, non plus, d'obligation au sens strict pour les professionnels de la santé ; cependant, un refus de collaborer empêcherait sans doute la délivrance de l'autorisation de pratique ou, lorsqu'elle a déjà été délivrée, pourrait entraîner son retrait.

* * * * *

³⁰⁸⁸ Par exemple, arrêt du 19 décembre 2018 dans la cause 2C_316/2018.

CHAPITRE XVII :

Les mesures destinées à obtenir un salaire ou des allocations sociales

1. Le contexte

La législation fédérale relative aux rapports de travail, tant dans le secteur privé que dans le cadre de l'administration fédérale, contient des dispositions consacrées au paiement du salaire en cas d'empêchement de travailler pour des motifs inhérents à la personne de l'employé(e), tels que maladie, accident ou grossesse. L'employé(e) doit alors démontrer l'existence du motif dont il ou elle se prévaut, selon les règles habituelles en matière de fardeau de la preuve, ce qui nécessite en général qu'il ou elle se soumette à un examen médical, afin d'obtenir du praticien consulté le certificat médical attestant l'incapacité de travail.

La législation sur les allocations pour perte de gain et la législation sur les allocations de chômage, permettent aussi, à certaines conditions, d'imposer à un ou une assuré(e) un examen médical, pour établir la cause justifiant le droit à des prestations.

Dans toutes les situations évoquées précédemment, l'employé(e) ou l'assuré(e) social(e) sont tenus de collaborer. Celui ou celle qui refuserait de se plier à cette obligation pourrait être confronté(e) au risque d'un refus, temporaire ou définitif, de la rémunération, des allocations ou des indemnités qui lui sont en principe dues.

2. Bref historique

Le principe du droit au paiement du salaire pour le travailleur empêché de travailler sans sa faute, « par suite de maladie » ou « telle autre cause analogue », se trouve dans le Code des obligations dès sa version d'origine ; le devoir n'existait que « pendant un temps relativement court » et « dans les contrats conclus à long terme »³⁰⁸⁹. Il s'agissait selon le Conseil fédéral d'« une des dispositions les plus controversées du titre traitant du contrat de travail »³⁰⁹⁰. Dans la version remaniée de 1967, toujours en vigueur, le législateur remplace le « temps relativement court » par un « temps limité » et ajoute, parmi les causes d'empêchement, l'accident, la grossesse et l'accouchement³⁰⁹¹.

L'accouchement a toutefois disparu du texte en 2005, avec l'adoption de l'assurance-maternité, prévue aux art. 16b ss de la Loi sur les allocations pour perte de gain³⁰⁹², une assurance sociale attendue depuis 1945 et l'acceptation par le peuple et les cantons de l'art. 34quinquies dans la Constitution fédérale de 1874³⁰⁹³. Dans les cas où le nouveau-né doit être hospitalisé pour une période prolongée après la naissance, la durée de versement de ces prestations a été étendue en 2021, grâce à une modification de l'art. 16c al. 3 LAPG³⁰⁹⁴.

³⁰⁸⁹ Art. 1381 dans le projet du Conseil fédéral, FF 1905 II 1, 33 et 162, avec quelques précisions ultérieures dans son Rapport de 1909, FF 1909 III 747, 770 ; art. 335 dans la version votée par l'Assemblée fédérale, FF 1911 II 1, 98.

³⁰⁹⁰ Message Contrat de travail 1967, 339.

³⁰⁹¹ La disposition se trouve désormais à l'art. 324a CO ; Message Contrat de travail 1967, p. 340 s.

³⁰⁹² Rapport du 3 octobre 2002 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national à propos de l'initiative parlementaire « Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative », Feuille fédérale 2002 6998, 7026.

³⁰⁹³ Pascal MAHON, Commentaire *ad* art. 34quinquies aCst, *in* : Jean-François Aubert et al., vol. II 1996 ; Stéphanie PERRENOUD, La protection de la maternité, Berne 2015, p. 324 ss et p. 385 ss.

³⁰⁹⁴ Voir le Message du 8 janvier 2019 relatif à la modification de la loi sur les allocations pour perte de gain (Allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital), FF 2019 141

Le Parlement fédéral a en outre accepté en 2019 un congé de paternité de deux semaines en faveur du père « légal », à la suite d'une modification de la LAPG (art. 16i à 16m) et d'une modification du CO (art. 329g)³⁰⁹⁵. Cette innovation dans le droit suisse, combattue sans succès par referendum en 2020, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021³⁰⁹⁶.

Enfin, dans le cadre de mesures visant à améliorer la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge des proches adoptées par le Parlement en 2019 et entrées en vigueur en 2021³⁰⁹⁷, le Code des obligations prévoit d'une part un « congé court » pour la prise en charge de proches atteints dans leur santé (art. 329g CO) et d'autre part un « congé long » pour la prise en charge d'un enfant gravement malade ou accidenté (art. 329h CO). L'assurance perte de gain indemnise les parents d'un enfant gravement atteint dans sa santé pendant le « congé long » pouvant aller jusqu'à 14 semaines³⁰⁹⁸.

3. Normes applicables

3.1 Droit au salaire en cas de maladie, d'accident ou de grossesse

3.1.1 Code des obligations

Selon l’art. 324a al. 1^{er} CO, si un travailleur – en principe actif dans le secteur privé - est empêché de travailler, sans faute de sa part, pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie ou accident³⁰⁹⁹,

³⁰⁹⁵ Rapport du 15 avril 2019 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats - initiative parlementaire - Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité, FF 2019 3309.

³⁰⁹⁶ Ces dispositions ont été acceptées en votation populaire le 27 septembre 2020 (FF 2020 8449) et sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Voir Nathanaël PETERMANN, Congé de paternité et droit du travail, quels changements ?, *in* : Revue suisse de jurisprudence RSJ 1/2021, version en ligne.

³⁰⁹⁷ Voir le Message du 22 mai 2019 concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge des proches, FF 2019 3941.

³⁰⁹⁸ Selon les art. 35a ss RAPG, voir notamment

Enfants gravement atteints dans leur santé: améliorations pour les parents (admin.ch).

³⁰⁹⁹ La disposition légale vise également l'accomplissement d'une fonction légale ou d'une fonction publique. La liste des causes d'empêchement n'est pas exhaustive ; Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail 4^e éd., Berne 2019, p. 278.

l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, lorsque les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois³¹⁰⁰ ; en cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure (art. 324a al. 3 CO).

Le « temps limité » correspond à « trois semaines la première année de service » et ensuite à « une période plus longue fixée équitablement », sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective (art. 324a al. 2 CO). En l'absence de tels délais plus longs, ce sont des « échelles » développées par la jurisprudence, notamment l'« échelle bernoise », qui servent de référence pour déterminer l'étendue du droit au salaire en fonction de la durée des rapports de travail³¹⁰¹.

Quand l'incapacité résulte d'une grossesse de l'employée, l'employeur est tenu de lui verser son salaire dans la même mesure (art. 324a al. 3 CO)³¹⁰² ; il n'y a pas d'exigence d'absence de faute en cas de grossesse³¹⁰³. L'art. 324a al. 3 CO, comme l'art. 324 al. 1^{er} CO, constituent des dispositions relativement impératives, auxquelles il ne peut être dérogé au détriment de la travailleuse ou du travailleur (art. 362 al. 1^{er} CO).

L'art. 324b CO renvoie aux dispositions de la législation relatives aux assurances sociales lorsqu'elles de telles assurances sont obligatoires ; le salaire de remplacement est alors légalement limité à 80% du salaire

³¹⁰⁰ Voir notamment Jean-Philippe DUNAND et al., *Droit du travail*, Bâle 2020, p. 219 ss ; Wolfgang PORTMANN, Isabelle WILDHABER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 4e éd., Zurich, St-Gall 2020, p. 90 ss ; Wolfgang PORTMANN, Roger RUDOLPH, *Kommentar ad Art. 324a OR*, in : Basler Kommentar OR I, p. 2154 ss ; Rémy WYLER, Boris HEINZER, *Droit du travail*, 4e éd., Berne 2019, p. 275 ss ; Thomas GEISER et al., *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4e éd., Berne 2019, p. 190 ss ; Aurélien WITZIG, *Droit du travail*, Genève, Zurich, Bâle 2018, p. 482 ss ; Guy LONGCHAMP, *Commentaire ad art. 324a CO*, in : Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, p. 204 ss.

³¹⁰¹ Voir notamment Thomas GEISER et al., *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4e éd., Berne 2019, p. 198 ; Rémy WYLER, Boris HEINZER, *Droit du travail*, 4e éd., Berne 2019, p. 311 s.

³¹⁰² Voir le Rapport de la Commission de sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 3 octobre 2002 - initiative parlementaire Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain, Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative FF 2002 6998, 7026.

³¹⁰³ SJ 1993 349, cité par Guy LONGCHAMP, *Commentaire ad art. 324a CO*, in : Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, p. 224.

ordinaire, même si de nombreux employeurs versent l'intégralité du salaire convenu³¹⁰⁴.

L'empêchement peut être total ou partiel, et doit être évalué en fonction de l'activité exercée : une extinction de voix n'empêche pas un employé de bureau de travailler, mais contraint une chanteuse professionnelle à renoncer à sa prestation³¹⁰⁵.

Les concepts de maladie, d'accident et de grossesse – qui est englobée dans le concept de maternité, comme l'accouchement et la convalescence qui le suit – sont définis aux art. 3 ss LPG³¹⁰⁶. Ils ne recoupent cependant pas entièrement les mêmes notions dans le cadre du droit du travail, qui doivent ici être « interprétées de manière autonome » et « doivent s'apprécier de manière large, dans leur acception commune, dès l'instant où elles ont pour effet d'empêcher l'employé de travailler totalement ou partiellement »³¹⁰⁷.

La grossesse elle-même n'est pas en soi un empêchement³¹⁰⁸, au contraire de « la nécessité d'interrompre le travail pour prévenir des risques de fausse couche ou d'accouchement prématuré »³¹⁰⁹ ; l'absence d'une employée à la suite d'une fausse couche ou d'un accouchement prématuré ou résultant d'une interruption légale de grossesse entre dans le champ d'application de l'art. 324a al. 3 CO, comme les consultations médicales liées à l'intervention³¹¹⁰.

³¹⁰⁴ Guy LONGCHAMP, Commentaire *ad* art. 324b CO, *in* : Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 230.

³¹⁰⁵ Exemple proposé par Guy LONGCHAMP, Commentaire *ad* art. 324a CO, *in* : Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 209.

³¹⁰⁶ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 72 ss; Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 61 LPG, *in* : Commentaire romand LPG, p. 721 ss.

³¹⁰⁷ Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail, 4e éd., Berne 2019, p. 281 ; Guy LONGCHAMP, Commentaire *ad* art. 324a CO, *in* : Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 209 ; contra, Aurélien WITZIG, Droit du travail, Genève, Zurich, Bâle 2018, no 1447, p. 483.

³¹⁰⁸ ATF 118 II 58.

³¹⁰⁹ Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail 4^e éd., Berne 2019, p. 278.

³¹¹⁰ Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail 4^e éd., Berne 2019, p. 282-3.

3.1.2 *Loi sur le personnel de la Confédération et dispositions d'exécution*

Conformément à l'art. 29 al. 1^{er} LPers³¹¹¹, applicable au personnel du secteur public fédéral, les dispositions d'exécution de la loi définissent les prestations dues par l'employeur à son personnel en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie, d'accident ou d'invalidité³¹¹².

Les notions de maladie, d'accident et de grossesse développées dans le cadre du droit privé peuvent sans doute être reprises dans le contexte du droit public fédéral³¹¹³.

Les art. 56 ss OPers³¹¹⁴ déterminent l'étendue du devoir de versement du salaire, plus généreux que le régime du droit privé : le salaire est versé intégralement pendant douze mois en cas d'incapacité pour cause de maladie ou d'accident et, si l'incapacité se prolonge au-delà, 90% du salaire est versé pendant douze mois encore (art. 56 al. 1^{er} et al. 2 OPers). Les prestations versées par les assurances sociales sont imputées sur le salaire versé (art. 58 OPers)³¹¹⁵.

³¹¹¹ Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1).

³¹¹² Mais aussi lors d'un congé parental (congé de maternité ou de paternité), voir plus loin, p. 778 s., et pour cause de service militaire, de protection civile ou de service civil.

³¹¹³ Harry NÖTZLI, Kommentar *ad* Art. 29 BPG, in: Wolfgang Portmann et al. (éd.), Bundespersonalgesetz, Berne 2013, p. 516, établit un lien entre le CO et la LPers, sans toutefois affirmer qu'une interprétation analogique serait envisageable.

³¹¹⁴ Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers, RS 172.220.111.3).

³¹¹⁵ L'art. 63 OPers prévoit encore des prestations supplémentaires en cas d'accident professionnel; voir notamment Harry NÖTZLI, Kommentar *ad* Art. 29 BPG, in: Wolfgang Portmann et al. (éd.), Bundespersonalgesetz, Berne 2013, p. 516.

3.2 Droit à un congé et aux allocations de maternité et de paternité

Une rémunération est versée pendant le congé de maternité qui suit l'accouchement tel qu'il est prévu par l'art. 329f CO³¹¹⁶, pour une période « d'au moins 14 semaines », aux conditions énoncées aux art. 16b à 16h de la Loi sur les allocations pour perte de gains (LAPG)³¹¹⁷. La durée du congé peut être prolongé de 56 jours au plus si le nouveau-né est hospitalisé pour une période prolongée, soit au moins deux semaines de façon ininterrompue immédiatement après sa naissance (art. 16c al. 3 LAPG).

Pour le personnel de l'administration fédérale, l'art. 60 OPers prévoit le versement du salaire lors d'un congé de maternité, dont la durée est fixée par l'Ordonnance-cadre LPers (art. 9) à « 98 jours au minimum » ou « quatre mois au minimum », selon que la jeune mère « peut justifier » ou non de plus d'une année de service. L'employée peut, si elle le souhaite, cesser de travailler deux semaines avant la date présumée de l'accouchement (art. 60 al. 2 OPers).

Quant au congé de paternité, accordé au père « légal », il s'étend sur deux semaines et doit être pris dans les six mois qui suivent la naissance, selon l'art. 329g CO³¹¹⁸. En droit public fédéral, la durée du congé payé de paternité est « de cinq jours de travail au minimum » (art. 9 al. 3 Ordonnance-cadre LPers) ; elle a été portée à dix jours de travail par le Département fédéral des finances (art. 40 al. 3 lettre b O-OPers)³¹¹⁹. Les allocations sont versées conformément aux art. 16i à 16m LAPG.

³¹¹⁶ Jean-Philippe DUNAND et al., *Droit du travail*, Bâle 2020, p. 251 ; Wolfgang PORTMANN, Isabelle WILDHABER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 4e éd., Zurich, St-Gall 2020, p. 149 ; Wolfgang PORTMANN, Roger RUDOLPH, *Kommentar ad Art. 329f OR*, in: *Basler Kommentar OR I*, p. 2250 ss ; Rémy WYLER, Boris HEINZER, *Droit du travail*, 4e éd., Berne 2019, p. 488 s. ; Aurélien WITZIG, *Droit du travail*, Genève, Zurich, Bâle 2018, p. 498 ; Eric CEROTTINI, *Commentaire ad art. 329f CO*, in : Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, p. 428 ss.

³¹¹⁷ Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG, RS 834.1). voir notamment Thomas GEISER et al., *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4e éd., Berne 2019, p. 446 ss.

³¹¹⁸ Voir Nathanaël PETERMANN, *Congé de paternité et droit du travail, quels changements ?*, in : *Revue suisse de jurisprudence RSJ 1/2021*, version en ligne.

³¹¹⁹ Ordonnance du 6 décembre 2001 du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers, RS 172.220.111.31).

L'allocation de maternité prend effet le jour de l'accouchement (art. 16c al. 1^{er} LAPG)³¹²⁰ et est versée aux mères ayant accouché d'un enfant viable (art. 23 lettre a RAPG) ou, s'il ne l'est pas, aux femmes dont la grossesse a duré au moins 23 semaines (art. 23 lettre b RAPG)³¹²¹. Elle est versée pendant 14 semaines ; en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né et à certaines conditions, le versement de l'allocation peut cependant être prolongé d'une durée équivalente à celle de l'hospitalisation, mais de 8 semaines au plus (art. 16c al. 2 et 3 LAPG).

L'allocation de paternité est versée, elle, selon l'art. 16i LAPG, au père légal de l'enfant au moment de la naissance (par mariage ou par reconnaissance) ou à celui qui le devient au cours des six mois qui suivent la naissance par jugement ou par reconnaissance.

3.3 Droit à un congé et à des allocations pour la prise en charge d'un enfant ou d'un proche atteint dans sa santé

Selon l'art. 36 al. 3 LTr, l'employeur doit accorder aux travailleurs un congé pour la prise en charge d'un membre de la famille ou du partenaire atteint dans sa santé. Le congé est limité au temps nécessaire à la prise en charge, « mais ne doit pas dépasser trois jours par cas »³¹²², le temps que l'enfant guérisse ou que le travailleur trouve des solutions de remplacement³¹²³. En dehors de la prise en charge des enfants, le congé ne doit pas dépasser dix jours par an (art. 36 al. 4 LTr). Dans un tel contexte, l'« enfant » malade est en principe un enfant jusqu'à quinze ans, selon la limite d'âge fixée à l'al. 1^{er} de la disposition.

Le Code des obligations transcrit ce devoir dans le droit privé : il contient un art. 329h CO selon lequel un congé de trois jours au plus par cas et de dix jours par an au total est octroyé au travailleur pour la prise en charge d'un membre de la famille ou du partenaire atteint dans sa santé. Le

³¹²⁰ Loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG ; RS 834.1).

³¹²¹ Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG, RS 834.11).

³¹²² Voir notamment Angela HENTSCH, *Kommentar ad Art. 36 ArG*, in: Alfred Blesi et al. (éd.), *ArG Arbeitsgesetz Kurzkommentar*, Bâle 2018, p. 373 ss ; Rémy WYLER, *Commentaire ad art. 36 LTr*, in : *Commentaire Loi sur le travail 2005*, p. 459.

³¹²³ Rémy WYLER, Boris HEINZER, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, p. 484.

droit fédéral relatif au personnel de la Confédération contient une norme semblable (art. 40 al. 3 lettre c O-OPers, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2018) : un congé payé est accordé afin d'assurer les « premiers soins et [l']organisation des soins ultérieurs à donner à un membre de la famille ou au partenaire tombé malade ou victime d'un accident, le temps nécessaire, jusqu'à 3 jours de travail par événement ».

Le congé précédemment décrit correspond à un « congé court ». Si un enfant est gravement atteint dans sa santé à la suite d'une maladie ou d'un accident, c'est alors un « congé long » jusqu'à quatorze semaines qui peut être accordé aux parents tenus d'interrompre leurs activités professionnelles ou les réduire pour s'en occuper (art. 329i al. 1^{er} CO). Si les deux parents travaillent, chacun a droit à un congé de sept semaines, mais ils peuvent convenir de se partager le congé d'une manière différente (art. 329h al. 3 CO). La législation relative au personnel fédéral ne contient pas encore de disposition de même portée.

Selon l'art. 16o LAPG, l'enfant est réputé gravement malade s'il a subi un changement majeur de son état physique ou psychique (lettre a) ; si l'évolution ou l'issue de ce changement est difficilement prévisible ou qu'il faut s'attendre à ce qu'il conduise à une atteinte durable ou croissante à l'état de santé ou au décès (lettre b) ; si l'enfant présente un besoin accru de prise en charge de la part d'un des parents (lettre c) ; et si au moins un des deux parents doit interrompre son activité lucrative pour s'occuper de l'enfant (lettre d).

Le congé court est payé par l'employeur, tandis que le congé long est indemnisé par le régime des allocations pour perte de gain, en exécution des art. 16n ss LAPG.

3.4 Droit aux allocations de chômage

La Loi sur l'assurance-chômage³¹²⁴ prévoit le versement, pour une durée limitée, d'indemnités journalières aux assurés qui seraient inaptes au travail ou au placement, totalement ou partiellement, en raison d'une

³¹²⁴ Loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, LACI ; RS 837.0).

maladie, d'un accident ou d'une grossesse et qui ne peuvent satisfaire aux prescriptions de contrôle (art. 28 al. 1^{er} LACI)³¹²⁵.

3.5 Devoir de collaborer et de réduire le dommage dans les rapports de travail ?

3.5.1 *Code des obligations*

Selon l'art. 324a CO, le droit au maintien du salaire n'existe qu'en cas d'empêchement « sans faute » de la part du travailleur.

Se pose alors la question d'une éventuelle obligation de se soumettre à un traitement médical afin de réduire la durée de l'empêchement et, partant, de réduire le dommage de l'employeur, afin d'éviter que l'empêchement ne prenne un tour « fautif ». A défaut, le droit au salaire pourrait s'éteindre ou au moins être réduit.

Une telle obligation n'est que rarement examinée par les auteurs de doctrine³¹²⁶. Ils se limitent généralement à préciser que la faute du travailleur n'est reconnue que de manière tout à fait restrictive, en cas de négligence grave ou de faute intentionnelle, par exemple un empêchement de travailler résultant d'un accident de la circulation causé par l'état d'ébriété de l'employé³¹²⁷.

³¹²⁵ Voir notamment Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève, Zurich, Bâle 2014, p. 280 ss ; Hans-Ulrich STAUFFER, Barbara KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2008, p. 134 ss.

³¹²⁶ Jean-Philippe DUNAND et al., Droit du travail, Bâle 2020, p. 223 ; Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019, p. 299 ss ; Guy LONGCHAMP, Commentaire *ad* art. 324a CO, *in* : Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 207 s.

³¹²⁷ Le motif tiré d'une consommation excessive de drogue est controversé ; voir notamment Gabriel AUBERT, Commentaire *ad* art. 324a CO, *in* : Commentaire romand CO I, p. 2006 ; contra, Kurt PÄRLI et al., Arbeit, Krankheit, Invalidität, Berne 2015, p. 83.

3.5.2 *Loi sur le personnel de la Confédération et dispositions d'exécution*

Selon l'art. 56 al. 4 OPers, le salaire dû en cas d'empêchement pour cause de maladie ou d'accident n'est versé qu'à condition que « les ordres du médecin soient suivis »³¹²⁸.

Ni la doctrine ni la jurisprudence ne se sont, semble-t-il, penchées sur le sens et la portée de cette disposition.

3.6 Droit cantonal

Le droit cantonal d'exécution est, dans les domaines examinés ici, limité à la désignation des autorités judiciaires compétentes pour examiner les conflits résultant des rapports de travail et les contestations en matière d'assurances sociales.

Les cantons instituent dès lors des tribunaux compétents pour statuer sur les actions relevant du droit du travail et un tribunal des assurances statuant en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales (art. 57 LPGA)³¹²⁹. Pour les affaires déferées au tribunal des assurances, la procédure est en principe celle qui résulte de la procédure administrative cantonale, qui doit cependant satisfaire aux exigences énoncées à l'art. 61 lettres a à i LPGA³¹³⁰.

³¹²⁸ L'employé doit aussi produire un certificat médical ; voir plus loin, p. 776 ss.

³¹²⁹ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 1027 ss ; Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 57 LPGA, in : Commentaire romand LPGA, p. 686 ss.

³¹³⁰ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 1078 ss ; Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 61 LPGA, in : Commentaire romand LPGA, p. 721 ss.

4. Examens médicaux

4.1. En cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie, d'accident ou de grossesse

L'art. 324a al. 1^{er} CO – lors d'une maladie ou d'un accident – et l'art. 324a al. 3 CO – lors d'une grossesse – ne disent rien à propos du moyen de prouver l'empêchement de travailler pour justifier l'absence de l'employé(e) et maintenir son droit au salaire.

C'est par conséquent la règle générale en matière de fardeau de la preuve, telle qu'elle est prévue par les art. 8 CC³¹³¹ et 55 CPC³¹³², qui est applicable. Les litiges portant sur l'exécution d'un contrat de travail sont certes soumis à la maxime procédurale inquisitoire³¹³³ ; il n'empêche que la partie à qui incombe la charge de la preuve assume les conséquences d'un échec dans l'établissement de cette preuve. Un certificat médical doit par conséquent être produit³¹³⁴, et pour obtenir un tel certificat, l'employé doit consulter un médecin et se plier à un examen médical.

Dans le cadre du droit public fédéral, le maintien du droit au salaire résulte de l'art. 29 LPers, notamment en cas de maladie ou d'accident, selon les modalités énoncées à l'art. 56 al. 1^{er} et 2 OPers. L'art. 56 al. 4

³¹³¹ Voir notamment Flavio LARDELLI, Meinrad VETTER, Kommentar *ad* Art. 8 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB 2018, p. 124 ss; Hans Peter WALTHER, Kommentar *ad* Art. 8 ZGB, *in*: Berner Kommentar Einleitung Art. 1-9 ZGB, Berne 2012, p. 1041 ss; Denis PIOTET, Commentaire *ad* art. 8 CC, *in* : Commentaire romand CC I 2010, p. 114 ss

³¹³² Voir notamment Isabelle CHABLOZ, Commentaire *ad* art. 55 CPC, *in* : Isabelle Chablotz et al., Petit commentaire CPC, p. 244 ss ; Jacques HALDY, Commentaire *ad* art. 55 CPC, *in* : Commentaire romand CPC, p. 167 ss ; Thomas SUTTER-SOMM, Claude SCHRANK, Kommentar *ad* Art. 55 ZPO, *in* : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 462 ss.

³¹³³ En tout cas lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 francs, selon l'art. 247 CPC.

³¹³⁴ Pour un cas d'empêchement de travailler lié à la grossesse, prouvé par certificat médical, voir l'arrêt du 26 mars 2007 dans la cause 4C.36/2007. Sur le certificat médical en général et ses conséquences juridiques, voir en particulier Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail, 4e éd., Berne 2019, p. 302 ss ; Mercedes NOVIER, Le certificat médical dans les relations de travail, p. 75 ss ; Olivier SUBILIA, Jean-Louis DUC, Droit du travail – Eléments de droit suisse, 2e éd., Lausanne 2010, p. 260 ss ; Olivier SUBILIA, Le juge face à l'incapacité de travail ou le pêcheur sans filet : le certificat médical (de complaisance) à l'épreuve de la procédure civile, *in* : RSPC 2007, p. 413 ss.

OPers précise que ces prestations ne sont allouées qu'à condition qu'un certificat médical soit produit par l'employé.

Certaines législations de droit public cantonal³¹³⁵ ou certaines conventions collectives de travail retiennent parfois qu'un certificat médical peut être exigé à partir du quatrième jour de l'empêchement de travailler³¹³⁶, voire du troisième jour déjà³¹³⁷. Le Code des obligations n'est quant à lui pas explicite sur ce point ; en fait, un certificat médical pourrait être exigé dès le premier jour de l'absence³¹³⁸. Le CO ne dispose pas non plus expressément que l'employé doive éventuellement consulter un médecin-conseil, désigné par l'employeur ou par l'assureur couvrant la perte de gain des employés en exécution d'un contrat conclu par l'employeur. La jurisprudence l'admet depuis longtemps dans le domaine du droit privé³¹³⁹ ; dans le domaine du droit public fédéral, l'art. 56 al. 4 OPers le prévoit expressément.

Pour les employeurs de l'administration fédérale, un certificat médical est exigé après une absence au-delà de « cinq jours ouvrés », selon l'art. 61 al. 2 O-OPers³¹⁴⁰. Ce délai peut être raccourci en cas d'absences répétées pour cause de maladie, ou au contraire étendu à dix jours en cas de

³¹³⁵ Par exemple, selon l'art. 59 du Règlement du 9 décembre 2002 d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud ; ou selon l'art. 13 du Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique, dans le canton de Neuchâtel (état : janvier 2020).

³¹³⁶ Par exemple, à l'art. 43 de la CCT nationale des coiffeurs, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2018,

https://www.pk-coiffure.ch/media/files/GAV_2018_FR_Broschuere_PKC_1.pdf ou à l'art. 26 de la CCT pour l'hôtellerie-restauration suisse (état : 1^{er} janvier 2017), https://l-gav.ch/fileadmin/downloads/L-GAV2017/L-GAV_Broschuere_FR_2017.pdf.

³¹³⁷ Conformément à l'art. 32.1 de la CCT pour le personnel de l'Hôpital du Valais, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2013, https://www.sciv.ch/data/documents/HVS_CCT_2013-2015.pdf.

³¹³⁸ Voir Roland MÜLLER, *Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten*, in *AJP/PJA* 2010, p. 167 ss, p. 169.

³¹³⁹ Arrêt du 12 mai 2009 dans la cause 4A_140/2009, cons. 5.2 ; en quelque sorte « une contre-visite médicale », selon Aurélien WITZIG, *Droit du travail*, Genève, Zurich, Bâle 2018, no 1454, p. 486. Pour le surplus, la jurisprudence semble essentiellement cantonale, comme le relèvent Olivier SUBILIA, Jean-Louis DUC, *Droit du travail – Eléments de droit suisse*, 2e éd., Lausanne 2010, p. 265 ; voir notamment *JAR* 2013 514, *JAR* 2012 559 et, plus ancien, *JAR* 1982 113, cité par Olivier SUBILIA, Jean-Louis DUC, p. 264.

³¹⁴⁰ Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers. RS 172.220.111.31).

pandémie représentant une menace pour la santé publique³¹⁴¹. Ces normes ne visent cependant expressément que la maladie ou l'accident et, contrairement au droit privé, elles n'englobent pas la grossesse : une incapacité de travail liée à la grossesse est dans les faits assimilée à une incapacité résultant d'une maladie.

4.2 Lors d'un congé pour cause de maternité ou de paternité

Les congés de maternité et de paternité des art. 329f CO et 329g CO ouvrent la voie à des allocations sociales, aux conditions fixées dans la LAPG (art. 16b ss et 16i ss) ; ni la loi ni le règlement ne précise de quelle manière ces droits devraient être établis. Le droit public fédéral est, lui aussi, muet sur le moyen d'attester une maternité et d'obtenir le versement du salaire dû pendant l'absence qui lui est liée (art. 60 OPers), ou d'établir le droit au congé payé à l'occasion d'une paternité (art. 40 al. 3 lettre b O-OPers).

Le droit au congé et le droit aux allocations de maternité ou de paternité peuvent certes être prouvés par la production d'une annonce de naissance, document de nature médicale s'il est établi conformément à l'art. 34 lettres a, b et b^{bis} OEC³¹⁴², mais sans doute aussi par un document de nature administrative s'il s'agit d'un acte émis par l'office de l'état civil qui a procédé à l'enregistrement (art. 44a OEC). Pour un congé de paternité, seul ce second document est envisageable.

Ce n'est qu'en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né, ouvrant la voie à une extension de la durée du versement de l'allocation de maternité que la législation exige la production d'un certificat médical. Selon l'art. 24 RAPG, « la preuve que le nouveau-né doit rester en milieu hospitalier de manière ininterrompue durant deux semaines au moins suivant immédiatement la naissance doit être fournie au moyen d'un certificat médical ».

³¹⁴¹ Art. 61 al. 2bis O-OPers; l'objectif est d'éviter l'engorgement des cabinets médicaux ou des hôpitaux dans le seul but d'obtenir un certificat médical.

³¹⁴² Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2).

Dans cette situation particulière, le certificat médical ne concerne pas la bénéficiaire du droit, c'est-à-dire la jeune maman qui obtient le congé, mais un « tiers », l'enfant nouveau-né.

4.3 Lors d'un congé pour la prise en charge d'un enfant ou d'un proche atteint dans sa santé

L'art. 36 al. 3 LTr exige la « présentation d'un certificat médical » pour obtenir un congé pour la prise en charge d'un membre de la famille ou du partenaire atteint dans sa santé.

Cette norme déploie en principe ses effets dans toutes les entreprises publiques et privées (art. 1^{er} al. 1^{er} LTr). Elle n'est toutefois pas applicable dans celles qui correspondent aux exceptions des art. 2 et 4 LTr, en particulier les administrations fédérales, cantonales et communales et certaines entreprises familiales ; elle n'est pas, non plus, applicable aux personnes visées par les exceptions de l'art. 3 LTr.

A nouveau, dans cette situation tout à fait particulière, le certificat médical et, partant, le devoir de consulter un médecin ne concernent pas le bénéficiaire direct du droit, c'est-à-dire l'employé(e) qui obtient le congé, mais un tiers, l'enfant ou le proche dont s'occupe cet employé(e).

4.4 En cas d'inaptitude au travail ou au placement dans le cadre de l'assurance-chômage

L'art 28 al. 5 LACI exige expressément de l'assuré qu'il produise un certificat médical, partant qu'il consulte un médecin et se soumette à un examen médical, s'il entend obtenir le versement d'indemnités journalières lorsqu'il est inapte au travail ou au placement en raison d'une maladie, d'un accident et qu'il ne peut satisfaire aux prescriptions de contrôle ; les mêmes exigences sont imposées aux femmes en cas de grossesse (art. 28 al. 1^{er} LACI)³¹⁴³.

³¹⁴³ Voir notamment Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève, Zurich, Bâle 2014, p. 286 s.

Dans le contexte de l'assurance-chômage, le certificat médical devrait être récent et, selon un auteur, produit à partir du 4^e jour d'incapacité de travail³¹⁴⁴ ; en outre, il ne devrait pas reposer sur la seule « description » des symptômes par le patient mais plutôt sur un examen médical objectif. Il devrait enfin contenir une appréciation sur le degré de l'incapacité du patient et déterminer les activités sur lesquelles porte l'incapacité de la personne assurée³¹⁴⁵.

4.5 Nature, portée juridique et contenu du certificat médical

Un certificat médical constitue un titre au sens de l'art. 177 CPC³¹⁴⁶, c'est-à-dire un document propre à prouver des faits pertinents dans une procédure civile ; lors d'une procédure administrative, l'art. 12 lettre a PA cite également, sans surprise, les « documents » parmi les moyens de preuve admissibles.

Un certificat médical n'a cependant pas de valeur absolue et peut par conséquent être contesté, lorsque des doutes surgissent à propos de son exactitude ou de son contenu, ou encore à propos « des circonstances entourant sa délivrance » voire à propos « de son auteur »³¹⁴⁷ ; il représente en d'autres termes un moyen de preuve réfragable³¹⁴⁸.

³¹⁴⁴ Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève, Zurich, Bâle 2014, no 25, p. 286.

³¹⁴⁵ Arrêt du 2 juillet 2003 dans la cause C 207/03, *in* : Droit du Travail ARV/DTA 2005, p. 54 ss; voir aussi Hans-Ulrich STAUFFER, Barbara KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2008, p. 138.

³¹⁴⁶ Mercedes NOVIER, La nature du certificat médical et sa portée en procédure dans un litige de droit du travail, *in* : RSPC 2018, p. 325 ss ; arrêt du 27 juillet 2010 dans la cause 4A_289/2010, cons. 3.2 ; Fabienne HOHL, p. 286 ss.

³¹⁴⁷ Mercedes NOVIER, Le certificat médical dans les relations de travail, p. 118 ; elle propose ensuite une liste détaillée, tirée de la jurisprudence et de la doctrine, des circonstances dans lesquelles des doutes peuvent surgir, p. 188 ss.

³¹⁴⁸ Aurélien WITZIG, Droit du travail, Genève, Zurich, Bâle 2018, no 1453, p. 486.

Le contenu du certificat doit être limité aux éléments pertinents pour le but qu'il poursuit. Dans le contexte d'un arrêt de travail, en particulier, il mentionne simplement la cause de l'empêchement – « maladie » ou « accident » -, mais ne livre aucune information concernant le diagnostic ou le traitement³¹⁴⁹.

On peut encore rappeler ici que l'établissement d'un « faux certificat médical » constitue une infraction pénale (318 CPS)³¹⁵⁰, qui peut en outre engager la responsabilité civile du soignant qui a établi le document³¹⁵¹.

4.6 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer

Dans le cadre des rapports de travail, l'obligation de fournir un certificat médical et, partant, l'obligation de consulter un médecin est soit expressément prévue, dans le droit public fédéral (art. 61 al. 2 O-OPers), soit, une fois encore, la résultante des règles de procédure usuelles en matière de fardeau de la preuve, dans le droit privé fédéral (art. 8 CC et 55 CPC³¹⁵²).

Pour le droit privé fédéral, les normes de procédure précitées n'ont sans doute pas été adoptées afin de servir de base légale pour contraindre un justiciable à se soumettre à un acte médical. Cependant, elles sont probablement admissibles dans cette rédaction générale, l'atteinte à l'intégrité corporelle découlant d'une première consultation à visée diagnostique étant le plus souvent insignifiante. Lorsque d'autres actes médicaux plus invasifs sont nécessaires, ils ressortissent déjà au traitement,

³¹⁴⁹ Mercedes NOVIER, *Le certificat médical dans les relations de travail*, p. 97 s.

³¹⁵⁰ Il s'agit d'un cas particulier de faux dans les titres, généralement réprimé par l'art. 251 CPS ; voir Markus BOOG, *Kommentar ad Art. 318 StGB*, in: Basler Kommentar StGB, p. 5437ss ; Edy SALMINA, Mario POSTIZZI, *Commentaire ad art. 318 CPS*, in : *Commentaire romand CP II*, p. 2128 ss ; arrêt du 13 mai 2008 dans la cause 6B_152/2007.

³¹⁵¹ Arrêt du 28 septembre 2005 dans la cause 4C.156/2005, cité par Rémy WYLER, Boris HEINZER, *Droit du travail*, 4e éd., Berne 2019, p. 304.

³¹⁵² Voir précédemment, p. 181 s.

que le patient peut librement accepter ou refuser, même si les premières phases de ce traitement sont aussi entreprises au cours de la consultation organisée afin d'obtenir un certificat médical.

L'obligation de consulter un médecin pour obtenir un certificat médical n'est assortie d'aucune sanction directe, dans l'hypothèse où l'employé ou l'assuré ne s'y plierait pas ; elle correspond dès lors à une incombance. Cependant, à défaut de fournir un tel document, il s'expose évidemment au risque de ne pas recevoir le salaire ou les allocations auxquels il aurait en principe droit pendant son absence.

5. Traitements médicaux

5.1 Mesures destinées à réduire le préjudice subi par le l'employeur dans le cadre des rapports de travail ?

Selon l'art. 324a CO, le droit au salaire n'existe qu'en cas d'empêchement non fautif du travailleur. Doit-il alors se soumettre à un traitement médical afin de réduire la durée de l'empêchement et, partant, de réduire le dommage de l'employeur ? L'art. 56 al. 4 OPers précise, lui, que le salaire n'est versé pendant une incapacité de travail due à une maladie ou à un accident qu'à condition que « les ordres du médecin soient suivis ». A défaut, le droit au salaire pourrait-il s'éteindre ou au moins être réduit ?

La jurisprudence n'a semble-t-il pas statué sur ces deux points. On peut y trouver des explications pratiques : le certificat médical délivré par le médecin pour justifier l'empêchement ne livre aucune indication sur la pathologie affectant l'employé, ni sur le traitement préconisé. Il paraît dès lors difficile pour l'employeur de déterminer si son employé suit le traitement prescrit et, s'il ne le suit pas, si ce choix est légitime ou ne l'est pas.

Au surplus, plutôt que de s'engager dans une procédure sans doute longue et à l'issue incertaine dans le but d'imposer un traitement à son employé, l'employeur, s'il souhaite réduire son dommage, peut, plus efficacement pour lui, mettre un terme aux rapports de travail de droit privé

le liant à un employé malade ou accidenté après l'expiration des délais assez brefs prévus à l'art. 336c al. 1^{er} lettre b CO³¹⁵³.

5.2 Obligation de collaborer et conséquence du refus de collaborer ?

Certains auteurs mentionnent le refus d'entreprendre un traitement médical approprié comme une faute qui pourrait justifier une réduction ou une suppression du droit au salaire, sans davantage d'explications³¹⁵⁴, ou en précisant qu'une telle mesure n'est acceptable que si le traitement est clairement indiqué et que l'employé s'y refuse malgré une mise en demeure de l'employeur³¹⁵⁵.

L'option de la résiliation après un certain délai n'étant pas prévue par le droit public fédéral, la question du traitement imposé par l'employeur pourrait plutôt survenir dans ce contexte. Il faut alors qu'une base légale expresse le prévoit. Celle qui découle de l'art. 56 al. 4 OPers – l'employé doit « suivre les ordres du médecin » - est peut-être admissible lorsqu'il s'agit d'un traitement médical banal ; elle est probablement insuffisante, tant du point de vue du caractère exprès que de la densité normative, pour contraindre un employé à se soumettre à un traitement complexe et délicat, ou à une intervention chirurgicale.

³¹⁵³ Voir Jean-Philippe DUNAND, La fin du contrat de travail (causes d'extinction et protection contre les congés), in : Anne-Sylvie Dupont, Pascal Mahon (éd.), La fin des rapports de travail, Genève, Zurich, Bâle 2021, p. 49 ss ; Jean-Philippe DUNAND et al., Droit du travail, Bâle 2020, p. 296 ss ; Wolfgang PORTMANN, Isabelle WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4e éd., Zurich, St-Gall 2020, p. 209 ss ; Wolfgang PORTMANN, Roger RUDOLPH, Kommentar ad Art. 336c OR, in: Basler Kommentar OR I, p. 2375 ss ; Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail, 4e éd., Berne 2019, p. 851 ss ; Thomas GEISER et al., Arbeitsrecht in der Schweiz, 4e éd., Berne 2019, p. 274 ss ; Aurélien WITZIG, Droit du travail, Genève, Zurich, Bâle 2018, p. 256 ss.

³¹⁵⁴ Frank VISCHER, Roland MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4^e éd, Bâle 2014, p. 160 ; Hans-Peter EGLI, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in AJP/PJA 2000, p. 1064 ss, 1068.

³¹⁵⁵ Kurt PÄRLI et al., Arbeit, Krankheit, invalidität, Berne 2015, p. 84 s ; Ullin STREIFF et al., Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7e éd., Zurich, Bâle, Genève 2012, p. 461 s. ; Thomas GEISER, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in : AJP/PJA 2003, p. 323 ss, 326.

6. Voies de droit

6.1 Rapports de travail

6.1.1 *Rapports de travail de droit privé*

Ce sont les juridictions compétentes en matière de conflits de travail, telles qu'elles sont désignées par le droit cantonal, qui sont compétentes pour trancher des litiges découlant des rapports de travail³¹⁵⁶, par exemple l'obligation de produire un certificat médical pour démontrer une incapacité de travail ou une contestation sur la portée d'un tel document. La procédure est en principe régie par la maxime inquisitoire³¹⁵⁷.

Contre leur décision, un recours au Tribunal fédéral est ouvert (art. 72 LTF), l'affaire n'étant pas « pécuniaire » au sens de l'art. 74 LTF³¹⁵⁸, en tout cas lorsqu'elle ne porte que sur la question du certificat médical.

6.1.2 *Rapports de travail de droit public fédéral*

Les litiges liés aux rapports de travail de droit public fédéral font d'abord l'objet d'une décision rendue par l'employeur, conformément à l'art. 34 LPers.³¹⁵⁹

Un recours peut ensuite être formé auprès du Tribunal administratif fédéral, en exécution de l'art. 36 al. 1^{er} LPers³¹⁶⁰. S'il s'agit d'une contestation pécuniaire dont la valeur litigieuse dépasse 15 000 frs ou qui

³¹⁵⁶ Voir notamment François Bohnet et al. (éd.), *Les procédures en droit du travail*, Genève, Zurich, Bâle 2020 ; Rémy WYLER, Boris HEINZER, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, p. 937 ss.

³¹⁵⁷ Au moins tant que la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 frs, selon l'art. 247 CPC ; voir notamment Michel HEINZMANN, *Commentaire ad art. 247 CPC*, in : Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 1170 ss ; Denis TAPPY, *Commentaire ad art. 247 CPC*, in : *Commentaire romand CPC*, p. 1154 ss ; Bernd HAUCK, *Kommentar ad Art. 247 ZPO*, in : Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), *Kommentar ZPO* 2016, p. 1805 ss.

³¹⁵⁸ Pour ces affaires « pécuniaires », une valeur litigieuse minimale de 15 000 frs est nécessaire en matière de droit du travail (art. 74 al. 1^{er} lettre a LTF).

³¹⁵⁹ Voir notamment Peter HELBLING, *Kommentar ad Art. 34 BPG*, in: Wolfgang Portmann et al. (éd.), *Bundespersonalgesetz*, Berne 2013, p. 688 ss.

³¹⁶⁰ Voir notamment Peter HELBLING, *Kommentar ad Art. 36 BPG*, in: Wolfgang Portmann et al. (éd.), *Bundespersonalgesetz*, Berne 2013, p. 728 ss.

soulève une question juridique de principe, la décision du Tribunal administratif fédéral peut encore être déférée au Tribunal fédéral au moyen d'un recours en matière de droit public (art. 85 al. 1^{er} lettre b et al. 2 LTF)³¹⁶¹.

6.2 Assurances sociales

Les tribunaux des assurances institués par les cantons statuent en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales (art. 57 LPGA)³¹⁶²; les décisions des autorités concernées doivent préalablement avoir fait l'objet d'une opposition (art. 52 LPGA)³¹⁶³. La procédure est celle qui résulte de la procédure administrative cantonale, qui doit cependant satisfaire aux exigences énoncées à l'art. 61 lettres a à i LPGA³¹⁶⁴.

Les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, conformément aux art. 82 ss LTF. Selon l'art. 97 al. 2 LTF, lorsque la décision qui fait l'objet du recours concerne l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accident, le recours peut porter sur toute constatation incomplète ou erronée des faits, contrairement à la règle usuelle à ce propos énoncée à l'al. 1^{er}³¹⁶⁵.

³¹⁶¹ Voir notamment Julia HÄNNI, Lukas Xaver MEYER, Kommentar *ad* Art. 85 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1322 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 974 ss.

³¹⁶² Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 1027 ss; Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 57 LPGA, *in*: Commentaire romand LPGA, p. 686 ss.

³¹⁶³ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 933 ss; Valérie DEFAGO GAUDIN, Commentaire *ad* art. 52 LPGA, *in*: Commentaire romand LPGA, p. 612 ss.

³¹⁶⁴ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 1078 ss; Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 61 LPGA, *in*: Commentaire romand LPGA, p. 721 ss.

³¹⁶⁵ Voir notamment Julia HÄNNI, Lukas Xaver MEYER, Kommentar *ad* Art. 85 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1322 ss; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 974 ss.

7. Synthèse

Dans le contexte des rapports de travail de droit privé ou de droit public, l'employé(e) qui entend exercer son droit au salaire en cas de maladie, d'accident ou de grossesse et désormais aussi pour prendre soin d'un enfant ou d'un proche malade, doit démontrer l'existence de la cause de l'empêchement de travailler. Il ou elle est en conséquence contraint de se soumettre à un examen médical, afin d'obtenir du praticien consulté le certificat médical nécessaire. Dans de rares cas (maladie d'un enfant ou d'un proche), le certificat médical ne concerne pas l'employé(e), mais un tiers.

Un(e) assuré(e) qui s'efforce de recevoir des allocations prévues par la législation sur les allocations pour perte de gain (en cas de maternité, de paternité ou de congé long résultant de la maladie d'un enfant) ou des indemnités prévues par la législation sur les allocations de chômage est aussi contraint(e) de se soumettre à un examen médical, pour obtenir l'attestation médicale justifiant le droit à des prestations. A nouveau, dans de rares cas (hospitalisation prolongée du nouveau-né étendant la durée du congé-maternité ou maladie prolongée d'un enfant), le certificat médical ne concerne pas l'assuré(e), mais un tiers.

Dans toutes ces situations, l'employé ou l'assuré social sont tenus de collaborer, mais l'obligation ne prend que la forme d'une incombance. Celui ou celle qui refuserait de se plier à cette obligation pourrait être confronté(e) au risque d'un refus, temporaire ou définitif, de la rémunération, des allocations ou des indemnités qui lui sont en principe dues.

* * * * *

CHAPITRE XVIII :

Les mesures destinées à obtenir des prestations dans le cadre des assurances sociales, des assurances privées ou de la responsabilité civile

1. Le contexte

Le régime des assurances sociales permet à certaines conditions d'imposer à un assuré un examen médical, pour apprécier son cas ; il peut même être contraint de se soumettre à un traitement médical, lorsque ce traitement pourrait contribuer à maintenir ou à retrouver sa capacité de gain, ou encore améliorer notablement son état de santé ou empêcher qu'il ne se détériore. Le législateur a ainsi inséré dans le droit des assurances sociales un devoir de réduire le dommage, afin de contribuer à alléger la charge financière des assurances sociales, financées par la collectivité. L'assurance-maladie échappe cependant à ces principes, en tout cas pour ce qui concerne la prise en charge des soins.

La législation sur le contrat d'assurance de droit privé prévoit, de la même manière, dans le cadre de l' « obligation de sauvetage » de l'assuré en cas de sinistre, une obligation de prendre les mesures appropriées pour « restreindre le dommage »³¹⁶⁶, partant de se soumettre à des actes ou traitements de nature médicale pour le réduire. Des examens médicaux ou des expertises médicales sont au surplus envisageables avant la conclusion du contrat d'assurance, pour permettre à l'assureur d'évaluer le risque, ou

³¹⁶⁶ Selon le vocabulaire de la loi en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021 ; l'assuré doit aujourd'hui « limiter le dommage ».

après de la survenance d'un sinistre, pour établir l'existence du dommage ou son importance.

Enfin, le thème de la réduction du dommage est également présente dans le domaine de la responsabilité civile : ce devoir imposé au lésé peut avoir comme conséquence l'obligation de se soumettre à un traitement médical, voire à une intervention chirurgicale. Il n'est plus question ici de veiller aux intérêts financiers de la collectivité, mais de prendre en compte les intérêts particuliers de l'auteur du préjudice.

L'assuré ou le lésé sont tenus de collaborer aux mesures qui viennent d'être évoquées. Celui qui ne se soumettrait pas à ce devoir s'expose au risque d'une réduction voire d'un refus, temporaire ou définitif, des prestations qui lui sont en principe dues.

2. Bref historique

Dans le domaine des assurances sociales, les prestations en espèce dues à l'assuré peuvent, selon l'art. 21 al. 4 LPGA *in initio*³¹⁶⁷, être réduites ou refusées temporairement ou définitivement s'il se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement³¹⁶⁸ raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain. Il s'agit de l'expression d'un principe qui, par le passé, avait valeur de « principe général de rang législatif »³¹⁶⁹ même en l'absence de norme expresse, selon une jurisprudence déjà ancienne du Tribunal fédéral³¹⁷⁰, élaborée avant l'entrée en vigueur de la LPGA afin de pallier l'absence de règle de cette portée, en particulier dans l'assurance-maladie complémentaire pour le versement d'indemnités journalières, et, au moins avant l'adoption de la loi de 1981, dans l'assurance-accident sociale³¹⁷¹.

³¹⁶⁷ Loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1).

³¹⁶⁸ Ou encore à une mesure de réinsertion professionnelle.

³¹⁶⁹ Béatrice DESPLAND, L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé, Genève, Zurich et Bâle 2012, p. 41.

³¹⁷⁰ ATF 114 V 281 ; 111 V 235 ; 105 V 176 ; Gabriela RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Verantwortung, Fribourg 1999.

³¹⁷¹ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA, RS 832.20).

La Loi sur le contrat d'assurance privée de 1908 est la première du genre dans le droit fédéral³¹⁷². Précédemment, une loi fédérale de 1885 ne réglait que la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance, sans « touche[r] en aucune façon aux rapports de droit privé entre les personnes qui sont parties au contrat d'assurance »³¹⁷³. Toutes les dispositions qui comportent un aspect médical (essentiellement les art. 1 al. 2 et 2 al. 2 LCA à propos d'un éventuel examen médical lié à la proposition d'assurance, l'art. 39 al. 2 chiffre 1 LCA pour la « justification des prétentions » et l'art. 61 LCA pour la réduction du dommage) sont déjà présentes dans la loi dans sa version d'origine ; elles n'ont pas subi de modification substantielle à ce jour. Le Message de 1904 ne livre guère de renseignements sur la manière dont ces notions étaient interprétées à l'époque.

On peut cependant relever que, selon le Conseil fédéral, l'« obligation de sauvetage », en d'autres termes l'obligation de réduire le dommage, ne s'imposait que pour l'« assurance des choses » ; il tablait sur « l'instinct de conservation qui est inné dans l'homme » pour l'assurance des personnes³¹⁷⁴. L'art. 61 LCA se trouvait d'ailleurs initialement dans la section de la loi relative à l'« assurance contre les dommages » (art. 48 ss LCA) ; le Tribunal fédéral admettait cependant que le devoir de réduire le préjudice s'appliquait également dans l'assurance des personnes³¹⁷⁵. A la faveur de la révision partielle de 2020, le contenu de l'art. 61 LCA est désormais inséré dans un art. 38a LCA, selon une systématique de la loi plus conforme à la jurisprudence³¹⁷⁶.

³¹⁷² Pour des éléments à propos du concept d'assurance dans l'histoire, du droit de l'assurance en général et de l'émergence de la législation fédérale, voir en particulier Vincent BRULHART, p. 26 ss.

³¹⁷³ Message Contrat d'assurance 1904, 267.

³¹⁷⁴ Message Contrat d'assurance 1904, 333 s.

³¹⁷⁵ SJ 2007 I 238, 243 ; ATF 128 III 34, 36.

³¹⁷⁶ Message du 28 juin 2017 concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), Feuille fédérale 2017 47676. Cette révision partielle fait suite à une tentative avortée de révision totale en 2011 ; voir le Message du 7 septembre 2011 relatif à la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance, Feuille fédérale 2011 7091. Voir aussi Vincent BRULHART, Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes, in: Thomas Probst, Franz Werro (éd.), Journée de la circulation routière 2018, Berne 2018, p. 293 ss.

Enfin, dans le cadre de la responsabilité civile, le Tribunal fédéral admet depuis les années 1930³¹⁷⁷ que le lésé doit, en exécution de l'art. 44 CO, se soumettre à un traitement médical voire à une intervention chirurgicale, lorsque ces mesures sont de nature à améliorer son état de santé et ainsi à réduire le dommage.

3. Normes applicables

3.1 Devoir de collaborer et de réduire le dommage dans les assurances sociales

3.1.1 Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales

Lors de l'instruction d'une demande de prestations sociales, l'assuré doit prêter son concours aux mesures appropriées pour élucider les faits (art. 43 LPGA)³¹⁷⁸. Il doit en particulier se soumettre à des examens médicaux ou techniques (art. 43 al. 2 LPGA), voire à une expertise (art. 44 LPGA)³¹⁷⁹ si ces mesures sont nécessaires à l'appréciation du cas et qu'elles peuvent être raisonnablement exigées.

En outre, selon l'art. 21 al. 4 LPGA *in initio*, les prestations en espèce peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement si l'assuré se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement³¹⁸⁰ susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain.

³¹⁷⁷ Arrêt du 11 février 1931 publié aux ATF 57 II 61, 68 ; arrêt du 2 juillet 1935 publié aux ATF 61 II 130, 133. A l'époque, faute d'assurance-maladie, le fautif était tenu de faire l'avance des frais médicaux.

³¹⁷⁸ Loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1).

³¹⁷⁹ Roger PETER, Medizinische Begutachtung in der obligatorischen Unfallversicherung – Eine Analyse der Probleme und des Bedarf sowie Reformvorschläge, *in*: Jusletter du 16 décembre 2019; Raphael CUPA, Art. 44 ATSG – die verpasste Chance, *in*: Jusletter du 20 mai 2019.

³¹⁸⁰ Ou encore à une mesure de réinsertion professionnelle.

Une telle obligation de diminuer le dommage, reflet du principe de responsabilité individuelle, « couvre aussi bien la période précédant la survenance du risque assuré et permettant sa réalisation que la période suivant la réalisation du risque, au cours de laquelle l'assurance est, en principe, tenue de verser ses prestations »³¹⁸¹. Elle englobe par conséquent tant le devoir de prêter son concours à un examen médical, voire à une expertise médicale que le devoir de se soumettre à des soins ou des traitements médicaux.

Interprétée strictement, cette obligation pourrait entrer en conflit avec le principe énoncé dans droit international public de la sécurité sociale³¹⁸² selon lequel la prise en charge des soins nécessaires pour rétablir l'état de santé d'un assuré doit avoir lieu en dehors de toute réflexion portant sur un éventuel comportement fautif, avant ou après la réalisation du risque, à moins que ce comportement ne corresponde à une faute grave et intentionnelle. Dès lors, une éventuelle suspension ou réduction ou un éventuel refus de prestations ne sont envisageables qu'en présence d'une faute grave intentionnelle de l'assuré social, comme l'a précisé la jurisprudence du Tribunal fédéral³¹⁸³.

³¹⁸¹ Béatrice DESPLAND, L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé, Genève, Zurich et Bâle 2012, p. 40.

³¹⁸² Spécifiquement, l'art. 32 § 1^{er} lettre e de la Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) no 128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants, conclue à Genève le 29 juin 1967 (RS 0.5831.105) et l'art. 68 lettre f du Code européen de sécurité sociale, conclu à Strasbourg le 6 avril 1964 sous l'égide du Conseil de l'Europe (RS 0.831.104), deux normes de droit international public directement applicables (« *self executing* »).

³¹⁸³ ATF 119 V 171 ; l'arrêt concerne un cas de dépendance à l'alcool d'un cafetier (« éthylisme professionnel »), dont le dossier ne comportait aucun élément permettant de retenir l'existence « d'une volonté délibérée et consciente de s'adonner à l'alcool dans une mesure propre à provoquer un état maladif » grave (ATF 119 V 171, 179-180). Voir aussi Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), in: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1030 s. ; Alexandre BERENSTEIN, A propos de la réduction des prestations en raison d'une faute dans la survenance de l'éventualité, d'après la législation interne et les conventions internationales en matière de sécurité sociale, in: Revue suisse des assurances sociales 1996, p. 117 ss.

3.1.2 *Loi sur l'assurance-invalidité*

Le principe général du devoir de diminuer le dommage, désormais ancré dans la LPGa, se retrouve dans la Loi sur l'assurance-invalidité, dans une formulation assez proche.

En effet, selon l'art. 7 al. 1^{er} LAI, l'assuré doit « entreprendre tout ce qui peut être raisonnablement exigé de lui pour réduire la durée et l'étendue de l'incapacité de travail et pour empêcher la survenance d'une invalidité »³¹⁸⁴. L'al. 2 lettre d permet notamment de contraindre un assuré à « participer activement » à un traitement médical qui pourrait contribuer au maintien de son emploi actuel ou à une réadaptation professionnelle³¹⁸⁵.

Est réputée « raisonnablement exigible » toute mesure servant à la réadaptation de l'assuré, à l'exception des mesures qui ne sont pas adaptées à son état de santé (art. 7a LAI).

3.1.3 *Loi sur l'assurance-accident*

Dans l'assurance-accident, l'assureur peut prendre les mesures qu'exige le traitement approprié de l'assuré en tenant compte équitablement des intérêts de celui-ci et de ses proches, selon l'art. 48 al. 1^{er} LAA. La doctrine considère que cette disposition permet à l'assureur d'imposer un traitement médical à un assuré³¹⁸⁶.

Après la fixation d'une rente, la reprise d'un traitement médical peut être accordée, mais aussi « ordonnée » (selon l'art. 21 al. 2 LAA)³¹⁸⁷, en particulier lorsque des mesures médicales permettraient à l'assuré d'améliorer ou de conserver sa capacité résiduelle de gain ou d'empêcher qu'elle diminue (art. 21 al. 1^{er} lettres b et c LAA) ou encore amélioreraient

³¹⁸⁴ Le texte de la disposition contient un renvoi aux art. 6 et 8 LPGa.

³¹⁸⁵ Art. 7 al. 2 lettre c de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20).

³¹⁸⁶ Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), in: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1028.

³¹⁸⁷ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA, RS 832.20).

notablement l'état de santé de l'assuré ou empêcheraient qu'il se détériore (art. 21 al. 1^{er} lettre d LAA).

La LAA ne contient aucune mention expresse du caractère « raisonnablement exigible » du traitement médical imposé, contrairement à la LAI, même si l'art. 48 al. 1^{er} LAA fait référence aux « intérêts » de l'assuré et impose à l'assureur d'en « tenir compte équitablement ». Ce point particulier est toutefois traité par l'art. 21 LPGA, disposition qui déploie ses effets dans l'ensemble du droit des assurances sociales ; la réflexion à ce propos s'impose par conséquent également dans le cadre de l'assurance-accident.

3.1.4 *Loi sur l'assurance-maladie ?*

A la différence de l'assurance-invalidité et de l'assurance-accident, il n'existe, dans le régime de l'assurance-maladie de base (« assurance obligatoire des soins »)³¹⁸⁸, aucune disposition légale qui permettrait d'imposer à l'assuré un devoir de réduction du dommage, partant un devoir de se soumettre à un traitement médical, en d'autres termes à des soins préalables ou complémentaires pour qu'il puisse obtenir le remboursement ou la prise en charge des soins déjà reçus ou à recevoir³¹⁸⁹. Il faut d'ailleurs rappeler que l'art. 21 LPGA vise les « prestations en espèces », tandis que l'assurance-maladie est essentiellement conçue comme une assurance qui prend en charge ou rembourse des frais médicaux.

³¹⁸⁸ Tel qu'il découle de la Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10).

³¹⁸⁹ Une jurisprudence du Tribunal fédéral remontant à 1979 (ATF 105 V 176) évoque « une opération de nature à rendre inutile la poursuite d'un traitement ambulatoire », mais cet arrêt, rendu en application de la LAMA, est sans doute trop ancien pour être encore pertinent.

Certes, l'Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins³¹⁹⁰ fixe, dans certains cas, des conditions particulières pour la prise en charge des coûts d'un traitement - ce que l'art. 33 al. 1^{er} LAMal autorise³¹⁹¹ -, conditions parfois liées à l'état physique ou psychique du patient ; de telles conditions particulières résultent parfois de la jurisprudence³¹⁹². Cependant, l'existence de ces conditions particulières peut être démontrée par le médecin traitant au moyen d'un rapport médical³¹⁹³, établi notamment sur la base des investigations menées pour poser le diagnostic et des constatations déjà consignées dans le dossier médical du patient. Un examen particulier, lors d'une consultation organisée uniquement dans ce but, paraît en conséquence inutile.

La LAMal ne prévoit pas davantage la nécessité d'obtenir l'aval d'un expert médical pour qu'un traitement soit remboursé. L'art. 44 LPGa, applicable à toutes les assurances sociales - et, partant, également à l'assurance-maladie -, autorise bien le recours aux services d'un expert indépendant « pour élucider les faits ». Cette disposition n'impose toutefois pas à l'assuré le devoir de se soumettre à une telle expertise, mais plutôt d'autoriser la communication des données pertinentes contenues dans son dossier médical³¹⁹⁴. L'expertise porte en effet généralement sur le caractère approprié, efficace et économique du traitement envisagé pour lui-même, et non sur l'indication médicale de cette intervention pour le patient en cause.

³¹⁹⁰ Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS ; RS 832.112.31) ; des conditions particulières existent par exemple pour une psychothérapie pratiquée par un médecin au-delà de 40 séances (art. 2, 3 et 3b OPAS).

³¹⁹¹ Voir notamment Ariane AYER, Béatrice DESPLAND, LAMal annotée, 2^e éd., 2013, p. 101 s.

³¹⁹² Par exemple, une opération en vue d'une réaffectation sexuelle ou des traitements qui lui sont liés constituent des prestations obligatoires à charge des caisses-maladie, aux conditions énoncées par le Tribunal fédéral (arrêt du 29 septembre 2020 dans la cause 9C_331/2020 ; ATF 145 V 170).

³¹⁹³ Comme le prévoit l'art. 3b OPAS, pour la prise en charge d'une psychothérapie par un médecin au-delà de 40 séances diagnostiques et thérapeutiques.

³¹⁹⁴ Ainsi, dans le cadre de l'assurance-maladie, ce qui est parfois imposé, c'est la communication de données médicales personnelles à l'assureur-maladie, selon l'art. 42 al. 3 et 4 LAMal. Le patient peut s'y opposer, avec le risque évident de devoir payer lui-même les prestations reçues ; ce point sort du cadre défini pour cette thèse et il n'est pas examiné ici.

Par conséquent, le patient lui-même n'est pas soumis à des investigations médicales ou psychiatriques³¹⁹⁵.

En revanche, la question peut surgir dans le contexte du versement de prestations journalières de l'assurance facultative d'indemnités journalières des art. 67 ss LAMal³¹⁹⁶, ce que la jurisprudence du Tribunal fédéral a confirmé³¹⁹⁷, puisqu'il est bien question ici du versement de prestations en espèces.

3.2 Devoir de collaborer et de réduire le dommage dans les assurances privées

La Loi fédérale sur le contrat d'assurance régit les modalités de conclusion d'un tel contrat et ses conséquences³¹⁹⁸. Cette loi déploie ses effets exclusivement dans le cadre de l'assurance privée, par exemple l'assurance-vie ou l'assurance responsabilité civile. En revanche, dans les domaines de l'assurance obligatoire des soins prévue aux art. 3 ss LAMal ou de l'assurance-accident sociale mais confiée aux assureurs privés selon les art. 58, 66 *a contrario* et 68 al. 1^{er} lettre a LAA, ce sont respectivement les dispositions de la LAMal et celles de la LAA qui s'appliquent.

Après avoir apprécié le risque sur la base des informations livrées par le preneur d'assurance (art. 4 LCA)³¹⁹⁹, l'assureur qui accepte la proposition d'assurance s'oblige à fournir une prestation au cas où le sinistre surviendrait. Il peut, avant que le contrat ne soit conclu, inviter l'éventuel futur preneur d'assurance à se soumettre à un examen médical, destiné à lui permettre une meilleure appréciation du risque ; une exigence

³¹⁹⁵ Dans l'arrêt publié aux ATF 142 V 316, par exemple, le Tribunal fédéral fait allusion à une expertise de cette nature (partie « Faits », section B, p. 318).

³¹⁹⁶ Voir notamment Ariane AYER, Béatrice DESPLAND, LAMal annotée, 2^e éd., 2013, p. 171 ss.

³¹⁹⁷ ATF 129 V 460.

³¹⁹⁸ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (Loi sur le contrat d'assurance, LCA ; RS 221.229.1).

³¹⁹⁹ Voir notamment Alexandre MASSARD, p. 174 ss ; Vincent BRULHART, p. 276 ss et 323 ss ; Stephan FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich, Bâle, Genève 2011, p. 58 ss ; Moritz KUHN, Privatversicherungsrecht, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2010, p. 191 ss.

de cette nature est fréquente pour les assurances-vie³²⁰⁰ ou les assurances-maladie complémentaires.

L'assureur peut aussi exiger que l'assuré prenne des mesures pour réduire le montant du dommage si le risque se réalise (« obligation de sauvetage », selon l'art. 38a LCA³²⁰¹). Il est en outre loisible à l'assureur de réclamer un certificat médical pour attester de la survenance du risque couvert (art. 39 al. 2 chiffre 1 LCA).

3.3 Devoir de collaborer et de réduire le dommage dans la responsabilité civile

Conformément à l'art. 44 al. 1^{er} CO, les dommages-intérêts peuvent être réduits ou refusés lorsque des faits dont le lésé est responsable ont contribué à créer ou à augmenter le dommage, ou ont aggravé la situation du débiteur. La législation en matière de responsabilité de droit public fédéral contient une disposition de même portée (art. 4 LRCF)³²⁰².

Doctrine³²⁰³ et jurisprudence³²⁰⁴ admettent que le lésé doit par conséquent se soumettre à un traitement médical voire à une intervention chirurgicale lorsque ces mesures sont de nature à améliorer son état de santé et pour autant qu'elles soient « équitablement exigibles » du lésé³²⁰⁵, malgré l'absence de toute norme légale expresse qui permettrait d'imposer des

³²⁰⁰ Alexandre MASSARD, p. 179.

³²⁰¹ Art. 61 LCA jusqu'au 31 décembre 2021. Voir notamment Vincent BRULHART, p. 392 ss; Marcel SÜSSKIND, Kommentar *ad* Art. 61 VVG, *in*: Basler Kommentar VVG Nachführungsband 2012, p. 206 ss; Stefan FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich, Bâle, Genève 2011, p. 292 ss; Moritz KUHN, Privatversicherungsrecht, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2010, p. 145 s.; Roland SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, Berne 2007, p. 480 ss.

³²⁰² Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité, LRCF ; RS 170.32).

³²⁰³ Martin KESSLER, Kommentar *ad* Art. 44 OR, *in*: Basler Kommentar OR I, p. 402; Franz WERRO, Commentaire *ad* art. 44 CO, *in*: Commentaire Romand CO I, p. 424; Franz WERRO, La responsabilité civile, 3e éd., Berne 2017, p. 379; Walter FELLMANN, Andrea KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I, Berne 2012, p. 894 s. ; Pascal PICHONNAZ, Le devoir du lésé de diminuer son dommage, *in*: La fixation de l'indemnité, colloque de l'Université de Fribourg, Berne 2004, p. 109 ss.

³²⁰⁴ Arrêt du 26 juin 2006 dans la cause 4C.83/2006, cons. 4, par exemple.

³²⁰⁵ *Ibidem*.

actes impliquant une atteinte parfois considérable à l'intégrité corporelle d'un lésé.

3.4 Analyse génétique humaine

L'analyse génétique humaine est réglée exhaustivement dans le droit fédéral, au moyen de la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH)³²⁰⁶. Ce texte prévoit notamment les conditions auxquelles des analyses génétiques peuvent être exécutées, non seulement dans les domaines de la médecine, de l'identification des personnes³²⁰⁷ et du travail³²⁰⁸, mais aussi dans le domaine de l'assurance (art. 42 ss LAGH)³²⁰⁹ et de la responsabilité civile (art. 45 ss LAGH)³²¹⁰.

La loi ne contient cependant aucune disposition touchant directement au versement de prestations d'assurance ou de dommages-intérêts. Il formule plutôt les conditions particulières auxquelles des analyses génétiques peuvent être exécutées ou, si elles ont déjà été réalisées, les conditions auxquelles elles peuvent être utilisées dans ces deux domaines (art. 1er al. 2 lettre c LAGH)³²¹¹.

Il faut relever en particulier que l'art. 42 LAGH interdit à une institution d'assurance d'exiger la réalisation d'une analyse génétique présymptomatique, et que l'art. 43 al. 1^{er} lettres d et e LAGH lui interdit également de demander ou d'utiliser des données génétiques provenant d'analyses réalisées antérieurement lorsque l'assurance est une assurance-vie portant sur une somme d'assurance de 400 000 frs au plus ou est une

³²⁰⁶ Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine (LAGH, RS 810.12) Voir Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 601 ss, ainsi que le premier Message relatif à la loi sur l'analyse génétique dans sa version de 2004, Message LAGH I 2002, et celui qui a précédé l'adoption de la nouvelle loi du 15 juin 2018, Message LAGH II 2017.

³²⁰⁷ Voir précédemment, p. 224 ss et p. 339 ss.

³²⁰⁸ Dans le cadre de la prévention des maladies et accidents professionnels même si ces analyses sont peu utilisées ; voir précédemment, p. 736.

³²⁰⁹ Voir notamment Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 601 s. ; Dominique MANAI, p. 432 ss.

³²¹⁰ Voir notamment Olivier GUILLOD, Droit médical, p. 603.

³²¹¹ Comme dans les autres domaines visés par la loi, selon l'art. 1^{er} al. 2 lettres a à d LAGH.

assurance-invalidité facultative allouant une rente annuelle de 40 000 frs au plus³²¹².

3.5 Droit cantonal

Le droit cantonal d'exécution est, dans les domaines examinés ici, limité à la désignation des autorités compétentes, en particulier des autorités judiciaires, et en outre, pour les recours en matière d'assurances sociales, à l'établissement de règles de procédure applicables au règlement des litiges.

Le droit cantonal doit par conséquent instituer un tribunal des assurances statuant en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales (art. 57 LPG³²¹³). La procédure est en principe celle qui résulte de la procédure administrative cantonale, qui doit cependant satisfaire aux exigences énoncées à l'art. 61 lettres a à i LPG³²¹⁴.

Le droit cantonal désigne en outre les autorités judiciaires compétentes pour statuer sur les conflits résultant de l'inexécution d'un contrat d'assurance privée ou découlant d'un acte engageant une éventuelle responsabilité civile (art. 3 CPC)³²¹⁵.

³²¹² Alexandre MASSARD, p. 178 ; Message LAGH 2017, FF 2017 5362 s.

³²¹³ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 1027 ss ; Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 57 LPG, *in*: Commentaire romand LPG, p. 686 ss.

³²¹⁴ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 1078 ss ; Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 61 LPG, *in*: Commentaire romand LPG, p. 721 ss.

³²¹⁵ Voir notamment Jacques HALDY, Commentaire *ad* art. 3 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 9 ss ; Thomas SUTTER-SOMM, Nicolas GUT, Kommentar *ad* Art. 6 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 13 ss.

4. Examens médicaux ou expertises médicales

4.1 Dans le cadre des assurances sociales

4.1.1 *Obligation de collaborer*

La législation relative aux assurances sociales impose également à l'assuré une obligation de collaborer à l'établissement des faits pertinents.

Des expertises de nature médicale peuvent être ordonnées dans le cadre de l'instruction de la demande de rente ou de prestations, selon l'art. 69 al. 2 du Règlement sur l'assurance-invalidité³²¹⁶.

Comme dans l'assurance-invalidité, l'assuré cherchant à obtenir des prestations de l'assurance-accident doit se soumettre aux investigations médicales nécessaires dans le cadre du traitement de la demande, à condition que ces mesures ne représentent pas un danger pour sa vie ou sa santé, conformément à l'art. 55 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents³²¹⁷.

Ces deux normes concrétisent et précisent les principes énoncés à l'art. 43 LPGA³²¹⁸, qui impose à l'assuré une obligation de se soumettre aux examens médicaux nécessaires à l'appréciation du cas, et à l'art. 44 LPGA, qui autorise l'assureur à recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits³²¹⁹.

³²¹⁶ Règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI, RS 831.201).

³²¹⁷ Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA, RS 832.202).

³²¹⁸ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 753 ss ; Jacques-Olivier PIGUET, Commentaire *ad* art. 43 LPGA, *in*: Commentaire romand LPGA, p. 529 ss.

³²¹⁹ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 811 ss ; Jacques-Olivier PIGUET, Commentaire *ad* art. 44 LPGA, *in*: Commentaire romand LPGA 2018, p. 546 ss.

4.1.2 *Conséquence du refus de collaborer*

Lorsqu'il refuse de manière inexcusable de se conformer à cette obligation, l'assuré ne s'expose pas à une sanction directe ; il est donc question ici, à nouveau, d'une incombance³²²⁰. Cependant, l'assureur peut se prononcer « en l'état du dossier » ou clore l'instruction et décider de ne pas entrer en matière (art. 43 al. 2 LPGA). Il doit toutefois, préalablement, adresser à l'assuré une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et en lui impartissant un délai de réflexion raisonnable (art. 43 al. 3 LPGA *in fine*).

4.2 Dans le cadre des assurances privées

4.2.1 *Obligation de collaborer*

Conformément à l'art. 4 al. 1^{er} LCA, le proposant doit déclarer à l'entreprise d'assurance, au moyen d'un questionnaire ou en réponse à toute autre question, tous les faits importants pour l'appréciation du risque qu'il connaît ou doit connaître. Sont importants tous les faits de nature à influencer sur la détermination de l'entreprise d'assurance de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues (al. 2) ; sont réputés importants les faits au sujet desquels l'entreprise d'assurance a posé par écrit des questions précises et non équivoques (al. 3)³²²¹. Une omission ou une déclaration inexacte à propos d'un fait important que le proposant connaissait ou devait connaître et sur lequel il a été questionné constitue une réticence au sens de l'art. 6 al. 1^{er} LCA, qui ouvre la voie à une résiliation du contrat par l'entreprise d'assurance.

³²²⁰ ATF 113 V 22, 28 ; voir aussi Béatrice DESPLAND, *L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé*, Genève, Zurich et Bâle 2012, p. 44.

³²²¹ Voir notamment Alexandre MASSARD, p. 174 ss ; Vincent BRULHART, p. 276 ss ; Urs NEF, Clemens von ZEDTWITZ, *Kommentar ad Art. 4 VVG*, in: *Basler Kommentar VVG Nachführungsgesetz*, p. 25 ss ; Urs NEF, *Kommentar ad Art. 4 VVG in: Kommentar VVG 2001*, p. 86 ss.

Dans ce contexte, l'art. 1 al. 2 LCA permet, implicitement³²²², à un assureur de subordonner l'acceptation d'une proposition d'assurance à un examen médical³²²³. Selon l'expérience, les conditions générales des assurances-vie et des assurances-maladie complémentaires privées³²²⁴ comportent fréquemment une telle clause³²²⁵.

Si le contrat est conclu et que le risque couvert survient ultérieurement, l'art. 39 al. 2 chiffre 1 LCA autorise l'assureur à exiger notamment un certificat médical, à condition qu'il soit possible de se le procurer « sans grands frais »; le preneur d'assurance doit en effet collaborer à la détermination des circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit ou à la fixation des conséquences de ce sinistre (al. 1^{er}). Une telle modalité doit cependant être « convenue », c'est-à-dire figurer dans le contrat signé par les parties. Si le ou les certificats ne sont pas produits dans un délai « déterminé suffisant », l'ayant droit s'expose à la déchéance du droit aux prestations, selon 39 al. 2 chiffre 2 LCA³²²⁶.

L'art. 58 LCA prévoit encore que l'assureur puisse exiger du preneur d'assurance que le « dommage » soit évalué sans retard, le cas échéant par un ou des « experts désignés par l'autorité judiciaire » si le preneur refuse d'y participer³²²⁷. Quoique certains auteurs de doctrine souhaitent une

³²²² La disposition règle en réalité la question de la durée de validité d'une proposition d'assurance et son caractère contraignant, étendue à quatre semaines si l'assurance exige un examen médical, alors que cette durée de validité est en principe de deux semaines, selon l'al. 1^{er}.

³²²³ L'art. 2 al. 2 LCA concerne la durée de validité d'une proposition de prolongation d'un contrat ou de modification d'un contrat et le caractère contraignant de la proposition lorsqu'un examen médical est exigé par les conditions générales d'assurance.

³²²⁴ Pour une assurance-maladie complémentaire semi-privée, les assureurs se contentent généralement d'un questionnaire de santé.

³²²⁵ Voir notamment Vincent BRULHART, p. 216 ss et no 505, p. 280 ; Stefan FUHRER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2011, p. 201 ss; Stefan FUHRER, Stefan Fuhrer, Stephan Weber (éd.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen*, Zurich, Bâle, Genève 2011.

³²²⁶ Voir notamment Vincent BRULHART, no 747, p. 388 ; Stefan FUHRER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2011, p. 294 ss; Estelle KELLER LEUTHARDT, Alain VILLARD, *Kommentar ad Art. 39 VVG*, in: *Basler Kommentar VVG Nachführungsband*, p. 140 ss; Jürg NEF, *Kommentar ad Art. 39 VVG*, in: *Kommentar VVG 2001*, p. 661 ss.

³²²⁷ Les dispositions concernant l'évaluation du dommage se trouvaient à l'art. 67 LCA jusqu'au 31 décembre 2021. Voir notamment Vincent BRULHART, no 762, p. 395 ; Marcel SÜSSKIND, *Kommentar ad Art. 67 VVG*, in: *Basler Kommentar VVG Nachführungsgesetz*, p. 219 s.; Andreas HÖNGER, Marcel SÜSSKIND, *Kommentar ad Art. 67 VVG*, in: *Kommentar VVG 2001*, p. 915 ss.

application analogique de la disposition aux assurances de personnes³²²⁸, cette disposition ne concerne cependant que l'assurance de choses ; elle a d'ailleurs été déplacée dans la section de la loi consacrée à ce type d'assurance, aux art. 50 ss LCA, à l'occasion de la révision partielle de 2020³²²⁹.

4.2.2 *Conséquence du refus de collaborer*

La LCA décrit de manière assez semblable à l'assurance sociale l'obligation de collaboration à charge de l'ayant droit aux prestations de l'assurance. Elle prévoit en particulier que cet ayant droit peut être déchu de son droit aux prestations s'il ne livre pas les documents utiles au traitement du sinistre, en particulier un ou des certificats médicaux.

Comme dans l'assurance sociale, l'assureur doit mettre en demeure par écrit l'ayant droit qui s'y refuserait, en lui rappelant les conséquences de la demeure (art. 39 al. 2 chiffre 2 LCA). A nouveau, ces modalités doivent être « convenues » et, partant, figurent de façon fréquente dans les conditions générales émises par les assureurs privés³²³⁰.

4.3 Dans le cadre de la responsabilité civile

4.3.1 *Obligation de collaborer*

Dans le cadre de la responsabilité civile, des examens médicaux peuvent être nécessaires afin de déterminer l'existence du préjudice subi par le lésé, sa nature ou son ampleur. L'existence d'un lien de causalité entre l'acte délictueux ou la violation de l'obligation contractuelle et le dommage

³²²⁸ Comme l'évoque Vincent BRULHART, p. 394.

³²²⁹ Message du 28 juin 2017 concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), Feuille fédérale 2017 4804.

³²³⁰ Voir notamment Vincent BRULHART, no 747, p. 388 ; Stefan FUHRER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2011, p. 294 ss ; Estelle KELLER LEUTHARDT, Alain VILLARD, *Kommentar ad Art. 39 VVG*, in: *Basler Kommentar VVG Nachführungsband*, p. 140 ss ; Jürg NEF, *Kommentar ad Art. 39 VVG*, in: *Kommentar VVG 2001*, p. 661 ss.

subi, si elle est contestée, peut également se révéler délicate et exiger une expertise.

4.3.2 *Conséquence du refus de collaborer*

C'est, une fois encore, la règle générale en matière de fardeau de la preuve (art. 8 CC et 55 CPC) qui est applicable³²³¹ : il incombe à la partie qui allègue un fait de démontrer son existence, le cas échéant au moyen d'une expertise. A défaut, cette partie s'expose au risque de voir ses prétentions rejetées par la partie adverse ou par la juridiction saisie.

5. Traitements médicaux

5.1 Mesures destinées à améliorer l'état de santé ou la capacité de gain dans le cadre des assurances sociales

5.1.1 *Dans l'assurance-invalidité*

Selon l'art. 7 LAI, l'assuré doit entreprendre tout ce qui peut être raisonnablement exigé de lui pour réduire la durée et l'étendue de l'incapacité de travail et pour empêcher la survenance d'une invalidité. Ce devoir général tel qu'il est imposé à l'assuré par le régime de l'assurance-invalidité³²³² correspond à « une obligation importante [...], si ce n'est la première »³²³³.

L'exigence de l'art. 7 al. 1^{er} LAI implique en particulier pour l'assuré le devoir de se soumettre « à toutes les mesures médicales et thérapeutiques rendues nécessaires par son état de santé »³²³⁴ ; il doit y participer « activement » (al. 2 *in initio*). Ces mesures peuvent concerner des « traitements médicaux au sens de l'art. 25 LAMal » (al. 2 lettre d). Ce devoir n'est pas respecté, notamment, lorsque l'assuré « compromet le

³²³¹ Voir précédemment, p. 181 s.

³²³² Jean-Louis DUC, Corinne MONNARD SECHAUD, L'assurance-invalidité, *in*: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1458 ss.

³²³³ Michel VALTERIO, p. 69.

³²³⁴ Michel VALTERIO, *ibidem*; Erwin MURER, p. 299 ss.

résultat du processus de guérison par son comportement gravement négligent »³²³⁵.

Le devoir de collaborer ne s'étend toutefois qu'aux mesures médicales raisonnablement exigibles, ce que l'art. 7 al. 1^{er} et al. 2 LAI énonce expressément et que l'art. 7a LAI rappelle, en précisant brièvement que ne seraient pas exigibles « des mesures qui ne [seraient] pas adaptées à son état de santé³²³⁶ ».

5.1.2 Dans l'assurance-accident

Dans le régime de l'assurance-accident, l'art. 48 al. 1^{er} LAA, selon l'interprétation qu'en donne la doctrine³²³⁷, permet d'imposer à l'assuré un traitement médical, pour autant qu'il soit approprié. En outre, la reprise d'un traitement médical peut être ordonnée après la fixation d'une rente, lorsque ces mesures amélioreraient l'état de santé de l'assuré ou empêcheraient qu'il ne subisse une notable détérioration (art. 21 al. 1^{er} lettre d LAA), ou permettraient à l'assuré d'améliorer ou de conserver sa capacité résiduelle de gain ou d'empêcher qu'elle diminue (art. 21 al. 1^{er} lettres b et c LAA).

Comme dans l'assurance-invalidité, l'assuré ne respecte pas son devoir de collaborer s'il refuse de se plier à la mesure, mai aussi, selon la jurisprudence, si, après le traitement ou en cours de traitement, il « compromet par son comportement le résultat du processus de guérison »³²³⁸.

³²³⁵ Michel VALTERIO, p. 69.

³²³⁶ Voir plus loin le contour de l'obligation de collaborer, p. 807 s.

³²³⁷ Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), in: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1028.

³²³⁸ Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), in: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1028, qui citent à ce propos l'arrêt RAMA 1996 U 244, p. 144.

En revanche, la disposition ne contient aucune mention du caractère « raisonnablement exigible » du traitement médical, contrairement à la LAI. Ce point particulier est toutefois traité par l'art. 21 LPGa, disposition qui déploie ses effets dans l'ensemble du droit des assurances sociales.

5.1.3 Obligation de collaborer

Dans le domaine des assurances sociales, le devoir de limiter autant que possible les conséquences du dommage – partant, l'obligation de collaborer à d'éventuels traitements médicaux – est admis ; il est formalisé à l'art. 21 al. 4 LPGa, rappelé à l'art. 7 LAI³²³⁹ et reconnu par la jurisprudence, même antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi consacrée à la partie générale des assurances sociales³²⁴⁰.

Cette obligation ne s'étend cependant, selon le texte même de l'art. 21 al. 4 LPGa et selon l'art. 7a LAI, qu'aux mesures « raisonnablement exigibles » de l'assuré social. Plus spécifiquement, l'assuré n'est tenu « qu'aux mesures exigibles de lui d'après les circonstances objectives et subjectives du cas »³²⁴¹.

L'art. 21 al. 4 LPGa *in fine* fixe cette limite objective aux mesures exigibles de l'assuré : « les traitements et les mesures de réadaptation qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigées ». On peut supposer que d'autres critères sont appliqués, par exemple l'absence de risque notoire lié au traitement ou à l'intervention envisagée, qui ne devrait pas, au surplus, causer des souffrances excessives³²⁴² ni laisser des séquelles ou déformations visibles. Quant aux éléments subjectifs, ils sont évidemment liés à l'assuré lui-même et devraient intégrer une réflexion à propos de son âge, de son état de santé, d'éventuelles complications subies lors de précédentes interventions, etc.

³²³⁹ Voir précédemment, p. 805 s.

³²⁴⁰ ATF 113 V 22, 28.

³²⁴¹ Arrêt du 22 août 2001 traduit in *Pratique VSI* 2001 p. 274, 279 ; Alfred MAURER, *Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit*, in: (sans éd.), *Le droit des assurances sociales en mutation*, Berne 1992, p. 239.

³²⁴² Arrêt du 1^{er} mars 2005 dans la cause U 287/03, cons. 2.1 ; ATF 105 V 176, 179.

Au demeurant, un traitement ou une intervention n'est réellement exigible que s'il « entraînera avec certitude ou grande vraisemblance la guérison totale ou une amélioration importante de l'affection et, par là, un accroissement notable de la capacité de gain »³²⁴³. Ont par exemple été considérés comme exigibles une intervention destinée à la pose d'une prothèse totale de hanche chez une patiente âgée de 40 ans, malgré son état anxieux et dépressif³²⁴⁴ ; une thérapie neuroleptique, aucune intolérance aux médicaments psychotropes ni interaction indésirable avec d'autres médicaments prescrits au patient ne ressortant du dossier de la procédure³²⁴⁵ ; ou encore une plastie ligamentaire et mise sous tension de la capsule articulaire chez un chiropraticien, afin d'augmenter sa capacité de gain de 50% à 100%³²⁴⁶.

5.1.4 *Conséquence du refus de collaborer*

Si l'assuré se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement³²⁴⁷ raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain, les prestations en espèce peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement (art. 21 al. 4 LPGa, ce que prévoit aussi l'art. 7b al. 1^{er} LAI)³²⁴⁸.

Selon l'art. 61 OLAA, toutefois, l'assuré a droit aux prestations « qui auraient probablement dû être allouées si la mesure [raisonnablement exigible] avait produit le résultat escompté ».

³²⁴³ Arrêt du 1^{er} mars 2005 dans la cause U 287/03, cons. 2.1 ; ATF 105 V 176, 179.

³²⁴⁴ Arrêt du 8 janvier 2004 dans la cause I 861/02.

³²⁴⁵ Arrêt du 20 mars 2013 dans la cause 9C_82/2013.

³²⁴⁶ Arrêt du 25 juin 2015 dans la cause 8C_128/2015.

³²⁴⁷ Ou encore à une mesure de réinsertion professionnelle.

³²⁴⁸ Voir notamment Michel VALTERIO, p. 76 ss ; Erwin MURER, p. 336 ss.

5.2 Mesures destinées à réduire le préjudice subi par le lésé dans le cadre des assurances privées

5.2.1 *Obligation de collaborer*

Selon l'art. 38a al. 1^{er} LCA – une norme de droit dispositif ³²⁴⁹, « [l]ors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour limiter le dommage. S'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'entreprise d'assurance sur les mesures à prendre et s'y conformer ». Les conditions générales d'assurance prévoient souvent que le preneur d'assurance doit faire appel à un médecin diplômé et se conformer à ses prescriptions lorsque les circonstances l'exigent ³²⁵⁰.

Le législateur attend ainsi de l'ayant droit qu'il accomplisse « tout ce que l'on peut raisonnablement attendre de lui, compte tenu de l'ensemble des circonstances » ³²⁵¹. L'exigence est posée en termes subjectifs et non objectifs ³²⁵². Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral applique par analogie l'art. 21 al. 4 LPGa et exige de l'assureur qu'il impartisse un délai suffisant pour s'exécuter ³²⁵³.

Selon le texte de la disposition, l'art. 38a LCA ne déploie ses effets qu'une fois le sinistre survenu ³²⁵⁴. Pour le preneur d'assurance, une obligation d'atténuer le risque ou d'en empêcher l'aggravation avant qu'il ne se concrétise résulte cependant de l'art. 28 LCA, en tout cas si l'aggravation est essentielle, c'est-à-dire qu'elle porte sur un élément important pour l'appréciation du risque (al. 2) ³²⁵⁵. L'art. 28 LCA ne correspondant pas à une norme de droit impératif, des obligations spécifiques en vue d'atténuer le risque ou d'en empêcher l'aggravation peuvent aussi résulter de conventions particulières (art. 29 LCA).

³²⁴⁹ Selon les art. 97 et 98 LCA *a contrario* ; voir Alexandre MASSARD, p. 233 s.

³²⁵⁰ Par exemple dans l'affaire tranchée par l'arrêt du 6 juin 2005 dans la cause 5C.55/2005.

³²⁵¹ Vincent BRULHART, p. 392.

³²⁵² Roland SCHAER, *Modernes Versicherungsrecht*, Berne 2007, p. 480 s.

³²⁵³ Arrêt du 27 août 2012 dans la cause 4A_79/2012, arrêt du 12 juillet 2010 dans la cause 4A_111/2010.

³²⁵⁴ « Lors du sinistre » ; la version allemande de la disposition est encore plus claire : « nach Eintritt des befürchteten Ereignisses ».

³²⁵⁵ Vincent BRULHART, p. 355 ss ; Stefan FUHRER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich. Bâle, Genève 2011, p. 291 s.

La jurisprudence admet que le « devoir de sauvetage » s'étend jusqu'à pouvoir exiger du preneur d'assurance qu'il consulte rapidement un médecin³²⁵⁶, ou qu'il se soumette à un traitement, voire à une opération, au moins à une surveillance médicale après un traumatisme crânien³²⁵⁷. Certains auteurs considèrent toutefois que ce point est « délicat » (« *heikel* ») et qu'il ne devrait être admis qu'avec une grande retenue pour une opération et pour autant qu'elle soit simple et sans danger, ne cause pas de douleurs particulière et offre un bon pronostic de guérison ou d'amélioration importante³²⁵⁸.

Certes, l'art. 28 al. 2 CC, applicable dans les relations de droit privé, autorise une restriction aux droits de la personnalité si elle est justifiée par un intérêt prépondérant privé. Cependant, compte tenu de l'importance de l'atteinte à l'intégrité envisagée - qui peut aller jusqu'à une intervention chirurgicale -, il faut regretter qu'aucune base légale expresse ne vienne étayer un tel devoir de collaboration dans le cadre de l'assurance privée lorsqu'il implique une atteinte à l'intégrité corporelle.

5.2.2 *Conséquence du refus de collaborer*

Selon l'art. 38a al. 2 LCA, si l'ayant droit contrevient à l'obligation de sauvetage d'une manière inexcusable, l'entreprise d'assurance peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie³²⁵⁹.

³²⁵⁶ Arrêt du 6 juin 2005 dans la cause 5C.55/2005, commenté par Jean-Michel DUC in AJP/PJA 2005, p. 546 s. Voir notamment Marcel SÜSSKIND, Kommentar *ad* Art. 61 VVG, in: Basler Kommentar VVG Nachführungsband, p. 210.

³²⁵⁷ ATF 128 III 34, JT 2002 I 629, commenté par Vincent BRULHART in AJP/PJA 2002, p. 838 ss.

³²⁵⁸ Stefan FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich, Bâle, Genève 2011, p. 293.

³²⁵⁹ Alexandre MASSARD, p. 234, critique l'application de cette norme dans le contexte d'une couverture en cas de décès, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans l'ATF 128 III 34 et considère que l'affaire aurait dû être analysée à la lumière de l'art. 14 al. 2 LCA relatif au « sinistre causé par faute ».

La jurisprudence précise que seule une réduction est envisageable, pour autant qu'une faute grave, à l'exclusion d'une faute moyenne ou légère, puisse être reprochée au preneur d'assurance³²⁶⁰. Un refus de prestations est exclu, à moins que l'ayant droit n'ait agi par dol éventuel³²⁶¹ ou que des conditions générales plus « dures » que le régime légal ne le prévoient³²⁶².

5.3 Mesures destinées à réduire le préjudice subi par le lésé dans le cadre de la responsabilité civile

5.3.1 *Obligation de collaborer*

Conformément à l'art. 44 al. 1^{er} CO, les dommages-intérêts peuvent être réduits ou refusés lorsque des faits dont le lésé est responsable ont contribué à créer ou à augmenter le dommage, ou ont aggravé la situation du débiteur. L'art. 4 LRCE a une portée semblable dans le contexte de la responsabilité de droit public fédéral.

Dès lors, selon le Tribunal fédéral, « [p]our satisfaire à son devoir, le lésé ne doit pas seulement prendre d'éventuelles dispositions propres à limiter l'accroissement futur du dommage. Il doit aussi, le cas échéant, mettre en œuvre les mesures qui sont de nature à réduire le dommage déjà survenu. A la suite de lésions corporelles, il s'agit par exemple de se soumettre à une opération chirurgicale ou à un traitement médical aptes à favoriser la guérison »³²⁶³.

Telle qu'elle est interprétée par le Tribunal fédéral, l'obligation de réduire le dommage dans l'intérêt de la partie adverse s'étend ainsi jusqu'à devoir se plier à un traitement médical, voire à une intervention chirurgicale. L'art. 28 al. 2 CC, applicable dans les relations de droit privé,

³²⁶⁰ SJ 2007 238, 243.

³²⁶¹ ATF 128 III 34, 38 ; JT 2002 I 629, 633.

³²⁶² Alexandre MASSARD, note de bas de page 1137, p. 234.

³²⁶³ Arrêt du 26 juin 2006 dans la cause 4C.83/2006, cons. 4. Pascal PICHONNAZ, Le devoir du lésé de diminuer son dommage, *in*: La fixation de l'indemnité, colloque de l'Université de Fribourg, Berne 2004, p. 112 s.; Martin KESSLER, Kommentar *ad* Art. 44 OR, *in*: Basler Kommentar OR I, p. 398 ss ; Franz WERRO, La responsabilité civile, 3^e éd., Berne 2017, p. 357 ss.

autorise en effet une restriction aux droits de la personnalité si elle est justifiée par un intérêt prépondérant privé. Cependant, compte tenu de l'importance de l'atteinte à l'intégrité envisagée, l'absence de base légale expresse dans ce contexte est regrettable.

Ce devoir de réduire le dommage « trouve [cependant] ses limites dans ce qui est équitablement exigible du lésé »³²⁶⁴, en exécution d'un principe proche de celui qui est applicable dans le contexte des assurances sociales (« raisonnablement exigible »³²⁶⁵). En règle générale, l'étendue du devoir de limiter le dommage « peut être déterminée par référence au comportement que le lésé adopterait dans l'hypothèse où il devrait assumer seul la totalité de ce même dommage »³²⁶⁶.

5.3.2 Conséquence du refus de collaborer

Dans le contexte de la responsabilité civile, le devoir de collaborer ne correspond pas à une véritable obligation à charge du lésé, mais plutôt à une incombance³²⁶⁷, de sorte qu'une éventuelle violation n'entraîne pas la perte du droit à obtenir une réparation, mais plutôt une réduction du montant du préjudice³²⁶⁸.

³²⁶⁴ Arrêt 4C.412/1998 du 23 juin 1999, cons. 2c, Pra 1999 p. 890, 891.

³²⁶⁵ Voir précédemment, p. 805 s.

³²⁶⁶ « *Als Massstab dürfte dasjenige Verhalten gelten, das vom Geschädigten zu erwarten wäre, wenn er selbst für den Schaden allein haftbar wäre* », arrêt du 26 juin 2006 dans la cause 4C.83/2006, cité par Roland BREHM, *Das Obligationenrecht – Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Artikel 41-61 OR*, Berner Kommentar, 4e éd., Berne 2013, p. 283.

³²⁶⁷ Roland BREHM, *Das Obligationenrecht – Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Artikel 41-61 OR*, Berner Kommentar, 4e éd., Berne 2013, p. 282 s. FranzWERRO considère même qu'il s'agit en fait d'un « devoir légal, qui découle du principe de la bonne foi (cf. art. 2 CC) », *Responsabilité civile*, 3e éd., Berne 2017, p. 376.

³²⁶⁸ Arrêt du 20 août 2002 dans la cause 4C.158/2002, cons. 4c. Stephan WEBER et al., *Der Personenschaden und seine Berechnung*, in: Stephan Weber, Peter Münch, *Haftung und Versicherung*, Bâle 2015, p. 410; Christoph MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 186 s.

6. Voies de droit

6.1 Assurances sociales

Les tribunaux des assurances institués par les cantons statuent en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales (art. 57 LPGA)³²⁶⁹ ; les décisions des autorités concernées doivent préalablement avoir fait l'objet d'une opposition (art. 52 LPGA)³²⁷⁰. La procédure est celle qui résulte de la procédure administrative cantonale, qui doit cependant satisfaire aux exigences énoncées à l'art. 61 lettres a à i LPGA³²⁷¹.

Les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, conformément aux art. 82 ss LTF. Selon l'art. 97 al. 2 LTF, lorsque la décision qui fait l'objet du recours concerne l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accident, le recours peut porter sur toute constatation incomplète ou erronée des faits, contrairement à la règle usuelle à ce propos énoncée à l'al. 1er³²⁷².

6.2 Assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale

Selon l'art. 7 CPC, les cantons peuvent instituer un tribunal qui statue en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale selon la loi sur

³²⁶⁹ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 1027 ss ; Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 57 LPGA, *in*: Commentaire romand LPGA, p. 686 ss.

³²⁷⁰ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 933 ss ; Valérie DEFAGO GAUDIN, Commentaire *ad* art. 52 LPGA, *in*: Commentaire romand LPGA, p. 612 ss.

³²⁷¹ Voir notamment Ueli KIESER, Kommentar ATSG, p. 1078 ss ; Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 61 LPGA, *in*: Commentaire romand LPGA, p. 721 ss.

³²⁷² Voir notamment Julia HÄNNI, Lukas Xaver MEYER, Kommentar *ad* Art. 85 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1322 ss ; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 974 ss.

l'assurance-maladie³²⁷³. Cette norme autorise ainsi les cantons à prévoir une seule instance cantonale, en dérogation au principe du double degré de juridiction³²⁷⁴. En Suisse romande, Fribourg, Genève, Jura et Valais ont fait usage de cette option³²⁷⁵.

La notion d'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale n'a jamais été définie avec précision par le Tribunal fédéral ; sa jurisprudence, parfois critiquée³²⁷⁶, englobe à la fois les polices d'assurance couvrant les prestations non incluses dans l'assurance obligatoire des soins et les polices individuelles ou collectives d'indemnités journalières³²⁷⁷. Selon une jurisprudence cantonale, il s'agit d'assurances « qui présentent un lien immédiat avec l'assurance-maladie sociale ou, autrement dit, celles dont la vocation est de compléter le catalogue des prestations assurées selon la LAMal »³²⁷⁸. La doctrine est unanime pour exiger qu'existe, en effet, entre cette assurance complémentaire et l'assurance-maladie sociale un lien de connexité, « la controverse portant sur l'intensité de ce lien »³²⁷⁹.

³²⁷³ Patricia DIETSCHY-MARTENET, Commentaire *ad* art. 7 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 53 ss ; Jacques HALDY, Commentaire *ad* art. 7 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 23 ss ; Anne-Sylvie DUPONT, La procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, *in*: François Bohnet, Anne-Sylvie Dupont (éd.), Le procès civil social, Bâle, Neuchâtel 2018, p. 91 ss ; Dominik VOCK, Christoph NATER, Kommentar *ad* Art. 7 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 61 ss ; Sven RÜETSCHI, Kommentar *ad* Art. 7 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 46 ss.

³²⁷⁴ ATF 138 III 2, 4.

³²⁷⁵ Patricia DIETSCHY-MARTENET, Commentaire *ad* art. 7 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 56 (état : mai 2021).

³²⁷⁶ Par exemple, Patricia DIETSCHY-MARTENET, Commentaire *ad* art. 7 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 55.

³²⁷⁷ Anne-Sylvie DUPONT, La procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, *in*: François Bohnet, Anne-Sylvie Dupont (éd.), Le procès civil social, Bâle, Neuchâtel 2018, p. 94.

³²⁷⁸ RFJ 2015 440, 445.

³²⁷⁹ Anne-Sylvie DUPONT, La procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, *in*: François Bohnet, Anne-Sylvie Dupont (éd.), Le procès civil social, Bâle, Neuchâtel 2018, p. 95.

D'éventuels recours contre des décisions rendues par cette instance unique doivent être portés devant le Tribunal fédéral au moyen d'un recours en matière de droit civil selon les art. 74 al. 2 lettre b LTF et 75 al. 2 lettre a LTF, quelle que soit la valeur litigieuse³²⁸⁰.

6.3 Assurances privées et responsabilité civile de droit privé

Les litiges découlant de l'inexécution d'un contrat d'assurance privée comme ceux qui résultent d'un acte illicite engageant une responsabilité civile de droit privé sont régis par les normes du Code de procédure civile suisse, devant les juridictions désignées par les cantons.

Les décisions rendues par les juridictions de première instance peuvent faire l'objet d'un appel (art. 308 CPC)³²⁸¹ devant les juridictions de recours désignées par les cantons, puis d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral, aux conditions énoncées aux art. 72 ss LTF.

6.4 Responsabilité civile de droit public fédéral

Selon l'art. 3 al. 1^{er} de la Loi sur la responsabilité (LRCF), la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ; la réparation d'un éventuel tort moral requiert la faute du fonctionnaire (art. 6 LRCF).

La demande de réparation doit être adressée au Département fédéral des finances ; la procédure est régie par les dispositions de la Procédure administrative (PA).

Une voie de recours est ensuite ouverte devant le Tribunal administratif fédéral, puis encore devant le Tribunal fédéral, au moyen d'un recours en matière de droit public selon les art. 82 ss LTF, pour autant que

³²⁸⁰ ATF 138 III 799, 800 ; 138 III 2, 4.

³²⁸¹ Voir notamment Nicolas JEANDIN. Commentaire *ad* art. 308 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 1495 ss ; Françoise BASTONS BULLETTI, Commentaire *ad* art. 308 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al. (éd.), Petit commentaire CPC, p. 1385 ss.

la valeur litigieuse dépasse 30 000 frs, conformément à l'art. 85 al. 1^{er} lettre a LTF³²⁸².

7. Synthèse

Les dispositions de la partie générale des assurances sociales, de l'assurance-invalidité et de l'assurance-accident – mais pas de l'assurance-maladie - permettent d'imposer à un assuré un examen médical ou une expertise médicale lors de l'instruction de l'affaire, voire un traitement médical, si ce traitement est de nature à améliorer la capacité de gain de l'assuré ou son état de santé.

La législation fédérale relative au contrat d'assurance de droit privé autorise, elle aussi, l'assureur à exiger des examens médicaux ou des expertises médicales avant la conclusion du contrat d'assurance, pour lui permettre d'évaluer le risque, ou après de la survenance d'un sinistre, pour établir l'existence du dommage ou son importance. Elle prévoit en outre une obligation de se soumettre à des actes ou traitements de nature médicale pour réduire le dommage, regrettablement sans base légale expresse.

Enfin, le devoir de réduire le dommage associé au régime fédéral de responsabilité civile peut aussi entraîner pour le lésé une obligation de se soumettre à un traitement médical, voire à une intervention chirurgicale. Comme dans la législation relative au contrat d'assurance privée, ce devoir n'est pas formalisé dans une base légale expresse.

L'assuré(e) ou la personne lésée sont tenus de collaborer aux mesures qui viennent d'être évoquées, pour autant qu'elles soient raisonnablement exigibles ; cette obligation ne prend cependant que la forme d'une incombance. Le recours à la contrainte est exclu mais celui ou celle qui ne se soumettrait pas à ce devoir s'expose au risque d'une réduction voire d'un refus, temporaire ou définitif, des prestations qui lui sont en principe dues.

* * * * *

³²⁸² Voir notamment Julia HÄNNI, Lukas Xaver MEYER, Kommentar *ad* Art. 85 BGG, in: Basler Kommentar BGG, p. 1322 ss ; Bernard CORBOZ et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014, p. 974 ss.

EN GUISE DE CONCLUSION :

L'objectif poursuivi lors de la rédaction des pages qui précèdent consistait à recenser puis à analyser les normes sur lesquelles repose une obligation de se soumettre à un acte ou un traitement de nature médicale, ainsi que les dispositions relatives aux conséquences découlant d'un refus de collaborer, dans les situations où le droit fédéral prévoit des mesures de ce genre.

i. Mesures de nature médicale imposées

Les divers chapitres du texte permettent de parvenir aux constats suivants :

- On observe à partir des années quatre-vingts une progression significative dans le nombre et la densité des normes relatives aux actes et traitements imposés, alors que la législation fédérale était précédemment plutôt sommaire - par exemple à propos des mesures thérapeutiques de droit pénal, ou des mesures d'instruction en matière de circulation routière -, voire inexistante - ainsi à propos de la privation de liberté à des fins d'assistance - ;
- Cette activité législative ne semble pas encore totalement achevée, si l'on considère les modifications relativement récentes du droit du sport organisé, du droit des migrations ou du placement à des fins d'assistance à des fins sécuritaires ;

- L'évolution qui vient d'être décrite résulte évidemment du développement et de la mise au point de nouvelles technologies médicales ou scientifiques, par exemple l'analyse génétique, désormais amplement utilisée non seulement dans les affaires pénales ou civiles, mais même dans les procédures administratives, ou d'autres méthodes d'analyses biologiques, notamment dans le cadre de la circulation routière ou dans celui de la lutte contre le dopage engagée par les instances du sport organisé ;
- Cette évolution trouve sans doute aussi son origine dans la prise de conscience que toute atteinte à l'intégrité corporelle imposée par des normes de droit public doit reposer sur une base légale expresse, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et à celle du Tribunal fédéral, et que cette jurisprudence est applicable non seulement à des soins ou des traitements médicaux, mais plus généralement à tout acte de nature médicale, même s'il ne poursuit pas de but thérapeutique, diagnostique ou préventif ;
- Plus généralement, l'analyse de la législation fédérale démontre que, malgré l'émergence des « droits des patients », qui ont érigé le droit au consentement libre et éclairé en maxime cardinale, les situations dans lesquelles des actes ou traitements sont entrepris sans le consentement du patient ou reposent sur un consentement qui n'est pas entièrement libre n'ont certes pas diminué ;
- Ces restrictions sont cependant édictées en faveur de la sauvegarde d'intérêts publics, tels que la santé publique, la sécurité publique ou l'administration efficace de la justice civile ou de la justice pénale, après une pesée des intérêts entre respect des droits fondamentaux et volonté de protection de la collectivité.

ii. *Bases légales claires et expresses en droit public ... et en droit privé ?*

- Outre la présence d'un intérêt public ou privé prépondérant et le respect du principe de proportionnalité, une base légale expresse est requise dans le contexte du droit public, tant dans une réflexion de droit international qu'une réflexion de droit interne. Cette base légale

doit être formelle lorsque le Tribunal fédéral tient l'atteinte à l'intégrité corporelle pour grave, et elle peut être matérielle dans les cas où il la considère comme légère ;

- Le droit fédéral est en général conforme à ces exigences jurisprudentielles : les cas où un traitement ou un acte médical peut être réellement imposé, au besoin par la contrainte physique, sont en effet le plus souvent prévus dans une loi au sens formel, tant pour ce qui concerne le principe de l'obligation que pour ce qui a trait aux conséquences que peuvent entraîner un refus de collaborer ;
- Lorsqu'elle survient un contexte de droit privé, toutefois, une restriction au droit de consentir ou de refuser un acte ou un traitement médical, en d'autres termes une restriction aux droits de la personnalité, peut, selon le Code civil, être légitimée par un intérêt privé ou public prépondérant, de sorte qu'une base légale n'est pas indispensable. Les pages qui précèdent n'ont cependant pas permis d'identifier des situations où un intérêt public justifie à lui seul une atteinte à l'intégrité corporelle dans le contexte du droit privé, en dehors d'un cadre légal.

iii. Absence de base légale claire et expresse dans certaines situations

- Les chapitres qui précèdent révèlent cependant des situations relevant du droit public dans lesquelles aucune base légale expresse n'a pu être identifiée, ni formelle ni même matérielle, ainsi à propos des expertises médicales familiales ou des traitements médicaux imposés à titre d'instruction donnée aux parents d'un enfant, ou à titre de condition pour l'exercice des relations personnelles par un parent qui n'a pas la garde d'un enfant ;
- L'absence de base légale fédérale expresse est encore plus manifeste à propos des placements à des fins d'assistance lorsqu'ils poursuivent un but sécuritaire, dans la mesure où cette absence a été constatée par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Des normes de droit fédéral ont cependant d'ores et déjà adoptées et devraient en principe entrer en vigueur en 2024 ;

- En outre, les « contrôles », auxquels peuvent être soumises des personnes détenues, en exécution du règlement interne de l'établissement carcéral, lorsqu'ils prennent la forme de prélèvements sanguins, ne reposent sur aucune base légale fédérale expresse et ne sont pas toujours prévus par une base légale ou réglementaire expresse cantonale ;
- Dans le domaine des assurances privées ou de la responsabilité civile, lorsque ces domaines imposent aux lésés des traitements médicaux voire des actes de chirurgie afin de réduire le dommage, ou dans le domaine du sport organisé, lorsque des compétitrices doivent se soumettre à des traitements de longue durée pour être autorisées à participer à des épreuves, une base légale expresse, qui fait défaut actuellement, serait utile, compte tenu de la gravité de l'atteinte envisagée.

iv. Recours au mécanisme juridique de l'incombance en cas de refus de collaborer

- Lorsque la réflexion porte sur les conséquences d'un refus de collaborer à la mise en œuvre d'une mesure imposée, on peut observer que le législateur a, le plus souvent, recours au mécanisme juridique de l'incombance : la mesure n'est pas mise œuvre par la contrainte physique en cas de refus, mais la personne qui ne s'y plierait pas s'expose alors à un désavantage juridique ;
- C'est notamment le cas, pour ne citer que quelques exemples parmi les situations les plus fréquentes, dans le domaine de la procédure civile, lorsqu'une partie à la procédure est concernée – l'autorité juridictionnelle va apprécier les preuves en sa défaveur - ; du droit des migrations – la personne qui espère obtenir un statut juridique ou un regroupement familial ne l'obtiendra pas - ; du droit de la circulation routière – l'autorité administrative ne délivrera pas, retirera ou refusera de restituer un permis de conduire un véhicule - ; ou encore du droit du travail ou du droit des assurances sociales – les prestations sociales ou le salaire en principe dus pendant un empêchement de travail résultant d'une maladie ou d'un accident ne seront pas ou pas intégralement versés - ;

- Dans ces situations, le législateur laisse à la personne concernée le soin de déterminer elle-même l'option qu'elle va choisir, en assumant les éventuelles conséquences négatives qui pourraient survenir pour elle.

v. Incrimination pénale du refus de collaborer

- Dans certains cas, en particulier à l'occasion d'une procédure civile ou dans le cadre de la lutte contre les épidémies, le législateur prévoit, en sus des désavantages juridiques évoqués précédemment, que le refus de collaborer peut entraîner une sanction pénale, sous la forme d'une amende (art. 167 CPC et art. 83 al. 1^{er} LEp) ;
- La Loi sur la circulation routière, elle aussi, réprime pénalement, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, l'opposition ou la dérobade à un contrôle de capacité, soit à une prise de sang ou à d'autres examens biologiques préliminaires ou complémentaires (art. 91a LCR) ;
- La législation relative à la protection des travailleurs contient également des dispositions permettant d'infliger des sanctions de nature pénale aux employés et aux employeurs qui contreviendraient aux dispositions imposant des actes de nature médicale destinés à protéger la santé et l'intégrité physique des travailleurs (art. 50 et 60 LTr ; art. 112 LAA). La pratique semble cependant avoir renoncé à les utiliser, au moins pour sanctionner les travailleurs ;
- Ces sanctions éventuelles ont avant tout un caractère incitatif, car elles ne permettent pas d'obtenir que la mesure soit entreprise si le patient maintient son refus et en assume les conséquences pénales.

vi. Recours à la contrainte physique en cas de refus de collaborer

- Plus rarement, le législateur fédéral autorise cependant le recours à la contrainte physique si la personne concernée refuse de se plier à la mesure imposée ;

- Tel peut être le cas dans le cadre d'une procédure civile, sans doute à titre *d'ultima ratio*, lorsque le refus est manifesté par un témoin ou un tiers et que ce refus est considéré comme injustifié. C'est également le cas lors des procédures visant à l'établissement de la filiation, qu'il s'agisse d'une partie ou d'un tiers à la procédure ; et en outre, à nouveau, au moins en théorie, dans le cadre de l'aménagement des relations personnelles entre parents et enfants ;
- La force physique est aussi prévue pour certaines « mesures de contrainte » dans le cadre d'une instruction pénale, notamment le prélèvement d'ADN ou certains examens physiques ; ou pour certaines mesures thérapeutiques de droit pénal, en particulier les traitements imposés aux délinquants souffrant de troubles mentaux ; ou enfin pour procéder à des fouilles corporelles dans le cadre du droit des douanes, du droit des migrations ou en exécution des règles applicables aux personnes en détention préventive ou purgeant une peine privative de liberté ;
- Dans la législation relative à la lutte contre les épidémies, le recours à la contrainte physique est envisageable pour toutes les mesures que les autorités sanitaires pourraient ordonner selon le droit fédéral, à l'exception notable des traitements médicaux et des vaccinations. Une personne qui refuserait de se plier à ces deux mesures pourrait cependant être soumise par contrainte aux autres mesures sanitaires résultant de la loi – surveillance médicale, quarantaine, isolement, examens ou tests médicaux - ;
- Ce qui précède ne concerne que les personnes affectées ou présumées affectées par une maladie transmissible ; en revanche, le personnel soignant ou les visiteurs d'une institution sanitaire ou médico-sociale et, si l'autorité en décide ainsi, les usagers d'un service public ou privé, ne s'exposent pas à des mesures de contrainte. Ils pourraient être toutefois tenus à l'écart des institutions ou empêchés d'accéder à ces services s'ils ne se pliaient pas aux mesures ordonnées par l'autorité sanitaire ;
- Dans la législation qui vise la circulation routière, la possibilité théorique d'un acte médical réalisé sous la contrainte – plus spécifiquement, d'une prise de sang - est certes encore prévue,

toutefois seulement « pour des raisons importantes », notamment en cas d'accident et pour en élucider les causes. La disposition pertinente ne semble plus être mise en pratique ;

- Le recours à la contrainte physique apparaît, dans les circonstances qui précèdent, comme une mesure appropriée : il permet de protéger des intérêts publics importants tels la santé publique ou la sécurité publique, l'administration efficace de la justice civile ou pénale, ou encore de sauvegarder des droits prépondérants privés, comme celui de connaître son ascendance. Si l'on excepte les traitements imposés aux délinquants souffrant de troubles mentaux, les actes médicaux qui pourraient être entrepris par la contrainte dans de tels contextes ne constituent au surplus que des atteintes légères ;
- Au demeurant, dans tous les cas où une mesure de nature médicale peut être imposée par la contrainte, il faut encore rappeler que, lorsque cette mesure consiste en une évaluation ou une expertise de nature psychologique ou psychiatrique, ou encore consiste en des soins psychiatriques autres qu'une médication, elle nécessite très généralement une collaboration du patient. Elle paraît en conséquence, la plupart du temps, objectivement impossible à réaliser contre sa volonté.

vii. Pour une loi fédérale consacrée aux relations entre patients et soignants ?

Parmi les chapitres qui précèdent, ceux de la « partie spéciale » mettent en lumière le caractère « éclaté » du droit régissant les relations entre patients et soignants, entre les principes généraux résultant du droit international public et du droit constitutionnel fédéral, transcrits en général dans le droit sanitaire cantonal, partant dans des formulations différentes mais avec une marge de manœuvre tout à fait limitée, ou dans le droit sanitaire fédéral, lorsque le législateur fédéral dispose d'une compétence spécifique, ainsi à propos des nouvelles technologies médicales ou de l'assurance-maladie ;

L'éclatement des règles relatives aux relations entre patients et soignants n'est pas heureux, à l'heure où les patients disposent du libre choix du soignant et, en principe, du libre choix de l'établissement hospitalier, et à l'heure où existent, en Suisse romande en particulier, des hôpitaux intercantonaux³²⁸³. Ainsi, selon leur domicile et le lieu de situation de l'établissement qui les accueille, des patients ne détiennent pas les mêmes droits. On peut même concevoir qu'ils ne détiennent pas les mêmes droits selon qu'ils ont été admis dans un hôpital intercantonal ou dans un autre hôpital situé dans leur canton de domicile ;

Cet éclatement n'est pas heureux, non plus, pour les professionnels de la santé, qui se trouvent en première ligne pour mettre en œuvre les droits reconnus aux patients et dont la tâche est sans doute compliquée par ce morcellement regrettable, en rappelant que les soignants disposent eux aussi de certains droits dans le cadre d'une relation thérapeutique, qui pourraient également pâtir de particularismes cantonaux ;

Il n'est sans doute pas inutile, dès lors, de s'interroger sur l'opportunité d'édicter une loi fédérale sur les relations entre patients et soignants, qui garantirait une application cohérente à la fois des droits reconnus aux patients mais aussi des droits reconnus aux soignants. Cet objectif n'est pas anodin : les traitements médicaux mettent en jeu des libertés fondamentales, et la volonté d'en assurer une mise en œuvre uniforme dans toute la Suisse dans un souci d'égalité de traitement apparaît légitime, comme le rappelle l'art. 43a al. 1^{er} Cst³²⁸⁴ ;

Cette loi pourrait de surcroît englober les dispositions aujourd'hui insérées dans le Code civil à propos de la représentation médicale et du placement à des fins d'assistance, examinées dans les Chapitres III et VIII, mais dont la nature de droit privé est douteuse et qui semblent matériellement relever davantage du droit public sanitaire que du droit civil. Elle pourrait également comprendre d'autres dispositions encore, « dispersées » dans le droit consacré aux nouvelles technologies médicales ou aux assurances sociales, lorsque ces législations visent certains aspects

³²⁸³ L'Hôpital Riviera-Chablais et l'Hôpital Intercantonal de la Broye.

³²⁸⁴ François BELLANGER, Commentaire ad art. 43a Cst, in : Commentaire romand Cst, p. 1194 ss.

des relations entre patients et soignants, notamment le consentement libre et éclairé dans ces contextes particuliers ;

Pour que le législateur fédéral puisse agir, toutefois, il a besoin d'une base constitutionnelle l'autorisant à édicter des règles dans un domaine particulier, conformément aux principes qui découlent des art. 3 Cst et 42 Cst³²⁸⁵ ;

Il en détient déjà une pour les relations thérapeutiques relevant du droit civil, selon l'art. 122 Cst, ce qui lui a notamment permis notamment de légiférer sur le mandat, auquel correspond un contrat de soins. Il faut d'ailleurs rappeler que les dispositions sanitaires cantonales qui régissent plus en détail les relations entre patients et soignants dans un contexte de droit privé ne sont admissibles que parce que le législateur fédéral a renoncé à les régler de manière exhaustive, de sorte que des compétences cantonales de droit public subsistent, conformément à l'art. 6 CC ;

En se fondant encore sur l'art. 122 Cst, il pourrait aussi légiférer sur la responsabilité médicale, soit une inexécution du mandat, et, en se fondant sur ses compétences en matière de droit pénal de l'art. 123 Cst, sur le secret médical et sur l'assistance au suicide, par exemple, s'il souhaitait intégrer des dispositions à ce propos ;

En outre, en s'appuyant sur ses compétences en matière d'exercice des professions médicales et des professions sanitaires de l'art. 117a Cst, le législateur a d'ores et déjà adopté des règles touchant aux devoirs professionnels des soignants exerçant une profession médicale (art. 40 LPMed) ou une profession de la santé (art. 16 LPSan), qui affectent elles aussi les relations entre patients et soignants. Les devoirs des soignants correspondent en effet souvent à des droits des patients, lorsqu'ils sont envisagés dans la perspective opposée ;

³²⁸⁵ Vincent MARTENET, Commentaire *ad* art. 3 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, no 30 ss, p. 153 s ; François BELLANGER, Commentaire *ad* art. 42 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 1171 ss.

En définitive, le législateur fédéral détient sans doute les compétences nécessaires pour adopter des règles touchant aux modalités concrètes de l'exécution d'un contrat de mandat, partant d'une relation entre un patient et un soignant, soit tout le domaine des soins ambulatoires et des soins stationnaires privés ; par le biais de ses compétences en matière de droit pénal, il peut réglementer les questions de secret professionnel, et par celles qui ont trait aux assurances sociales, il détient les compétences lui permettant d'édicter des règles relatives au fonctionnement des deux hôpitaux « de droit fédéral »³²⁸⁶, selon l'art. 67a al. 1^{er} lettre a LAA, fondé lui-même sur l'art. 117 Cst ;

Certes, à ces deux exceptions près, le domaine hospitalier public, ambulatoire ou stationnaire, paraît devoir échapper au législateur fédéral et relever des compétences cantonales en matière de système de santé. Cependant, il faut souligner ici que, selon le Tribunal fédéral, les droits des patients ne peuvent pas avoir un contenu moins étendu en droit public qu'en droit privé³²⁸⁷, de sorte que le catalogue des droits reconnus aux patients « privés » servirait en fait de modèle, dont les cantons ne pourraient guère s'écarter ;

C'est peut-être la thématique de la responsabilité médicale qui pourrait constituer la source principale de difficulté dans l'élaboration d'une loi fédérale régissant les relations entre patients et soignants. Si les conditions d'une responsabilité médicale de droit privé ou de droit public ne sont pas fondamentalement différentes, les délais de prescription du droit public cantonal – généralement une année³²⁸⁸ – sont bien courts que ceux que prévoit désormais le droit privé – dix ans, voire vingt ans en cas de « mort d'homme » ou de lésions corporelles³²⁸⁹ -. On doit cependant se demander si des délais de droit cantonal aussi brefs sont encore conformes à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui a récemment contraint la Suisse à allonger ses délais de prescription³²⁹⁰, et

³²⁸⁶ La Clinique de réadaptation romande de Sion et la Rehaklinik de Bellikon.

³²⁸⁷ ATF 111 Ia 231 ; 108 II 62.

³²⁸⁸ La législation fribourgeoise prévoit même un délai relatif de péremption d'une année, à l'art. 24 de la Loi du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents.

³²⁸⁹ Art. 127 CO et 128a CO ; le délai de 20 ans correspond au délai de prescription absolu.

³²⁹⁰ Arrêt du 11 mars 2014 dans la cause Howald Moor et autres c. Suisse, requête nos 52067/10 et 41072/11.

s'ils sont tout à fait compatibles avec la jurisprudence du Tribunal fédéral citée précédemment, selon laquelle les droits des patients « publics » doivent correspondre à ceux qui sont reconnus aux patients « privés ». Il faut en effet rappeler ici que les règles de prescription sont des règles de droit matériel et non des règles procédurales ;

Cette loi fédérale pourrait, enfin, après une section contenant des dispositions générales sur le consentement libre et éclairé, contenir une autre section énonçant des dispositions particulières qui préciseraient les conditions et les modalités des exceptions au consentement libre éclairé, ainsi que les conséquences d'un éventuel refus de collaborer, des règles désormais harmonisées et énoncées dans un seul texte de loi.

* * * * *

Bibliographie

Droit international public général

Florence BENOIT-ROHMER, Le droit du Conseil de l'Europe : vers une espace juridique européen, Strasbourg, 2005

Samantha BESSON, Droit international public, Berne 2019 (cité Samantha BESSON)

Samantha BESSON, Eleonor KLEBER, Commentaire *ad art. 3 CEDH*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. I : Droits humains, Berne 2014, p. 2 ss

Estelle BROSSET, Le consentement en matière de santé et le droit européen (2013), <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00872135/document> (cité Estelle BROSSET)

Gregor CHATTON, Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève 2013

Stéphanie DAGRON, L'avenir du droit international de la santé, in: Revue de droit suisse Band 135 (2016) II, p. 5 ss

Bardo FASSBENDER, Völkerrecht und Landesrecht: Zur Genese und heutigen Bedeutung der Konfrontation zweier Rechtsordnungen, AJP/PJA 2014, p. 437 ss

Fernando GONZALEZ-MARTIN, La contribution du règlement sanitaire international à la sécurité sanitaire mondiale, in: Dominique Sprumont (éd.), Lutte contre les épidémies et promotion de la santé, Berne 2017, p. 103 ss.

Walter KÄLIN et al., Völkerrecht - Eine Einführung, Berne 2010 (cité Walter KÄLIN et al.)

Florian KASTLER, Le rôle normatif de l'Organisation mondiale de la santé, Paris 2019

Giorgio MALINVERNI, Les Pactes dans l'ordre juridique interne, in: Walter Kälin et al. (éd.), La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 2^e éd., Bâle Francfort-sur-le-Main, Bruxelles 1997

Jörg Paul MÜLLER, Luzius WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, Berne 2001

Daniel WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne 2005

Andreas ZIEGLER, Introduction au droit international public, 2e éd., Berne 2011 (cité Andreas ZIEGLER)

CEDH et droits de l'Homme

Maria-Antonella BINO, Hospitalisation forcée et droits du malade mental, Genève 2006

Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997 (cité Rapport explicatif Oviedo) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce7e>

Cour européenne des Droits de l'Homme, Rapport de recherche – Bioéthique et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg 2016 (cité Rapport de recherche bioéthique CEDH) https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_FRA.pdf

Emmanuel DECAUX, Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, Introduction aux droits de l'homme, p. 257 ss

Cordula DRÖGE, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Heidelberg 2003

Jochen FROWEIN, Wolfgang PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3e éd., Kehl 2009 (cité Jochen FROWEIN, Wolfgang PEUKERT)

Beatrice FRÜH, Die UNO-Kinderrechtskonvention, Zurich 2007

Luc GONIN, Olivier BIGLER, Convention européenne de droits de l'homme, Berne 2018 (cité Luc GONIN, Olivier BIGLER)

Christoph GRABENWARTER, Katharina PABEL, Europäische Menschenrechts-konvention – ein Studienbuch, 6^e éd., Bâle, Vienne 2016 (cité Christoph GRABENWARTER, Katharina PABEL)

Hector Gros Espiell et al. (éd.), Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Paris 2010

Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Genève, Zurich, Bâle 2014 (cité Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme)

Michel HOTTELIER, Les conflits de droits de l'homme et la sécurité juridique, *in*: Annuaire international des droits de l'homme, vol. 4 (2009), p. 115 ss

Michel HOTTELIER et al., La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2^e éd., Genève 2011

Bertold HUBER, Kommentar *ad* Art. 2 EMRK, *in*: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 63 ss

Sandra IMHOF, La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 298 ss

Emmanuel KABENGELE MPINGA, Le droit à la santé, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 783 ss

Walter KÄLIN, Jörg KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, Bâle 2005

Douwe KORFF, Le droit à la vie, un guide sur la mise en œuvre de l'art. 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg 2007

Dominique MANAÏ, Droits de l'homme et biomédecine, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 658 ss (cité Dominique MANAÏ, Droits de l'homme et biomédecine)

Julien MARQUIS, La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme, Genève, Zurich, Bâle 2017

Jens MEYER-LADEWIG, Martin NETTESHEIM, Einleitung zur EMRK, *in*: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 23 ss

Jens MEYER-LADEWIG, Bertold HUBER, Kommentar *ad* Art. 2 EMRK, *in*: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 63 ss

Jens MEYER-LADEWIG, Matthias LENHERT, Kommentar *ad* Art. 3 EMRK, *in*: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 91 ss

Jens MEYER-LADEWIG et al., Kommentar *ad* Art. 5 EMRK, *in*: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 133 ss (cité Jens MEYER-LADEWIG et al. *ad* Art. 5 EMRK)

Jens MEYER-LADEWIG, Martin NETTESHEIM, Kommentar *ad* Art. 8 EMRK, *in*: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 317 ss (cité Jens MEYER-LADEWIG, Martin NETTESHEIM *ad* Art. 8 EMRK)

Jens MEYER-LADEWIG, Denise RENGGER, Kommentar *ad* Art. 13 EMRK, *in*: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 453 ss

Jens MEYER-LADEWIG, Birgit PETERS, Kommentar *ad* Art. 35 EMRK, *in*: Jens Meyer-Ladewig et al., p. 572 ss

Jens Meyer-Ladewig et al. (éd.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention - Handkommentar, 4e éd., Bâle 2017 (cité Jens Meyer-Ladewig et al.)

Jörg Paul MÜLLER, Markus SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4e éd., Berne 2008 (cité Jörg Paul MÜLLER, Markus SCHEFER)

Organisation mondiale de la santé, Législation touchant la santé mentale et les droits de l'homme, Genève 2005

Nathanaël PETERMANN, Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Berne 2014 (cité Nathanaël PETERMANN)

Jean-Pierre RESTELLINI, La Convention européenne pour la prévention de la torture, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 462 ss

Xavier-Baptiste RUEDIN, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : procédure, obligations des Etats, pratique et réforme, Bâle 2009

Frédéric SUDRE et al., Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 9^e éd., Paris 2019 (cité Frédéric SUDRE et al.)

Jochen Taupitz (éd.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – Taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung ?, Berlin 2002

Ana Giselle TOLEDO VERA et al., Médecin et droits de l'homme, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 29 ss

Unité de presse de la Cour CEDH, fiche thématique « Santé », https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_FRA.pdf

Unité de presse de la Cour CEDH, fiche thématique « Droits en matière de procréation », https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_FRA.pdf

Unité de presse de la Cour CEDH, fiche thématique « Droits des détenus en matière de santé », https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_health_FRA.pdf

Unité de presse de la Cour CEDH, fiche thématique « Détention et santé mentale », https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Detention_mental_health_FRA.pdf

Unité de presse de la Cour CEDH, fiche thématique « Grève de la faim en détention », https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hunger_strikes_detention_FRA.pdf

Jacques VELU, Rusen ERGEC, Convention européenne des droits de l'homme, 2e éd., Bruxelles 2014 (cité Jacques VELU, Rusen ERGEC)

Marc VERDUSSEN, La Déclaration universelle des droits de l'homme, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, Introduction aux droits de l'homme, p. 228 ss

Mark E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zurich, Bâle et Genève 2020 (cité Mark VILLIGER)

Barbara WILSON, Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 241 ss

Barbara WILSON, Louise PATRY, Commentaire *ad* art. 10 CEDEF, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier, Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif: commentaire, Genève, Berne 2019, p. 251 ss

Jean ZERMATTEN, La Convention relative aux droits de l'enfant, *in*: Maya Hertig Randall, Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, p. 315 ss

Droit constitutionnel et droits fondamentaux

Nathalie ADANK, Commentaire *ad* art. 68 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 1566 ss

Gabriel AUBERT, Commentaire *ad* art. 34 al. 1^{er} aCst et *ad* art. 34ter al. 1 lettre a-c, *in*: Jean-François Aubert et al. vol. II 1996

Jean-François Aubert et al. (éd.), Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, vol. I, II, III et IV, Bâle, Zurich, Berne 1996 (cité Jean-François Aubert et al. vol. I, II, III ou IV 1996)

Andreas AUER et al., Droit constitutionnel suisse, vol. I et vol. II, 3^e éd., Berne 2013 (cité Andreas AUER et al., vol. I ou II)

François BELLANGER, Commentaire *ad art. 42 Cst et ad art. 43a Cst*, in : Commentaire romand Cst, p. 1171 ss et p. 1194 ss

Eva Maria BELSER, Eva MOLINARI Kommentar *ad Art. 7 BV*, in: Basler Kommentar BV, p. 151 ss (cité Eva Maria BELSER, Eva MOLINARI) et *ad Art. 119 BV*, in: Basler Kommentar BV, p. 1888

Roland BERSIER, La liberté personnelle, l'internement des aliénés et des asociaux, la stérilisation des aliénés, Lausanne 1968

Giovanni BIAGGINI, BV Kommentar – Bundesverfassung, 2e éd., Zurich 2017 (cité Giovanni BIAGGINI)

Giovanni Biaggini et al. (éd.), Staatsrecht, 2e éd., Zurich et St-Gall 2015

Margrith BIGLER-EGGENBERGER, Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad Art. 41 BV*, in: St. Galler Kommentar BV vol. I, p. 893 ss

Véronique BOILLET, Commentaire *ad art. 119 Cst*, in : Commentaire romand Cst, p. 2394 ss

Stephan BREITENMOSER, Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad Art. 13 BV*, in: St- Galler Kommentar BV vol. I, p. 341 ss

Basile CARDINAUX, Kommentar *ad Art. 110 BV*, in: Basler Kommentar BV vol. II, p. 1707 ss

Gregor CHATTON, Commentaire *ad art. 41 Cst*, in: Commentaire romand Cst, p. 1147 ss

Christian DENYS, Commentaire *ad art. 123a Cst*, in : Commentaire romand Cst, p. 2485 ss

Oliver DIGGELMANN, Kommentar *ad Art. 13 BV*, in: Basler Kommentar BV, p. 283 ss

Oliver Diggelmann et al. (éd.), Droit constitutionnel suisse vol. I, II et III, Zurich, Bâle et Genève 2020 (cité Oliver Diggelmann et al. vol. I, II ou III)

Jacques DUBEY, Commentaire *ad art. 7 Cst, ad art. 12 Cst et ad art. 36 Cst*, in : Commentaire romand Cst, p. 279 ss, p. 464 ss et p. 1052 ss

Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, vol. I : Notion, garantie, restriction et juridiction et vol. II, Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018 (cité Jacques DUBEY vol. I ou II)

Jacques DUBEY, Samantha BESSON, Commentaire *ad art. 5 Cst*, in : Commentaire romand Cst, p. 171 ss

Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, vol. I et vol. II, 3e éd. 2014, Zurich et St-Gall (cité St. Galler Kommentar BV vol. I ou vol. II)

Astrid EPINEY, Kommentar *ad Art. 5 BV et ad Art. 36 BV*, in: Basler Kommentar BV, p. 85 ss et p. 745 ss (cité Astrid EPINEY *ad Art. 5 BV* ou *ad Art. 36 BV*)

Alain GRIFFEL, Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Giovanni Biaggini, Thomas Gächter, Regina Kiener (éd.), Staatsrecht, 2e éd., Zurich et St-Gall 2015

Thomas GÄCHTER, Kommentar *ad* Art. 110 BV, *in*: St Galler Kommentar BV, p. 1978 ss

Thomas GÄCHTER, Gregori WERDER, Kommentar *ad* Art. 12 BV et *ad* Art. 41 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 270 ss et p. 807 ss

Thomas GÄCHTER, Stephanie RENOLD-BURCH, Kommentar *ad* Art. 117a BV et Kommentar *ad* Art. 118 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 1838 ss et p. 1852 ss

Aurélie GAVILLET, Commentaire *ad* art. 11 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 454 ss

Tarkan GÖKSU, Kommentar *ad* Art. 122 BV, Art. 123 BV et Art. 123a BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 1983 ss, p. 1997 ss et p. 2005 ss

Luc GONIN, Commentaire *ad* art. 185 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 3346 ss

Stéphane GRODECKI, Commentaire *ad* art. 123 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 2475 ss

Ulrich HÄFELIN et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10e éd., Zurich, Bâle, Genève 2020 (cité Ulrich HÄFELIN et al.)

Walter HALLER, Liberté personnelle, *in*: Jean-François Aubert et al. vol. III 1996, p. 3 ss

Peter HÄNNI, Kommentar *ad* Art. 68 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 1186 ss

Maya HERTIG, Kommentar *ad* Art. 20 BV et *ad* Art. 82 BV, *in*: Basler Kommentar, p. 425 ss et p. 1373 ss

Maya HERTIG RANDALL, Julien MARQUIS, Commentaire *ad* art. 10 Cst et *ad* art. 13 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 392 ss et p. 490 ss

Michel HOTTELIER, Commentaire *ad* art. 31 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 931 ss

Bettina KAHIL-WOLFF HUMMER, Commentaire *ad* art. 117a Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 2334 ss

Bettina KAHIL-WOLFF HUMMER, Manon JOSEPH, Commentaire *ad* art. 118 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 2344 ss

Regina KIENER, Grundrechtsschranken, *in*: Oliver Diggelmann et al., vol. II, p. 1293 ss (cité Regina KIENER, Grundrechtsschranken)

Regina KIENER et al., Grundrechte, 3e éd., Berne 2018 (cité Regina KIENER et al.)

Blaise KNAPP, Commentaire *ad* art. 64bis aCst, *in*: cité Jean-François Aubert et al. vol. III 1996

Daniel KRAUS, Aline SCHMIDT, Le « Droit à la santé » : quelques considérations de droit constitutionnel suisse à la lumière du droit international, *in*: Revue suisse de droit de la santé (RSDS) 2/2006, p. 85 ss

Jörg KÜNZLI, Kommentar *ad* Art. 185 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 2696 ss

Karine LEMPEN, Commentaire *ad* art. 110 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 2201 ss

Martin LENDI, Kommentar *ad* Art. 37bis BV, *in*: Jean-François Aubert et al. vol. III 1996

Christoph LEUENBERGER, Kommentar *ad* Art. 122 BG, *in*: . St Galler Kommentar BV, p. 2212 ss

Pascal MAHON, Droit constitutionnel vol. I – Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3^e éd., Bâle 2014 et vol. II – Droits fondamentaux, 3^e éd., Bâle 2015 (cité Pascal MAHON vol. I ou II)

Pascal MAHON, Commentaire *ad* art. 34quinquies aCst, *in*: Jean-François Aubert et al., vol. II 1996

Giorgio MALINVERNI, Commentaire *ad* art. 69 aCst, *in*: Jean-François Aubert et al., vol. III 1996

Vincent MARTENET, Commentaire *ad* art. 3 Cst, *ad* art. 27 Cst et *ad* art. 35 Cst, *in* : Commentaire romand Cst, p. 145 ss, p. 786 ss et p. 1021 ss

Vincent MARTENET, La Constitution et l'économie, *in*: Oliver Diggelmann et al. vol. III, p. 2061 ss

Vincent Martenet, Jacques Dubey (éd.), Constitution fédérale, Commentaire romand, vol. I et II, Bâle 2021 (cité Commentaire romand Cst, vol. I ou II)

Philippe MASTRONARDI, Kommentar *ad* Art. 7 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 187 ss

Daniel MOECKLI, Persönlichkeitsschutz *in*: Oliver Diggelmann vol. II, p. 1383 ss (cité Daniel MOECKLI)

Charles-Albert MORAND, Le noyau intangible des droits constitutionnels, *in*: Patrice Meyer-Bisch (éd.), Le noyau intangible des droits de l'homme, Fribourg 1991, p. 53 ss

Jörg Paul MÜLLER, Introduction aux droits fondamentaux, *in*: Jean-François Aubert et al. vol. I 1996, p. 5 ss

Lucien MÜLLER, Kommentar *ad* Art. 12 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 326 ss

Markus MÜLLER, Polizeiliche Generalklausel : klarende Worte des Bundesgerichts, *in*: ZBJV 2012, p. 220 ss

Peter MUZNY, Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit – La jurisprudence du Tribunal fédéral et de la CourEDH, Revue de droit public 2006, p. 977 ss

Thierry OBRIST, Commentaire *ad* art. 133 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 2632 ss

Mathias OESCH, Kommentar *ad* Art. 133 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 2123 ss

Denis PIOTET, Commentaire *ad* art. 122 Cst, *in*: Commentaire romand Cst, p. 2464 ss

Tomas POLEDNA, Kommentar *ad* Art. 118 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 2070 ss

Ruth REUSSER, Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 119 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV vol. II, p. 2103 ss

René RHINOW et al., Schweizerisches Verfassungsrecht, 3e éd., Bâle 2016 (cité René RHINOW et al.)

Michel ROSSINELLI, *Les libertés non écrites*, Lausanne 1987

Bernhard RÜTSCHKE, *Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis*, Zurich, St-Gall 2009

Urs SAXER, Kommentar *ad* Art. 185 BV, *in*: St- Galler Kommentar BV vol. II, p. 2956 ss

René SCHAFFHAUSER, Kommentar *ad* Art. 82 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 1642 ss

Markus SCHEFER, *Die Kerngehalte von Grundrechten*, Berne 2001

Franck SCHÜRMANN, Kommentar *ad* Art. 31 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 666 ss

Rainer SCHWEIZER, Kommentar *ad* Art. 10 BV et *ad* Art. 36 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 278 ss et p. 822 ss

Rainer SCHWEIZER, Felix HAFNER, Kommentar *ad* Art. 20 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 480 ss

Gerold STEINMANN, Kommentar *ad* Art. 29 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 640 ss

Pierre TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4e éd., Berne 2016

Axel TSCHENTSCHER, Kommentar *ad* Art. 10 BV et *ad* Art. 11 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 232 ss et p. 254 ss

Felix UHLMANN, Kommentar *ad* Art. 27 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 536 ss

Klaus VALLENDER et al., Kommentar *ad* Art. 133 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 2382 ss

Hans VEST, Kommentar *ad* Art. 31 BV, *ad* Art. 123 BV et *ad* Art. 123a BV, *in*: St. Galler Kommentar BV vol. I, p. 725 ss et vol. II, p. 2221 ss et p. 2230 ss

Bernhard WALDMANN, Kommentar *ad* Art. 35 BV, *in*: Basler Kommentar BV, p. 722 ss

Bernhard Waldmann et al. (éd.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015 (cité Basler Kommentar BV)

Judith WYTTENBACH, *Menschenwürde*, *in*: Oliver Diggelmann et al., vol. II, p. 1355 ss

Piermarco ZEN-RUFFINEN, Kommentar *ad* Art. 68 BV, *in*: St. Galler Kommentar BV, p. 1408 ss

Droit de la santé et droit médical

Regina AEBI-MÜLLER et al., *Arztrecht*, Berne 2016 (cité Regina AEBI-MÜLLER et al.)

Cédric BAUME, *Gestion des risques cliniques et responsabilité médico-hospitalière*, Neuchâtel 2015

Mathias BOSCHUNG, *Der bodengebundene Rettungsdienst*, Zurich, Bâle, Genève 2010

Andrea Büchler et Bernhard Rütsche (éd.), *Fortplantungsmedizingesetz*, Berne 2020

Michel BELLANGER, Droit, éthique et vaccination: l'obligation vaccinale en question, Bordeaux 2006

Frédéric BERNARD, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, *in*: Jusletter du 30 mars 2020

Frédéric BERNARD, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, *in*: Sécurité et droit 3/2020, p. 130 ss

Frédéric BERNARD, La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie, *in*: Revue de droit suisse no spécial 2020, p. 57 ss

Frédéric BERNARD, Marjolaine VIRET, Vaccination obligatoire et pandémie de Covid-19 en Suisse, *in* : Jusletter du 9 août 2021

Andrea BÜCHLER, Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch. Oder auch mit Zwang?, *in*: Daniel Jositsch et al. (éd.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich, Bâle, Genève 2017, p. 571 ss

Sandra BURCKHARDT et al., Secret professionnel – généralités, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 327 ss

Rachel CHRISTINAT, Le procès en responsabilité civile médicale, Bâle 2019 (cité Rachel CHRISTINAT)

Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Académie suisse des sciences médicales, L'autonomie en médecine : 7 thèses, Swiss academies communications, vol. 15, no 11, 2020
https://www.nek-cne.admin.ch/inhalte/Themen/Symposium_NEK-ZEK/rapport_assm_autonomie_7_theses.pdf

Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Les directives anticipées – Considérations éthiques sur le nouveau droit de la protection de l'adulte, tenir compte en particulier de la démence, Prise de position no 17/2011, Berne 2011
https://www.nek-cne.admin.ch/inhalte/Themen/Stellungnahmen/fr/NEK-CNE_Directives_Anticipées.pdf
(cité Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Les directives anticipées)

Coralie DEVAUD, L'information en droit médical, Lausanne 2009 (cité Coralie DEVAUD)

Coralie DEVAUD, Odile PELET, Consentement éclairé et droit pénal – L'acte médical : une infraction comme une autre ?, *in*: Anne-Sylvie Dupont, Olivier Guillod (éd.), Réflexions romandes en droit de la santé, Zurich, St-Gall 2016, p. 35 ss

Yves DONZALLAZ, Traité de droit médical, vol. I, II et III, Berne 2021 (cité Yves DONZALLAZ, Traité de droit médical vol. I, II ou III)

Jean-Michel DUC, Responsabilité du médecin – Le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient, *in*: PJA 2011, 253 ss

Philippe DUCOR, Médecins hospitaliers et responsabilité, *in*: Olivier Guillod (éd.), L'hôpital entre droit, politique et économie, 21^e journée du droit de la santé, Berne 2015, p. 175 ss

Philippe DUCOR, La protection de la personnalité des sujets de recherche, *in*: Margareta Baddeley et al. (éd.), Facettes du droit de la personnalité, Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manaï, Genève, Zurich, Bâle 2014, p. 167 ss

Jean-François DUMOULIN, Droit de la santé, éthique médicale ou déontologie ? *in*: Romano LaHarpe et al., p. 105 ss

Jean-François DUMOULIN, Questions de vie et de mort, *in* Romano LaHarpe et al., p. 161 ss

Jean-François DUMOULIN, Relations entre patients et soignants – généralités, *in* Romano LaHarpe et al., p. 241 ss

Jean-François DUMOULIN, Consentement libre et éclairé et refus de soins, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 269 ss

Jean-François DUMOULIN, Commentaire *ad* art. 34, 36 et 37 LPMed, *in*: Ariane Ayer et al. (éd.), Loi sur les professions médicales (LPméd) – Commentaire, Bâle 2009, p. 285 ss (cité Jean-François DUMOULIN, Commentaire *ad* art. 34 LPMed, *ad* art. 36 LPMed ou *ad* art. 37 LPMed)

Jean-François DUMOULIN, Marinette UMMEL, La femme enceinte, son droit à l'autodétermination, les analyses prénatales et l'interruption de grossesse, *in*: Anne-Sylvie Dupont, Olivier Guillod (éd.), Réflexions romandes en droit de la santé, Zurich, St-Gall 2016, p. 165 ss

Bernice ELGER, Alex MAURON, Analyses génétiques, *in*: Romano La Harpe et al., p. 407 ss

Bernice ELGER, Caroline ANDERES, Le paternalisme médical : mythe ou réalité ?, Genève 2010

Frédéric ERARD, Le dossier électronique du patient, révolution ou désillusion, *in* : Sylvain Métille (éd.), L'informatique en nuage, Berne 2022, p. 219 ss.

Claudia FINK, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Berne 2008 (cité Claudia FINK)

Fédération des médecins suisses FMH, Académie suisse des sciences médicales ASSM, Bases juridiques pour le quotidien du médecin - Un guide pratique, 3^e éd., Berne 2020 (cité Guide pratique FMH-ASSM)

Thomas GÄCHTER, Bernhard RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 4e éd., Bâle 2018

Thomas GÄCHTER, Kerstin Noelle VOKINGER, HIV-Test und Informed Consent, *in*: Jusletter du 26 novembre 2012

Benedetta GALETTI, La mort provoquée, Genève, Zurich, Bâle 2020

Antoine GEISSBÜHLER et al., Cybersanté et télémédecine, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 153 ss

Kasper GERBER, Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Coronamassnahmen, *in* : Jusletter du 16 août 2021

Myriam GERBER, La responsabilité disciplinaire des soignants, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 497 ss

Christopher GETH, Martino MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht: Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder subjektive Interessen?, *in*: Revue de droit suisse 2009 I, p. 157 ss

Olivier GUILLOD, Droit médical, Bâle 2020 (cité Olivier GUILLOD, Droit médical)

Olivier GUILLOD, La responsabilité dans les hôpitaux publics, *in*: Anne-Christine Favre, Etienne Poltier (éd.), La responsabilité de l'Etat, Genève, Bâle, Zurich 2012

Olivier GUILLOD, La stérilisation de personnes mentalement déficientes, *in*: Pierre-Henri Bolle, Henri-Robert Schüpbach, Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Bâle, Genève 2000, p. 109 ss

Olivier GUILLOD, La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule *in*: La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Lugano 1989, p. 73 ss

Olivier GUILLOD, Le consentement éclairé du patient – Paternalisme ou autodétermination ?, Neuchâtel 1986

Olivier Guillod (éd.), L'hôpital entre droit, politique et économie, 21^e journée du droit de la santé, Berne 2015

Olivier GUILLOD, Dominique SPRUMONT, Le droit à la santé : un droit en émergence, *in*: De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle, Zurich et Genève 1996, p. 337 ss

Olivier Guillod et al. (éd.), Droit aux soins : 13e Journée de droit de la santé, Berne 2007 (cité Olivier Guillod et al., Droit aux soins)

Madeleine HIRSIG-VOUILLOZ, La responsabilité du médecin - Aspects de droit civil, pénal et administratif, Berne et Genève 2017

Lisa HUG, Einwilligung in die Impfung: wenn sich Eltern und Kind nicht einig sind, Zurich 2015

Julia HUG, Impfzwang in Gesundheitsbetrieben des Privatrechts, in Pfl egerecht 2013, p. 165 ss

Institut du droit de la santé, « Les droits des patients en psychiatrie », Cahier de l'IDS no 5, Neuchâtel 1997

Peter JÄGER, Angela SCHWEITER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arzthaftrecht, 2^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2006

Rochus JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, Berne 2009

Valérie JUNOD, Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire, *in*: Jusletter du 29 octobre 2012

Valérie JUNOD, Carole-Anne BAUD, La protection des sujets de recherche vulnérables selon la loi sur la recherche sur l'être humain, *in*: Revue de la protection des mineurs et des adultes ZKE/RMA 2015, p. 27 ss

- Moritz Kuhn, Tomas Poledna (éd.), *Arztrecht in der Praxis*, 2e éd., Zurich, Bâle, Genève 2007
- Romano LaHarpe et al. (éd.), *Droit de la santé et médecine légale*, Genève 2014 (cité Romano LaHarpe et al.)
- Hardy LANDOLT, Entschädigung und Genugtuung bei Schäden aus Impffolgen, *in*: Sozialversicherungsrechtstagung 2017, Zurich 2018, p. 41 ss
- Hardy LANDOLT, Haftung für Impfschäden – Anmerkungen zu BGE 129 II 353 ff, *in*: Haftung und Versicherung (HAVE) 2003, 313 ss
- Hardy Landolt, Bernhard Stehle (éd.), *Arzthaftpflicht 2019: Beiträge zur Tagung vom 22. Oktober 2019 in Luzern*, Zurich 2019
- Lorenz LANGER, Impfung und Impfwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, *Revue de droit suisse* 2017, p. 87 ss
- Melanie LEVY, In dubio pro CPR? The Controversial Status of „Do Not Resuscitate“ Imprints on the Human Body – a Swiss Innovation, *in*: *European Journal of Health Law* 2020, p. 125 ss
- Dominique MANAI, La dignité de la personne décédée en droit suisse, *in*: Jusletter du 10 février 2020
- Dominique MANAI, Le devoir d’information du soignant, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 255 ss
- Dominique MANAI, *Droits du patient et biomédecine*, Berne 2013 (cité Dominique MANAI)
- Dominique MANAI, De l’autonomie du patient : à quelles conditions sa décision est-elle libre ? *in*: *Revue suisse de droit de la santé* 2004, p. 5 ss
- Pierre MARTIN-ACHARD, Marc HOCHMANN FAVRE, Incapacité de discernement et soins, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 281 ss
- Barbara MEIER, Gesundheits- und Heilmittelrecht, *in*: *Ouvrage collectif, COVID-19*, Bâle 2020, p. 683 ss
- Markus MÜLLER, *Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1992
- Robert Alexander MÜLLER, *Ausgewählte Gebiete der betrieblichen Kommunikation eines Spitals und die Rechte der Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung der Patientrechte*, Zurich 2003
- Thomas NOLL et al., Covid-19 Impfpflicht für Personal mit Gefangenenkontakt ?, *in* : Jusletter du 28 février 2022
- Ouvrage collectif, COVID 19*, Bâle 2020
- Ursina PALLY, Ungewollte Kinder – wer bezahlt ?, *in*: Bianka Dörr, Margot Michel (éd.), *Biomedizinrecht*, Zurich, St-Gall 200, p. 225 ss
- Pascal PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung*, Zurich 1999

Odile PELET, Vaccination du personnel hospitalier : qui décide ?, *in*: Dominique Sprumont (éd.), Lutte contre les épidémies et promotion de la santé, Berne 2017, p. 123 ss

Jean PERRENOUD, Devoirs de diligence du médecin d'urgence: commentaire de l'arrêt « Planche à roulette », *in*: Revue suisse de droit de la santé 2005, p. 7 ss

Stéphanie PERRENOUD, La vaccination : une thématique controversée : l'exemple de la grippe, RSDS 2016, p. 105 ss

Tomas POLEDNA, Kommentar *ad* Art. 41 MedBG et *ad* Art. 43 MedBG, *in*: Ariane Ayer et al. (éd.), Loi sur les professions médicales (LPméd) – Commentaire, Bâle 2009, p. 413 ss et p. 416 ss

Tomas POLEDNA, Brigitte BERGER, Öffentliches Gesundheitsrecht, Berne 2002 (cité Tomas POLEDNA, Brigitte BERGER)

Tomas Poledna, Ueli Kieser (éd.), Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VIII, Bâle 2005

Maïka REICHENBACH, Les profils d'ADN prénatals visant à déterminer la paternité selon la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine, *in*: FamPra.ch 2019, p. 855 ss

Julia RICHTER, Soft law in international health law : the case of the WHO's Global Code of Practice on the International Recruitment of Health Personnel, Zurich 2018

Claude-François ROBERT, Impact de la nouvelle loi sur les épidémies pour les cantons et les professionnels, *in*: Dominique Sprumont (éd.), Lutte contre les épidémies et promotion de la santé, Berne 2017, p. 91 ss

Antoine ROGGO, Aufklärung des Patienten – Eine ärztliche Informationspflicht, Berne 2002 (cité Antoine ROGGO)

Roger RUDOLPH, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal: dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 („Schweingrippe“), *in* Arbeitsrecht 2010, p. 1 ss

Anna RÜEFLI, Impfwang in den Kantonen, *in*: Sécurité et droit 2/2012, p. 114 ss

Bernhard RÜTSCHKE, Nadja D'AMICO, Humanforschungsgesetz (HFG) : Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen, Berne 2015

Suzette SANDOZ, Commentaire *ad* art. 560 CC, *in* Commentaire romand CC II, p. 715 ss

Valérie SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro : émergence d'un nouvel objet de droit, Genève, Zurich, Bâle 2021

Alexia SIDOROPOULOS, Die Haftung des Spitals unter besonderer Berücksichtigung des anwendbaren Rechts und der Organisationshaftung, Berne 2019

Jean SCHNETZLER, L'intervention pratiquée contre le gré du patient par les médecins d'un établissement hospitalier public, *in*: RDAF 1967 61

Mike SCHÜPBACH, Das neue Epidemiegesetz : Revisionsprozess und Regelungsschwerpunkte, *in*: Dominique Sprumont (ed.), Lutte contre les épidémies et promotion de la santé, Berne 2017, p. 55 ss

Dominique SPRUMONT et al., Directives de l'ASSM sur les mesures de contrainte en médecine: Clarification juridique, Bulletin des Médecins Suisses 2016;97(23):845-847

Gabrielle STEFFEN, Le droit aux soins : pourquoi un droit aux soins ? quel droit ? quels soins ? pour qui ?, *in*: Olivier Guillod et al., Droit aux soins, p. 41 ss

Gabrielle STEFFEN, Droit aux soins et rationnement : approche d'une définition des soins nécessaires, Berne 2002 (cité Gabrielle STEFFEN, Droit aux soins et rationnement)

Tifaine STEGMÜLLER, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, Genève, Zurich, Bâle 2020

Dan Bastian TRAPP, Impfzwang: Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Gesundheitsvorsorgemassnahmen, *in*: Deutsches Verwaltungsblatt 2015, p. 11 ss

Marinette UMMEL, Aspects médico-légaux d'une expertise de recherche en paternité, *in*: Revue Médicale Suisse 2007, p. 2434 ss

John WILLIAMS, Dental Ethics Manual, Ferney-Voltaire 2007 (cité John WILLIAMS)

Sonia ZBINDEN LOPEZ, L'accès aux soins pour les personnes détenues, *in*: Jusletter du 27 janvier 2014

Procédure civile, Loi sur le Tribunal fédéral et Loi sur le droit international privé

Françoise BASTONS BULLETTI, Commentaire *ad* art. 308 et *ad* art. 319 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al. (éd.), Petit commentaire CPC, p. 1385 ss et p. 1423 ss

Samuel BAUMGARTNER et al, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10 éd., Berne 2018

Giorgio BERNASCONI, Commentario *ad* art. 296CPC, *in*: Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 2, Lugano 2017, p. 1816 ss

Björn BETTEX, L'expertise judiciaire, Berne 2006

François BOHNET, Commentaire *ad* art. 59 CPC et *ad* art. 60 CPC, *in* Commentaire romand CPC, p. 179 ss

François BOHNET, Actions civiles, Volume I : CC et LP, 2^e éd., Bâle 2019

François BOHNET, Procédure civile, 2e éd., Bâle 2014

François BOHNET, Lorenz DROESE, ZPO Zivilprozessordnung, Berne 2018

François Bohnet et al., Code de procédure civile – Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019 (cité Commentaire romand CPC)

Nicolas BRACHER, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozessrecht, Bâle 2011

Andreas BUCHER, Commentaire *ad art. 190 LDIP*, in: Andreas Bucher (éd.), *Loi sur droit international privé – Convention de Lugano*, Commentaire romand, Bâle 2011, p. 1669 ss

Isabelle CHABLOZ, Commentaire *ad art. 55 CPC* et *ad art. 58 CPC*, in: Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 244 ss et p. 263 ss

Isabelle CHABLOZ, Corinne COPT, Commentaire *ad art. 59 CPC*, *ad art. 60 CPC*, *ad art. 152 CPC*, *ad art. 156 CPC* et *ad art. 157 CPC*, in: Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 270 ss, p. 284 ss, p. 738 ss, p. 753 ss et p. 756 ss

Isabelle Chabloz et al. (éd.), *Petit commentaire - CPC Code de procédure civile*, Bâle 2021 (cité Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*)

Bernard CORBOZ et al., *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014

Jérôme DELABAYS, *Autorité parentale, droit de visite et procédure, quelques jurisprudences récentes*, in: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève, Zurich, Bâle 2012, p. 175 ss

Patricia DIETSCHY-MARTENET, Commentaire *ad art. 7 CPC* et *ad art. 296 CPC*, in: Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 53 ss et p. 1341 ss

Annette DOLGE, *Kommentar ad Art. 181 ZPO* et *ad Art. 183 ss ZPO*, in *Basler Kommentar ZPO*, p. 1013 ss et p. 1017 ss

Johanna DORMANN, *Kommentar ad Art. 105 BGG*, in: *Basler Kommentar BGG*, p. 1634 ss

Adrian DUMITRESCU, *Die Folgen fehlender Mitwirkung im Vaterschaftsprozess*, in *PJA/AJP* 2017, p. 826 ss

Jean-François DUMOULIN, *Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux*, in ; *Jusletter* du 18 janvier 2010

Anne-Sylvie DUPONT, *La procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale*, in: François Bohnet, Anne-Sylvie Dupont (éd.), *Le procès civil social*, Bâle, Neuchâtel 2018, p. 91 ss

Bernard DUTOIT, *Droit international privé suisse*, 5^e éd., Bâle 2016

Myriam GEHRI, *Kommentar ad Art. 59 ZPO*, in *Basler Kommenta ZPO*, p. 371 ss

Tarkan GÖKSU, Commentaire *ad art. 393 CPC*, in: Isabelle Chabloz et al., *Petit commentaire CPC*, p. 1697 ss

Roger GRONER, *Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren in Zivil- und Strafrecht*, Berne 2011

Florence GUILLAUME, *Droit international privé*, 4^e éd., Bâle 2018

Olivier Guillod, Rachel Christinat (éd.), *L'expertise médicale : 26^e journée de droit de la santé*, Berne 2021

Peter GUYAN, Kommentar *ad* Art. 152 ZPO, *ad* Art. 157 ZPO, *ad* Art. 169 ZPO et *ad* Art. 172 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 886 ss, p. 913 ss, p. 978 ss et p. 986 ss

Alexandre GUYAZ, Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'avocat, *in*: Christine Chappuis, Bénédicte Winiger (éd.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Genève, Zurich, Bâle 2011, p. 117 ss

Thomas HÄBERLI, Kommentar *ad* Art. 83 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1153 ss

Peter HAFNER, Kommentar *ad* Art. 168 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 969 ss

Jacques HALDY, Commentaire *ad* art. 3 CPC, *ad* art. 7 CPC, *ad* art. 55 CPC et *ad* art. 58 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 9 ss, p. 23 ss, p. 167 ss et p. 176 ss

Jacques HALDY, Procédure civile suisse, Bâle 2014

Julia HÄNNI, Lukas Xaver MEYER, Kommentar *ad* Art. 85 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1322 ss

Franz HASENBÖHLER, Kommentar *ad* Art. 152 ZPO, *ad* Art. 156 ZPO, *ad* Art. 157 ZPO, *ad* Art. 164 ZPO et *ad* Art. 167 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 1133 ss et p. 1164 ss, p. 1171 ss, p. 1245 ss et p. 1279 ss

Franz HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Band I, Zurich, Bâle, Genève 2015 et Band II, 2019 (cité Franz HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Band I ou II)

Bernd HAUCK, Kommentar *ad* Art. 247 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 1805 ss

Michel HEINZMANN, Commentaire *ad* art. 247 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 1170 ss

Laurent HIRSCH, Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international, *in*: Grégory Bovey et al., Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 375 ss

Fabienne HOHL, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, 2^e éd., Berne 2016 (cité Fabienne HOHL)

Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 66 CPC, 67 CPC, 69 CPC, 164 CPC, 165 CPC, 166 CPC, 167 CPC, *ad* art. 296 CPC, *ad* art. 308 CPC, *ad* art. 319 CPC et *ad* art. 343 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 243 ss, p. 246 ss, p. 259 ss, p. 768 ss, p. 771 ss, p. 777 ss, p. 785 ss, p. 1445 ss, p. 1495 ss, p. 1541 ss et p. 1623 ss

Nicolas JEANDIN, Aude PEYROT, Précis de procédure civile, Genève, Zurich, Bâle 2015

Kathrin KLETT, Elisabeth ESCHER, Kommentar *ad* Art. 72 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 905 ss

Guillaume JEQUIER, Tiers et procédure civile suisse, *in*: Alain Thévenaz (éd.), Les tiers, Berne 2018, p. 27 ss

Christoph LEUENBERGER, Beatrice UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2e éd., Berne 2016

Marie-Chantal MAY CANELLAS, Commentaire *ad* art. 66 CPC, *ad* art. 67 CPC et *ad* art. 69 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 319 ss, p. 325 ss et p. 340 ss

Stephan MAZAN, Daniel STECK, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 1767 ss

Laurent MERZ, Kommentar *ad* Art. 41 BGG, *in* Basler Kommentar BGG, p. 494 ss

Marcel Alexander Niggli et al. (éd.), Bundesgerichtsgesetz Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2018 (cité Basler Kommentar BGG)

Arnaud NUSSBAUMER, Commentaire *ad* art. 160 CPC, *ad* art. 163 CPC, *ad* art. 164 CPC et *ad* art. 167 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 779 ss ; 792 ss, p. 796 ss et p. 806 ss

Christian OETIKER, Kommentar *ad* Art. 190 IPRG, *in*: Markus Müller-Chen, Corinne Widmer-Lüchinger (éd.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 1846 ss

Denis PIOTET, Commentaire *ad* art. 343 CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 1506 ss

Peter REETZ, Stephanie THEILER, Kommentar *ad* Art. 308 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 2350 ss

Sven RÜETSCHI, Kommentar *ad* Art. 7 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 46 ss

Sven RÜETSCHI, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO et *ad* Art. 183 ZPO, *in*: Andreas Güngerich (éd.), Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Art. 150-352 ZPO, 400-406 ZPO, Band II, Berne 2012, p. 1743 ss et p. 1902 ss

Ernst SCHMID, Kommentar *ad* Art. 160 ZPO et *ad* Art. 167 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 930 ss et p. 967 ss

Markus SCHOTT, Kommentar *ad* Art. 97 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1538 ss

Jonas SCHWEIGHAUSER, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 2227 ss

Philippe SCHWEIZER, Commentaire *ad* art. 152 CPC, *ad* art. 156 CPC, *ad* art. 157 CPC, *ad* art. 168 CPC, *ad* art. 169 CPC, *ad* art. 172 CPC, *ad* art. 181 CPC, *ad* art. 183 ss CPC et *ad* art. 393 CPC, *in*: Commentaire romand CPC, p. 716 ss, p. 731 ss, p. 735 ss, p. 788 ss, p. 792 ss, p. 802 ss, p. 821 ss, p. 825 ss et p. 1811 ss

Hansjörg SEILER et al., Bundesgerichtsgesetz, 2e éd., Berne 2015

Karl SPÜHLER, Kommentar *ad* Art. 319 ZPO, *in* Basler Kommentar ZPO, p. 1925 ss

Karl SPÜHLER et al., Bundesgerichtsgesetz Praxiskommentar, 2e éd., Zurich, St-Gall 2013

Karl Spühler et al., Schweizerische Zivilprozessordnung Basler Kommentar, 3e éd., Bâle 2017 (cité Basler Kommentar ZPO)

Annette SPYCHER, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Andreas Güngerich (éd.), Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Art. 150-352 ZPO, 400-406 ZPO, Band II, Berne 2012, p. 2779 ss

Daniel STAEHELIN, Kommentar *ad* Art. 343 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 2756 ss

Thomas SUTTER-SOMM, Nicolas GUT, Kommentar *ad* Art. 6 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 13 ss

Thomas SUTTER-SOMM, Claude SCHRANK, Kommentar *ad* Art. 55 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 462 ss

Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Zurich, Bâle, Genève, 2016 (cité Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016

Jonas SCHWEIGHAUSER, Kommentar *ad* 296 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO 2016, p. 2227 ss

Denis TAPPY, Commentaire *ad* art. 247 CPC, *in*: Commentaire romand CPC 2019, p. 1154 ss

Christina TENCHIO, Kommentar *ad* Art. 66 ZPO et *ad* Art. 67 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 406 ss et p. 422 ss

Luca TENCHIO, Kommentar *ad* Art. 69 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 447 ss

Marc THOMMEN, Roberto FAGA, Kommentar *ad* Art. 78 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 985 ss

Francesco TREZZINI, Commentario *ad* art. 55 CPC, *ad* art. 59 CPC, *ad* art. 60 CPC, *ad* art. 67 CPC, *ad* art. 152 CPC, *ad* art. 156 CPC, *ad* art. 160 CPC, *ad* art. 164 CPC, *ad* art. 167 CPC, *ad* art. 183 ss CPC et *ad* art. 296 CPC, *in*: Francesco Trezzini et al., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2e éd., vol. 1, Lugano 2017, p. 157 ss, p. 222 ss, p. 257 ss, p. 300 ss, p. 791 ss, p. 860 ss, p. 940 ss, p. 970 ss et p. 1052 ss

Rita Trigo Trindade, Nicolas Jeandin (éd.), Unification de la procédure civile, Genève, Zurich, Bâle 2004

Felix UHLMANN, Kommentar *ad* Art. 93 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1476 ss

Beatrice VAN DE GRAAF, Kommentar *ad* Art. 296 ZPO, *in*: Paul Oberhammer et al. (éd.) ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Bâle 2014, p.

Dominik VOCK, Christoph NATER, Kommentar *ad* Art. 3 ZPO et *ad* Art. 7 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 36 s. et p. 61 ss

François VOUILLOZ, Commentaire *ad* art. 168 CPC, *ad* art. 169 CPC, *ad* art. 172 CPC, *ad* art. 181 CPC et *ad* art. 183 ss CPC, *in*: Isabelle Chabloz et al., Petit commentaire CPC, p. 809 ss, p. 815 ss, p. 826 ss, p. 855 ss et p. 860 ss

François VOUILLOZ, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), *in*: PJA/AJP 2009, p. 830 ss

Bernhard WALDMANN, Kommentar *ad* Art. 89 BGG, *in*: Basler Kommentar BGG, p. 1375 ss

Thomas WEIBEL, Kommentar *ad* Art. 183 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1368 ss

Thomas WEIBEL, Claudia WALZ, Kommentar *ad* Art. 169 ZPO, *ad* Art. 172 ZPO et *ad* Art. 181 ZPO, *in*: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), Kommentar ZPO, p. 1294 ss, p. 1313 ss et p. 1359 ss

Gian Reto ZINSLI, Kommentar *ad* Art. 343 ZPO, *in*: Basler Kommentar ZPO, p. 2043 ss

Droit civil et droit de la protection des données

Regina AEBI-MÜLLER, Vertretung bei medizinischen Massnahmen, *in*: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 133 ss

Kurt AFFOLTER, Kommentar *ad* Art. 450g ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB II, p. 2865 ss

Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT, Le placement à des fins d'assistance, *in*: Olivier Guillod et François Bohnet (éd.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Bâle et Neuchâtel 2012 (cité Laura AMEY, Rachel CHRISTINAT)

Bruno BAERISWYL, Kommentar *ad* Art. 4 DSG, *in*: Bruno Baeriswyl, Kurt Pärli (éd.), Datenschutzgesetz, Berne 2015, p. 50 ss

Eva Maria BELSER et al., Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht, Berne 2011

Bernhard BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3e éd., Berne 2018

Yvo BIDERBOST, Helmut HENKEL, Kommentar *ad* Art. 390 ZGB et *ad* Art. 398 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2321 ss et p. 2385 ss

Gabor BLECHTA, Kommentar *ad* Art. 3 DSG, *in*: Urs Maurer-Lambrou, Gabor Blechta (ed.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3e éd., Bâle 2014, p. 87 ss

Walter BOENTE, Zürcher Kommentar Zivilgesetzbuch – Art. 360-387 ZGB, Zurich, Bâle, Genève 2015 (cité Walter BOENTE, Zürcher Kommentar Der Erwachsenenschutz)

Mélanie BORD et al., Le droit à la connaissance de ses origines, Genève, Zurich, Bâle 2006

Christian BOVET, Stéphane GRODECKI, Commentaire *ad* art. 6 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 94 ss

Roland BREHM, Das Obligationenrecht – Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Artikel 41-61 OR, Berner Kommentar, 4e éd., Berne 2013, p. 255 ss

Peter BREITSCHMID, Kommentar *ad* Art. 307 ZGB, *ad* Art. 314b ZGB, *ad* Art. 314e ZGB et *ad* Art. 315 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1834 ss, p. 1883 ss, p. 1887 ss et p. 1890 ss

René BRIDLER, Jürg GASSMANN, La psychiatrie de demain: traitements forcés en mode ambulatoire ?, *in*: Revue de la protection des mineurs et des adultes ZKE/RMA 2011, p. 1 ss

Patrick BROZZO, Zwangsmedikation im Lichte der Revision des Vormundschaftsrechts unter besonderer Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung *in*: Bianka Dörr, Margot Michel (éd.), Biomedizinrecht, Zurich, St-Gall 200, p. 253 ss

Andreas BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e éd., Bâle 2009 (cité Andreas BUCHER)

Andrea BÜCHLER, Antonella SCHMUCKI, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, *in*: FamPra.ch 2020, p. 1 ss

Andrea BÜCHLER, Benjamin ENZ, Der persönliche Verkehr unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswillens, *in*: FamPra.ch 2018, p. 911 ss

Andrea BÜCHLER, Margot MICHEL, Commentaire *ad* art. 370 CC, *ad* art. 371 CC, *ad* art. 372 CC et *ad* art. 373 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 183 ss, p. 204 ss ; p. 210 ss et p. 220 ss

Andrea BÜCHLER, Nadine RYSER, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, *in*: FamPra.ch 2009, 1 ss

Andrea Büchler, Dominique Jakob (éd.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB Kurzkommentar, 2^e éd., Bâle 2018 (cité Andrea Büchler, Dominique Jakob (éd.))

Pio Caroni et al., (éd.), Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1-9 ZGB, Berne 2012

Guy CHAPPUIS, L'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré: une simple question d'arithmétique? Quelques considérations à la lumière des solutions apportées par le droit français, *in*: REAS 4/2006, p. 378 ss

April CHERRY, The Detention, Confinement and Incarceration of Pregnant Women for the Benefit of Fetal Health, *in*: Columbia Journal of Gender & Law 2007, p. 147 ss

Jeanine DE VRIES REILINGH, Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance, *in*: PJA/AJP 2003, p. 363 ss

Bianka DÖRR, Kommentar *ad* Art. 28 ZGB, *in*: Andrea Büchler, Dominique Jakob (éd.), p. 91 ss

Jean-François DUMOULIN, Privation de liberté à des fins d'assistance, mesures de contention et traitement forcé, *in*: Jacques Gasser, Bertrand Yersin (éd.), Prescrire la contrainte ?, Genève 2000, p. 35 ss

Thomas EICHENBERGER, Theres KOHLER, Kommentar *ad* Art. 373 ZGB, 377 ZGB, 378 ZGB, 379 ZGB et 380 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2198 ss, p. 2248 ss, p. 2254 ss, p. 2261 s. et p. 2262 ss.

Roland FANKHAUSER, Kommentar *ad* Art. 14 ZGB, *ad* 16 ZGB, *ad* 17 ZGB et *ad* Art. 18 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 182 ss, p. 189 ss, p. 206 ss et p. 209 ss

Patrick FASSBIND, Verfahren vor der KESB: Von der Gefährdungsmeldung bis zur Vollstreckung, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 2e éd., Berne 2016

Walter FELLMANN, Andrea KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I, Berne 2012

Christiana Fountoulakis et al. (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich, Bâle, Genève 2016

Ursula GADMER MÄGLI, Décisions relatives à la réanimation en matière de protection de l'enfant et de l'adulte, *in*: Revue de la protection des mineurs et des adultes ZKE/RMA 2017, p. 104 ss

Jürg GASSMANN, Die psychiatrische Patientenverfügung – Chancen für die Patientenautonomie – Grenzen ihrer Wirksamkeit, *in*: Roland Fankhauser et al. (éd.), Brennpunkt Familienrecht, Zurich, St-Gall 2017, p. 257 ss

Jürg GASSMANN, Kommentar *ad* Art. 379-380 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), Erwachsenenschutzrecht, 2e éd., Bâle 2015, p. 135 ss

Jürg GASSMANN, René BRIDLER, Fürsorgerische Unterbringung, *in*: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 329 ss

Clémence GAY, La nouvelle présomption de « parentalité » en faveur de l'épouse – Délimitations et conditions d'application, *in* : Jusletter du 4 avril 2022

Isabel Linda GEISSBERGER, Die fürsorgerische Unterbringung Minderjähriger de lege ferenda, *in*: FamPra.ch 2020, p. 287 ss

Thomas GEISER, Mario ETZENBERGER, Kommentar *ad* Art. 426 ss ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2595 ss

Thomas GEISER, Kommentar *ad* Art. 450e ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2849 ss

Thomas Geiser, Stephan Wolf (éd.), Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II, 6e éd., Bâle 2019 (cité Basler Kommentar ZGB II)

Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis (éd.), Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I, 6e éd., Bâle 2018 (cité Basler Kommentar ZGB I)

Thomas Geiser, Ruth Reusser (éd.), Basler Kommentar – Erwachsenenschutz, Bâle 2012 (cité Basler Kommentar Erwachsenenschutz)

Grégoire GEISSBÜHLER, Le droit des obligations, Vol. I : partie générale, Genève, Zurich, Bâle 2020

Michele GOODWIN, Fetal Protection Laws : Moral Panic and the New Constitutional Battlefield, *in*: California Law Review 2014, p. 781 ss

Sarah GROS, La capacité de discernement de l'adulte en droit privé : aspects matériels et procéduraux, Genève 2019 (cité Sarah GROS)

Markus GUGGENBÜHL, Kommentar *ad* Art. 33 ZGB, *in* Basler Kommentar ZGB I, p. 393 ss

Olivier GUILLOD, Droit des personnes, 4e éd., Neuchâtel 2015 (cité Olivier GUILLOD, Droit des personnes)

Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 252 ss CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1519 ss

Olivier GUILLOD, Commentaire *ad* art. 426 ss CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 666 ss

Olivier GUILLOD, Le curateur au ventre : une acception nouvelle ?, *in* : Olivier Guillod, Philippe Schweizer (éd.), Instants d'instances, Mélanges Jean Hoffmann, Neuchâtel 1992, p. 113 ss

Olivier GUILLOD, Sabrina BURGAT, Droit des familles, 5^e éd., Bâle 2018

Olivier GUILLOD, Agnès HERTIG PEA, Commentaire *ad* art. 378 CC, *ad* art. 379 CC et *ad* art. 380 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 278 ss, p. 292 ss et p. 296 ss

Raphaël HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zurich, Bâle, Genève 2007

Heinz HAUSHERR, Regina AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5^e éd., Berne 2020 (cité Heinz HAUSHERR, Regina AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des ZGB)

Heinz HAUSHERR et al., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6^e éd., Berne 2018 (cité Heinz HAUSHERR et al., Das Familienrecht des ZGB)

Anne HERITIER LACHAT, Commentaire *ad* art. 419 CO, *in*: Commentaire romand CO I, p. 2563 ss

Sandra HOTZ, Kommentar *ad* Art. 27 ZGB, *in*: Andrea Büchler, Dominique Jakob (éd.), p. 84 ss

Claire HUGUENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 3e éd., Zurich. Bâle, Genève 2019

Claire HUGUENIN, Christophe REITZE, Kommentar *ad* Art. 27 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB, p. 271 ss

Nicolas JEANDIN, Commentaire *ad* art. 28 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 243 ss (cité Nicolas JEANDIN, Commentaire romand CC I)

Martin KESSLER, Kommentar *ad* Art. 44 OR, *in*: Basler Kommentar OR I, p. 398 ss

Vera KLING, Gutachen in Familienrecht: Sind Standards notwendig ?, *in*: FamPra.ch 2009, p. 612 ss

Tim KÖBRICH, Patientenverfügung, *in*: Christiana Fountoulakis et al. (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich, Bâle, Genève 2016, p. 81 ss

Maryam KOHLER-VAUDAUX, Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître, Genève, Zurich, Bâle 2006

Alfred KOLLER, OR AT – Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Berne 2017

Thomas KOLLER, Kommentar *ad* Art. 6 ZGB, *in*: Pio Caroni et al., (éd.), Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1-9 ZGB, Berne 2012, p. 847 ss

Flavio LARDELLI, Meinrad VETTER, Kommentar *ad* Art. 6 et *ad* art. 8 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 113 ss et p. 124 ss

Audrey LEUBA, Commentaire *ad* art. 274 CC et *ad* art. 275 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1719 ss et p. 1730 ss

Audrey LEUBA, Micaela VAERINI, Introduction aux art. 382-387 CC et commentaire *ad* art. 382 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 307 ss et p. 317 ss

Audrey Leuba et al. (éd.), CommFam Protection de l'adulte, Berne 2013 (cité CommFam Protection de l'adulte)

Bettina LIENHARD, Kurt AFFOLTER, Kommentar *ad* Art. 327c ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1966 ss

Dominique MANAI, Commentaire *ad* art. 31 et *ad* art. 33 CC, *in* ; Commentaire romand CC I, p. 333 ss et p. 342 ss

Luca MARANTA, Vorbemerkungen zu Art. 443-450g ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2707 ss

Luca MARANTA et al., Kommentar *ad* Art. 443 ss ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2716 ss

Sylvain MARCHAND, Commentaire *ad* art. 27 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 229 ss (cité Sylvain MARCHAND, *in*: Commentaire romand CC I)

Urs MAURER-LAMBROU, Andrea STEINER, Kommentar *ad* Art. 4 DSG, *in*: Urs Maurer-Lambrou, Gabor Blechta (ed.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3e éd., Bâle 2014, p. 120 ss

Philippe MEIER, Droit de la protection de l'adulte, Genève, Zurich, Bâle 2016 (cité Philippe MEIER)

Philippe MEIER, Commentaire *ad* art. 390 CC et *ad* art. 398 CC, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 379 ss et p. 480 ss

Philippe MEIER, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *in*: FamPra.ch 2012, 255 ss

Philippe MEIER, Protection des données - Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011

Philippe MEIER, Commentaire *ad* art. 307 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 1876 ss

Philippe MEIER, Martin STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2019 (cité Philippe MEIER, Martin STETTLER)

Philippe MEIER, Estelle de LUZE, Droit des personnes, Articles 11-89a CC, Genève, Zurich, Bâle 2014 (cité Philippe MEIER, Estelle de LUZE)

Philippe MEIER, Suzana LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genève, Zurich et Bâle 2011 (cité Philippe MEYER, Suzana LUKIC)

Andreas MEILI, Kommentar *ad* Art. 28 ZGB, *in*: Thomas GEISER, Christiana Fountoulakis (éd.), Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Bâle 2018, p. 284 ss (cité Andreas MEILI, Basler Kommentar ZGB)

Margot Regula MICHEL, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Bâle 2009

Christoph MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013

David OSER, Rolf WEBER, Kommentar *ad* Art. 419 OR, *in*: Basler Kommentar OR I, p. 2952 ss

Ursina PALLY HOFMANN, Die gesetzliche Regelung von medizinischen Eingriffen zugunsten des Nasciturus, *in*: PJA/AJP 2008, p. 855 ss

Frank PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Zurich, St-Gall 2008

Pascal PICHONNAZ, Le devoir du lésé de diminuer son dommage, *in*: La fixation de l'indemnité, colloque de l'Université de Fribourg, Berne 2004, p. 109 ss

Pascal Pichonnaz, Bénédicte Foëx (éd.), Code civil I, Art. 1-359 CC, Commentaire Romand, Bâle 2010 (cité Commentaire romand CC I)

Denis PIOTET, Commentaire *ad* art. 8 CC, *in*: Commentaire romand CC I, p. 114 ss

Denis PIOTET, Droit cantonal complémentaire, Traité de droit privé, vol. I, Tome II, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998

Mauro POGGIA, Responsabilité médicale: questions choisies, *in*: Franz Werro, Pascal Pichonnaz, Le préjudice corporel : bilan et perspectives, Berne 2009, p. 203 ss

Daniel ROSCH, Art. 437 ZGB – kantonales Einfalltor für medizinische Zwangsmassnahme?, *in*: Roland Fankhauser et al. (éd.), Brennpunkt Familienrecht, Zurich, St-Gall 2017, p. 461 ss

Daniel ROSCH, Kommentar *ad* Art. 426 ss ZGB, *ad* Art. 443 ZGB, *ad* Art. 448 ZGB, *ad* Art. 449 ZGB et *ad* Art. 449a ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), Erwachsenenschutzrecht, 2e éd., Bâle 2015, p. 313 ss, p. 443 ss, p. 490 ss, p. 499 ss et p. 501 ss

Daniel Rosch et al. (éd.), Erwachsenenschutzrecht, 2e éd., Bâle 2015

Beat RUDIN, Kommentar *ad* Art. 3 DSG, *in*: Bruno Baeriswyl, Kurt Pärli (éd.), Datenschutzgesetz, Berne 2015, p. 29 ss

Cornelia RÜEGGER et al., Les signalements de personnes âgées en droit de la protection de l'adulte : qui signale quoi et pourquoi (pas) ?, *in*: Revue de la protection des mineurs et des adultes ZKE/RMA 2017, p. 475 ss

Hermann SCHMID, Erwachsenenschutz Kommentar, Zurich, St-Gall 2010

Yvo SCHWANDER, Kommentar *ad* Art. 560 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB II, p. 569 ss

Alyson SCHWARTZ, Dangerous or just pregnant ? How Sanism & Biases Infect the Dangerousness Determination in the Civil Commitment of Pregnant Women, *in*: Indiana Journal of Law and Social Equality 2015, p. 233 ss

Rainer SCHWEIZER, David RECHSTEINER, Grund- und menschlicher Datenschutz, *in*: Nicolas Pasadelis et al., Datenschutzrecht, Bâle 2015, p. 41 ss;

Ingeborg SCHWENZER, Michelle COTTIER, Kommentar *ad* Art. 275 ZGB, *ad* Art. 298 ZGB et *ad* Art. 304-305 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1628 ss, p. 1764 ss et p. 1824 ss

Tim STAVRO-KÖBRICH, Daniel STECK, Kommentar *ad* Art. 382 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB II, p. 2268 ss

Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 446 ZGB, *ad* Art. 450f ZGB et *ad* Art. 450g ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 462 ss, p. 561 ss et p. 570 ss

Daniel STECK, Commentaire *ad* art. 443 ss CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 824 ss

Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014 (cité Paul-Henri STEINAUER, Christiana FOUNTOULAKIS)

Ingeborg SCHWENZER, Michelle COTTIER, Kommentar *ad* Art. 304-305 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 1824 ss

Pierre TERCIER, Pascal PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 6e éd., Genève, Zurich, Bâle 2019

Alain THEVENAZ, *La protection contre soi-même*, Berne 1997

Luc Thévenoz, Franz Werro (éd.), *Code des obligations I*, art. 1-529 CO, *Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité *Commentaire romand CO I*)

Henri TORRIONE, *Le préjudice d'être né – Quelques réflexions à propos de l'ATF 132 III 359*, *in*: HAVE/REAS 4/2006, p. 388 ss

Marinette UMMEL, *Testament et mesures anticipées dans le domaine médical*, *in*: Romano La Harpe et al., p. 295 ss

Peter TUOR, Bernhard SCHNYDER et al., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14 éd., Zurich, Bâle, Genève 2015 (cité Peter TUOR, Bernhard SCHNYDER et al.)

Urs VOGEL, Kommentar *ad* Art. 442 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB I, p. 2696 ss

Hans Peter WALTHER, Kommentar *ad* Art. 8 ZGB, *in*: Pio Caroni et al. (éd.), *Berner Kommentar Einleitung Art. 1-9 ZGB*, Berne 2012, p. 1041 ss

Stefan WEBER et al., *Der Personenschaden und seine Berechnung*, *in*: Stefan Weber, Peter Münch, *Haftung und Versicherung*, Bâle 2015

Franz WERRO, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Berne 2017

Franz WERRO, Commentaire *ad* art. 44 CO, *in*: *Commentaire romand CO I*, p. 415 ss

Franz WERRO, Irene SCHMIDLIN, Commentaire *ad* art. 16 CC, *in*: *Commentaire romand CC I*, p. 168 ss

Diana WIDER, Kommentar *ad* Art. 442 ZGB, *in*: Daniel Rosch et al. (éd.), *Erwachsenenschutzrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 433 ss

Diana WIDER, Commentaire *ad* art. 442 CC, *in*: *CommFam Protection de l'adulte*, p. 814 ss

Corinne Widmer Lüchinger, David Oser (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020 (cité Basler Kommentar OR I)

Stefan WOLF, Yannick MINNIG, Familienrecht, Bâle 2021

Sabine WYSS, Kommentar *ad* Art. 370 ZGB et *ad* Art. 372 ZGB, *in*: Basler Kommentar ZGB, p. 2176 ss et p. 2186 ss

Sabine WYSS, Kommentar *ad* Art. 370 ZGB et *ad* Art. 372 ZGB, *in*: Basler Kommentar Erwachsenenschutz, p. 88 ss et p. 97 ss

Procédure pénale et mesures policières

Raphaël ARN, Nicole SAURER et al., Organisation des autorités pénales cantonales et fédérales et dispositions d'application en matière pénale, Bâle 2011

Jürg BÄHLER, Kommentar *ad* Art. 164 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 1286 ss

Yasmina BENDANI, Commentaire *ad* art. 106 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 525 ss

Felix BOMMER, Kommentar *ad* Art. 374 StPO et *ad* Art. 375 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2865 ss et p. 2877 ss

Felix BOMMER, Ariane KAUFMANN, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2015, p. 873 ss

Jérôme BENEDICT, Commentaire *ad* art. 140 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 831 ss

Richard CALAME, Commentaire *ad* art. 381 CPP et *ad* art. 382 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2437 ss et p. 2440 ss

Sandra CHARVET, Les conditions de mise en œuvre d'un prélèvement d'ADN lors d'enquêtes de grande envergure et recours contre cette décision (art. 256 CPP), *in*: Jusletter du 21 septembre 2015

Gregor CHATTON, Gaétan DROZ, Commentaire *ad* art. 208 CPP et *ad* art. 209 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1335 ss et p. 1343 ss

Philippe DELACRAUSAZ, L'expertise psychiatrique pénale aujourd'hui: quelle place pour la psychologie ?, *in*: Bertrand Perrin et al. (éd.), Droit pénal et criminologie, Mélanges en l'honneur de Nicolas Quéloz, Bâle 2020, p. 61 ss

Coralie DEVAUD, Commentaire *ad* art. 154 CPP et *ad* art. 155 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 987 ss 994 s.

Andreas DONATSCH, Kommentar *ad* Art. 164 StPO, *ad* Art. 182 StPO, *ad* Art. 183 StPO, *ad* Art. 185 StPO et *ad* Art. 186 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. I, p. 1223 ss, p. 1359 ss, p. 1375 ss, p. 1404 ss et p. 1414 ss

Andreas Donatsch et al. (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, Art. 1-195 StPO et Art. 196-457 StPO, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2020 (cité Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. I ou II)

Nathalie DONGOIS, Place et incidence de l'expertise de crédibilité dans la procédure pénale, *in*: PJA/AJP 2020, p. 1121 ss

Nathalie DONGOIS, Commentaire *ad art.* 164 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1040 ss

Marc ENGLER, Kommentar *ad Art.* 114 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 787 ss

Luzius EUGSTER, Kommentar *ad Art.* 398 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2997 ss

Mirjam FREI, Simone ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, Kommentar *ad Art.* 234 StPO et *ad Art.* 235 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1844 ss et p. 1847 ss

Christoph FRICKER, Stefan MAEDER, Kommentar *ad Art.* 255 StPO, *ad Art.* 257 StPO, *ad Art.* 258 StPO et *ad Art.* 259 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1974 ss, p. 1997 et p. 1997 s.

Cyrielle FRIEDRICH, Les sciences et les techniques comme moyens de preuve dans la procédure pénale : aspects techniques et juridiques de ces moyens de preuve, Genève 2016

Michaël GEIGER, Eduardo REDONDO et al., DPMin Droit pénal des mineurs, Petit commentaire, Bâle 2019

Diego GFELLER, Sabrina GFELLER, Kommentar *ad Art.* 249 StPO et *ad Art.* 250 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1892 ss et p. 1898 ss

Gwladys GILLIERON, Martin KILLIAS, Commentaire *ad art.* 352 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2229 ss

Sabine GLESS, Kommentar *ad Art.* 140 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 1037 ss

Peter Gomm, Dominik Zehntner (éd.), Opferhilferecht, 4e éd., Berne 2020

Olivier GUENIAT et al., Commentaire *ad art.* 249 CPP, *ad art.* 250 CPP, *ad art.* 251 CPP, *ad art.* 252 CPP et *ad art.* 253 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1590 ss, p. 1592 ss, p. 1595 ss, p. 1599 s. et p. 1600 ss

Patrick GUIDON, Kommentar *ad Art.* 393 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2937 ss

Charles HAENNI, Kommentar *ad Art.* 251 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1903 ss

Thomas HANSJAKOB, Damian GRAF, Kommentar *ad Art.* 249 StPO, *ad Art.* 250 StPO, *ad Art.* 251 StPO, *ad Art.* 253 StPO, *ad Art.* 255 StPO, *ad Art.* 256 StPO, *ad Art.* 257 StPO, *ad Art.* 258 StPO, *ad Art.* 259 StPO et *ad Art.* 260 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1972 ss, p. 1977 ss, p. 1983 ss, p. 1992 ss, p. 2006 ss, p. 2019 ss, p. 2024 ss, p. 2028, p. 2029 et p. 2030 ss

Matthias HÄRRI, Kommentar *ad Art.* 234 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1715 ss

Robert HAUSER, Erhard SCHWERI et al., Schweizerisches Strafprozessrecht, 6e éd., Bâle 2005

Marc HENZELIN, Sonja MAEDER MORVANT, Commentaire *ad art.* 16 et 19 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 116 ss et p. 126 ss

Marianne HEER, Kommentar *ad* Art. 182 StPO, *ad* Art. 183 StPO, *ad* Art. 185 StPO, *ad* Art. 186 StPO et *ad* Art. 363 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 1391 ss, p. 1403 ss, p. 1440 ss, p. 1455 ss et vol. II, p. 2793 ss

Michel HOTTELIER, Commentaire *ad* art. 3 CPP et *ad* art. 11 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 21 ss et p. 94 ss

Yvan JEANNERET, André KUHN, Précis de procédure pénale, 2e éd., Berne 2018 (cité Yvan JEANNERET, André KUHN)

Yvan Jeanneret et al. (éd.), Code de procédure pénale suisse, commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019 (cité Commentaire romand CPP)

Andreas KELLER, Kommentar *ad* Art. 16 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. I, p. 961 ss

Andreas KESSLER, Kommentar *ad* Art. 393 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 3235 ss

Daniel KIPFER, Kommentar *ad* Art. 19 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 226 ss

Marlène KISTLER VIANIN, Commentaire *ad* art. 398 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2533 ss

Henriette KÜFFER, Kommentar *ad* Art. 106 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 727 ss

Viktor LIEBER, Kommentar *ad* Art. 114 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. I, p. 745 ss

Alain MACALUSO, Commentaire *ad* art. 114 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 587 ss

Josiane MAGNIN, Die Polizei : Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, Zurich, Bâle, Genève 2017

Markus MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Bâle 2012

Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND, CPP code de procédure pénale – Petit commentaire, 2^e éd., Bâle 2016 (cité Laurent MOREILLON, Aude PAREIN-REYMOND)

Marcel Alexander Niggli et al. (éd.), Schweizerische Strafprozessordnung - Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO et Art. 196-457 StPO, 2^e éd., Bâle 2014 (cité Basler Kommentar StPO vol. I ou vol. II)

Thomas NOLL, Behandelbarkeit von dissozialen und Sexualstraftätern gemäss Schweizerischem Strafgesetzbuch, *in*: Bertrand Perrin et al. (éd.), Droit pénal et criminologie, Mélanges en l'honneur de Nicolas Quéloz, Bâle 2020, p. 71 ss

Eva NOVAK, Phänotypisierung : Bundesrat will neue Methoden für Ermittlungen nutzbar machen, *in*: RSJ/SJZ 3/2021, p. 152

Niklaus OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4^e éd., Berne 2020

Gérard PIQUEREZ, Alain MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2011 (cité Gérard PIQUEREZ, Alain MACALUSO)

Nicolas QUELOZ, Linda MANTELLI RODRIGUEZ, Commentaire *ad art.* 374 CPP et *ad art.* 375 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2392 ss et p. 2404

Marc REMY, Droit des mesures policières, Genève, Bâle, Zurich 2008

Franz RIKLIN, Kommentar *ad Art.* 352 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2674 ss

Sandrine ROHMER, Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée – Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique, Genève, Zurich, Bâle 2006 (cité Sandrine ROHMER)

Sandrine ROHMER, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad art.* 255 CPP, *ad art.* 256 CPP et *ad art.* 260 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1607 ss, p. 1622 ss et p. 1639 ss

Christian ROTEN, Michel PERRIN, Commentaire *ad art.* 363 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2309 ss

Peter RÜEGGER, Kommentar *ad Art.* 208 StPO et *ad Art.* 209 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1535 ss et p. 1537 ss

Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3^e éd., Zurich, St-Gall 2017 (cité Niklaus SCHMID, Daniel JOSITSCH)

Marianne SCHWANDER, Das Opfer im Strafrecht, 3e éd., Berne 2010

Bernhard STRÄULI, Commentaire *ad art.* 393 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 2478 ss

Hanspeter USTER, Kommentar *ad Art.* 16 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 219 ss

Brigitte TAG, Kommentar *ad Art.* 11 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 194 ss

Jürg Marcel TIEFENTHAL, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zurich, Bâle, Genève 2018

Marc THOMMEN, Kommentar *ad Art.* 3 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 17 ss

Baptiste VIREDAZ, Commentaire *ad art.* 234 CPP et *ad art.* 235 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1497 ss et p. 1501 ss

Baptiste VIREDAZ, Stephan JOHNER, Commentaire *ad art.* 196 CPP, *ad art.* 197 CPP et *ad Art.* 200 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1247 ss, p. 1249 ss et p. 1261 ss

Joëlle VUILLE, Commentaire *ad art.* 182 CPP, *ad art.* 183 CPP, *ad art.* 185 CPP et *ad art.* 186 CPP, *in*: Commentaire romand CPP, p. 1139 ss, p. 1155 ss, p. 1187 ss et p. 1200 ss

Joëlle VUILLE, Ce que la justice fait dire à l'ADN (et ce que l'ADN ne dit pas vraiment), étude qualitative de l'évaluation de la preuve par ADN dans le système judiciaire pénal suisse, Lausanne 2011

Jonas WEBER, Kommentar *ad* Art. 196 StPO, *ad* Art. 197 StPO et *ad* Art. 200 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1495 ss, p. 1499 ss et p. 1512 ss

Ulrich WEDER, Kommentar *ad* Art. 208 StPO et *ad* Art. 209 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1620 ss et p. 1624 ss

Stefan WEHRENBURG, Kommentar *ad* Art. 155 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. I, p. 1222 ss

Bruno WERLEN, Kommentar *ad* Art. 260 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2000 ss

Wolfgang WOHLERS, Kommentar *ad* Art. 140 StPO et *ad* Art. 155 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. I, p. 961 ss et p. 1130 ss

Martin ZIEGLER, Stefan KELLER, Kommentar *ad* Art. 381 StPO et *ad* Art. 382 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 2906 ss et p. 2911 ss

Sven ZIMMERLIN, Kommentar *ad* Art. 196 StPO, *ad* Art. 197 StPO et *ad* Art. 200 StPO, *in*: Andreas Donatsch et al., Kommentar StPO vol. II, p. 1531 ss, p. 1541 ss et p. 1559 s.

Ulrich ZOLLINGER, Géraldine KIPFER, Kommentar *ad* Art. 253 StPO, *in*: Basler Kommentar StPO vol. II, p. 1938 ss

Droit pénal et exécution des peines et mesures

Yasmina BENDANI, Commentaire *ad* art. 92 CPS, *in*: Commentaire romand CPS I, p. 1356 ss

Felix BOMMER, Kommentar *ad* Art. 20 StGB et *ad* Art. 263 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I et StGB II, p. 339 ss et p. 4645 ss

Felix BOMMER, Volker DITTMAN, Kommentar *ad* Art. 19 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 296 ss

Markus BOOG, Kommentar *ad* Art. 318 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB II, p. 5437 ss
Benjamin BRÄGGER, Kommentar *ad* Art. 74 StGB, 75 StGB et *ad* Art. 76, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 1921 ss, p. 1927 ss et p. 1956 ss

Benjamin BRÄGGER, Tanja ZANGGER, Freiheitsentzug in der Schweiz, Berne 2020

Benjamin Brägger, Joëlle Vuille (éd.), Lexique pénitentiaire suisse – De l’arrestation provisoire à la libération conditionnelle, Bâle 2016

Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I et II, 3e éd., Berne 2010 (cité Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I ou vol. II)

François CHANSON, Baptiste VIREDAZ, Commentaire *ad* art. 380a CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 2545 ss

Benoît CHAPPUIS, Commentaire *ad* art. 321 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 2156 ss

Philippe DELACRAUSAZ, Nicolas QUELOZ, La notion de « grave trouble mental », *in*: Bulletin des médecins suisses 2016, 1015 ss

Andrea DONATSCH, Strafrecht III, 11^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2018

Nathalie DONGOIS, Commentaire *ad art. 10 CPS*, in: Commentaire romand CP I, p. 160 ss

Michel Dupuis et al. (éd.), CP Code Pénal – Petit Commentaire, 2^e éd., Bâle 2017 (cité Michel Dupuis et al.)

Gian EGE, Kommentar *ad Art. 127 StGB*, in: Damian Graf (éd.), StGB Annotierter Kommentar, Berne 2020

Frédéric ERARD, Le secret médical, Etude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021

Christopher GETH, Rechtsmittel gegen selbständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts nach Art. 363 ff. StPO, in: AJP/PJA 3/2011, p. 313 ss

Olivier GUILLOD, Dominique SPRUMONT, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, in: Jusletter du 8 novembre 2010

Marianne HEER, Kommentar *ad Art. 56 StGB*, *ad Art. 56a StGB*, *ad Art. 57 StGB*, *ad Art. 58 StGB*, *ad Art. 61 StGB*, *ad Art. 62 StGB*, *ad art. 62c StGB*, *ad art. 62d StGB*, *ad Art. 63a StGB*, *ad art. 64a StGB*, *ad 64d StGB*, *ad art. 65 StGB*, *ad Art. 90 StGB* et *ad Art. 380a StGB*, in: Basler Kommentar StGB I ou II, p. 1135 ss, p. 1210 ss, p. 1213 ss, p. 1363 ss, p. 1391 ss, p. 1431 ss, p. 1452 ss, p. 1509 ss, p. 1609 ss, p. 1635 ss, p. 2115 ss et p. 5925 ss

Marianne HEER, Kriterien für eine Umschreibung der Schwere einer psychischen Störung gemäss Art. 59 und Art. 63 StGB, in: Marianne Herr et al. (éd.), Die Schwere psychische Störung als Voraussetzung von therapeutischen Massnahmen, Berne 2019, p. 25 ss

Marianne HEER, Elmar HABERMEYER, Kommentar *ad Art. 59 StGB*, *ad Art. 60 StGB* et *ad Art. 64 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 1221 ss et p. 1337 ss et p. 1533 ss

José HURTADO POZO, Thierry GODEL, Droit pénal général, 3^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2019 (cité José HURTADO POZO, Thierry GODEL)

José HURTADO POZO, Federico ILLANEZ, Commentaire *ad art. 117 CPS*, in: Commentaire romand CP II, p. 39 ss

Martino IMPERATORI, Kommentar *ad Art. 94 StGB*, *ad Art. 95 StGB*, *ad Art. 372 StGB*, *ad Art. 377 StGB*, *ad Art. 378 StGB* et *ad Art. 379 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 2177 ss et p. 2185 ss et in: Basler Kommentar StGB II, p. 5868 ss, p. 5902 ss, p. 5908 ss et p. 5913 ss

Daniel JOSITSCH et al., Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9e éd., Zurich, Bâle, Genève 2018

Anne JUNG, Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel : Suisse et Belgique, Genève, Zurich, Bâle 2008

Martin KILLIAS et al., Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2^e éd., Berne 2017 (cité Martin KILLIAS et al.)

Cornelia KOLLER, Kommentar *ad Art. 80 StGB*, *ad Art. 87 StGB*, *ad Art. 89 StGB* et *ad Art. 92 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 2032 ss, p. 2104 ss, p. 2108 ss et p. 2139 ss

André KUHN, Joëlle VUILLE, Commentaire *ad art. 44 CPS, ad art. 46 CPS, ad art. 87 CPS et ad art. 89 CPS*, in: Commentaire romand CP I, p. 629 ss, p. 635 ss, p. 1313 ss et p. 1318 ss

Chris LEHNER, Das Kriterium der schweren psychischen Störung – Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, in: Marianne Herr et al. (éd.), Die Schwere psychische Störung als Voraussetzung von therapeutischen Massnahmen, Berne 2019, p. 85 ss

Michael LIEBRENZ et al., Art. 59 StGB: Zur Platzierung von Patient*innen im Kanton Bern, in Jusletter du 11 janvier 2021

Paul LOGOZ, Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie générale (art. 1 à 110), 2e éd., Neuchâtel, Paris 1976

Maria LUDWICZAK GLASSEY et al., Commentaire *ad art. 56 CPS, ad art. 56a CPS, ad art. 57 CPS et ad art. 58 CPS*, in: Commentaire romand CP I, p. 785 ss, p. 803 ss, p. 806 ss et p. 812 s. (cité Maria LUDWICZAK GLASSEY et al.)

Alain Macaluso et al. (éd.), Code Pénal II, Commentaire romand, Bâle 2017 (cité Commentaire romand CP II)

Stefan MAEDER, Kommentar *ad Art. 127 StGB et ad Art. 128 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 2696 ss et p. 2710 ss

Patricia MEYLAN, La capacité pénale – Le concept de Carl Stooss (1893) et sa continuité dans le Code pénal suisse, Bâle 2019

Gilles MONNIER, Commentaire *ad art. 14 CPS*, in: Commentaire romand CP I, p. 175 ss

Laurent MOREILLON, Commentaire *ad art. 19 CPS et ad art. 263 CPS*, in: Commentaire romand CP I, p. 295 ss et p. 1447 ss

Laurent Moreillon et al. (éd.), Code Pénal I, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2021 (cité Commentaire romand CP I)

Marcel Alexander NIGGLI, Kommentar *ad Art. 10 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 99 ss

Marcel Alexander NIGGLI, Carola GÖHLICH, Kommentar *ad Art. 14 StGB et ad Art. 17 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 242 ss et p. 264 ss

Marcel Alexander NIGGLI, Stefan MAEDER, Kommentar *ad Art. 21 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 360 ss

Marcel Alexander Niggli, Hans Wiprächtiger (éd.), Strafrecht I et Strafrecht II, Basler Kommentar, 4e éd., Bâle 2019 (cité Basler Kommentar StGB I ou II)

Gérard NIVEAU, Evaluation de la dangerosité et du risque de récidive, Paris 2011

Thomas NOLL, Kommentar *ad Art. 85 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 2077 ss

Niklaus OBERHOLZER, Kommentar *ad Art. 320 StGB et ad Art. 321 StGB*, in: Basler Kommentar StGB, p. 5451 ss et p. 5457 ss

- Esther OMLIN, Kommentar *ad* Art. 387 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB II, p. 5988 ss
- François PAYCHERE, Commentaire *ad* art. 387 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 2581 ss
- Marc PELLET, Commentaire *ad* art. 48 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 674 ss
- Blaise PEQUIGNOT, Contribution *ad* « Concordats », *in*: Benjamin Brägger, Joëlle Vuille (éd.), Lexique pénitentiaire suisse – De l’arrestation provisoire à la libération conditionnelle, Bâle 2016, p. 95 ss
- Camille PERRIER DEPEURSINGE, Ryan GAUDERON, Commentaire *ad* art. 21 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 321 ss
- Camille PERRIER DEPEURSINGE, Jade REYMOND, Commentaire *ad* art. 62b CPS, *ad* art. 62c CPS et *ad* art. 62d CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 873 ss, p. 876 ss et p. 885 ss
- Michel PERRIN et al., Commentaire *ad* art. 94 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 1392 ss
- Nicolas QUELOZ, Commentaire *ad* art. 59 CPS et *ad* art. 60 CPS, *in*: Commentaire romand CPS I, p. 813 ss et p. 834 ss
- Nicolas QUELOZ, Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad* art. 63, *ad* art. 63a CPS et *ad* art. 63c CPS, *in*: Commentaire romand CPS I, p. 894 ss, p. 905 ss et p. 911 ss
- Nicolas QUELOZ, Marco TRAGLIA, Commentaire *ad* art. 64a CPS et *ad* art. 64b CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 948 ss et p. 957 ss
- Nicolas QUELOZ, Belkiz BALCIN RENKLICICEK, Commentaire *ad* art. 64 CPS, *ad* art. 64 al. 1bis CPS et *ad* art. 64c CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 921 ss, p. 940 ss et p. 963 ss
- Nicolas QUELOZ, Frédérique BÜTIKOFER REPOND, Commentaire *ad* art. 61 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 841 ss
- Nicolas QUELOZ, Rémy MUNYANKINDI, Commentaire *ad* art. 119 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 57 ss
- Nicolas QUELOZ, Philippe DELACRAUSAZ, Difficultés et limites de l’art. 59 CPS : traitement institutionnel des troubles mentaux, *in*: Daniel Jositsch et al. (éd.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich, Bâle, Genève 2017, p. 191 ss
- Nicolas Queloz et al. (éd.), Verletzlichkeit und Risiko im Justizvollzug – Vulnérabilité et risques dans l’exécution des sanctions pénales, Berne 2015
- Nicolas Queloz et al. (éd.), Gefängnis als Klinik ? Prison – asile ?, Berne 2008
- Nicolas Queloz et al. (éd.), Medizin und Freiheitsentzug – Médecine et détention, Berne 2002
- Marc REMY, Commentaire *ad* art. 125 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 18 ss
- Franz RIKLIN, Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge, *in*: Nicolas Quéloz et al. (éd.), Médecine et détention, Berne 2002, p. 45 ss

Franz RIKLIN, Bettina MEZ, Gefängnismedizin und Strafjustiz, eine unheilvolle Verbindung – Médecine pénitentiaire et justice pénale, Frères ennemis ?, Berne 2012

Andreas ROTH, Tornike KESHELAVA, Kommentar *ad* Art. 125 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2676 ss

Edy SALMINA, Mario POSTIZZI, Commentaire *ad* art. 318 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 2128 ss

Roland SCHNEIDER, Roy GARRE, Kommentar *ad* Art. 44 StGB et *ad* Art. 46 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 776 ss et p. 791 ss

Christian SCHWARZENEGGER, Aurelia GURT, Kommentar *ad* Art. 117 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2553 ss

Christian SCHWARZENEGGER, Stefan HEIMGARTNER, Kommentar *ad* Art. 119 StGB, *in*: Basler Kommentar StGB I, p. 2606 ss

Aurélien STETTLER, Commentaire *ad* art. 127 CPS et *ad* art. 128 CPS, *in*: Commentaire romand CP II, p. 132 ss et p. 140 ss

Günter STRATENWERTH, Felix BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II : Strafen und Massnahmen, 3^e éd., Berne 2020 (cité Günther STRATENWERTH, Felix BOMMER)

Bernhard STRÄULI, Commentaire *ad* art. 20 CPS, *in*: Commentaire romand CP I, p. 305 ss

Brigitte TAG, Strafrechtliche Beurteilung eines HIV-Tests ohne Informed Consent, *in*: Jusletter du 26 novembre 2012

Marc THOMMEN, Nur noch Psychiater als Gutachter (BGE 140 IV 49), *forum*poenale 1/2015, p. 14 ss

Stefan TRECHSEL, Kommentar *ad* Art. 64c StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 446 ss

Stefan TRECHSEL, Barbara PAUEN BORER, Kommentar *ad* Art. 56 StGB, *ad* Art. 56a StGB, *ad* Art. 57 StGB, *ad* Art. 58 StGB, *ad* Art. 59 StGB, *ad* Art. 60 StGB, *ad* Art. 61 StGB, *ad* Art. 62 StGB, *ad* Art. 62a StGB, *ad* Art. 62b StGB, *ad* Art. 62c StGB, *ad* Art. 63 StGB, *ad* Art. 63a StGB, *ad* Art. 63b StGB, *ad* Art. 64 StGB, *ad* Art. 64a StGB, *ad* Art. 64b StGB et *ad* Art. 65 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 357 ss

Stefan TRECHSEL, Martino MONA, Kommentar *ad* Art. 127 StGB et *ad* Art. 128 StGB, *in*: Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar, p. 732 ss et p. 734 ss

Stefan TRECHSEL et al., Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 7^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2017 (cité Stefan TRECHSEL et al.)

Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar, 3e éd., Zurich, St-Gall 2018 (cité Stefan Trechsel, Mark Pieth (éd.), Praxiskommentar)

André VALLOTTON, Baptiste VIREDAZ, Commentaire *ad* art. 75 CPS, *in*: Commentaire romand CPS I, p. 1217 ss

Jean-Marc VERNIORY, Commentaire *ad art. 320 CPS*, in: Commentaire romand CP II, p. 2141 ss

Katia VILLARD, Robert ROTH, Commentaire *ad art. 65 CPS*, in: Commentaire romand CP I, p. 975 ss

Baptiste VIREDAZ, François CHANSON, Commentaire *ad art. 372 CPS*, *ad art. 377 CPS*, art. 378 CPS et *ad art. 379 CPS*, in: Commentaire romand CP II, p. 2507 ss, p. 2521 ss, p. 2530 ss et p. 2534 ss

Baptiste VIREDAZ, André VALLOTTON, Commentaire *ad art. 74 CPS*, *ad art. 76 CPS*, *ad art. 80 CPS*, *ad art. 85 CPS* et *ad art. 90 CPS*, in: Commentaire romand CP I, p. 1211 ss, p. 1231 ss, p. 1273 ss, p. 1300 ss et p. 1324 ss

Hans WIPRÄCHTIGER, Kommentar *ad Art. 48 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 886 ss

Hans WIPRÄCHTIGER, Stefan KELLER, Kommentar *ad Art. 48 StGB*, in: Basler Kommentar StGB I, p. 886 ss

Wolfgang WOHLERS et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4^e éd., Berne 2020

Aimée ZERMATTEN, Commentaire *ad art. 194 CPS*, in: Commentaire romand CP II, p. 1000 ss

Procédure administrative et droit administratif général

Christophe AUER, Anja Martina BINDER, Kommentar *ad Art. 13 VwVG*, in: Christophe Auer, Kommentar VwVG, p. 245 ss

Christophe Auer et al. (éd.), VwVG Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren - Kommentar, 2e éd., Zurich, St-Gall 2019 (cité Christophe Auer et al., Kommentar VwVG)

Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015 (cité Benoît BOVAY)

Jacques DUBEY, Les mesures relatives à l'exécution (...) sont aussi des décisions, in: Jean-Baptiste Zufferey et al., L'Homme et son droit, mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zurich, Bâle, Genève 2011, p. 109 ss

Jacques DUBEY, Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014

Thomas GÄCHTER, Philipp EGLI, Kommentar *ad Art. 41 VwVG*, in: Christoph Auer et al., Kommentar VwVG, p. 641 ss

Clémence GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Zurich. Bâle, Genève 2008 (cité Clémence GRISEL)

Thomas HÄBERLI, Kommentar *ad Art. 83 BGG*, in: Basler Kommentar BGG, p. 1218 ss

Tobias JAAG, Reto HÄGGI FURRER, Kommentar *ad Art. 41 VwVG*, in: Praxiskommentar VwVG, p. 867 ss

Peter KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zurich, Bâle, Genève, 2018

Regina KIENER et al., Öffentliches Verfahrensrecht, 2^e éd., Zurich, St-Gall 2015

Patrick KRAUSKOPF et al., Kommentar *ad* Art. 13 VwVG, *in*: Bernhard Waldmann et al., Praxiskommentar VwVG, p. 293 ss

Pierre MOOR et al., Droit administratif, vol. III : L'organisation des activités de l'Etat. Les biens de l'Etat, 2^e éd., Berne 2018

Pierre MOOR et al., Droit administratif, vol. I : Les fondements, 3^e éd., Berne 2012

Pierre MOOR, Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011

André MOSER, Kommentar *ad* Art. 52 VwVG, *in*: Christophe Auer et al., Kommentar VwVG, p. 784 ss

André MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2e éd., Bâle 2013

René RHINOW et al., Öffentliches Prozessrecht, 3e éd., Bâle 2014

Frank SEETHALER, Fabia PORTMANN, Kommentar *ad* Art. 52 VwVG, *in*: Bernhard Waldmann et al., Praxiskommentar VwVG, p. 1075 ss

Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle, 2018

Bernhard Waldmann, Philippe Weissenberger (éd.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2e éd., Zurich, Bâle, Genève 2016 (cité Bernhard Waldmann et al., Praxiskommentar VwVG)

René WIEDERKEHR, Öffentliches Verfahrensrecht, Berne 2016

Droit des migrations et droit des douanes

Cesla AMARELLE, Commentaire *ad* art. 46 LAsi, *in*: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. IV : Loi sur l'asile, Berne 2015, p. 377 ss

Cesla AMARELLE, Nathalie CHRISTEN, Commentaire *ad* art. 42 ss LEI et *ad* art. 50 LEI, *in*: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 398 ss et p. 463 ss

Cesla AMARELLE et al., Migrations et regroupement familial, Berne 2012

Remo ARPAGAU, Zollrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band XII, 2^e éd., Bâle 2007

Sophie BERSET DUFT, Commentaire *ad* art. 17 LAsi et *ad* art. 71 LASi, *in*: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. IV : Loi sur l'asile, Berne 2015, p. 145 ss et p. 492 ss

Olivier BIGLER, Yannick BUSSY, Commentaire *ad* art. 98 à 99 LEtr, *in*: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 1057 ss

Peter BOLZLI, Kommentar *ad* Art. 40 AIG, *in*: Mark Spescha et al. (éd.) Kommentar, p. 191 ss

Martina CARONI, *Kommentar ad Art. 42 ff AuG*, in: Martina Caroni et al. (éd.), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, p. 355 ss

Martina CARONI et al., *Migrationsrecht*, 4e éd., Berne 2018 (cité Martina CARONI, *Migrationsrecht*)

Martina CARONI, Lisa OTT, *Kommentar ad Art. 20 AuG*, in: Martina Caroni et al. (éd.), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, p. 219 ss

Gregor CHATTON, Laurent MERZ, *Commentaire ad art. 73 LEtr*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II : *Loi sur les étrangers*, Berne 2017, p. 712 ss

Matthieu CORBAZ, *Les mineurs non accompagnés en droit d'asile*, Berne 2019

Sylvie COSSY, *Le statut du requérant d'asile mineur non accompagné dans la procédure d'asile*, Lausanne 2000

Claude-Emmanuel DUBEY, *Commentaire ad art. 102 LEtr*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II : *Loi sur les étrangers*, Berne 2017, p. 1163 ss

Thomas GÄCHTER, Mathias KRADOLFER, *Kommentar ad Art. 70 AuG*, in: Martina Caroni et al. (éd.), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, p. 707 ss

Tarkan GÖKSU, *Kommentar ad Art. 90 AuG*, in: Martina Caroni et al. (éd.), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, p. 851 ss

Constantin HRUSCHKA, *Kommentar ad Art. 8 AsylG, ad Art. 9 AsylG, ad Art. 17 AsylG, ad Art. 26a AsylG, ad art. 46 AsylG et ad Art. 51 AsylG*, in: Marc Spescha et al. (éd.), *Kommentar*, p. 631 ss, p. 636 s., p. 652 ss, p. 693 ss, p. 740 s et p. 746 ss

Stefanie KURT, Didier LEYVRAZ, *Commentaire ad art. 70 LEtr et ad art. 90 LEtr*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II : *Loi sur les étrangers*, Berne 2017, p. 702 ss et p. 1009 ss

Fanny MATTHEY, *Commentaire ad art. 8 LAsi et ad art. 9 LAsi*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. IV : *Loi sur l'asile*, Berne 2015, p. 80 ss et p. 93 ss

Minh Son NGUYEN, *Commentaire ad art. 29 LEtr, ad art. 30 LEtr et ad art. 40 LEtr*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II : *Loi sur les étrangers*, Berne 2017, p. 250 ss, p. 255 ss et p. 371 ss

Minh Son NGUYEN, *Commentaire ad art. 26bis LAsi et ad art. 51 LAsi*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. IV : *Loi sur l'asile*, Berne 2015, p. 233 ss et p. 401 ss

Minh Son NGUYEN, *Les renvois et leur exécution en droit suisse*, in: Cesla Amarelle, Minh Son Nguyen (éd.), *Les renvois et leur exécution*, Berne 2011, p. 115 ss

Valerio PRIULI, *Kommentar ad Art. 102 AIG*, in: Marc Spescha et al. (éd.), *Kommentar*, p. 502 ss

Danièle REVEY, Commentaire *ad art. 69 LETr*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 694 ss

Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (éd.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 3^e éd., Berne 2021

Emanuele SIRONI et al., Estimation forensique de l'âge des jeunes migrants – Une note sur la scientificité des méthodes employées en Suisse, in: Jusletter du 8 octobre 2018

Marc SPESCHA, Kommentar *ad Art. 29 AIG*, *ad Art. 30 AIG*, *ad Art. 42 AIG*, *ad Art. 69 AIG* et *ad Art. 90 AIG*, in: Marc Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 145 s., p. 146 ss, p. 377 ss et p. 470 ss

Marc SPESCHA et al., Handbuch zum Migrationsrecht, 4^e éd., Zurich 2020 (cité Marc Spescha et al., Handbuch)

Marc Spescha et al. (éd.), Migrationsrecht Kommentar, 5^e éd., Zurich 2019 (cité Marc Spescha et al. (éd.), Kommentar)

Gabrielle STEFFEN, Renvoi de personnes malades hors de Suisse: où recevront-elles les soins essentiels dont elles ont besoin ?, in: Olivier Guillod, Rachel Christinat (éd.), Mobilité et migration : impacts pour le droit de la santé, 25^e journée du droit de la santé, Berne 2019, p. 83 ss

Gabrielle STEFFEN, Soins essentiels – un droit fondamental qui transcende les frontières ?, Bâle 2018

Walter STÖCKLI, Asyl, in: Peter Uebersax et al. (éd.), Ausländerrecht, Bâle 2009, p. 521 ss

Guillaume VIANIN, Commentaire *ad art. 23 LETr*, in: Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : Loi sur les étrangers, Berne 2017, p. 184 ss.

Andreas ZUND, Kommentar *ad Art. 70 AIG* et *ad Art. 73 AIG*, in: Marc Spescha et al. (éd.), Kommentar, p. 380 s. et p. 384 ss

Droit du sport

Christoph Asmuth, Christoph Binkelmann (éd.), Entgrenzung des Machbaren? : Doping zwischen Recht und Moral, Bielefeld 2012

Margareta BADDELEY, Le médecin face au droit antidopage, in Romano LaHarpe et al. (éd.), p. 795 ss

Olivier BIGLER, La nouvelle loi sur l'encouragement du sport ; du sport utile à l'utilité du sport, in: Antonio Rigozzi et al. (éd.), Citius, altius, fortius : mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, p. 313 ss

Jean-François BOURG, Le dopage, Paris 2019

Rafaël BRÄGGER, Die neue « Anti-Doping Division » des Court of Arbitration for Sport (CAS) und weitere Änderungen im CAS-Code 2019, in: Causa Sport 2019, p. 11

Axel BRUNK, Der Sportler und die institutionnelle Sportschiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2016

Cécile CHAUSSARD, Thierry CHIRON, La lutte contre le dopage : l'essentiel du droit, Paris 2016

Paul DAVID, A guide to the world anti-doping code : a fight for the spirit of sport, Cambridge 2008

Julien DELLAUX, La réglementation de la lutte contre le dopage à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ou quand la pratique sportive justifie des restrictions importantes au droit au respect de la vie privée, *in*: Revue trimestrielle des droits de l'homme 2018, p. 873 ss

Antoine DUVAL, The Russian doping scandal at the court of arbitration for sport : lessons for the world anti-doping system, *in*: The International Sports Law Journal 2017, p. 177 ss

Christian FLUECKIGER, Dopage, santé des sportifs professionnels et protection des données médicales, Genève, Zurich et Bâle, 2008 (cité Christian FLUECKIGER)

Olivier GUILLOD, Développement humain artificiel, dopage génétique et brevets, *in*: Antonio Rigozzi et al. (éd.), Citius, altius, fortius : mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, p. 709 ss

Andras GUROVITS, Verbandsinterne Gerichtsbarkeit, *in*: Jan Kleiner et al. (éd.) Sportrecht vol. II, p. 291 ss

Ulrich HAAS, Yael STRUB, Le point sur le droit du sport, *in*: RSJ/SJZ 3/2021, p. 138 ss

Bengt KAYSER, Le sportif augmenté, star de demain, *in*: Campus - Université de Genève, no 137, juin 2019, p. 31 ss

Jan Kleiner et al. (éd.), Sportrecht vol. I et vol. II, Berne 2013 et 2018 (cité Jan Kleiner et al. (éd.) Sportrecht vol. I ou vol. II)

Jan KLEINER, Die Anfechtung von internationalen Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport (CAS), *in*: Jan Kleiner et al. (éd.) Sportrecht vol. II, p. 337 ss

Bastian KERN, Internationale Dopingbekämpfung: der World Anti-Doping Code der World Anti-Doping Agency, Hambourg 2007

Jean-Yves KOHLER, La Convention internationale de l'UNESCO contre le dopage dans le sport: quand le droit privé devient source de droit international, *in*: Jusletter du 20 février 2006

André KUHN, Sophie SERRANO, Philanthropie et sport : l'incohérence de la lutte contre le dopage, *in*: Rita Tringo Trindage et al. (éd.), Vers les sommets du droit : « Liber amicorum » pour Henry Peter, Genève 2019, p. 515 ss

Jean-Christophe LAPOUBLE, La localisation des sportifs : une atteinte excessive à la vie privée, ou quand Big Brother s'invite chez les sportifs, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2011, p. 901 ss

Patrick LAURE, Les défis du dopage génétique et ses enjeux éthiques, *in*: Denis Oswald, Christophe Jaccoud, Le dopage dans le sport, p. 109 ss

Markus NATSCH, Dopingbekämpfung und Unschuldvermutung: die Rechtsprechung der Disziplinarkammer für Dopingfälle von Swiss Olympic unter besonderer Berücksichtigung der Unschuldvermutung, Berne 2009

Olivier NIGGLI, Les nouveautés majeures du Code mondial antidopage révisé, *in*: Sport Governance, Football Disputes, Doping and CAS Arbitration, Berne 2009, p. 163 ss

Denis OSWALD, Le rôle de l'AMA, des organisations et des fédérations de sport, *in*: Denis Oswald, Christophe Jaccoud (éd.), Le dopage dans le sport, p. 75 ss

Denis Oswald, Christophe Jaccoud (éd.), Le dopage dans le sport : état des lieux et nouvelles perspectives : actes du Colloque scientifique à l'occasion du 15^e anniversaire du CIES, Neuchâtel 2011 (cité Denis Oswald, Christophe Jaccoud (éd.), Le dopage dans le sport)

Thilo PACHMANN, Indirekte Beweisführung in Dopingprozessen – Beweislast, Verfahrensrechte und Unschuldvermutung, *in*: Jan Kleiner et al. (éd.) Sportrecht vol. I, p. 455 ss

Matthieu PERRUCHOUD, Le droit à l'égalité des chances dans le sport, Bâle 2020

Henry PETER, The Swiss Olympic Disciplinary Board on doping, *in*: Jusletter du 20 février 2006

Antonio RIGOZZI, Latest changes to the WADA Code: fairer, smarter, clearer ... and not quite finished: addendum to the article: „Does the World Anti-Doping Code Revision live up to its promises?: a preliminary survey of the main changes in the final draft of the 2015 WADA Code“ *in*: Jusletter du 20 janvier 2014

Antonio RIGOZZI, Does the World Anti-Doping Code Revision live up to its promises?: a preliminary survey of the main changes in the final draft of the 2015 WADA Code, *in*: Jusletter du 11 novembre 2013

Dominique SPRUMONT, Marjolaine VIRET, The 2015 Revision of the WADA Code: Will the Fight against Doping Collide with Health Law? *in*: Jusletter du 8 avril 2013

Marco STEINER, Doping – Privatrechtliche Erfassung und Sanktionierung in der Schweiz, *in*: Jan Kleiner et al. (éd.) Sportrecht vol. I, p. 397 ss

Marco STEINER, La soumission des athlètes aux sanctions sportives : étude d'une problématique négligée par le monde juridico-sportif, Lausanne 2010

Rocco TAMINELLI, Le passeport biologique de l'athlète et les droits fondamentaux, *in* Causa Sport 2014, p. 221 ss

Christian THILL, l'échange d'informations à l'échelle internationale en matière de lutte contre le dopage: défi insurmontable? Lutte antidopage, coopération entre autorités publiques et organisations sportives, transfert d'informations au plan international, *in*: Antonio Rigozzi et al. (éd.), Citius, altius, fortius : mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, p. 613 ss

Philippe VERBIEST, The biological passport : some legal aspects, *in* CAS Jurisprudence and new developments in international sports law, Berne 2012, p. 127 ss

Marjolaine VIRET, Evidence in anti-doping at the intersection of science and law, La Haye 2016

François VOUILLOZ, Le nouveau droit suisse du dopage : aspects de droit pénal et de droit du sport, *in*: Jusletter du 9 septembre 2013

Piermarco ZEN-RUFFINEN, La nécessaire réforme du Tribunal Arbitral du Sport, in : Antonio Rigozzi et al. (éd.), *Citius, altius, fortius : mélanges en l'honneur de Denis Oswald*, Bâle 2012, p. 483 ss

Droit de la circulation routière et autres transports

Walter BADERTSCHER-HIRZEL, Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932 mit Kommentar, Zurich 1933

Jürg BÄHLER, Kommentar *ad* Art. 97 SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 1747 ss

Jürg BICKEL, Kommentar *ad* Art. 14a SVG, *ad* Art. 15a SVG, *ad* Art. 15c SVG et *ad* Art. 15d SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 187 ss, p. 201 ss, p. 223 ss et p. 226 ss

Jean-Hughes BUSSLINGER, Du statut et des compétences du capitaine de navire, Tolochenaz 1989

Adrian BUSSMANN, Kommentar *ad* Art. 95 SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 1699 ss

André BUSSY, Baptiste RUSCONI et al., Code suisse de la circulation routière: commenté, 4^e éd., Bâle 2015 (cité BUSSY/RUSCONI)

Manfred Dähler, René Schaffhauser (éd.), Handbuch Strassenverkehrsrecht, Bâle 2018 (cité Manfred Dähler, René Schaffhauser (éd.), Handbuch SVG)

Julien DELEZE, Le « délit de chauffard » au sens de l'art. 90 al. 3 LCR : éléments constitutifs et proposition d'interprétation, in: PJA 2013, p. 1202 ss

André DEMIERRE et al., Questions choisies sur le nouveau retrait du permis de conduire, in: PJA/AJP 6/2005, p. 643 ss

Andreas Donatsch (éd.) et al., StGB, JStG Kommentar : mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG, Zurich 2018

Silvan FAHRNI, Stefan HEIMGARTNER, Kommentar *ad* Art. 55 SVG et *ad* Art. 91 SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 935 ss et p. 1566 ss

Kathrin FREI, Übermündung im Strassenverkehr – ein unterschätztes Problem, in: Circulation routière 1/2011, p. 43 ss

Daniele GALLIANO, Le délit de chauffard, Berne 2019

Hans GIGER, SVG : Kommentar : Strassenverkehrsgesetz mit weiteren Erlassen, 8e éd., Zurich 2014 (cité Hans GIGER, Kommentar SVG)

Hans GIGER, Sonderprobleme im Bereich der Verurteilung infolge Vereitelung einer Blutprobe, in: Jusletter du 11 juillet 2005

Andras GUROVITS et al., Le Droit Suisse des Chemins de fer après la Réforme, Zurich 2000

Markus HUSMANN, Kommentar *ad* Art. 92a SVG, in: Basler Kommentar SVG, p. 1505 ss

Yvan JEANNERET, Via sicura : le nouvel arsenal pénal, in *Circulation routière* 2/2013, p. 31 ss

Yvan JEANNERET, L'arrêt Zolotoukhine contre Russie ou la fin du retrait administratif du permis de conduire, in: *RDAF* 2010 I 263

Yvan JEANNERET, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR), Berne 2007

Yvan JEANNERET, La violation des devoirs en cas d'accident et la soustraction à la prise de sang : qu'en penseraient les juges de Strasbourg ?, in: *PJA* 2002, p. 222 ss

Stefan MAEDER, Marcel Alexander NIGGLI, Kommentar *ad* Art. 103 SVG, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 1843 ss

Alain MACALUSO, Droit de la circulation routière : art. 90 al. 3 et 4 LCR et présomptions irréfragables : à propos de l'arrêt TF, 1C_397/2014 du 20 novembre 2014, in: *Regards de marathoniens sur le droit suisse : mélanges publiés à l'occasion du 20^e « Marathon du droit »*, Genève 2015, p. 445 ss

Hans MAURER, Kommentar *ad* Art. 97 SVG, in: Andreas Donatsch (éd.) et al., *StGB, JStG Kommentar : mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG*, Zurich 2018, p. 973 ss

Cédric MIZEL, La preuve de l'aptitude à la conduite et les motifs autorisant une expertise, in: *Circulation routière* 3/2019, p. 27 ss (cité Cédric MIZEL, La preuve de l'aptitude)

Cédric MIZEL, Droit et pratique illustrée du retrait du permis de conduire, Berne 2015 (cité Cédric MIZEL, Droit et pratique illustrée)

Cédric MIZEL, Ne bis in idem : l'arrêt Zolotoukhine contre Russie ne s'applique pas au retrait du permis de conduire suisse, in: *Circulation routière* 1/2011, p. 27 ss

Cédric MIZEL, Circulation routière : les divers examens médicaux légaux et la responsabilité des différents médecins qui les effectuent, in: *SJ* 2011, p. 79 ss

Cédric MIZEL, Preuves exploitables et preuves illicites en matière d'examen de l'aptitude à la conduite automobile, in: *Circulation routière* 2/2012, p. 44 ss

Cédric MIZEL, Olivier PLAUT, Conduite sous l'influence de stupéfiants : genèse du système suisse, spécificités pharmacologiques, éléments objectif et subjectif de l'infraction, in: *PJA/AJP* 2/2012, p. 187 ss

Marcel Alexander Niggli et al. (éd.), *Strassenverkehrsgesetz*, Bâle 2014 (Basler Kommentar SVG)

Christoph RIEDO, Kommentar *ad* Art. 54 SVG et *ad* Art. 91a SVG, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 906 ss et p. 1590 ss

Andreas ROTH, Kommentar *ad* Art. 31 SVG, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 584 ss

Bernhard RÜTSCHKE, Nadja D'AMICO, Kommentar *ad* Art. 16d SVG, in: *Basler Kommentar SVG*, p. 371 ss

Bernhard RÜTSCHKE, Denise WEBER, Kommentar *ad* Art. 16b SVG, *ad* Art. 16c SVG et *ad* Art. 17 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 328 ss, p. 340 ss et p. 403 ss

Bernhard RÜTSCHKE, Danielle SCHNEIDER, Kommentar *ad* Art. 22 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 431 ss

René SCHAFFHAUSER, Administrativmassnahmenrecht, *in*: Manfred Dähler et al., Handbuch SVG, p. 221 ss

Bruno SCHLEGEL, Kommentar *ad* Art. 56 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 957 ss

Lea UNSELD, Kommentar *ad* Art. 51 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 857 ss

Bernhard WALDMANN, Raphael KRAEMER, Kommentar *ad* Art. 106 SVG, *in*: Basler Kommentar SVG, p. 1864 ss

Philippe WEISSENBERG, Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussen-gesetz : mit Änderung nach Via Sicura, Zurich 2015 (cité Philippe WEISSENBERG, Kommentar SVG)

Droit du travail, droit de la protection des travailleurs et Loi sur l'égalité

Roger ANDRES, Merkwürdige Revision der Strafbestimmung im Unfallversicherungsgesetz – Inwiefern der seit 1. Januar 2017 geltende Art. 112 revUVG die Rechtslage im Bereich der Arbeitssicherheit (eben doch) materiell verändert hat, *in*: Jusletter du 13 février 2017

Roger ANDRES, Die Normen der Arbeitssicherheit – System und Kritik am Beispiel des Bauens, Zurich, Bâle, Genève 2016

Gabriel AUBERT, Commentaire *ad* art. 324a CO, *in*: Commentaire romand CO I, p. 1999 ss

Gabriel Aubert, Karine Lempen (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011

Florence AUBRY GIRARDIN, Protection de la santé au travail: cadre juridique général, *in*: Olivier Guillod (éd.), Santé et travail, 14e Journée de droit de la santé, Berne 2008, p. 45 ss

Margrit Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (éd.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000

François Bohnet et al. (éd.), Les procédures en droit du travail, Genève, Zurich, Bâle 2020

Benoît BOVAY, Commentaire *ad* art. 56 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 616 s.

Urs BÜRGI, Gudrun BÜRGI-SCHNEIDER, Öffentliches Personalrecht des Bundes, *in*: Urs Bürgi, Gudrun Bürgi-Schneider (éd.), Handbuch Öffentliches Personalrecht, Zurich. Bâle, Genève 2017, p. 1 ss

Eric CEROTTINI, Commentaire *ad* art. 329f CO, *in*: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 428 ss

Elisabeth CONNE, Sécurité et santé au travail, médecine du travail, in Romano LaHarpe et al., p. 133 ss

Jean-Philippe DUNAND, La fin du contrat de travail (causes d'extinction et protection contre les congés), in: Anne-Sylvie Dupont, Pascal Mahon (éd.), La fin des rapports de travail, Genève, Zurich, Bâle 2021, p. 1 ss

Jean-Philippe DUNAND, Commentaire *ad* art. 328 CO et *ad* art. 328b, in: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 268 ss et p. 317 ss

Jean-Philippe DUNAND, Les devoirs et la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs, in: Olivier Guillod (éd.), Santé et travail, 14e Journée de droit de la santé, Berne 2008, p. 99 ss

Jean-Philippe DUNAND et al., Droit du travail, Bâle 2020

Hans-Peter EGLI, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in AJP/PJA 2000, p. 1064 ss.

Marc ENGLER, Thomas SPRENGER, Kommentar *ad* Art. 59 ArG et *ad* Art. 60 ArG, in: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 511 ss et p. 517 ss

Thomas GEISER, Arbeitsgesetz, in: Wolfgang Portmann, Adrian von Kaenel (éd.), Arbeitsrecht, Zurich, Bâle, Genève 2018, p. 635 ss

Thomas GEISER, Commentaire *ad* art. 2 LTr, in: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 44 ss

Thomas GEISER, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in: PJA 2003, p. 323 ss

Thomas GEISER et al., Arbeitsrecht in der Schweiz, 4e éd., Berne 2019

Thomas Geiser et al. (éd.), Loi sur le travail, Berne 2005 (cité : Commentaire Loi sur le travail)

Reto HÄGGI FURRER, Kommentar *ad* Art. 52 ArG et *ad* Art. 56 ArG, in: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 494 ss et p. 505 ss

Peter HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2008

Peter HELBLING, Kommentar *ad* Art. 4 BPG, Art. 32 BPG, Art. 34 BPG et *ad* Art. 36 BPG, in: Wolfgang Portmann et al. (éd.), Bundespersonalgesetz, Berne 2013, p. 48 ss, p. 533 ss, p. 688 ss et p. 728 ss

Angela HENTSCH, Kommentar *ad* Art. 35, 35a, 35b ArG et 36 ArG, in: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 345 ss

Béatrice HURNI, Damian GRAF, Kommentar *ad* Art. 16 ArG, *ad* art. 17 ArG et *ad* Art. 17c ArG, in: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 213 ss, p. 217 ss et p. 238 ss

Gabriel KASPER, Isabelle WILDHABER, Kommentar *ad* Art. 42 ArG, in: Alfred Blesi et al. (éd.), ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar, Bâle 2018, p. 418 ss

Claudia Kaufmann, Sabine Steiger-Sackmann (éd.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2e éd., Bâle 2009

Guy LONGCHAMP, *Commentaire ad art. 324a et 324b CO*, in: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, p. 204 ss et p. 227 ss

Pascal MAHON, Eloi JEANNERAT, *Commentaire ad art. 342 CO*, in: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, p. 880 ss

Pierre MARTIN-ACHARD, Marc HOCHMANN FAVRE, *Médecin-conseil et médecin du travail*, in: Romano LaHarpe et al., p. 195 ss

Laurent MOREILLON, *Commentaire ad art. 52 LTr, ad art. 59 LTr et ad art. 60 LTr*, in: *Commentaire Loi sur le travail*, p. 601 ss, p. 623 ss et p. 634 ss

Roland MÜLLER, *Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten*, in *AJP/PJA* 2010, p. 167 ss

Roland MÜLLER, Christian MADUZ, *ArG Kommentar*, 8^e éd., Zurich 2017

Harry NÖTZLI, *Kommentar ad Art. 6 ArG*, in: Alfred Blesi et al. (éd.), *ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar*, Bâle 2018, p. 86 ss

Harry NÖTZLI, *Kommentar ad Art. 28 BPG et ad Art. 29 BPG*, in: Wolfgang Portmann et al. (éd.), *Bundespersonalgesetz*, Berne 2013, p. 508 ss et p. 515 ss

Mercedes NOVIER, *Le certificat médical dans les relations de travail*, in: Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), *Les certificats dans les relations de travail*, Genève, Zurich, Bâle 2018, p. 75 ss (cité Mercedes NOVIER, *Le certificat médical dans les relations de travail*)

Mercedes NOVIER, *La nature du certificat médical et sa portée en procédure dans un litige de droit du travail*, in: *RSPC* 2018, p. 325 ss

Kurt PÄRLI et al., *Arbeit, Krankheit, Invalidität*, Berne 2015

Nathanaël PETERMANN, *Congé de paternité et droit du travail, quels changements?*, in: *Revue suisse de jurisprudence RSJ* 1/2021, version en ligne

Thomas PIETRUSZAK, *Kommentar ad Art. 29 ArG et ad Art. 31 ArG*, in: Alfred Blesi et al. (éd.), *ArG Arbeitsgesetz Kurzkomentar*, Bâle 2018, p. 325 ss et p. 335 ss

Wolfgang PORTMANN, Isabelle WILDHABER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 4^e éd., Zurich, St-Gall 2020

Wolfgang PORTMANN, Roger RUDOLPH, *Kommentar ad Art. 324a OR, ad Art. 328 OR, ad Art. 328b OR, ad Art. 329f OR, ad Art. 336c OR et ad Art. 342 OR*, in: *Basler Kommentar OR I*, p. 2154 ss, p. 2186 ss, p. 2215 ss, p. 2250 ss, p. 2375 ss et p. 2429 ss

Wolfgang Portmann et al. (éd.), *Bundespersonalgesetz*, Berne 2013

Hans-Ulrich SCHEIDEGGER, Christine PITTELOUD, *Commentaire ad art. 6 LTr et ad art. 42 LTr*, in: *Commentaire Loi sur le travail* 2005, p. 111 ss et p. 515 ss

SECO, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, Berne 2020 (cité SECO, Commentaire LTr, OLT1 et OLT2)

[Commentaires relatifs à la loi sur le travail \(admin.ch\)](#)

SECO, Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail, Berne 2021 (cité SECO, Commentaire OLT3 et OLT4)

[Commentaires relatifs à la loi sur le travail \(admin.ch\)](#)

SECO, Commentaire de l'ordonnance 5 relative à la loi sur le travail – Protection des jeunes travailleurs, Berne 2018 (cité SECO, Commentaire OLT5 jeunes travailleurs)

[Commentaires relatifs à la loi sur le travail \(admin.ch\)](#)

Carole SONNENBERG, La protection de la personnalité du travailleur : sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, Lausanne 2010

Jean-Fritz STÖCKLI, Daniel SOLTERMANN (Dominique GUEX), Commentaire *ad* art. 16, *ad* art. 17 et *ad* art. 17c LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 260 ss, p. 265 ss et p. 283

Ullin STREIFF et al., Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7e éd., Zurich, Bâle, Genève 2012

Olivier SUBILIA, Le juge face à l'incapacité de travail ou le pêcheur sans filet : le certificat médical (de complaisance) à l'épreuve de la procédure civile, *in*: RSPC 2007, p. 413 ss

Olivier SUBILIA, Jean-Louis DUC, Droit du travail – Eléments de droit suisse, 2e éd., Lausanne 2010

Suva, Quelles sont vos obligations dans le domaine de la sécurité au travail et de la protection de la santé ?, édition revue et corrigée de mars 2018

<https://www.suva.ch/fr-CH/materiel/documentation/quelles-sont-vos-obligations-dans-le-domaine-de-la-securite-au-travail-et-de-la-sba-140-f-6899-6898>

Frank VISCHER, Roland MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4e éd., Bâle 2014

Aurélien WITZIG, Droit du travail, Genève, Zurich, Bâle 2018

Rémy WYLER, Commentaire *ad* art. 35, art. 35a, art. 35b et 36 LTr, *in*: Commentaire Loi sur le travail 2005, p. 424 ss

Rémy WYLER, Boris HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019

Droit des assurances sociales et droit des assurances privées

Ariane AYER, Béatrice DESPLAND, LAMal annotée, 2^e éd., Bâle 2013

Alexandre BERENSTEIN, A propos de la réduction des prestations en raison d'une faute dans la survenance de l'éventualité, d'après la législation interne et les conventions internationales en matière de sécurité sociale, *in*: Revue suisse des assurances sociales 1996, p. 117 ss

Vincent BRULHART, Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes, *in*: Journée de la circulation routière 2018, Berne 2018, p. 293 ss

Vincent BRULHART, Droit des assurances privées, 2^e éd., Berne 2017 (cité Vincent BRULHART)

Vincent BRULHART, Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur, *in*: Christine Chappuis, Bénédicte Winiger (éd.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel : journée de la responsabilité civile 2008, Genève, Zurich, Bâle 2009

Raphael CUPA, Art. 44 ATSG – die verpasste Chance, *in*: Jusletter du 20 mai 2019

Valérie DEFAGO GAUDIN, Commentaire *ad* art. 52 LPGa, *in*: Commentaire romand LPGa, p. 612 ss

Béatrice DESPLAND, L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé, Genève, Zurich et Bâle 2012

Jean-Louis DUC, Corinne MONNARD SECHAUD, L'assurance-invalidité, *in*: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 1409 ss

Anne-Sylvie DUPONT, La prise en charge des soins de santé en cas d'épidémie, *in*: Jusletter du 22 juin 2020

Anne-Sylvie Dupont et al. (éd.), Loi sur la partie générale des assurances sociales : commentaire, Bâle 2018 (cité Commentaire romand LPGa)

Ghislaine FRESARD-FELLAY, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungs, Bâle 2020

Ghislaine FRESARD-FELLAY, Les maladies associées au travail et l'assurance-accidents, *in*: Olivier Guillod (éd.), Santé et travail, 14^e Journée de droit de la santé, Berne 2008, p. 121 ss

Jean-Maurice FRESARD, Margit MOSER-SZELES, L'assurance-accident obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), *in*: Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 885 ss

Stefan FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich, Bâle, Genève 2011

Stefan Fuhrer, Stephan Weber (éd.), Allgemeine Versicherungsbedingungen, Zurich, Bâle, Genève 2011

Andreas HÖNGER, Marcel SÜSSKIND, Kommentar *ad* Art. 61 VVG et *ad* 67 VVG, *in*: Kommentar VVG 2001, p. 855 et p. 915 ss

Heinrich Honsell et al. (éd.), Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basler Kommentar, Bâle 2012 (cité Basler Kommentar VVG Nachführungsband)

Heinrich Honsell et al. (éd.), Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bâle 2001 (cité Kommentar VVG 2001)

Bettina KAHIL-WOLFF HUMMER, Le droit des assurances sociales dans la perspective de l'expert médical, *in*: Miriam Lendfers et al. (éd.), Allegro con moto, Festschrift zum 65. Geburtstag von Ueli Kieser, Zurich, St-Gall 2020, p. 239 ss

Estelle KELLER LEUTHARDT, Alain VILLARD, Kommentar *ad* Art. 39 VVG, *in*: Basler Kommentar VVG Nachführungsband, p. 140 ss

Ueli KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungs ATSG, 4e éd., Zurich 2020 (cité Ueli KIESER, Kommentar ATSG)

Ueli KIESER, Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), *in*: Ulrich Meier, Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, p. 243 ss

Moritz KUHN, Privatversicherungsecht, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2010

Guy LONGCHAMP, Commentaire *ad* art. 27 LPGa, *in*: Commentaire romand LPGa, p. 419 ss

Guy LONGCHAMP, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, Berne 2004

Virginie MANTILLA, Les formes particulières d'assurance dans l'assurance-maladie obligatoire (thèse), Fribourg 2022 (destinée à publication)

Alexandre MASSARD, Les contrats d'assurances-vie individuelles, Bâle 2021 (cité Alexandre MASSARD)

Alfred MAURER, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht, *in*: (sans éd.), Le droit des assurances sociales en mutation, Berne 1992, p. 221 ss

Ulrich Meier (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band XIV, Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, 3e éd., Bâle 2016 (cité Ulrich Meier (éd.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale)

Jean METRAL, Commentaire *ad* art. 57 LPGa et *ad* art. 61 LPGa, *in*: Commentaire romand LPGa, p. 686 ss et p. 721 ss

Margit MOSER-SZELES, Commentaire *ad* art. 7 LPGa, *in*: Commentaire romand LPGa, p. 113 ss

Erwin MURER, Invalidenversicherungsgesetz (Art. 1-27bis IVG), Berne 2014 (cité Erwin MURER)

Jürg NEF, Kommentar *ad* Art. 39 VVG, *in*: Basler Kommentar VVG Nachführungsgesetz, p. 661 ss

Urs NEF, Kommentar *ad* Art. 4 VVG, *in*: Kommentar VVG 2001, p. 86 ss

Urs NEF, Clemens von ZEDTWITZ, Kommentar *ad* Art. 4 VVG *in*: Basler Kommentar VVG Nachführungsgesetz, p. 43 ss

Stéphanie PERRENOUD, Commentaire *ad* art. 3, 4 et 5 LPGa, *in*: Commentaire romand LPGa, p. 45 ss

Stéphanie PERRENOUD, La protection de la maternité, Berne 2015

Roger PETER, Medizinische Begutachtung in der obligatorischen Unfallversicherung – Eine Analyse der Probleme und des Bedarf sowie Reformvorschläge, *in*: Jusletter du 16 décembre 2019

Jacques-Olivier PIGUET, Commentaire *ad* art. 43 et 44 LPGa, *in*: Commentaire romand LPGa, p. 529 ss et p. 546 ss

Gabriela RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Verantwortung, Fribourg 1999

Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève, Zurich, Bâle 2014

Roland SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, Berne 2007

Gustavo SCARTAZZINI, Marc HIRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, Bâle 2012

Sandra SCHNEIDER, Evolution du catalogue des prestations dans la LAMal, *in*: Olivier Guillod et al. (éd.), Droit aux soins, op. cit., p. 71 ss.

Hans-Ulrich STAUFFER, Barbara KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2008

Marcel SÜSSKIND, Kommentar *ad* Art. 61 VVG et *ad* Art. 67 VVG, *in*: Basler Kommentar VVG Nachführungsband, p. 206 ss et p. 219 s.

Michel VALTERIO, Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI), Genève, Zurich, Bâle 2018 (cité Michel VALTERIO)

Littérature médico-légale, médicale et scientifique

Pierre ARNOLD et al., Epilepsie et conduite, *in*: Forum médical suisse 2019, p. 737 ss

Jacqueline BÄCHLI-BIETRY et al., Verkehrspsychologie, *in*: Manfred Dähler, René Schaffhauser (éd.), Handbuch SVG, p. 542 ss

Randall BASELT, Drug Effects on Psychomotor Performance, Foster City, 2001

Ruth BLACKBURN et al., Nosocomial transmission of influenza : A retrospective cross-sectional study using next generation sequencing at a hospital in England (2012-2014), *in*: Influenza Other Respi Viruses 2019 ; 13 : 556-563

Christophe BÜLA et al., Conduite automobile et troubles cognitifs : comment anticiper ? *in* Rev Med Suisse 2011, p. 2184 ss

William CARMAN et al., Effects of influenza vaccination of health-care workers on mortality of elderly people in long-term care : a randomised controlled trial, *in*: Lancet 2000 ; 355 : 93-7.

Marie CHIEZE et al., Effects of Seclusion and Restraint in Adult Psychiatry : a Systematic Review, Frontiers in Psychiatry, July 2019, Volume 10, 1-19

Sondra CROSBY, Caroline APOVIAN, Michael GRODIN, Hunger Strikes, Force-feeding, and Physicians' Responsibilities, JAMA 2007 ;298 (5) : 563-566

Tommaso DE FRANCESCO et al., Evaluation du renouvellement d'un permis de conduire, *in* Forum Med Suisse 2017, p. 155 ss

Coraline EGGER, Tony FRACASSO, Autopsie, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 687 ss

Christian GEHRIG, Romano LAHARPE, L'identification médico-légale par l'ADN, *in*: Romano LaHarpe et al., p. 783 ss

Carlo DI PIETRANTONJ et al., Vaccines for measles, mumps, rubella and varicella in children, *in*: Cochrane Database of Systematic Reviews 2020, Issue 4 Art. No : CD004407

Georg Friedrich EICH, Valérie SCHWITZGEBEL, L'âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge des jeunes requérants, Position de la Société suisse de radiologie pédiatrique (SSRP) et de la Société d'endocrinologie et diabétologie pédiatriques (SSEDP), *in*: Paediatrica, vol. 27 no 3 2016, p. 29

Pierre-André FAUCHERE, Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'expert, *in*: Christine Chappuis, Bénédicte Winiger (éd.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Genève, Zurich, Bâle 2011, p. 151 ss

Philipp J. FRITSCH et al., Vaccine hypersensitivity – update and overview, Swiss Medical Weekly 2010 ; 140(17-18) : 238-246

Patrick GUILBERT et al., Jeûne de protestation, *in*: Dominique Bertrand, Gérard Niveau (éd.), Médecine, santé et prison, Genève 2006, p. 369 ss

Jan GRALTON et al., Protecting healthcare workers from pandemic influenza : N95 or surgical masks ?, *in*: Crit Care Med 2010 ; 38 : 657-67

William GREULICH, Sarah PYLE, Radiographic Atlas of Skeletal Development of the Hand and Wrist, 2nd Edition, Stanford 1959

Bengt KAYSER, Le sportif augmenté, star de demain, *in*: Campus Université de Genève, no 137, juin 2019, p. 31 ss

Romano LAHARPE, Michel PELLETIER, Conduite en état d'ivresse et détermination du taux d'alcoolémie, *in* Romano LaHarpe et al., p. 701 ss

Bruno LINIGER, Verkehrsmedizin, *in*: Manfred Dähler, René Schaffhauser (éd.), Handbuch SVG, p. 579 ss

Bruno LINIGER, Drogen, Medikamente und Fahreignung, *in*: Handbuch der verkehrsmedizinischen Begutachtung, Berne 2005, p. 31 ss

Christophe PASCHE et al., Aptitude à la conduite : aspects généraux en 2017, *in*: Revue médicale suisse 2017, vol. 13, 1876 ss (cité Christophe PASCHE)

Christophe PASCHE, Bernard FAVRAT, Seniors au volant : quelle conduite avec Via sicura ?, *in*: Revue médicale suisse 2017, vol. 13, p. 255 s.

Kjeld PETERSEN et al., General practice and primary health care in Denmark, J Am Board Fam Med. 2012 Mar; 25 Suppl 1: S34-8

Patrice MANGIN et al., Le secret médical en rapport avec la capacité ou l'aptitude à la conduite, *in*: Revue médicale suisse 2009, p. 1999 ss.

Gérard NIVEAU, Médecine, psychiatrie, protection de l'adulte, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 50 ss

Gérard NIVEAU, Cécile DANG, Les expertises psychiatriques, *in* Romano LaHarpe et al., p. 823 ss (cité Gérard NIVEAU, Cécile DANG)

Martial SAUGY, Dépistage anti-dopage : sciences et techniques analytiques au service du sport, *in*: Denis Oswald, Christophe Jaccoud, Le dopage dans le sport, p. 3 ss

David STOTT et al., Nosocomial transmission of influenza, *in*: Occupational Medicine 52 (5) ; 249-53 (2002)

Domizio SUVA et al., Information et consentement éclairé des patients en orthopédie ; mission (im)possible ?, *in*: Revue médicale suisse 2011, p. 2475 ss

Roger THOMAS et al., Influenza vaccination for healthcare workers who care for people aged 60 or older living in long-term care institutions,
https://www.cochrane.org/CD005187/ARI_influenza-vaccination-healthcare-workers-who-care-people-aged-60-or-older-living-long-term-care

Douglas WHITE, Douglas WHITE, Ethics in the intensive care unit : informed consent, *in* : UpToDate [En ligne]. Waltham, MA: UpToDate, 2021; <https://www.uptodate.com/contents/ethics-in-the-intensive-care-unit-informed-consent>

Hans WOLFF, Laurent GETAZ, Grève de la faim en détention : prise en charge et enjeux éthiques, *in*: Forum Médical Suisse 2012, p. 477 ss

Histoire du droit et histoire de la médecine

Jean-François AUBERT, Petite histoire constitutionnelle de la Suisse, 4^e éd., Berne 1983

Alessandro CAMPANELLI, L'émergence de l'Etat helvétique entre unité et fédéralisme : l'exemple des législations médicales et pharmaceutiques (1798-1900), Lausanne 2018

Isabelle CAVE, Etat, santé publique et médecine à la fin du XIX^e siècle français, Paris 2016

Andrea Frewer, Ulf Schmidt (éd.), History and theory of human experimentation: the Declaration of Helsinki and modern medical ethics, Stuttgart 2007

Christoph HÄFELI, Genèse de la loi, *in*: CommFam Protection de l'adulte, p. 3 ss

Louise HAUPTMANN, Internements administratifs, une époque révolue ? *in*: Jusletter du 19 octobre 2020

Alfred KÖLZ, Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, vol. I et II, Berne, Bruxelles 2006 (vol. I) et 2013 (vol. II)

Patrick LAURE, Histoire du dopage et des conduites dopantes : les alchimistes de la performance, Paris 2004

Arne LJUNGQVIST, Brief History of Anti-Doping, *in*: Med Sport Sci 2017 ; 62:1-10

Paul MARTIN, De la première conférence sanitaire internationale à la Création de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), *in*: Bulletin épidémiologique santé animale – Alimentation du 13 avril 2016
https://be.anses.fr/sites/default/files/BEP-mg-BE66-art4_0.pdf

Rudolf Klaus MÜLLER, History of Doping and Doping Control, *in*: Detlef Thieme, Peter Hemmersbach, Doping in Sports: Biochemical Principles, Effects and Analysis, Berlin, Heidelberg 2010, p. 1 ss

Christian SONDEREGGER, Grippe, *in*: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F22714.php>

Iris RITZMANN, Typhus, *in*: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F22718.php>

Françoise SALVADORI, Laurent-Henri VIGNAUD, Antivax – La résistance aux vaccins du XVIII^e siècle à nos jours, Paris 2019

Laura SPINNEY, La grande tueuse, Comment la grippe espagnole a changé le monde, Paris 2018

Brigitte STUDER, Protection des travailleurs, *in*: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/016583/2016-03-31/>

Messages, Rapports du Conseil fédéral et Rapports parlementaires

Message du 18 décembre 1879 concernant un projet de loi sur les épidémies et les mesures préventives et effectives contre les épidémies qui offrent un danger général, Feuille fédérale 1880 I 1

Message du 1^{er} juin 1886 au sujet du projet de loi concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général, Feuille fédérale 1886 II 536 (cité Message Epidémies 1886)

Message du 2 février 1904 sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance, Feuille fédérale 1904 I 267 ss

Message du 10 décembre 1906 concernant les assurances contre les maladies et les accidents, FF 1906 VI 213

Message du 3 mars 1905 concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), Feuille fédérale 1905 II 1

Rapport du 1^{er} juin 1909 concernant la révision du code des obligations (supplément au message du 3 mars 1905), Feuille fédérale 1909 III 747

Message du 20 décembre 1911 à l'appui d'une révision de l'art. 69 de la constitution fédérale tendant à augmenter les attributions de la Confédération en ce qui concerne les mesures de police sanitaire dirigées contre les maladies de l'homme et des animaux, Feuille fédérale 1911 V 315

Message du 23 juillet 1918 à l'appui d'un projet de code pénal suisse, Feuille fédérale 1918 IV 1

Message du 3 décembre 1920 à l'appui du projet de loi portant modification de la loi fédérale sur les épidémies du 2 juillet 1886, Feuille fédérale 1920 V 32

Message du 1^{er} septembre 1925 à l'appui d'un projet de loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose, Feuille fédérale 1925 III 9

Message du 12 décembre 1930 concernant un projet de loi fédérale sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles, Feuille fédérale 1930 II 875

Message du 20 juin 1949 à l'appui d'un projet de loi révisant partiellement le code pénal suisse, FF 1949 I 1233

Message du 30 septembre 1960 concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Feuille fédérale 1960 II 885 (cité Message Loi sur le travail 1960)

Message du 1er mars 1965 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi révisant partiellement le code pénal, FF 1965 I 569

Message du 25 août 1967 concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), Feuille fédérale 1967 II 249 (cité Message contrat de travail 1967)

Message du 11 février 1970 concernant le projet de loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies), Feuille fédérale 1970 I 389 (cité Message LEp 1970)

Message du 4 mars 1974 concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Feuille fédérale 1974 I 1020

Message du 1er mai 1974 concernant un projet de loi sur la navigation intérieure, Feuille fédérale 1974 I 1491

Message du 18 août 1976 à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents, Feuille fédérale 1976 III 143 (cité Message LAA 1976)

Message du 17 août 1977 concernant la modification du code civil suisse (privation de liberté à des fins d'assistance) et le retrait de la réserve apportée à l'art. 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Feuille fédérale 1977 III 1 (cité Message PLAFA 1977)

Message du 10 mars 1986 concernant l'approbation et la modification de diverses conventions internationales relatives à la navigation maritime ainsi que la modification de la loi sur la navigation maritime, Feuille fédérale 1986 II 741

Message du 17 février 1988 relatif à une loi sur la radioprotection, Feuille fédérale 1988 II 189

Message du 11 mai 1988 relatif à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Feuille fédérale 1988 II 881

Message du 30 janvier 1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Feuille fédérale 1991 I 1129

Message du 12 février 1992 concernant la Convention du Conseil de l'Europe contre le dopage, Feuille fédérale 1992 II 1321 (cité Message Convention contre le dopage 1992)

Message du 22 décembre 1993 à l'appui d'une loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers, Feuille fédérale 1994 I 301

Message du 2 février 1994 concernant la modification de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail), Feuille fédérale 1994 II 157

Message du 29 juin 1994 sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, Feuille fédérale 1994 V 1

Message du 23 août 1995 relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Feuille fédérale 1995 IV 869

Message du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, Feuille fédérale 1996 III 197

Rapport du 17 novembre 1997 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national – Initiative parlementaire – Révision de la loi sur le travail (CER-N), Feuille fédérale 1998 II 1128

Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, Feuille fédérale 1999 II 1787 (cité Message Partie générale CPS 1998)

Message du 14 décembre 1998 concernant la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), Feuille fédérale 1999 II 1421

Message du 1er mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, Feuille fédérale 1999 III 3151

Rapport du 26 mars 1999 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national – Initiative parlementaire – Droit des assurances sociales, Feuille fédérale 1999 IV 4168

Message du 31 mars 1999 concernant la modification de la loi fédérale sur la circulation routière, Feuille fédérale 1999 IV 4106

Message du 8 novembre 2000 relatif à la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale et sur l'identification de personnes inconnues, Feuille fédérale 2001 19

Message du 24 novembre 2000 concernant la loi fédérale sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses, FF 2000 623, 708.

Message du 12 septembre 2001 relatif à la Convention européenne du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Feuille fédérale 2002 271 (cité Message Oviedo 2001)

Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, Feuille fédérale 2002 3469 (cité Message Etrangers 2002)

Message du 11 septembre 2002 relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, Feuille fédérale 2002 6841 (cité Message LAGH 2002)

Rapport du 3 octobre 2002 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national à propos de l'initiative parlementaire « Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative », Feuille fédérale 2002 6998

Rapport du 23 juin 2003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national à propos de l'initiative parlementaire « Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes (von Felten) », Feuille fédérale 2003 5797

Message du 15 décembre 2003 relatif à une nouvelle loi sur les douanes, Feuille fédérale 2004 517

Message du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, Feuille fédérale 2005 4425

Message du 23 novembre 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 (Mise en œuvre de l'art. 123a de la Constitution fédérale sur l'internement à vie pour les délinquants extrêmement dangereux), Feuille fédérale 2006 869 (cité Message internement à vie 2005)

Message de 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 (cité Message Procédure pénale 2005)

Message du 18 janvier 2006 relatif à la loi sur l'usage de la contrainte et des mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération, Feuille fédérale 2006 2429 (cité Message Loi sur la contrainte 2006)

Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), Feuille fédérale 2006 6841 (cité Message CPC 2006)

Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), Feuille fédérale 2006 6635 (cité Message Protection de l'adulte 2006)

Message du 5 septembre 2007 concernant la Convention internationale contre le dopage dans le sport, Feuille fédérale 2007 6133 (cité Message Convention contre le dopage 2007)

Message du 30 septembre 2009 relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, Feuille fédérale 2009 6235

Message du 21 octobre 2009 sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, Feuille fédérale 2009 7259

Message du 11 novembre 2009 concernant la loi sur l'encouragement du sport et la loi fédérale sur les systèmes d'information de la Confédération dans le domaine du sport, Feuille fédérale 2009 7401 (cité Message sur l'encouragement du sport 2009)

Message du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, Feuille fédérale 2010 4035

Message du 20 octobre 2010 concernant Via Sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière, Feuille fédérale 2010 7703 (cité Message Via Sicura 2010)

Message du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, Feuille fédérale 2011 291 (cité Message Loi sur les épidémies 2010)

Message du 7 septembre 2011 relatif à la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance, Feuille fédérale 2011 7091

Message complémentaire du 23 septembre 2011 concernant la modification de la loi sur l'asile, Feuille fédérale 2011 6735 (cité Message Asile 2011)

Message du 19 décembre 2012 portant approbation de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, Feuille fédérale 2012 602

Message du 8 mars 2013 relatif à la modification de la loi sur les (Intégration), Feuille fédérale 2013 2131 (cité Message Etrangers 2013)

Message du 7 juin 2013 concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire, Feuille fédérale 2013 5253

Rapport du 19 novembre 2014 du Conseil fédéral « 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH : Bilan et perspectives », Feuille fédérale 2015 353

Message du 15 avril 2015 concernant la modification du code civil (protection de l'enfant) Feuille fédérale 2015 3111

Message du 18 novembre 2015 concernant la loi fédérale sur les professions de la santé, Feuille fédérale 2015 7925 (cité Message LPsanté 2015)

Message du 29 juin 2016 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur la navigation intérieure, Feuille fédérale 2016 6217 (cité Message Navigation intérieure 2016)

Rapport du 21 mars 2017 de la Commission des transports et des télécommunications du Conseil national (CTT-CN) à propos de l'initiative parlementaire « Relever l'examen de contrôle périodique effectué par un médecin-conseil de 70 à 75 ans pour les conducteurs âgés », Feuille fédérale 2017 3449

Rapport du 28 juin 2017 du Conseil fédéral en réponse au postulat 16.3267 de la Commission des transports et des télécommunications du Conseil des Etats du 14 avril 2016
<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20163267/Bericht%20BR%20F.pdf>

Message du 28 juin 2017 concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), Feuille fédérale 2017 4767

Message du 5 juillet 2017 concernant la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, Feuille fédérale 2017 5253 (cité Message LAGH 2017)

Message du 8 janvier 2019 relatif à la modification de la loi sur les allocations pour perte de gain (Allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital), Feuille fédérale 2019 141

Rapport du 15 avril 2019 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats. Initiative parlementaire – Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité, Feuille fédérale 2019 3309

Message du 22 mai 2019 concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge des proches, Feuille fédérale 2019 3941

Message du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats « Adaptation du code de procédure pénale »), Feuille fédérale 2019 6351 (cité Message Modification du Code de procédure pénale 2019)

Message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19), Feuille fédérale 2020 6363

Message du 4 décembre 2020 concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, Feuille fédérale 2021 44

* * * * *