

Camille Loutsch

Le secret médical post-mortem : état des lieux et perspectives à la lumière de la Just culture et de la Justice restaurative

Lecture critique de l'encadrement normatif et jurisprudentiel en matière de secret médical post-mortem et perspectives d'évolutions à la lumière des concepts de Just culture et de Justice restaurative

Cette recherche étudie le secret médical post-mortem. Trois principales conclusions sont tirées : (i) le constat d'un encadrement normatif insuffisant qui repose de manière trop importante sur le seul cadre légal du secret médical ante-mortem et sur quelques spécificités cantonales disparates ; (ii) l'incertitude créée par la jurisprudence ; et enfin (iii), la présente recherche démontre combien les conflits sur le secret médical post-mortem reposent sur une Blame culture. Partant de ce dernier constat, cette étude propose des pistes d'évolutions à l'aune de la Just culture et de la Justice restaurative.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Assurances sociales, Droit de la santé

Proposition de citation : Camille Loutsch, Le secret médical post-mortem : état des lieux et perspectives à la lumière de la Just culture et de la Justice restaurative, in : Jusletter 31 août 2026

Table des matières

1. Introduction
2. Les fondements et l'encadrement normatif du secret médical *ante-* et *post-mortem* en Suisse *de lege lata*
 - 2.1. Une pluralité kaléidoscopique des enjeux sous-tendant le secret médical
 - 2.1.1. Le constat d'une tension entre l'impératif de la transparence et l'exigence de l'opacité
 - 2.1.2. La théorie de la conception mixte des intérêts individuels et publics
 - 2.2. Le vaste panorama de l'encadrement normatif du secret médical *ante-* et *post-mortem* en droit suisse : du tissage de Pénélope à la kunée de Pluton ?
 - 2.2.1. Au niveau international
 - 2.2.2. Au niveau constitutionnel
 - 2.2.3. Au niveau fédéral
 - 2.2.3.1. Au niveau du Code pénal (CP)
 - 2.2.3.2. Au niveau de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)
 - 2.2.3.3. Au niveau de la Loi fédérale sur les professions médicales (LPMéd)
 - 2.2.4. Au niveau cantonal
 - 2.2.5. Au niveau des textes non-contraignants
 - 2.2.6. Synthèse intermédiaire : un tissage normatif des mains de Pénélope ?
 - 2.3. La place du secret médical *post-mortem* et de sa levée à l'égard des proches dans les textes de loi
 - 2.3.1. La protection du secret médical après le décès du ou de la patient-e : une figure chimérique ?
 - 2.3.2. La levée du secret médical *post-mortem* à l'égard des proches : entre absence et incertitude
 - 2.3.2.1. Lorsqu'un consentement avait été donné par le/la patient-e
 - 2.3.2.2. Lorsqu'aucun consentement n'a été donné par le patient-e
 - 2.3.3. Synthèse intermédiaire : une absence normative ou Pluton revêtant sa kunée
 - 2.3.3.1. Analyse du cadre législatif sous l'angle de la légalité et de la vulnérabilité
 - 2.3.3.2. Des projets de réforme avortés
3. Un état des lieux accompagné d'une analyse critique de l'évolution jurisprudentielle en matière de secret médical *post-mortem* à l'égard des proches
 - 3.1. L'évolution jurisprudentielle de la protection du secret médical au-delà de la mort
 - 3.1.1. Une jurisprudence pénalo-civiliste et contorsionniste fondée sur le devoir d'entretien : l'ATF 87 IV 105
 - 3.1.2. De l'arrêt de principe au néant jurisprudentiel ?
 - 3.2. L'évolution jurisprudentielle de la levée du secret médical à l'égard des proches au-delà de la mort
 - 3.2.1. La reconnaissance prétorienne du droit d'accès médiatisé de 1995 à 2024 à l'égard des proches
 - 3.2.2. Une analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 152 I 65 (2C_567/2024 du 9 septembre 2025) : silence ou effacement de l'accès médiatisé ?
 - 3.3. Synthèse intermédiaire : un apport de la jurisprudence aussi prospère que le tonneau des Danaïdes ?
4. L'encadrement du secret médical après le décès *de lege ferenda* : pistes de réflexions pour une réforme normative au prisme de la *Just culture* et de la Justice restaurative
 - 4.1. Les notions de *Just culture* et de Justice restaurative : quelle mobilisation dans le contexte médical ?
 - 4.1.1. De la notion de *Just Culture*...
 - 4.1.2. ... à la notion de Justice restaurative
 - 4.1.3. Quelle concrétisation dans le contexte médical ? Entre attentes des victimes et reconnaissance d'un corps de métier à risque
 - 4.1.3.1. L'utopie d'un monde médical infallible

- 4.1.3.2. L'implantation de la *Just culture* dans le monde médical
 - 4.1.3.3. L'écho de la *Justice restaurative* ou des modes alternatifs de résolution de conflits dans le milieu médical
 - 4.2. La jurisprudence ayant trait au secret médical *post-mortem* : la témoin privilégiée de la *Blame culture*
 - 4.2.1. L'absence de droit de porter plainte pour les tiers en cas de violation du secret médical *post-mortem* : une posture de défense face à l'attaque?
 - 4.2.2. L'âpre chemin des proches pour avoir accès au dossier médical de la personne décédée : un mur du silence?
 - 4.3. *De lege ferenda*... une lecture en dialogue entre *Just culture*, Justice restaurative et secret médical *post-mortem*
 - 4.3.1. En matière de protection du secret médical au-delà de la mort
 - 4.3.2. En matière d'accès au dossier médical *post-mortem* par les proches
- 5. Conclusion

1. Introduction

[1] Le « secret-mystère [est] (...) *par essence* inconnaissable, intransmissible, hermétique »¹ et il est façonné par un paradoxe aussi ambivalent qu'humain, à savoir qu'il se trouve pris dans la tension entre d'« un côté une exigence de transparence de plus en plus forte ; de l'autre un désir d'opacité lui aussi toujours plus marqué ».² Ces quelques mots de CHRISTOPHE PÉTERMANN en 2004 résonnent en 2026 avec une actualité frappante en matière de réception de l'institution du secret médical dans notre société contemporaine.

[2] La présente contribution s'intéressera justement à ce paradoxe qui impose au secret médical à la fois l'exigence de l'opacité, mais également l'impératif de la transparence lorsqu'il s'agit d'enquêter sur un soupçon d'erreur médicale et d'avoir, par conséquent, accès au dossier médical. Nos propos se concentreront ici sur la protection et la levée du secret médical *post-mortem* à l'égard des proches. Si la jurisprudence concernant la levée du secret médical à l'égard des proches proposait entre 1995 et 2024³ une voie prétorienne de règlement du litige via l'*accès médiatisé* (que nous détaillerons *infra* section 3.1), un arrêt du Tribunal fédéral de 2025 récemment publié aux ATF⁴ vient brouiller les cartes de cette jurisprudence que l'on pensait établie. Ce brouillard introduit par notre Haute Cour, *a fortiori* dans un arrêt destiné à publication, nous interroge sur le caractère suffisant du cadre légal actuel entourant le secret médical *post-mortem*. C'est pourquoi nous proposons, dans le cadre de la présente recherche, des pistes de réflexions pour penser une évolution normative.

¹ CHRISTOPHE PÉTERMANN, La personne privée, le secret et le droit, in : Piermarco Zen-Ruffinen (édit.), Les secrets et le droit, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 1 ss, p. 2.

² CHRISTOPHE PÉTERMANN, La personne privée, le secret et le droit, in : Piermarco Zen-Ruffinen (édit.), Les secrets et le droit, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 1 ss, p. 13.

³ Cette jurisprudence a été commentée et synthétisée par FRÉDÉRIC ERARD, Accès au dossier médical d'un tiers : quand avocats et médecins jouent les intermédiaires, in : Stéphane Grodecki/Miguel Oural/Grégoire Chappuis (édit.), La profession d'avocat en 2025 : quo vadis? Réflexions en l'honneur de Benoît Chappuis, Bâle 2025, p. 125 ss.

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral, 2C_567/2024 du 9 septembre 2025 = ATF 152 I 65. Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire, avant sa publication, par l'autrice de cette contribution sur la plateforme en ligne crimen.ch : CAMILLE LOUSCH, Seul le détenteur est admis à déposer une demande de levée du secret médical d'une personne décédée auprès des autorités. Absence d'intérêt manifestement prépondérant pour les proches à avoir accès au dossier médical du défunt, in : <https://www.crimen.ch/367/> du 31 mars 2026. Le commentaire que nous avons proposé pour crimen.ch sera repris et prolongé dans les parties 3 et 4 de ce texte.

[3] L'étude que nous proposons ici vise, dans un premier temps, à retracer de manière complète l'encadrement normatif du secret médical *ante-* et *post-mortem* (section 2) avant d'en présenter et d'analyser de manière critique l'évolution jurisprudentielle en la matière (section 3). La troisième et dernière partie de ce texte (section 4) tentera, comme esquissé *supra*, de proposer une réflexion pour penser une réforme législative en matière de secret médical *post-mortem* en mobilisant à la fois le cadre théorique particulièrement foisonnant de la *Just culture* – dont la recherche est, à l'heure actuelle, encore relativement limitée dans la doctrine francophone⁵ – et celui de la Justice restaurative. À notre connaissance, ce rapprochement entre *Just culture*, Justice restaurative et secret médical *post-mortem* constitue une perspective encore inexplorée en doctrine suisse, raison pour laquelle nous en proposons ici le rapprochement⁶.

2. Les fondements et l'encadrement normatif du secret médical *ante-* et *post-mortem* en Suisse *de lege lata*

2.1. Une pluralité kaléidoscopique des enjeux sous-tendant le secret médical

2.1.1. Le constat d'une tension entre l'impératif de la transparence et l'exigence de l'opacité

[4] Comme le soulignait *supra* CHRISTOPHE PÉTERMANN, le secret médical se trouve dans cette tension perpétuelle entre la transparence et l'opacité. Par, entre autres, l'émergence des nouvelles technologies, l'obligation de signalement en cas de violences sur un enfant⁷ ou la lutte contre le terrorisme⁸ ou encore par la place et le rôle tenus par les assurances, la législation entourant le secret médical s'est peu à peu érodée.⁹ Bien loin d'être contenue dans une vision que FRÉDÉRIC ERARD qualifie de « presque romantique »¹⁰ du secret médical – qui réduirait celui-ci au seul lien entre le médecin et sa patientèle¹¹ – le cercle des personnes concernées par le secret mé-

⁵ Également constaté par GUY HALLER/MICHEL SIMON *et al.*, Sicherheitskultur : Konzept und Machbarkeitsstudie. Systematische Auswertung der Literatur zur Sicherheitskultur : Massnahmen und Initiativen zur Verbesserung der Sicherheitskultur in der Schweiz und international. Mandat confié par la Commission fédérale pour la Qualité (CFQ), Bâle/Genève/Berne 2024, p. 5. Mais elle connaît un écho particulier en Suisse-allemande, en témoignent la récente analyse de THIERRY URWYLER, Strafrecht als Risiko : Wie die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Fehlerkultur im Spital beeinträchtigt, recht 2026, p. 86 ss ou encore la contribution de PETER MÜLLER, Just Culture im Strafrecht. Straffreiheit im Interesse der Sicherheit? PJA 2020, p. 761 ss.

⁶ Le rapprochement que nous proposons ici entre « droit pénal médical » et « just culture » forme une composante importante de notre recherche doctorale que nous menons actuellement sous la co-direction de la Prof. SANDRA HOTZ (Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel).

⁷ FRÉDÉRIC ERARD, La place du professionnel de santé face aux violences familiales, Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie, n° 30, 2021, p. 66 ss, p. 68.

⁸ CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, art. 321 N 4.

⁹ PHILIP RIEDER/MICHELINE LOUIS-COURVOISIER/PHILIPPE HUBER, The end of medical confidentiality? Patients, physicians and the state in history, P. Med Humanit 2016; 42, p. 149 ss.

¹⁰ Conférence de FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical : retour vers le futur? Université de Genève, 18 juillet 2024 (retransmission disponible sous : <https://mediaserver.unige.ch/play/224021>, consulté le 28 juin 2026).

¹¹ On ne pourra s'empêcher ici de sourire en lisant ce délicieux passage de l'ouvrage de FÉLIX DELFAU, Déontologie médicale. Devoirs et droits des médecins, Paris 1868, p. 279 ss, dans lequel l'auteur s'interroge longuement sur l'un des cas les plus fréquents de levée du secret médical, à savoir l'information à la belle-famille en cas de projet de mariage : « Si une personne, en vue d'un projet de mariage, nous faisait l'honneur de nous adresser une demande aussi indiscrete que l'est, dans l'état actuel des choses, celle qui a pour but de s'enquérir auprès d'un médecin de l'état de santé de l'un de ses clients (...) ». Si tant la demande substantielle que le style d'écriture peuvent sembler désuets à nos yeux aujourd'hui, la question de la protection du secret médical envers le ou la conjoint-e – *a fortiori*

dical s'est, aujourd'hui, profondément élargi pour inclure une quantité significative d'acteurs et d'actrices. On pensera, notamment aux autorités administratives, pénitentiaires, judiciaires, mais aussi aux assurances sociales ou encore aux détenteurs et détentrices d'hébergements numériques des données de santé.¹² Le corps médical se trouve, dès lors, face à une pluralité d'enjeux de libération du secret. Face à ceux-ci, il devra, dans chaque cas concret, non seulement se questionner sur leur potentielle légalité (c.f. *infra* 2.2), mais aussi s'interroger sur la pesée des intérêts en présence. Ce sont ces intérêts que nous proposons de brièvement développer ci-dessous.

2.1.2. La théorie de la conception mixte des intérêts individuels et publics¹³

[5] De jurisprudence constante, la CourEDH¹⁴ et le Tribunal fédéral¹⁵ retiennent une approche mixte¹⁶ des intérêts tant *individuels* que *publics* entourant le besoin de protection du secret médical.

[6] Parmi les premiers, nous pouvons retenir le lien de confiance¹⁷, la protection de la sphère privée¹⁸, mais également la protection de l'autodétermination.¹⁹ On soulignera cependant que l'intérêt du lien de confiance justifiant la protection du secret médical ne doit pas, selon notre Haute Cour, se transformer comme une barricade derrière laquelle le personnel médical pourrait

sur des aspects si intimes de sa personnalité – n'est pourtant pas toujours remise en cause... En témoigne ce récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CourEDH) qui, de manière surprenante, n'a pas constaté de violation de la protection des données de santé dans le cas où une épouse ne souhaitant pas avoir de relation sexuelle avec son époux devait, de par la loi française, prouver son abstinence sexuelle en révélant son dossier médical (CourEDH, Affaire H.W. c. France, 23 janvier 2025, Requête n° 13805/21). Voir à cet égard le commentaire de : LYDIA BOUSHI, L'interdiction du viol conjugal vs. le « devoir conjugal » à entretenir des relations sexuelles ; analyse de l'arrêt de CourEDH H. W. c. France du 23 janvier 2025, Newsletter DroitMatrimonial.ch, avril 2025 (disponible sous : <https://droitne.ch/files/uploads/1-24-avril-analyse-couredh-arret-hw-c-france.pdf>, consulté le 28 juin 2026, p. 9).

- 12 Sur cette problématique, il faut se référer à : FRÉDÉRIC ERARD/ROXANNE KRAEGE, Dossier électronique de santé et incapacité de discernement, Jusletter 23 mars 2026, qui relèvent et analysent les enjeux du secret médical dans le projet de la nouvelle loi fédérale sur le dossier électronique du patient-e.
- 13 Pour un recensement exhaustif des intérêts en présence, voir FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 90 ss et pour un condensé de ceux-ci, voir : CAMILLE LOUSCH, Le secret médical face à la communication interprofessionnelle en milieu carcéral ou le législateur et l'art de la fugue, Berne 2026, p. 5 ss (dont nous nous reprendrons certaines parties pour la partie 2 de ce texte).
- 14 Pour un exemple récent : CourEDH, Affaire O.G et autres c. Grèce du 23 janvier 2024, requête n° 71555/12 et 48256/12 et 48256/13, §157.
- 15 Arrêts du Tribunal fédéral, 2C_37/2018, consid. 6.4.2 et 2C_215/2015, consid. 5.1(considérant non publié à l'ATF 142 II 256); voir le commentaire de BENOÎT CHAPPUIS, Les droits des tiers dans la procédure de levée du secret : l'ATF 142 II 256, Revue de l'avocat 2018 p. 504 ss, p. 507.
- 16 CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, art. 321 N 11.
- 17 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_658/2018 du 18 mars 2021, consid. 3.2 (dont le contenu est intégralement repris dans l'ATF 147 I 354) et qui précise que le secret médical est une composante essentielle de la relation patient-médecin.
- 18 Cet intérêt est protégé par les art. 8 CEDH et 13 Cst. L'arrêt de principe qui affirme cette protection de l'intimité est le suivant : ATF 87 IV 105, consid. 2. Et, depuis, la jurisprudence ne cesse de le répéter (par ex : arrêt du Tribunal fédéral, 2C_658/2018 du 18 mars 2021, consid. 3.2), voir le commentaire d'OLIVIER GUILLOD, Le secret médical est-il en voie d'érosion? Un regard helvétique, in : Antoine Leca (édit.), Le secret médical. Actes du XI^e colloque du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille. Le secret professionnel, Aix-en-Provence 2012, p. 185 ss, p. 188.
- 19 Cet intérêt est également protégé par les art. 8 CEDH et 13 Cst.; BRIGITTE TAG, Die Verschwiegenheit des Arztes im Spiegel des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung des Kantons Zürich, RPS 122/2004 p. 1 ss, p. 5; JULIAN MAUSBACH, Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners im schweizerischen Strafvollzug aus strafrechtlicher Sicht, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 61, DOMINIQUE MANAI, Droits du patient et biomédecine, Berne 2013, p. 129 et FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 90.

être tenté de se retrancher en cas d'accusations portées à son encontre. Le Tribunal fédéral a, par conséquent, expressément écarté ce « privilège de se taire » lorsque le ou la médecin est lui-même accusé-e dans une procédure.²⁰ En pratique, si le ou la médecin se trouve directement impliqué-e, « son secret professionnel ne constitue pas un obstacle légal absolu au séquestre et à la levée des scellés », dès lors ce sera « au Tribunal des mesures de contrainte, lorsqu'il est saisi d'une demande de levée des scellés, d'opérer au besoin un tri dans le respect du principe de proportionnalité ».²¹

[7] Parmi les seconds, soit les *intérêts publics*, ils peuvent être regroupés en deux grandes catégories, à savoir les *intérêts relatifs à la préservation de la santé publique*²² (par exemple : l'exercice correct des professions de santé, la lutte contre les maladies transmissibles, la lutte contre le recours à des méthodes thérapeutiques non contrôlées, l'intérêt économique de la société) et ceux *relatifs au maintien de la sécurité publique*²³ (par exemple : démarche proactive dans la thérapie pour lutter contre les troubles psychiatriques nécessitant, bien évidemment, une confiance absolue envers le corps médical).

[8] En matière de secret médical *post-mortem*, le tribunal devra, au vu de ces enjeux, procéder à une pesée des intérêts à la fois individuels et publics (les deux catégories n'étant hiérarchiquement pas supérieures l'une à l'autre²⁴). Nous y reviendrons *infra* section 3, mais nous pouvons d'ores et déjà souligner que le contre-argument qui sous-tend que la recherche de la vérité matérielle doit primer sur les intérêts privés et publics n'est pas, selon le Tribunal fédéral, à lui seul suffisant pour autoriser une levée du secret.²⁵ Cette position ferme et constante de l'autorité judi-

²⁰ ATF 141 IV 77, consid. 5.2. Voir également : BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse. Vol. 2, 3^e éd., Berne 2010, p. 760; THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE, *Gesundheitsrecht. Ein Grundriss für Studium und Praxis*, 5^e éd., Bâle 2023, p. 98.

²¹ STEFAN DISCH, Droit médical : aspects pénaux, in : Miriam Mazou/Yvan Jeanneret (édit.), *Le procès pénal. Mode d'emploi et check-lists à l'usage des praticiennes et des praticiens*, Bâle 2025, p. 335 ss, p. 377 ss. À raison, STEFAN DISCH estime que « tant qu'il [le médecin] n'est pas formellement délié du secret médical, même lorsque les données concernent le patient qui a déposé plainte ou une personne décédée ou incapable de discernement, le médecin devrait à notre avis impérativement requérir une mise sous scellés, au besoin par une autorité de surveillance ». (p. 377).

²² CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, art. 321 N 7 ss; FRÉDÉRIC ERARD, *Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, Zurich 2021, p. 92 ss.

²³ FRÉDÉRIC ERARD, *Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, Zurich 2021, p. 94.

²⁴ OLIVIER GUILLIOD, *Le secret médical est-il en voie d'érosion? Un regard helvétique*, in : Antoine Leca (édit.), *Le secret médical. Actes du XI^e colloque du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille. Le secret professionnel*, Aix-en-Provence 2012, p. 185 ss, p. 189; FRÉDÉRIC ERARD, *Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, Zurich 2021, p. 103; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, *Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux*, Jusletter 18 janvier 2010, p. 22. Voir également sur la pesée des intérêts : LUCA OBERHOLZER, *Die Entbindung der Psychiaterin vom Berufsgeheimnis*, RPS 144/2026, p. 132 ss, p. 140 ss.

²⁵ ATF 152 I 65 consid. 4.5.1 et arrêts du Tribunal fédéral 2C_1049/2019 du 1er mai 2020, consid. 3.4 et 2C_37/2018 du 15 août 2018, consid. 6.4.2. Voir le commentaire de FRÉDÉRIC ERARD, *Accès au dossier médical d'un tiers : quand avocats et médecins jouent les intermédiaires*, in : Stéphane Grodecki/Miguel Oural/Grégoire Chappuis (édit.), *La profession d'avocat en 2025 : quo vadis? Réflexions en l'honneur de Benoît Chappuis*, Bâle 2025, p. 125 ss, p. 128. Nous ne pouvons nous empêcher de noter ici que cette pluralité équilibrée des intérêts – tant privés que publics – est, certes, extrêmement présente dans les débats quand il s'agit d'accès aux dossiers médicaux, mais elle devient quantité négligeable quand il s'agit d'appliquer la théorie des intérêts publics au milieu carcéral : dans ce contexte-ci, les débats qui font état du secret médical en prison sont systématiquement réduits au seul intérêt privé du détenu. Ceci doit être, à notre sens, fortement regretté. Pour un plus long développement et pour une recherche des intérêts privés et publics pluriels de la protection et de la levée du secret médical en prison, nous nous permettons de renvoyer à notre précédente étude : CAMILLE LOUSCH, *Le secret médical face à la communication interprofessionnelle en milieu carcéral ou le législateur et l'art de la fugue*, Berne 2026, p. 53 ss. L'actualité continue d'ailleurs de nous montrer combien cette question délicate garde tout son intérêt : <https://www.rts.ch/audio-podcast/2026/audio/drame-de-winterthur-faut-il-revoir-le-fonctionnement-du-secret-medical-29259565.html> (consulté le 28 juin 2026).

ciaire ne fait que témoigner de manière encore plus renforcée le poids accordé à l'institution du secret médical en Suisse.²⁶

2.2. Le vaste panorama de l'encadrement normatif du secret médical *ante- et post-mortem* en droit suisse : du tissage de Pénélope à la kunée de Pluton ?

[9] Nonobstant les nombreux intérêts soulevés par la protection du secret médical et sa reconnaissance incontestée comme un droit fondamental des patient-e-s²⁷, sa notion *per se* est juridiquement indéterminée.²⁸ Si la doctrine parvient à en dresser les contours généraux, la compréhension des actes précis qu'il recouvre est aussi polysémique que controversée²⁹. Dans le passage qui suit, nous exposerons les grandes lignes (sans pouvoir toutefois entrer dans les détails de chaque disposition³⁰) de ce vaste encadrement normatif qui régit le secret médical aux niveaux international, constitutionnel, fédéral, cantonal ou encore dans la *soft law*. Cette vision relativement complète du cadre normatif nous permettra de mettre d'autant plus en évidence les quelques rares spécificités législatives *post-mortem* (section 2.3).

2.2.1. Au niveau international

[10] À l'échelle internationale, la protection du secret médical peut être déduite de l'art. 17 Pacte ONU II³¹, mais également de l'art. 8 CEDH qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale. La CourEDH a, depuis le tournant décisif de l'arrêt Z. c. Finlande (CourEDH, Affaire Z. c. Finlande du 25 février 1997, requête n° 2209/93), toujours reconnu le secret médical comme

²⁶ Le Tribunal fédéral a d'ailleurs toujours reconnu et affirmé l'importance de cette institution : « Das strafbewehrte Arztgeheimnis (...) stellt ein wichtiges Rechtsinstitut des Bundesrecht dar » (ATF 147 IV 27, consid. 4.6). Ceci est également affirmé par la majeure partie de la doctrine : LUCA OBERHOLZER, Die ärztliche Auskunft. Unter besonderer Berücksichtigung des Erwachsenenschutzrechts, Zurich/Genève 2025, p. 19 ss ; BRIGITTE TAG, Die Verschwiegenheit des Arztes im Spiegel des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung des Kantons Zürich, RPS 122/2004 p. 1 ss, p. 1 ; JULIAN MAUSBACH, Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners im schweizerischen Strafvollzug aus strafrechtlicher Sicht, Zurich/Bâle/Genève 2010), p. 9 ; OLIVIER GUILLOD/FRÉDÉRIC ERARD, Droit médical, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 358.

²⁷ ANTOINE LECA/JEAN-CHRISTOPHE CAREGHI, Le secret médical, au crible d'une analyse historique, in : Antoine Leca (édit.), Le secret médical. Actes du XI^e colloque du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille. Le secret professionnel, Aix-en-Provence 2012, p. 15 ss, p. 30.

²⁸ CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, art. 321 N 15 ; OLIVIER GUILLOD/FRÉDÉRIC ERARD, Droit médical, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 367. On peut rapprocher l'absence de définition légale du secret médical de l'absence de définition communément admise des données de santé, comme le souligne SOPHIE GAMBARDILLA. Une lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative aux données de santé, Revue de droit sanitaire et social, 2016, p. 2.

²⁹ Comme le souligne, entre autres, FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 166.

³⁰ Pour la vision, à notre connaissance, la plus complète et récente du cadre légal suisse qui existe, nous nous permettons de renvoyer à : FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 115 ss.

³¹ Il nous faut toutefois admettre, avec ERARD, que le Tribunal fédéral n'a encore jamais été amené à examiner « la violation du secret médical sous l'angle de cette disposition » (FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 117). Mais, s'il y était confronté, il est très probable que notre Haute Cour, selon sa jurisprudence constante, ne l'examinerait pas séparément de l'art. 8 CEDH (ATF 139 III 404, consid. 7.1 et Arrêt du Tribunal fédéral, 2C_505/2009 du 29 mars 2010, consid. 5.1).

« une institution propre, distincte de la vie privée ». ³² Une grande quantité d'arrêts est venue, par la suite, confirmer la position de la Cour. ³³

2.2.2. Au niveau constitutionnel

[11] La jurisprudence et la doctrine ont identifié trois droits fondamentaux particulièrement pertinents dans la protection des données de santé et du secret médical : premièrement la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.) ³⁴, ensuite le droit à la liberté personnelle (art. 10 Cst.) et enfin, selon une minorité doctrinale à laquelle nous nous rallions, la dignité humaine (art. 12 Cst.). ³⁵

2.2.3. Au niveau fédéral

[12] Le secret médical trouve sa « norme-phare » dans l'art. 321 CP (section 2.2.3.1). Il est également pertinent de consulter la LPD, son art. 62, mais également ses principes généraux, afin de comprendre le secret médical à l'aune des principes fondamentaux de la protection des données (section 2.2.3.2). La LPMéd consacre, quant à elle, un renvoi à l'art. 321 CP de par l'art. 40 let. f LPMéd (section 2.2.2.3). Ces trois lois fédérales seront brièvement détaillées ci-dessous.

2.2.3.1. Au niveau du Code pénal (CP)

[13] Comme mentionné *supra*, l'art. 321 CP constitue le fondement normatif du secret médical. L'art. 321 CP ne sanctionne pas uniquement la violation du secret *médical*, mais de manière plus large la violation de *tout* secret professionnel. Selon la doctrine majoritaire, il s'agit d'un délit matériel. ³⁶ L'infraction est poursuivie sur plainte uniquement.

³² PC-LPD BENHAMOU/COTTIER, Le cadre international de la protection des données, N 8.

³³ *A fortiori* quand il s'agit de données de santé concernant la révélation de la séropositivité et des troubles psychiatriques. En témoignent : CourEDH, Affaire Panteleyenko c. Ukraine du 29 juin 2006 requête n° 11901/02 §53 (violation de l'art. 8 en cas de divulgation (à voix haute) d'information quant à des informations psychiatriques d'une personne); CourEDH, Affaire Kiyutin c. Russie du 10 mars 2011, requête n° 2700/10, §64 (également en lien avec la divulgation de la séropositivité, mais vis-à-vis des autorités dans le but d'obtenir un titre de séjour); CourEDH, Affaire CC c. Espagne du 6 octobre 2009, requête n° 1425/06, §31 (divulgation de l'entier d'un dossier médical – notamment le diagnostic de séropositivité – dans une procédure civile); CourEDH, Affaire Armonien c. Lituanie du 25 novembre 2008, requête n° 36919/02), § 40 (également en lien avec la divulgation de la séropositivité : un hôpital a divulgué des informations médicales au sujet des requérants).

³⁴ ATF 141 IV 77, consid. 5.2. Ceci est également affirmé par la doctrine : SG Komm. BV-SCHWEIZER/STRIEGEL, art. 13, N 90; FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 130; LUCA OBERHOLZER, Die ärztliche Auskunft. Unter besonderer Berücksichtigung des Erwachsenenschutzrechts, Zurich / Genève 2025, p. 45.

³⁵ CR LPD-COTTIER, art. 1 N 19; HÉLÈNE BRUDERER, La réutilisation des données personnelles liées à la santé à des fins de recherche scientifique. Étude de droit suisse avec des perspectives de droit comparé, Genève/Zurich/Bâle 2023, p. 66. Pour une analyse très approfondie et convaincante de cette approche : ANNE DE HINGH, Some reflections on dignity as an alternative legal concept in data protection, German Law Journal 2019. Un récent arrêt genevois semble également aller dans ce sens : Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de droit public genevoise du 21 janvier 2025 A/2860/2024.

³⁶ Une majorité est en faveur du délit matériel : PC CP, art. 321, n° 33; FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 154; NADJA CAPUS/ANDRÉ KUHN, Relations de travail : quand le droit pénal s'en mêle, in : J.-P. Dunand/P. Mahon (édit.), Les certificats dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 183 ss, p. 198; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse. Vol. 2, 3^e éd., Berne 2010, p. 776. Une petite minorité soutenant que le délit est formel est composée de MANON JENDLY, La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté. Vers un modèle de partage des informations confidentielles en milieu carcéral, Neuchâtel 2005, p. 194; OFK StGB-ISENRING, art. 321, n°10b. Pour une analyse

[14] La violation de l'art. 321 CP doit remplir quatre éléments constitutifs, que sont :

- un auteur appartenant au cercle visé (art. 321 ch.1 CP)
- l'existence d'un secret (art. 321 ch.1 CP)
- un secret appris dans l'exercice de la profession (art. 321 ch.1 CP)
- la révélation non autorisée d'un secret (art. 321 ch. 2 et 3 CP)

[15] Le premier élément constitutif objectif – soit *un auteur appartenant au cercle visé* – s'entend par la liste exhaustive de professionnels soumis à l'autorisation de garder le secret, dont *in casu* le médecin et ses auxiliaires. La qualité de « médecin » doit être comprise de manière autonome en droit pénal et ne devrait pas être automatiquement reprise de la LPMéd.³⁷ La définition de l'auxiliaire est entendue de manière très large en doctrine et en jurisprudence et consiste en « toute personne qui, d'une manière ou d'une autre, facilite ou soutient le travail professionnel et par là prend connaissance de faits secrets ».³⁸

[16] *L'existence d'un secret* est un élément constitutif objectif difficile à saisir, dès lors que l'absence de définition du *secret* dans la loi est manifeste. Nous avons fait le choix de retenir la définition doctrinale proposée par CHAPPUIS et BARTH : « Un secret est un *fait inconnu* du public ou connu que d'un cercle restreint de personnes que le *bénéficiaire a manifesté, expressément ou tacitement, vouloir garder confidentiel* (...) ».³⁹ Alors que la doctrine spécialisée en droit médical aura tendance à vouloir élargir la notion du secret médical – considérant même que la simple relation entre un-e patient-e et son ou sa médecin doit être couverte – la doctrine pénaliste va se montrer plus critique face à cette extension afin de ne pas mettre en péril le principe cardinal du droit pénal, à savoir le *nullum crimen, nulla poena sine lege* consacré à l'art. 1 CP.⁴⁰

[17] Troisièmement, le secret doit avoir été appris dans l'exercice de la profession et sa protection n'a pas de limite dans le temps.⁴¹

[18] Enfin, le quatrième élément constitutif objectif – la *révélation non autorisée du secret* – décrit le comportement pénalement répréhensible, soit le fait de *révéler* le secret à un tiers *non autorisé*. Dans trois configurations énoncées à l'art. 321 CP, ce comportement n'est toutefois pas punissable. Il s'agit de :

des deux avis, voir : CAMILLE LOUTSCH, Le secret médical face à la communication interprofessionnelle en milieu carcéral ou le législateur et l'art de la fugue, Berne 2026, p. 12 note 109.

³⁷ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 153 qui mentionne, à raison, que si une loi cantonale venait à définir le *médecin* au sens de 321 CP, elle violerait le principe de primauté du droit fédéral. Pour un avis différent : HK StGB-WOHLERS art. 321, n° 4 ; CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, art. 321, n° 43 et BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse. Vol. 2, 3^e éd., Berne 2010, p. 763 qui proposent que seuls les titulaires d'une autorisation de pratiquer y soient soumis.

³⁸ PC CP, art. 321, n° 19.

³⁹ CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, art. 321, n° 27 (nous mettons en évidence). Voir également : ATF 112 Ib 606, consid. 2b et ATF 116 IV 56, consid. II.1a.

⁴⁰ LUCA OBERHOLZER, Die ärztliche Auskunft. Unter besonderer Berücksichtigung des Erwachsenenschutzrechts, Zurich/Genève 2025, p. 19 ss ; JULIAN MAUSBACH, Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners im schweizerischen Strafvollzug aus strafrechtlicher Sicht, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 66 ; CAMILLE LOUTSCH, Le secret médical face à la communication interprofessionnelle en milieu carcéral ou le législateur et l'art de la fugue, Berne 2026, p. 14. Mais également : FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 180.

⁴¹ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Les relations entre patients et soignants, Genève/Zurich 2026, p. 499 ; FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 180 ; CR CP-II CHAPPUIS/BARTH, Art. 321 N 87.

- le consentement (art. 321 ch.2 initio CP)
- la levée par une autorité compétente (art. 321 ch.2 in fine CP)
- les réserves de droit fédéral ou cantonal prévoyant une obligation de statuer un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice (art. 321 ch.3 CP)

[19] Le *consentement* par le ou la patient-e à la levée du secret médical représente à la fois la concrétisation du principe *volenti non fit iniuria* – au niveau pénal – et celle du droit à l'autodétermination du ou de la patient-e – protégé par les art. 10 al.2 et 13 Cst.⁴² Il s'agit d'un droit strictement personnel.⁴³ Ce consentement inscrit à l'art. 321 ch. 2 initio CP doit être compris de manière différenciée. En effet, d'un point de vue strictement pénaliste, il n'intervient pas uniquement au stade de l'analyse de l'*illicéité* de l'acte – lors de laquelle le consentement du ou de la lésé-e apparaît comme un fait justificatif extra-légal⁴⁴ – mais, en amont, à savoir déjà au stade de la *typicité* de l'acte puisque la disposition contient en elle-même le terme de *consentement*.⁴⁵ Cette remarque étant faite, nous pouvons passer aux critères ayant été développés par la doctrine pour considérer un consentement comme *valable*. En premier lieu, le ou la patient-e doit être capable de discernement au sens de l'art. 16 CC (rappelons que celle-ci est présumée). Deuxièmement, le consentement ne doit pas souffrir d'un vice de volonté (par exemple : obtenu sous la menace ou la tromperie), ensuite il ne doit être ni contraire au droit ni aux bonnes mœurs (le cas échéant, il peut être considéré comme un engagement excessif au sens de l'art. 27 al.2 CC). De plus, il doit être énoncé de manière claire et spécifique (et non pas, par exemple, figurer dans des conditions générales). Puis, le secret sur lequel porte la révélation doit être, en amont, connu par le ou la patient-e et le consentement doit intervenir avant la révélation. Enfin, il ne doit pas y avoir de révocation du consentement.⁴⁶

[20] La loi ne prévoit aucune exigence de forme, mais la doctrine s'accorde pour dire que le consentement peut être rendu de manière exprès, tacite ou par actes concludants.⁴⁷ Précisons enfin que le consentement n'oblige pas, selon la doctrine majoritaire, le détenteur ou la détentrice du secret à le lever effectivement.

[21] La *levée* par une autorité compétente (art. 321 ch.2 in fine CP) doit être comprise comme subsidiaire⁴⁸ à l'obtention du consentement. Elle est envisagée dans deux principales constella-

⁴² FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 325; CAMILLE LOUTSCH, Le secret médical face à la communication interprofessionnelle en milieu carcéral ou le législateur et l'art de la fugue, Berne 2026, p. 15.

⁴³ FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 9.

⁴⁴ MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4e éd., Berne 2016, p. 123 ss.

⁴⁵ Voir pour un exposé détaillé des conditions de validité du consentement en droit pénal : CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE/MARIE PITTET, Le consentement du lésé en droit pénal suisse – Conditions et validité dans le domaine médical, PJA 2021, p. 801 ss, p. 806s.

⁴⁶ L'ensemble de ces critères est tiré de : JÜRGEN BOLL, Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis, Zurich 1983, p. 38 ss, tous cités et répertoriés par FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 10.

⁴⁷ ATF 98 IV 217, consid. 2; CR CP II-CHAPPUIS/BARTH, art. 321, n° 144; PC CP, art. 321, n° 42.

⁴⁸ Ceci est encore mis en évidence dans un arrêt très récent : Tribunal fédéral, 2C_332/2024 (destiné à publication) du 21 juillet 2025. Sur cet arrêt, voir le commentaire de LUCA OBERHOLZER, Die Entbindung der Psychiaterin vom Berufsgeheimnis, RPS 144/2026, p. 132 ss. Voir également sur cette subsidiarité : JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Les relations entre patients et soignants, Genève/Zurich 2026, p. 499; OLIVIER GUILLOD, Le secret médical est-il en voie

tions, à savoir lorsque le ou la patient-e refuse abusivement la levée du secret et que le ou la professionnel-le, *a contrario*, « estime qu'un intérêt public ou privé important justifie la révélation du secret ».⁴⁹

[22] Le troisième cas (art. 321 ch. 3 CP) concerne les réserves de droit fédéral ou cantonal. Mentionnons, mais sans pouvoir nous y étendre – ceci dépassant le cadre de la présente recherche –, que ce chiffre 3 a été revu de manière plus restrictive par le Tribunal fédéral⁵⁰, mettant ainsi, selon la doctrine, un heureux frein aux réserves cantonales de « qualités variables »⁵¹ imposant au ou à la professionnel-le une obligation de dénonciation.

[23] Pour conclure, rappelons que l'art. 321 CP suppose un seul élément constitutif subjectif : l'intention (art. 12 al.1 CP) qui doit porter sur l'ensemble des éléments constitutifs objectifs.⁵²

2.2.3.2. Au niveau de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)

[24] La loi sur la protection des données vise principalement non pas à sanctionner la révélation du secret, mais *a contrario*, à « protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques dont les données personnelles font l'objet d'un traitement » (art. 1 LPD). Comme le souligne, à raison, ERARD, la philosophie pénale s'oppose à celle de la LPD dans la mesure où la seconde « part du principe que les données personnelles feront l'objet de traitements ».⁵³

[25] Les données de santé ne font pas l'objet d'une catégorie spécifique au sein de la LPD, mais elles sont comprises dans la formule générique des « données personnelles sensibles ».⁵⁴

[26] Si la relation entre médecin et patient-e relève bien souvent du droit cantonal de la protection des données, il n'en demeure pas moins que les principes de la LPD viennent en guider l'interprétation et ce, en vertu de l'interprétation conforme à la Constitution (plus précisément à l'art. 13 al. 2 Cst).⁵⁵ Les principes généraux de la LPD sont énoncés aux art. 6 ss LPD. Mentionnons ici les

d'érosion? Un regard helvétique, in : Antoine Leca (édit.), Le secret médical. Actes du XI^e colloque du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille. Le secret professionnel, Aix-en-Provence 2012, p. 185 ss, p. 199.

⁴⁹ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 362; PC CP art. 31 N 45.

⁵⁰ ATF 147 IV 27, puis surtout l'ATF 147 I 354 (cet arrêt reprend l'arrêt non publié : Tribunal fédéral, 2C_657/2018 du 18 mars 2021, mais l'arrêt du Tribunal fédéral, 2C_658/2018 du 18 mars 2021 est, à deux considérants près (consid. 10 et 11), totalement identique, d'où une grande confusion chez de très nombreux auteurs qui se réfèrent aléatoirement au 657 ou 658 pour parler, en vérité, du même arrêt!). Une analyse de cette évolution jurisprudentielle fera prochainement l'objet d'une publication scientifique de notre part.

⁵¹ FRÉDÉRIC ERARD, Secret médical et dénonciations d'infractions pénales : le Tribunal fédéral tranche enfin, swissprivacy.law, 1^{er} avril 2021 (disponible sous : <https://swissprivacy.law/67/>, consulté le 28 juin 2026).

⁵² PC CP, art. 321 N 35; BSK-StGB-Oberholzer, art. 321 N 21.

⁵³ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 555.

⁵⁴ Ceci est, à raison, critiqué en doctrine : FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 290; ASTRID EPINEY/GAËTAN BLASER, Réseaux de soins, managed care et protection des données médicales, in : Olivier Guillod (édit.), Protection des données médicales et transparence... du patient? 19^e Journée du droit de la santé, Berne 2012, p. 97 ss, p. 100.

⁵⁵ CAMILLE LOUTSCH, Le secret médical face à la communication interprofessionnelle en milieu carcéral ou le législateur et l'art de la fugue, Berne 2026, p. 19. Pour l'interprétation conforme, voir : ATF 138 II 440 consid. 13; ATF 137 I 128, consid. 4.3.1; ATF 131 II 710 consid. 5.4; ATF 129 II 249 consid. 5.4. Voir également : FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 273.

principes de licéité, de bonne foi, de proportionnalité, de finalité, de reconnaissabilité ou encore le consentement qui, contrairement à l'art. 321 CP, doit être *exprès* en cas de données sensibles.⁵⁶

[27] Le devoir de discrétion est ancré à l'art. 62 al.1 LPD, il ne s'agit que d'une contravention poursuivie sur plainte. Malgré une volonté affichée par le Conseil fédéral d'interpréter l'art. 62 al.1 LPD de manière identique à l'art. 321 CP⁵⁷, la LPD se distingue pourtant du CP par l'élargissement du cercle de personnes visées qui tendent à « combler les lacunes » de la norme pénale.⁵⁸

2.2.3.3. Au niveau de la Loi fédérale sur les professions médicales (LPMéd)

[28] Sur le plan du droit administratif – disciplinaire –, la LPMéd s'adresse notamment aux médecins (art. 2 al.1 LPMéd) et vise à établir « les règles régissant l'exercice des professions médicales universitaires » (art. 1 al. 3 let. e LPMéd), et le cas échéant d'en sanctionner la violation.

[29] À cet égard, elle contient à son art. 40 LPMéd une série de devoirs professionnels, dont l'observation du secret professionnel (art. 40 let. f LPMéd). La loi dispose seulement que le médecin doit « observer le secret professionnel conformément aux dispositions applicables ». Dès lors, la portée propre de cet article est fortement réduite et ne constitue, en vérité, qu'un renvoi aux art. 321 CP⁵⁹, art. 62 ss LPD ou aux législations cantonales.⁶⁰ La violation des devoirs professionnels est sanctionnée par l'art. 43 LPMéd avec une palette de mesures disciplinaires, allant de l'avertissement à l'amende, dont le but est principalement préventif et, dans une moindre mesure, punitif.⁶¹

2.2.4. Au niveau cantonal

[30] Sans entrer dans les détails, signalons qu'une majorité des législations sanitaires de droit cantonal contiennent, à leur tour, une clause de protection du secret médical.⁶² Toutefois, en

⁵⁶ Mais, « [c]ontrairement à une croyance trop répandue, ce n'est pas parce que des données sensibles sont traitées qu'un consentement est nécessaire. L'art. 6 al. 7 LPD ne porte que sur la nature du consentement et n'introduit pas une exigence de consentement pour tout traitement de données sensibles » (SYLVAIN MÉTILLE, Loi fédérale sur la protection des données révisée : principes généraux et nouveautés, in : Valère Défago/Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Samah Posse *et al.* (édit.), La protection des données dans les relations de travail à la lumière de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Genève/Zurich 2024, p. 3 ss, p. 6).

⁵⁷ Conseil fédéral, Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565, p. 6717.

⁵⁸ Conseil fédéral, Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565, p. 6717. Toutefois ERARD en souligne, à raison, les limites : FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 306.

⁵⁹ Tribunal fédéral, 2C_215/2016 du 16.06.2016, consid. 3 (consid. non publié dans ATF 142 II 256); Tribunal fédéral, 2C_1035/2017 du 20 juillet 2017, consid. 4.2; FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 266; LPMed-FELLMANN, art. 40, N 127.

⁶⁰ LPMed-SPRUMONT/GUINCHARD/SCHORNO, art. 40 N 77; LPMed-FELLMANN, art. 40 N 128 ss.

⁶¹ RACHEL CHRISTINAT/DOMINIQUE SPRUMONT, La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé, in : François Bellanger/Thierry Tanquerel (édit.), Le droit disciplinaire, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 101 ss, p. 124 et 125.

⁶² Voir, par exemple, la loi de santé d'Appenzell-Extérieur : Art. 41 Gesundheitsgesetz du 25 novembre 2007 (RS/AR 811.1) : FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 243 ss.

raison de la primauté du droit fédéral, elles ne sont en vérité, pour la plupart, qu'un rappel du catalogue de la LPMéd, voire renvoient directement à l'art. 321 CP.⁶³

2.2.5. Au niveau des textes non-contraignants

[31] Mentionnons, pour terminer, l'existence de plusieurs textes de *soft law* au niveau international (p. ex : art. 12 DUDH, les Recommandations du Conseil de l'Europe ou encore les §7, 19 et 22 du Code international d'éthique médicale de l'Association médicale mondiale), ainsi que de normes déontologiques helvétiques (par ex : art. 11 du Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses [FMH]). On peut également signaler le Guide pratique des bases juridiques de la FMH qui est très régulièrement mis à jour en ligne.⁶⁴ Bien loin d'être feutrés dans l'ombre de l'oubli, ces textes non-contraignants – en particulier les normes déontologiques – sont d'une importance capitale pour le personnel médical pour qui ils forment, en pratique, les textes de premier recours.⁶⁵

2.2.6. Synthèse intermédiaire : un tissage normatif des mains de Pénélope ?

[32] Si l'on peut être tenté, à la lecture de ce panorama – pourtant concis – retraçant l'encadrement normatif du secret médical en général, à comparer le pouvoir législatif au tissage sans fin du personnage mythologique Pénélope, il faut garder à l'esprit que ces normes s'articulent entre elles, certaines étant absorbées, appliquées en parallèle ou encore ne faisant office que de simples renvois. Afin de rendre la lecture de ce tissage normatif « pénélopéen » plus facile, nous nous permettons de renvoyer le lecteur et la lectrice à l'annexe 1 en fin de contribution.⁶⁶ Celle-ci reprend toutes les connexions entre les différents niveaux législatifs, ainsi que les absorptions, renvois et applications parallèles.

2.3. La place du secret médical *post-mortem* et de sa levée à l'égard des proches dans les textes de loi

[33] La question du secret médical *post-mortem* doit être analysée de manière différenciée selon le point de vue adopté : tout d'abord au niveau de la *protection* du secret médical après la mort du ou de la patient·e (section 2.3.1), puis au niveau de la *levée* de ce même secret médical à l'égard des proches *avec* consentement *ante-mortem* (section 2.3.2) ou *sans* (section 2.3.3). C'est ce triptyque

⁶³ ATF 143 I 352 consid. 3.5 ; RACHEL CHRISTINAT/DOMINIQUE SPRUMONT, La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé, in : François Bellanger/Thierry Tanquerel (édit.), Le droit disciplinaire, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 101 ss, p. 109 ; FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 264.

⁶⁴ Voir par exemple la section 3.6 du Guide pratique intitulée « Droit d'accès et droit à la remise du dossier médical » qui contient déjà la référence à l'arrêt ATF 152 I 65 dont nous proposons une analyse *infra* section 3.2 (disponible sous : <https://leitfaden.samw.fmh.ch/fr/guide-pratique-bases-juridique/3-fondement-juridique-medecin/36-acces-dossier-medical.cfm#ln-15>, consulté le 28 juin 2026).

⁶⁵ Tribunal fédéral, 2C_1083/2012 du 21 février 2013, consid. 3.1 qui s'y réfère pour préciser un devoir professionnel. Voir également : LPMéd-SPRUMONT/GUINCHARD/SCHORNO, art. 40 N 26.

⁶⁶ Cette annexe est tirée de notre mémoire de Master, lui-même publié aux Éditions Weblaw : CAMILLE LOUSCH, Le secret médical face à la communication interprofessionnelle en milieu carcéral ou le législateur et l'art de la fugue, Berne 2026, p. 134.

analytique que nous nous proposons de présenter ci-dessous et d'illustrer également en schéma (voir Annexe 2).

2.3.1. La protection du secret médical après le décès du ou de la patient-e : une figure chimérique ?

[34] Il est unanimement reconnu en doctrine que le décès du patient-e ne met pas fin au devoir de protéger le secret médical.⁶⁷ L'art. 8 CEDH garantit également le secret médical *post-mortem* à l'égard tant des proches que des tiers.⁶⁸ Toutefois, l'effectivité d'une hypothétique violation de celui-ci n'a de loin pas force d'évidence⁶⁹ : en effet, comme mentionné *supra*, le secret médical est un droit strictement personnel, dont la violation est uniquement poursuivie sur plainte, ce qui rend, *de iure*, la transmission du droit aux héritiers et héritières problématique.⁷⁰ Cette délicate situation est ainsi dépeinte par un auteur : « toute *survie* de l'intérêt protégé du mort pose le problème épineux de la figure chimérique du droit sans titulaire »⁷¹... La doctrine distingue dès lors trois situations.

[35] Premièrement, la violation du secret médical *du vivant* du ou de la patient-e. Dans ce cas précis, le droit de porter plainte passe aux proches (art. 30 al. 4 CP) sous deux conditions, à savoir que le patient-e ne doit pas avoir, de son vivant, lui-même également déposé plainte et qu'il ne doit pas y avoir expressément renoncé. La notion de proche doit être comprise comme celle de l'art. 110 ch.1 CP et entend, dès lors, le ou la conjoint-e, le ou la partenaire enregistré-e, les frères et sœurs germain-e-s, consanguin-e-s ou utérin-e-s, les parents, les frères et sœurs adoptifs et adoptives.⁷²

[36] La deuxième constellation vise la violation du secret médical *après* le décès du ou de la patient-e. Dans ce cas, le droit de porter plainte ne passe pas, *de lege*, aux héritiers ou héritières. Toutefois, une ancienne jurisprudence (ATF 87 IV 105) que nous étudierons *infra* a reconnu, de manière assez contorsionniste, au père d'un enfant décédé le droit de porter plainte contre le mé-

⁶⁷ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Les relations entre patients et soignants, Genève/Zurich 2026, p. 499; FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 180; MANON JENDLY, La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté. Vers un modèle de partage des informations confidentielles en milieu carcéral, Neuchâtel 2005, p. 196; CR CP-II CHAPPUIS/BARTH, Art. 321 N 87.

⁶⁸ CourEDH, Affaire Mortier c. Belgique, requête 78017/17 du 4 octobre 2022, §205 ss : « Il ne saurait être reproché au législateur d'obliger les médecins à respecter les souhaits de l'intéressée sur ce point, ni de leur imposer un devoir de confidentialité et de maintien du secret médical. Sur ce dernier point, la Cour rappelle que le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention et qu'il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général ».

⁶⁹ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 188.

⁷⁰ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 188.

⁷¹ DENIS PIOTET, De certains aspects civils de la révélation du secret privé pénalement protégé, in : Niklaus Schmid/Martin Killias (édit.), Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Berne 1996, p. 333 ss, p. 339.

⁷² PraxKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 321 N 27; FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 188; FABIO BURGNER/QUENTIN CUENDET, Art. 321 CP, in : Anne-Sylvie Dupont/Anne Meier/Löc Parein (édit.), Commentaire pratique du Droit social pénal, Bâle 2026, p. 550 ss, N 104; CR CP-II CHAPPUIS/BARTH, Art. 321 N 139; STEFAN DISCH, Droit médical : aspects pénaux, in : M. Mazou/Y. Jeanneret (édit.), Le procès pénal. Mode d'emploi et check-lists à l'usage des praticiennes et des praticiens, Bâle 2025, p. 335 ss, p. 347.

decin (voir section 3.1.1).⁷³ La doctrine est divisée quant à savoir si la violation du secret médical ayant eu lieu dans les quelques instants qui ont suivi le décès, peut encore faire bénéficier les proches d'un droit de porter plainte.⁷⁴ Toutefois cet avis qui se calque sur le raisonnement du Tribunal fédéral (ATF 118 IV 319 consid. 3) qui reconnaît une atteinte à la sphère privée d'un homme politique venant de décéder (art. 179quater et 186 CP) ne fait pas l'unanimité.⁷⁵

[37] La troisième situation concerne le cas très spécifique d'un secret divulgué qui protégerait *non pas* uniquement la sphère privée du ou de la patient-e décédé-e, mais surtout celui d'un tiers. Dans ce cas, le tiers se voit reconnaître un intérêt suffisant à ce que ses données soient protégées et obtient, par conséquent, un droit autonome à porter plainte pour infraction à l'art. 321 CP.⁷⁶

[38] Ces trois situations viennent témoigner de la valeur presque utopiste que peut revêtir le droit pénal.⁷⁷ En effet, sur le plan strictement normatif, la reconnaissance d'un droit à porter plainte pour violation du secret médical par les proches est majoritairement exclue, à l'exception des quelques rares cas présentés ci-dessus. Si, bien entendu, la violation du secret médical n'est pas réservée, comme nous avons pu le constater ci-dessus (section 2.2) au seul art. 321 CP, sa force – à tout le moins symbolique de « norme fondamentale » en la matière semble largement perdre en crédibilité. Seules des sanctions disciplinaires (notamment par le droit cantonal) et civiles (au sens de l'art. 28 CC) pourront être, dans la majorité des cas, engagées.⁷⁸

[39] Cette absence manifeste de reconnaissance d'un droit à porter plainte en faveur des proches reçoit une appréciation différenciée en doctrine. Alors que JENDLY – dans la suite de KELLER – estime que les proches devraient « avoir qualité pour porter plainte, indépendamment du fait qu'ils aient été ou non directement lésés »⁷⁹, ERARD, bien que soulignant le fait qu'il s'agit d'une « lacune portant atteinte à la protection effective du secret professionnel »⁸⁰, ne la considère pourtant pas comme « forcément incohérente avec l'ordre juridique suisse ». ⁸¹ Il justifie son argument par la position limitée de notre ordre juridique (tant sur le plan constitutionnel, civil que pénal) de la personnalité *post-mortem*.⁸² TSCHUMY, ayant consacré sa thèse au statut juridique du cadavre en droit suisse, s'oppose, quant à lui, à la reconnaissance générale (au-delà du seul ac-

⁷³ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 188; PraxKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 321 N 27; CR CP-II CHAPPUIS/BARTH, Art. 321 N 139.

⁷⁴ FABIO BURGNER/QUENTIN CUENDET, Art. 321 CP, in : Anne-Sylvie Dupont/Anne Meier/Loïc Parein (édit.), Commentaire pratique du Droit social pénal, Bâle 2026, p. 550 ss, N 104; PC CP, art. 321 N 8; STEFAN DISCH, Droit médical : aspects pénaux, in : Miriam Mazou/Yvan Jeanneret (édit.), Le procès pénal. Mode d'emploi et check-lists à l'usage des praticiennes et des praticiens, Bâle 2025, p. 335 ss, p. 347.

⁷⁵ *Contra* : CR CP-II CHAPPUIS/BARTH, Art. 321 N 139; PraxKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 321 N 27.

⁷⁶ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 188.

⁷⁷ Pour un avis différent : AGNES HERTIG-PEA, La protection des données médicales est-elle efficace ? Étude des moyens d'action en droit suisse, Bâle 2013, p. 24. Sur le caractère utopique du droit pénal (en général), voir : ANDRÉ KUHN, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, RPS 135/2017, p. 235 ss.

⁷⁸ OLIVIER GUILLOD/FRÉDÉRIC ERARD, Droit médical, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 371.

⁷⁹ MANON JENDLY, La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté. Vers un modèle de partage des informations confidentielles en milieu carcéral, Neuchâtel 2005, p. 196 rejoignant KARIN KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich, Zurich 1993, p. 83.

⁸⁰ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 189.

⁸¹ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 190.

⁸² FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 189.

cès au dossier médical) d'une personnalité *post-mortem*. Selon lui, cette solution « se heurte[rait] à des problèmes dogmatiques insurmontables et n'apporte[rait] pas de réponses aux situations problématiques en pratique (absence de proche ou proche auteur de l'atteinte) ». ⁸³ *A contrario*, il privilégie la « théorie de la protection de la mémoire [qui] permet aux proches de défendre le défunt contre des atteintes en invoquant la protection de leur propre personnalité, à savoir leurs relations affectives avec le défunt ». ⁸⁴ Il souhaiterait que cette théorie puisse être étendue au droit pénal et au droit public, sachant que le Tribunal fédéral l'a déjà reconnue et consacrée en droit privé. ⁸⁵

[40] Il paraît intéressant de conclure ce développement avec la perspective de l'ATF 142 II 256. ⁸⁶ Dans ce dernier, le compagnon d'une personne décédée va consulter un professeur de médecine afin de pouvoir mener une action en responsabilité civile envers la Dresse A qui a soigné sa défunte compagne. La Dresse A demande, afin de consolider sa défense, la levée du secret médical pour que le professeur puisse témoigner du contenu de sa discussion avec le veuf. Le professeur demande à être délié par l'autorité compétente. Il est délié de son secret, mais le compagnon de la personne décédée fait recours auprès des instances cantonales. Son recours est accepté. Or, la Dresse A – qui n'est pas partie à la procédure, puisqu'elle est un tiers non impliqué – fait elle-même recours au Tribunal fédéral (sans le professeur, pourtant détenteur du secret) et obtient gain de cause auprès de notre Haute Cour qui estime : « Die Zeugenaussage liegt jedoch typischerweise nicht im eigenen Interesse des Zeugen, sondern im Interesse derjenigen Partei, die den Zeugenbeweis anruft. Diese ist – wie hier die Beschwerdeführerin – von der abschlägigen Entbindungsverfügung noch stärker berührt als der Zeuge selbst und hat ein besonderes, schutzwürdiges Interesse daran, dass der Zeuge im Prozess aussagen kann » (consid. 1.1). Comme le constate CHAPPUIS, « le Tribunal fédéral a ouvert une porte qui était jusque-là fermée : celle qui donne le droit à des tiers intéressés de participer à la procédure et de recourir contre la décision statuant sur la levée ». ⁸⁷ Avec ERARD, nous sommes également d'avis que ce raisonnement peut s'avérer particulièrement problématique pour la cohérence de l'art. 321 CP. ⁸⁸ La question de savoir si cette jurisprudence s'appliquera dans le seul contexte du témoignage judiciaire ou si elle est vouée à connaître une plus large application reste en suspens. ⁸⁹

[41] Au regard de cet arrêt, le scepticisme de JENDLY et de KELLER se comprend d'autant plus : en effet, comment justifier d'une part qu'une médecin, pour se défendre, puisse se prévaloir de la qualité pour recourir contre une décision de refus de levée du secret médical dans laquelle elle n'était qu'un tiers et d'autre part refuser un droit de porter plainte aux proches pour violation de ce secret médical ? Le raisonnement du Tribunal fédéral atteint, à notre sens, le paroxysme d'un

⁸³ NICOLAS TSCHUMY, *Le corps humain après la mort, Le statut du cadavre en droit suisse*, Berne 2022, p. 523.

⁸⁴ NICOLAS TSCHUMY, *Le corps humain après la mort, Le statut du cadavre en droit suisse*, Berne 2022, p. 523.

⁸⁵ NICOLAS TSCHUMY, *Le corps humain après la mort, Le statut du cadavre en droit suisse*, Berne 2022, p. 523.

⁸⁶ Pour une excellente synthèse de celui-ci, voir : FRÉDÉRIC ERARD, *Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, Zurich 2021, p. 370.

⁸⁷ BENOÎT CHAPPUIS, *Les droits des tiers dans la procédure de levée du secret : l'ATF 142 II 256*, *Revue de l'avocat* 11.12.2018, p. 504 ss, p. 504.

⁸⁸ FRÉDÉRIC ERARD, *Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, Zurich 2021, p. 371.

⁸⁹ FRÉDÉRIC ERARD, *Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, Zurich 2021, p. 371.

point que nous développerons *infra*, à savoir l’omniprésence de la *Blame culture* dans le contexte médical.

2.3.2. La levée du secret médical *post-mortem* à l’égard des proches : entre absence et incertitude

[42] « Même si, selon l’article 31 CC, la personnalité finit par la mort, il n’apparaît pas dépourvu de sens de garantir aux justiciables qu’après leur décès, les renseignements figurant dans leur dossier de patient demeureront couverts par le secret médical et ne seront pas divulgués sans un contrôle sévère »⁹⁰ : le Tribunal fédéral donne le ton. Pourtant, malgré cette affirmation, le « contrôle sévère » qu’évoque notre Haute Cour ne revêt pas la force normative à laquelle on pourrait s’attendre. Comme le souligne, à raison ERARD, au niveau fédéral, la réglementation concernant la levée du secret médical par les proches n’est pas différente selon que le ou la patient-e est vivant-e ou décédé-e.⁹¹ Ce sera donc, comme nous le verrons ci-dessous, au droit cantonal de prendre la main pour combler ce que d’aucuns considéreront comme une lacune. La réflexion sera différente selon que le ou la patient-e aura, de son vivant, consenti ou non au partage de son dossier médical à ses proches.

[43] Cependant, il convient, déjà à ce stade, de s’interroger sur les droits fondamentaux qui pourraient protéger un accès au dossier médical par les proches, au regard de ceux que nous avons évoqués section 2.2. Il n’est pas anodin de relever que le droit humain de l’art. 8 CEDH qui consacre le respect à la vie privée et familiale est également souvent avancé par les proches qui souhaitent avoir un accès au dossier médical du ou de la patient-e décédé-e⁹², alors même que la CourEDH considère davantage ce droit fondamental, comme nous l’avons examiné *supra*, comme protégeant le secret médical *post-mortem* et rarement pour en justifier sa levée à l’égard des proches.⁹³ Ce caractère bicéphale de l’art. 8 CEDH mérite que l’on s’y arrête. Dans un arrêt relativement ancien (sur lequel nous reviendrons dans la section 3.2), le Tribunal fédéral avait nié aux parents le droit de consulter, par eux-mêmes, le dossier médical de leur fille décédée au motif de la protection de la sphère privée de la jeune fille⁹⁴ : « On ne saurait en effet présumer, comme semblent le faire les recourants, que le défunt, même s’il était profondément lié avec ses proches, ait de ce seul fait admis que son dossier médical soit accessible sans restrictions à ceux-ci ». ⁹⁵ Une argumentation intéressante – absente *in casu* du raisonnement des parties et du Tribunal – eût été de partir de la définition dynamique qu’exige la CourEDH pour l’art. 8 CEDH⁹⁶ et d’en tirer une

⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 3 novembre 1989, RDAF 1990, consid. 4b.

⁹¹ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 526.

⁹² Ce grief a, par exemple, été évoqué par le fils d’une personne décédée après une euthanasie. Mais il a été nié par la CourEDH : CourEDH, Affaire Mortier c. Belgique, requête 78017/17 du 4 octobre 2022, §201. C’est un argument également repris dans l’ATF 152 I 65 consid. 4.4. Notons toutefois qu’il faut considérer avec prudence la référence à cet arrêt de la CourEDH dans le consid. 4.4. de l’ATF 152 I 65, puisque la CourEDH n’a pas admis ce grief, contrairement à ce que laisse penser la formulation des références de l’ATF.

⁹³ CourEDH, Affaire Mortier c. Belgique, requête 78017/17 du 4 octobre 2022, §205 ss.

⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral, 1P.359/2001 du 1^{er} octobre 2001.

⁹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral, 1P.359/2001 du 1^{er} octobre 2001, consid. 2d.

⁹⁶ LUC GONIN, Art. 8 N 174, in : Convention européenne des droits de l’homme (CEDH), 2^e éd., Berne 2025.

réflexion sur les droits de représentation de l'enfant qui, lorsqu'ils sont absents, peuvent, selon la CourEDH, violer le droit à la vie privée et familiale.⁹⁷

2.3.2.1. Lorsqu'un consentement avait été donné par le/la patient-e

[44] La première situation que la doctrine distingue est celle du consentement donné, avant son décès, par le ou la patient-e à la levée du secret médical. Les bases légales spécifiques à cette question sont inexistantes. Comme nous l'avons examiné *supra*, le consentement est, selon l'art. 321 ch.2 initio CP, un motif justificatif qui permet de lever le caractère illicite de la révélation. Malgré sa fausse apparence de simplicité, il doit pourtant remplir un certain nombre de critères – énumérés *supra* – afin de ne pas tomber dans l'engagement excessif (art. 27 CC). Cependant le caractère particulier du *post-mortem* vient renforcer la complexité de l'examen.

[45] ERARD/GUILLOD se sont penchés sur la validité d'un consentement donné en amont d'une demande d'aide au suicide et qui contenait la formulation suivante : « [Je] délève du secret médical tous les médecins qui m'ont prodigué des soins ».⁹⁸ Ces deux auteurs ont considéré, à raison, que le consentement à la levée secret médical devait, malgré l'absence de base légale spécifique, continuer à déployer ses effets.⁹⁹ Toutefois, ils soulignaient également que la « persistance des effets du consentement à la levée du secret médical après la mort [était] problématique sous l'angle de la durée de l'engagement ».¹⁰⁰ S'appuyant à la fois sur la doctrine traitant du consentement *ante-mortem* et sur la doctrine du consentement *post-mortem* donné dans le cadre d'autres secrets, tel celui de l'avocat, ils distinguent deux cas :

- Cas d'un consentement qui indiquerait de manière définie et précise *quelles* informations devaient être divulguées (et non pas toutes), ainsi que le *cercle* précis de personnes à qui celles-ci devaient être transmises. Selon eux, ce cas permet, par sa précision, de respecter à la fois « les droits du patient à la liberté personnelle et à l'auto-détermination et le respect des règles sur les engagements excessifs ».¹⁰¹
- Cas d'un consentement qui serait extrêmement large et imprécis (tel celui qui leur était soumis dans l'exemple ci-dessus). Ce cas constitue, selon eux, un engagement excessif pour lequel il faut « privilégier la nullité partielle et réduire le consentement à sa portion admissible ».¹⁰² Cela signifie que la portée du consentement doit être examinée à l'aune du cas concret afin que les informations secrètes soient divulguées de manière proportionnée. Pour établir cela, ils se fondent sur la méthode d'interprétation applicable aux dispositions

⁹⁷ Ceci est tiré de cette jurisprudence de la CourEDH : Arrêt de la CourEDH P, C. et S. c. Royaume-Uni, requête n° 56547/00 du 16 juillet 2002, § 137. Voir à ce propos : LUC GONIN, Art. 8 N 242, in : Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), 2^e éd., Berne 2025.

⁹⁸ FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 1.

⁹⁹ FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 18.

¹⁰⁰ FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 18.

¹⁰¹ FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 18.

¹⁰² FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 19.

pour cause de mort (469 ss CC) guidée par le principe du *favor testamenti*¹⁰³ « selon lequel, entre deux solutions possibles, il faut choisir la plus favorable au maintien de l'acte ». ¹⁰⁴ Ainsi, « [si] l'ensemble des circonstances permettent de déterminer que le patient souhaitait consentir à la transmission de certaines informations, la clause n'est frappée de nullité que pour la part jugée excessive ». ¹⁰⁵

Reprenons l'exemple qui leur avait été attribué et qui traitait du consentement à la levée du secret médical envers tous les médecins en vue de l'assistance au suicide. Tout en soulignant le peu d'informations qu'ils avaient à disposition pour pouvoir apprécier concrètement cette formulation, les deux auteurs l'ont interprétée de la manière suivante : le patient en question ne souhaitait, d'une part, délier du secret que les médecins l'ayant aidé dans le processus d'aide au suicide afin de leur éviter une quelconque incrimination de leur geste et, d'autre part, ne révéler *que* les informations ayant trait à sa maladie incurable. ¹⁰⁶

Cet exemple d'interprétation à la lumière du *favor testamenti* vient, à nouveau, témoigner de l'importance doctrinale dans l'interprétation des textes normatifs. En effet, au-delà de l'art. 321 CP et de ses renvois dans la LPMéd ou dans la LPD, la norme seule ne se suffit pas à elle-même, puisqu'au-delà du droit pénal ou administratif, c'est par le droit des *successions* que ce consentement a dû être interprété.

2.3.2.2. Lorsqu'aucun consentement n'a été donné par le patient-e

[46] Plusieurs lois cantonales viennent, enfin, éclairer la lanterne du juriste dans la constellation spécifique du défaut de consentement à l'accès au dossier médical *post-mortem* à l'égard des proches.

[47] Codifiant une jurisprudence que nous détaillerons *infra* section 3.2, les cantons de Genève et du Valais ont, tous deux, autorisé la révélation aux proches de la manière suivante :

Art. 55A LS/GE ¹⁰⁷ : Information des proches d'un patient décédé	Art. 34 LS/VS ¹⁰⁸ : Information des proches d'un patient décédé
¹ Pour autant qu'ils puissent justifier d'un intérêt digne de protection, les proches d'un patient décédé peuvent être informés sur les causes de son décès et sur le traitement qui l'a précédé, à moins que le défunt ne s'y soit expressément opposé. L'intérêt des proches ne doit pas se heurter à l'intérêt du défunt à la sauvegarde du secret médical, ni à l'intérêt prépondérant de tiers.	¹ Pour autant qu'ils puissent justifier d'un intérêt digne de protection, les proches d'un patient décédé peuvent être informés sur les causes de son décès et sur le traitement qui l'a précédé, à moins que le défunt ne s'y soit expressément opposé. L'intérêt des proches ne doit pas se heurter à l'intérêt du défunt à la sauvegarde du secret médical, ni à l'intérêt prépondérant de tiers.

¹⁰³ FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 20.

¹⁰⁴ Par exemple : ATF 124 III 414, consid. 3.

¹⁰⁵ FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 21.

¹⁰⁶ FRÉDÉRIC ERARD/OLIVIER GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, Jusletter 29 janvier 2018, p. 22.

¹⁰⁷ Art. 55A de la Loi sur la santé du 7 avril 2006 (RS/GE K 1 03).

¹⁰⁸ Art. 34 de la Loi sur la santé du 12 mars 2020 (RS/VS 800.1).

Art. 55A LS/GE ¹⁰⁷ : Information des proches d'un patient décédé	Art. 34 LS/VS ¹⁰⁸ : Information des proches d'un patient décédé
² A cet effet, les proches désignent un médecin chargé de recueillir les données médicales nécessaires à leur information et de les leur transmettre.	² A cet effet, l'autorité compétente prévue à l'article 38 désigne, sur proposition des proches, un médecin chargé de consulter les données médicales nécessaires à leur information et de les informer à ce sujet.
³ Les médecins concernés doivent saisir la commission chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel, au sens de l'article 321, alinéa 2, du code pénal suisse, du 21 décembre 1937.	³ Les médecins concernés doivent saisir l'autorité compétente chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel.
⁴ Par proches, on entend les personnes visées à l'article 378, alinéa 1, du code civil suisse, du 10 décembre 1907.	⁴ Par proches, on entend les personnes visées au sens du Code civil suisse.

[48] Ces deux dispositions – quasiment identiques – prévoient que les proches peuvent, s'ils témoignent d'un intérêt digne de protection, demander à être informés sur les causes du décès de ou de la patient-e. Deux limites sont toutefois formulées, à savoir que le ou la défunt-e ne doit pas s'y être opposé-e expressément et que l'intérêt du ou de la défunt-e à la sauvegarde du secret médical ne doit pas s'y heurter. Afin de respecter le principe de proportionnalité, ces lois cantonales prévoient un-e intervenant-e médian-e, à savoir un-e médecin désigné-e par leurs soins qui pourra trier les informations et, cas échéant, transmettre celles qui sont nécessaires et pertinentes aux proches. Les médecins ont, par conséquent, l'obligation de se faire délier du secret médical en saisissant l'autorité de levée compétente dans leur canton respectif. Les deux dispositions entendent de la même manière le terme de « proches », en opérant un renvoi à l'art. 378 CC.

[49] À notre connaissance, il s'agit des seules dispositions en Suisse qui sont aussi claires et explicites en matière de levée du secret médical *post-mortem* à l'égard des proches.

[50] Dans un autre registre, il est également pertinent de se référer à la législation sur les autopsies dans le canton de Vaud, plus précisément à l'art. 14 du RDSPF-VD¹⁰⁹ qui prévoit que :

Art. 14 RDSPF-VD : Autopsie. Règles générales

[al. 1 à 3 et 6 à 7 non reproduits ici]

⁴ Les proches peuvent obtenir et se faire expliquer le résultat de l'autopsie, sauf si la personne décédée s'y était opposée.

⁵ Dans le cas visé à l'alinéa 4, le médecin ayant effectué l'autopsie peut demander la levée du secret médical au Conseil de santé, s'il constate l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant à la communication des résultats aux proches.

[51] Si cette disposition cantonale se situe à un autre niveau que les exemples précédents, puisqu'elle nécessite la présence d'une autopsie pour trouver application, elle permet aux proches de prendre connaissance du rapport d'autopsie, sauf si la personne décédée s'y était opposée. La le-

¹⁰⁹ Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres du 12 septembre 2012 (RS/VS 818.41.1).

vée du secret médical par le ou la médecin est également possible en cas d'intérêt public ou privé prépondérant à la seule communication des résultats.

[52] Pour finir, arrêtons-nous sur la loi de santé du canton de Schaffhouse qui régit le droit d'accès général aux antécédents médicaux. Il s'agit de l'art. 41.

Art. 41 GesG/SH¹¹⁰ : Krankengeschichte und Einsichtsrecht

[al. 1 à 2 non reproduits ici]

³Drittpersonen darf nur mit Zustimmung der Patientin oder des Patienten Einsicht in die Krankengeschichte gewährt oder Auskunft über den Gesundheitszustand erteilt werden. Bei der Ehegattin oder beim Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner, der Lebenspartnerin oder dem Lebenspartner und in Notfällen bei den nächsten Angehörigen wird die Zustimmung vermutet, wenn sich die Patientin oder der Patient nicht anderweitig geäußert hat oder sich aus den Umständen nichts anderes ergibt.

[53] Cet article pose une présomption de consentement à l'égard des proches, plus spécifiquement du ou de la conjoint-e et du ou de la partenaire enregistré-e. Bien que ne précisant pas l'applicabilité *post-mortem*, cette disposition est, à notre sens, pleinement applicable après le décès. Une interprétation systématique encourage notre position puisque le présent art. 41 est antéposé à l'art. 42 qui traite de l'autopsie. Il faut souligner ici le caractère assez osé de cette disposition qui semble aller à contre-courant de la jurisprudence du Tribunal fédéral (c.f. *supra* section 2.3.2 et *infra* section 3) qui peine à reconnaître à des proches, des parents, un consentement présumé.

2.3.3. Synthèse intermédiaire : une absence normative ou Pluton revêtant sa kune

[54] Les deux sections précédentes viennent témoigner de l'ampleur de l'incertitude qui entoure tant la *protection* que la *levée* du secret médical *post-mortem* à l'égard des proches. Entre la figure chimérique d'un droit sans tête qui caractérise la protection du secret médical après la mort et l'absence manifeste de législation claire en matière de levée de ce même secret médical, force est de constater ici l'échec des principes de prévision et de clarté du droit (das Bestimmtheitsgebot¹¹¹), qui forment le socle de l'art. 1 CP prônant que nulle peine ne peut être prononcée pour un acte qui ne serait pas expressément réprimé par la loi. Rappelons encore que l'interprétation par analogie est interdite en droit pénal.¹¹² Si le recours à des méthodes d'interprétation, tel le *favor testamenti*, s'avère nécessaire et hautement positif pour respecter la volonté de la personne défunte, il n'en demeure pas moins que ce contorsionnisme législatif doit s'apprécier avec prudence au regard du droit pénal. On peut certes l'apprécier à l'aune de l'interprétation téléologique, pourtant une interprétation littérale devrait être privilégiée.¹¹³ De même, comment justifier – au niveau du droit pénal – la sanction des violations de normes administratives ou associatives qui

¹¹⁰ Art. 41 al. 3 Gesundheitsgesetz du 21 mai 2012 (RS/SH 810.100)

¹¹¹ Sur ce principe, voir : MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4e éd., Berne 2016, p. 133.

¹¹² Sur ces questions, voir : MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4e éd., Berne 2016, p. 135 ss.

¹¹³ MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4e éd., Berne 2016, p. 139.

ne cessent de procéder à des renvois dynamiques de l'art. 321 CP? La question demeure malheureusement sans réponse au niveau législatif.

2.3.3.1. Analyse du cadre législatif sous l'angle de la légalité et de la vulnérabilité

[55] En guise de synthèse intermédiaire, nous proposons ici une brève analyse du cadre normatif sous deux aspects, tout d'abord au niveau de la *légalité*, puis au niveau de la *vulnérabilité*.

[56] Sur le plan de la légalité, outre l'incertitude qui, comme nous l'avons soulevé *supra*, met en péril la sécurité du droit – et qui pourrait, à notre sens, avoir comme conséquence très concrète qu'une personne inculpée puisse se prévaloir, de manière justifiée, de l'erreur sur l'illicéité (art. 21 CP)¹¹⁴ –, ce brouillard normatif a également une incidence toute particulière au niveau de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.). Selon celle-ci, « le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire ». En matière de secret médical, seules les réserves cantonales mentionnées à l'art. 321 ch.3 CP sont admissibles. Pour rappel, celles-ci ne prévoient que les cas où un·e professionnel·e de santé a une obligation ou une faculté d'aviser une autorité ou de témoigner en justice. Sachant, en plus, que ces réserves ont été particulièrement resserrées par le Tribunal fédéral depuis quelques années (c.f. *supra* section 2.2.2.1), les différentes législations cantonales susmentionnées nous paraissent hautement problématiques. Plus particulièrement la législation de Schaffhouse instaurant un consentement implicite semble se heurter à la primauté du droit fédéral en matière de secret professionnel.

[57] Toujours au niveau de la légalité, il apparaît intéressant de proposer une analyse de cet encadrement normatif au niveau des principes de la protection des données présentées *supra*. Ce sont plus particulièrement les principes de *bonne foi* (art. 6 al. 2 LPD) et de *finalité* (art. 6 al.3 LPD) qui sont pertinents en l'espèce. Selon le premier, « la personne qui traite des données doit agir de manière loyale et digne de confiance (...) ».¹¹⁵ Quant au second, il dispose que les « données personnelles ne peuvent être collectées que pour des finalités déterminées et reconnaissables pour la personne concernée et doivent être traitées ultérieurement de manière compatible avec ces finalités », ce qui sous-tend deux versants, à savoir que les données doivent être à la fois *collectées* dans un *but déterminé*, mais être également *traitées* ensuite conformément à *ce but*.¹¹⁶ Les données médicales – lorsqu'elles sont récoltées par les professionnels de la santé – visent, comme nous l'avons vu *supra*, à correspondre à des intérêts tant individuels que publics, toujours fondés sur le rapport de confiance entre le ou la patient·e et le ou la professionnel·le. Il ne nous paraît, par conséquent, pas inutile de placer la réponse doctrinale – relativement opposée à un consentement (*ante*) ou *post-mortem* absolu – face à ces deux principes issus de la protection des données. Un·e patient·e qui a fait le choix de confier ses données de santé au ou à la professionnel·le de santé ne devrait pas se heurter, lui de son vivant ou ses proches lors de son décès, à un refus d'accès au

¹¹⁴ Une erreur sur l'illicéité est admise si « l'auteur avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir et qu'il ne pouvait éviter cette erreur » MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4e éd., Berne 2016, p. 43.

¹¹⁵ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 295 et 296; ASTRID EPINEY/GAËTAN BLASER, Réseaux de soins, managed care et protection des données médicales, in : Olivier Guillod (édit.), Protection des données médicales et transparence... du patient? 19^e Journée du droit de la santé, Berne 2012, p. 97 ss, p. 117–118.

¹¹⁶ Notons toutefois que certains auteurs, s'appuyant sur l'ATF 140 II 384 consid. 5.2.2, estiment que la finalité est réputée remplie lorsqu'elle est imposée par la loi (PC LPD-FRANCEY, art. 6, n°77; plus nuancé : CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6, n° 51).

dossier au nom du secret médical. En effet, l'on peut raisonnablement penser que le ou la patient-e n'aurait jamais accepté de confier ses données dans un but contraire à ses soins ou, *a fortiori*, dans la perspective de couvrir un soupçon d'erreur médicale.

[58] La deuxième grille d'analyse que nous proposons de mobiliser ici est celle de la *vulnérabilité*.¹¹⁷ Malgré sa forte présence dans les raisonnements juridiques, ce concept est rarement compris à sa juste valeur¹¹⁸ : il est censé représenter un *instrument fonctionnel de protection*, mais présente également le risque d'être exposé tant au *paternalisme* qu'à la *stigmatisation*.¹¹⁹ Or, « du point de vue des droits humains, la vulnérabilité n'implique nul jugement de valeur mais vise à décrire la précarité de la situation juridique de certaines personnes, dont les droits sont particulièrement exposés à des violations ». ¹²⁰ Dès lors, la définir scientifiquement exige une extrême prudence.¹²¹ Il faut notamment se référer ici aux travaux très approfondis – précités – de ZIMMERMANN qui permettent d'appréhender cette notion de *vulnérabilité* de manière *structurelle* afin d'en déduire une protection *effective* pour l'individu.

[59] Dans la lignée de travaux très porteurs sur les *disability studies*¹²², la doctrine s'accorde à avancer que le ou la patient-e peut être reconnu-e comme un sujet particulièrement exposé à la *vulnérabilité*.¹²³ En cela, elle va plus loin que la CourEDH qui admet, de manière certes constante, mais restrictive, une vulnérabilité aux *personnes malades ou souffrant de troubles mentaux en détention*, ainsi qu'une obligation positive d'agir.¹²⁴ Si l'on peut s'étonner de cette frilosité de la CourEDH qui semble hésiter à inclure la vulnérabilité des personnes frappées par la maladie sans contexte intersectionnel supplémentaire (tel celui de la détention), on lira ces auteurs de doctrine qui ont avancé de manière très convaincante que : « dans toute trajectoire de vie, est inscrite la vulnérabilité ou la fragilité, car s'éprouver malade, c'est être affecté dans ses capacités, dans l'image de soi, et dans l'estime de soi ». ¹²⁵ Dès lors que la maladie est une composante de la

¹¹⁷ À raison, une partie de la doctrine préfère utiliser le terme de « situations de vulnérabilités » afin d'amoinir le risque de stigmatisation inhérent à l'adjonction du terme « vulnérable » (voir, par exemple : GÉRALDINE MARKS SULTAN/SANDRA HOTZ, *L'État et l'identification des vulnérabilités en pandémie*, Jusletter 25 août 2025, p. 12).

¹¹⁸ NESA ZIMMERMANN, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Contours et utilité d'un concept en vogue*, Genève/Zurich 2022 p. 133 dénombre plus de 2000 arrêts de la CourEDH faisant mention de la vulnérabilité, alors qu'au TF, l'attrait pour la vulnérabilité est encore très timide en comparaison... 13 ATFs.

¹¹⁹ NESA ZIMMERMANN, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Contours et utilité d'un concept en vogue*, Genève/Zurich 2022 p. 46 ss; SAMIA HURST, *Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier*, Revue médicale suisse, 2013, vol. 386, p. 1057; GÉRALDINE MARKS SULTAN/SANDRA HOTZ, *L'État et l'identification des vulnérabilités en pandémie*, Jusletter 25 août 2025, p. 11.

¹²⁰ CAMILLE MONTAVON, *La sélection des caractéristiques protégées par la norme sur les crimes de haine en Suisse (art. 261^{bis} al. 4 CP) : un éclairage à la lumière des « hate crime studies »*, NCrim 1/2025, p. 19 ss, p. 26.

¹²¹ Sur les définitions du concept de vulnérabilité, voir : SAMIA HURST, *Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier*, Revue médicale suisse, 2013, vol. 386, p. 1054 ss. Pour un exemple concret des limites définitionnelles des personnes dites vulnérables, voir l'exemple de l'identification des personnes vulnérables en temps de pandémie : GÉRALDINE MARKS SULTAN/SANDRA HOTZ, *L'État et l'identification des vulnérabilités en pandémie*, Jusletter 25 août 2025, p. 7 ss.

¹²² Se référer, par exemple, à l'excellent ouvrage de : MARION CHOTTIN/CORINNE DORIA, *Handicap, déficience, différence : une introduction aux disability studies*, Lyon 2026.

¹²³ Parmi d'autres : ELODIE LEMOINE/LAURA LANGE/FRANÇOIS CHAPPUIS/PASCAL VASSAL, *Relation soigné soignant : réflexions sur la vulnérabilité et l'autonomie*, Éthique et santé (2014) 11, 85 ss.

¹²⁴ NESA ZIMMERMANN, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Contours et utilité d'un concept en vogue*, Genève/Zurich 2022, p. 204.

¹²⁵ ELODIE LEMOINE/LAURA LANGE/FRANÇOIS CHAPPUIS/PASCAL VASSAL, *Relation soigné soignant : réflexions sur la vulnérabilité et l'autonomie*, Éthique et santé (2014) 11, 85 ss, p. 86.

vulnérabilité, nous nous interrogeons sur son extension quand la personne malade décède.¹²⁶ La vulnérabilité, comme objet de protection, devrait, selon nous, entrer dans le raisonnement juridique lorsqu'il s'agit soit de protéger le secret médical *post-mortem* et de permettre aux proches de l'invoquer à la place de la personne décédée, soit d'accepter la validité d'un consentement dont les effets perdureraient au-delà de la mort. Selon HURST, l'identification de la vulnérabilité doit s'accompagner d'une démarche « diagnostique »¹²⁷ basée « sur l'identification des torts, donc des intérêts moralement protégés, des personnes ». ¹²⁸ À notre sens, le manque de précision législative – cette figure chimérique d'un droit sans titulaire – accompagné de la position du Tribunal fédéral (sur laquelle nous reviendrons ci-dessous) qui refuse d'accepter un consentement présumé aux proches risque, à notre sens, d'être aux prises d'une réflexion aussi paternaliste que stigmatisante et de causer un tort à la personne maîtresse du secret médical et à la confiance accordée tant à son ou sa médecin qu'au corps médical. Si la brève réflexion que nous proposons ici sur la reconnaissance d'une vulnérabilité *post-mortem* pourrait paraître plus utopiste que réaliste, il n'en demeure pas moins qu'il faudrait, selon nous, que le concept de vulnérabilité soit davantage mobilisé eu égard à l'extrême fragilité dans laquelle se trouve un-e patient-e confronté-e à sa mort prochaine.

[60] Au terme de cette analyse de la légalité et de la vulnérabilité, nous ne pouvons que constater le fossé existant entre la figure de « Pénélope » qui métaphoriquement encadre le secret médical en général et l'absence de tout cadre spécifique – mises à part les quelques législations cantonales, dont la légalité peut être discutée.. La mythologie donne à Pluton un casque, « la kunée », qu'il revêt pour devenir invisible... Cette invisibilité semble correspondre de manière frappante à ce non-encadrement spécifique du secret médical *post-mortem*, alors même que les enjeux sous-tendants sont, comme nous avons pu le voir, nombreux.

2.3.3.2. Des projets de réforme avortés

[61] Certains projets de réforme avaient pourtant eu l'ambition de retirer à Pluton sa « kunée ». En 2015, une motion intitulée « Pour une protection post mortem de la personnalité adaptée à notre temps. Droit de consulter les dossiers médicaux des défunts » avait été déposée par MARGRIT KESSLER¹²⁹ et concernait la *levée* du secret médical *post-mortem* à l'égard des proches. La motion s'appuyait sur la dichotomie qui existe depuis la révision du droit de protection de l'adulte permettant au ou à la représentant-e légal-e de prendre des décisions médicales pour une personne incapable de discernement mais de se voir, dès le décès, privé-e de disposition légale pour pouvoir accéder au dossier médical. La motion demandait à cet effet d'« instaurer un droit de consultation post mortem du dossier médical ». Le Conseil fédéral a proposé de refuser la mo-

¹²⁶ Notons que la vulnérabilité de la personne souffrant de troubles mentaux et qui souhaite accéder à une assistance au suicide a été examinée par la CourEDH dans l'Affaire Mortier c. Belgique, requête 78017/17 du 4 octobre 2022 ainsi que l'opinion en partie concordante et en partie dissidente de la Juge ELÓSEGUI.

¹²⁷ Le terme de « diagnostic » est utilisé par Hurst dans des travaux publiés dans la Revue médicale suisse. C'est donc, à notre sens, en vue du public visé par cette revue que l'autrice fait ce choix sémantique, mais dont l'usage – en droit – devrait être limité au risque d'être exposé à la stigmatisation. Cet avis est partagé par GÉRALDINE MARKS SULTAN/SANDRA HOTZ, L'État et l'identification des vulnérabilités en pandémie, Jusletter 25 août 2025, p. 12.

¹²⁸ SAMIA HURST, Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier, Revue médicale suisse, 2013, vol. 386, p. 1057.

¹²⁹ Motion 15.3873, MARGRIT KESSLER, « Pour une protection post mortem de la personnalité adaptée à notre temps. Droit de consulter les dossiers médicaux des défunts », 21 septembre 2015

tion, ce qui a été suivi par le Conseil National. L'argumentation du Conseil fédéral mérite d'être ici brièvement reprise. Ce dernier s'exprime ainsi : « La situation est très différente selon qu'il s'agit de décider d'un traitement du vivant du patient ou *de clarifier d'éventuelles responsabilités après la mort de celui-ci*. Dans le premier cas, il est prévu que les informations nécessaires soient fournies par le médecin, afin de permettre que soit prise une décision dans l'intérêt de la personne incapable de discernement. C'est en effet la meilleure façon de préserver les intérêts de cette dernière, et une pesée des intérêts n'est pas nécessaire vu les circonstances particulières. Dans le second cas, au contraire, comme il s'agit de savoir s'il y a eu une erreur de traitement et qui en est responsable, *la divulgation du dossier médical ne sert plus exclusivement les intérêts du défunt*. Le risque existe ici qu'un droit de consultation général en faveur de certains tiers viole ses droits de la personnalité. Il semble donc nécessaire, pour préserver les intérêts du défunt, de s'en tenir à la procédure ordinaire de levée du secret médical ».¹³⁰ Il est curieux de lire que, selon le Conseil fédéral, le fait de clarifier d'éventuelles responsabilités après la mort n'est pas dans l'intérêt de la personne décédée. Nier un intérêt du ou de la patient-e dans ce contexte va à l'encontre de la philosophie même de l'étude du droit médical, qui bien que poursuivant des intérêts publics de protection de la santé, est, avant tout, un corpus normatif visant à protéger les droits des patient-e-s.¹³¹ Dès lors, la position du Conseil fédéral ne peut que nous laisser perplexes.

[62] Un autre projet visant à introduire une disposition légale spécifique à l'égard des données d'une personne décédée avait été proposé lors de la révision de la LPD. Le projet ne se limitait pas aux seules données de santé. Il avait pour teneur :

Art. 16 Projet de Loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales¹³²

¹ Le responsable du traitement accorde la consultation gratuite des données personnelles d'une personne décédée lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a. il existe un intérêt légitime à la consultation ou le demandeur a un lien de parenté directe avec le défunt, était marié, avait conclu un partenariat enregistré ou menait de fait une vie de couple avec lui au moment du décès ou il s'agit de son exécuteur testamentaire ;
- b. le défunt n'a pas, de son vivant, interdit expressément la consultation et n'a besoin d'aucune protection particulière ;
- c. aucun intérêt prépondérant du responsable du traitement ou d'un tiers ne s'oppose à la consultation.

² S'il refuse la consultation en raison du secret de fonction ou du secret professionnel, les personnes légitimées selon l'al. 1, let. a, peuvent demander à l'autorité compétente selon les art. 320 et 321 du code pénal qu'elle le délie de son secret.

³ Les héritiers ou l'exécuteur testamentaire peuvent exiger que le responsable du traitement efface ou détruise les données personnelles du défunt, sauf dans les cas suivants :

¹³⁰ Avis du Conseil fédéral à la motion 15.3873, MARGRIT KESSLER, « Pour une protection post mortem de la personnalité adaptée à notre temps. Droit de consulter les dossiers médicaux des défunts », 25 novembre 2015 (notre mise en évidence).

¹³¹ Le droit médical « comprend l'ensemble des principes, des normes et des pratiques relevant des soins donnés à des personnes » OLIVIER GUILLOD/FRÉDÉRIC ERARD, Droit médical, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 4.

¹³² FF 2017 6803, p. 6821 ss.

- a. le défunt l'a expressément interdit de son vivant ;
- b. l'effacement ou la destruction va à l'encontre d'intérêts prépondérants du défunt, du responsable du traitement ou de tiers ;
- c. l'effacement ou la destruction va à l'encontre d'intérêts publics prépondérants.

[63] Comme le souligne ERARD, ce projet aurait créé une entorse peu souhaitable dans la mesure où il prévoyait que le ou la professionnel-le ne soit pas le ou la seul-e à pouvoir demander à être délié-e du secret.¹³³ Ce projet a été abandonné pour un motif pour le moins étrange, à savoir que « dass dieser Artikel keinen datenschutzrechtlichen Nutzen hat. Die Regel ist aus Sicht der Kommissionsmehrheit unnötig. Je nach Konstellation können nämlich Nachkommen sogar mehr Rechte erhalten, als die Verstorbenen zu Lebzeiten erhalten hätten. Das Erbrecht gemäss ZGB ist zur Regelung solcher Konstellationen aus unserer Sicht ausreichend, insbesondere da der Grundsatz des Übergangs sämtlicher Rechte und Pflichten des Verstorbenen an seine Erben eigentlich alles regelt ». ¹³⁴

[64] Cet avis de la Commission peut paraître étrange, il semble, selon nous, s'appuyer sur la « théorie de la protection de la mémoire » exposée *supra*, certes connue en droit privé, mais, qui est contrairement à ce que prétend la Commission, inappliquée en droit pénal et droit public.

3. Un état des lieux accompagné d'une analyse critique de l'évolution jurisprudentielle en matière de secret médical *post-mortem* à l'égard des proches

[65] Si comme nous avons pu le constater au fil de la section 2, l'encadrement normatif du secret médical *post-mortem* – sous l'angle tant de la *protection* de celui-ci que de sa *levée* à l'égard des proches – souffre d'une lacune qui met en danger à la fois la sécurité et la prévisibilité du droit. La présente section 3 tendra donc de retracer l'interprétation de ce cadre normatif par la jurisprudence. Notre analyse reprendra la binarité qui nous a guidés jusqu'ici, à savoir la *protection* du secret médical *post-mortem* et sa *levée* à l'égard des proches.

3.1. L'évolution jurisprudentielle de la protection du secret médical au-delà de la mort

3.1.1. Une jurisprudence pénalo-civiliste et contorsionniste fondée sur le devoir d'entretien : l'ATF 87 IV 105

[66] Comme nous l'avons déjà laissé transparaître *supra*, une jurisprudence relativement ancienne a reconnu à des parents le droit de porter plainte contre le médecin pour violation du secret professionnel. Les faits sont les suivants : un médecin, le Dr X, a transmis au procureur une note sur l'évolution de la maladie d'un enfant mineur décédé, de M. et Mme Y. Les parents de l'enfant ont porté plainte pour violation du secret professionnel. La question que le Tribunal

¹³³ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 525.

¹³⁴ BO 2019 N 1805 (également cité par FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 525 ss).

fédéral est amené à résoudre se concentre uniquement sur le droit de porter plainte, alors que la divulgation du secret a eu lieu après le décès de l'enfant.¹³⁵

[67] Après avoir rappelé l'inapplicabilité du droit de porter plainte directement au nom de leur enfant (puisque la révélation a eu lieu après sa mort), le Tribunal examine si les parents disposent d'un droit spécifique et indépendant de porter plainte.¹³⁶ Il procède à la pesée des intérêts, tels que nous les avons présentés *supra* 2.1.1 et affirme que « si deve riconoscerne che, comunque, l'interesse privato non costituisca il bene unico protetto dall'art. 321 CP »¹³⁷ et à une analyse de droit comparé

[68] Le Tribunal fédéral reconnaît, alors, une action non pas fondée sur l'intérêt protégé de l'enfant à préserver son secret, mais, *a contrario*, sur la relation personnelle développée entre le thérapeute et le père de l'enfant en vertu du devoir d'entretien de ce dernier (art. 272 CC)¹³⁸ : « È certo che l'art. 28 CP – specialmente se combinato coll'art. 321 CP – non protegge solo degli interessi materiali, il cui risarcimento può peraltro essere richiesto in separata sede, ma anche e specialmente dei legittimi interessi ideali. Fra questi devono essere compresi gli interessi del padre di famiglia a mantenere intatto il rapporto di fiducia – che, come esposto, è legalmente protetto – direttamente stabilito col medico per l'opera da prestare ad un figlio minorenne. ». ¹³⁹ Dès lors, il conclut au fait que les parents sont légitimes à porter plainte.

[69] Outre le fait d'être l'un des premiers arrêts à reconnaître l'importance de la protection de l'autodétermination dans la pesée des intérêts¹⁴⁰, ce raisonnement basé non pas sur la relation entre l'enfant et le médecin, mais sur la relation de confiance entre son père et le médecin mérite d'être souligné. Certes, l'analyse est assez contorsionniste puisqu'elle détourne, d'une certaine manière, le droit de porter plainte en évoquant le devoir d'entretien du père (art. 272 CC). Il est ainsi curieux de ne pas lire dans le raisonnement du Tribunal fédéral un appel au législateur pour constater la lacune de ce droit.

3.1.2. De l'arrêt de principe au néant jurisprudentiel?

[70] Depuis cet arrêt de principe de 1961, la protection du secret médical par les proches n'a pas été réitérée. Au contraire, la doctrine – comme nous l'avons présentée ci-dessus – semble en faire une exception et considérer que la règle est que si la violation intervient après le décès de la personne, alors les proches n'ont pas le droit de porter plainte. Toutefois, l'ATF 87 IV 105 a connu un écho très important en ce qui concerne la reconnaissance de la pluralité d'intérêts entourant le secret médical en général. En effet, c'est le premier arrêt de principe à reconnaître à la fois la sphère privée et également l'intérêt public à l'exercice correct des professions de santé. C'est la raison pour laquelle il est souvent cité dans la jurisprudence¹⁴¹, même si sa solution jurisprudentielle fondée sur le devoir d'entretien n'a pas été reprise par la suite.

¹³⁵ ATF 87 IV 105, partie en fait.

¹³⁶ ATF 87 IV 105, consid. 2a.

¹³⁷ ATF 87 IV 105, consid. 2b.

¹³⁸ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 188.

¹³⁹ ATF 87 IV 105, consid. 2b. À noter que l'arrêt date de 1961, par conséquent, l'art. 28 aCP correspond au droit de porter plainte. Aujourd'hui, il s'agit de l'art. 30 CP.

¹⁴⁰ ATF 87 IV 105, consid. 2b.

¹⁴¹ Par ex : arrêt du Tribunal fédéral, 2C_658/2018 du 18 mars 2021, consid. 3.2.

3.2. L'évolution jurisprudentielle de la levée du secret médical à l'égard des proches au-delà de la mort¹⁴²

3.2.1. La reconnaissance prétorienne du droit d'accès médiatisé de 1995 à 2024 à l'égard des proches

[71] Comme nous l'avons analysé *supra*, le cadre normatif relatif à la levée du secret médical *post-mortem* à l'égard des proches est quasiment inexistant, *a fortiori* quand le ou la patient-e n'y a pas consenti de son vivant. Les seules exceptions que nous avons vues concernent le droit cantonal qui a, justement, codifié la jurisprudence que nous présentons ci-dessous.

[72] Entre 1995 et 2024, le Tribunal fédéral a créé, par voie prétorienne, l'*accès médiatisé au dossier médical*. Celui-ci consiste en la possibilité de remettre le dossier médical du ou de la défunt-e aux mains d'un-e intermédiaire, le plus souvent un-e médecin (un avocat a toutefois également été admis).

[73] Le premier arrêt en la matière – l'arrêt du Tribunal fédéral, 2P.339/1994 du 26 avril 1995 – a reconnu au proche d'un patient décédé le droit d'être renseigné sur une partie du dossier médical via l'intermédiaire d'un médecin choisi par le proche. C'est la première fois que notre Haute Cour « a reconnu par voie prétorienne un droit d'accès *médiatisé* et limité à certaines parties du dossier médical déduit du droit à la vie privée et familiale protégé par l'art. 8 CEDH ». ¹⁴³ Cette solution a été, par la suite, reprise dans l'arrêt Tribunal fédéral, 1P.359/2001 du 1^{er} octobre 2001 et ceci a validé la pratique dite de « lectures accompagnées ». ¹⁴⁴ Même si le Tribunal fédéral n'a pas considéré que cette solution était idéale, elle permettait un accès proportionnel aux données de santé protégées par le secret médical, tout en devant être examiné au cas par cas (arrêt du Tribunal fédéral, 2P.339/1994 du 26 avril 1995, consid. 3c). Plus récemment, le Tribunal fédéral a rejeté la demande de deux filles mineures souhaitant obtenir un accès au dossier de leur mère qui s'était suicidée dans une clinique psychiatrique, car aucune poursuite judiciaire n'avait été entamée, ni envisagée, mais un droit d'accès a été toutefois admis notamment en faveur d'un psychologue afin de pouvoir accompagner ces jeunes femmes dans leur processus de deuil (Tribunal fédéral, 2C_37/2018 du 15 août 2018 ¹⁴⁵). Puis, en 2024, notre Haute Cour a été confrontée au cas d'une femme souhaitant avoir accès au dossier médical de sa fille décédée afin d'examiner d'éventuelles responsabilités civiles. À cette fin, l'autorité de levée a accepté que l'avocat de la plaignante ait accès au dossier médical, mais elle avait interdit à cet avocat d'en communiquer le contenu à sa cliente. Le Tribunal fédéral a estimé cette interdiction contraire au droit fédéral (notamment aux

¹⁴² Comme mentionné *supra*, cette section 3.2 reprendra largement notre commentaire : CAMILLE LOUTSCH, Seul le détenteur est admis à déposer une demande de levée du secret médical d'une personne décédée auprès des autorités. Absence d'intérêt manifestement prépondérant pour les proches à avoir accès au dossier médical du défunt, in : <https://www.crimen.ch/367/> du 31 mars 2026.

¹⁴³ FRÉDÉRIC ERARD, Accès au dossier médical d'un tiers : quand avocats et médecins jouent les intermédiaires, in : Stéphane Grodecki/Miguel Oural/Grégoire Chappuis (édit.), La profession d'avocat en 2025 : quo vadis? Bâle 2025, p. 125 ss, p. 129.

¹⁴⁴ Voir le commentaire de : FRÉDÉRIC ERARD, Levée du secret médical : si l'avocat sait, le client doit aussi savoir, 23 février 2024, www.swissprivacy.law/284 [consulté le 28 juin 2026], p. 3.

¹⁴⁵ Voir la position assez critique de PETER BREITSCHMID, Nähe und Distanz – Wissen und Geheimnisse, Pflegerecht 2019, p. 151 ss, p. 155 ss.

devoirs du mandataire face à sa mandante, arrêt du Tribunal fédéral, 2C_683/2022 du 5 janvier 2024).¹⁴⁶

3.2.2. Une analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 152 I 65 (2C_567/2024 du 9 septembre 2025) : silence ou effacement de l'accès médiatisé ?

[74] Si, comme le soulignent le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral¹⁴⁷, cette pratique de l'accès médiatisé auto-façonnée par la jurisprudence semble être particulièrement judicieuse pour prendre en compte l'ensemble des intérêts en présence et compenser tant soit peu les lacunes juridiques en la matière, cette création prétorienne n'a toutefois pas fait l'objet d'une publication aux ATF. Ce, contrairement au très récent arrêt du Tribunal fédéral 2C_567/2024 du 9 septembre 2025, publié aux ATF sous la cote ATF 152 I 65 (publication des consid. 4 et 5 uniquement). De manière aussi surprenante qu'étrange, le Tribunal fédéral ne mentionne pas, dans le raisonnement de ce dernier arrêt, cette pratique. Dans les lignes qui suivent, nous proposons de reprendre en profondeur cet arrêt, d'exposer ses arguments avant de procéder à une analyse de ceux-ci.

[75] Les faits sont les suivants : Le 17 mars 2022, E.A. – époux et père de A.A. et de B.A. – subit une opération mini-invasive pour traiter une hernie inguinale à l'hôpital F. Quelques heures après son retour en chambre, il décède. À la suite du signalement pour mort suspecte par le Professeur Dr C. – CMO (= Chief Medical Officer) de l'hôpital F et de l'hôpital G –, le parquet a ordonné une autopsie du corps. Dans son rapport du 8 juillet 2022, l'Institut de médecine légale de l'hôpital cantonal de Saint-Gall a conclu que le décès de E.A. était dû à une insuffisance cardiaque aiguë consécutive à une importante hémorragie interne provoquée par la rupture d'un anévrisme de l'aorte abdominale. Un lien de causalité avec le geste chirurgical traitant la hernie inguinale a été envisagé, mais n'a pas pu être établi. Sur requête de A.A. et de B.A. qui souhaitaient avoir accès au dossier médical de E.A., le Professeur Dr C. a adressé, le 9 février 2024, une demande de levée du secret médical concernant le dossier de E.A. à A.A. et B.A., ainsi qu'à la compagnie d'assurances D. La demande a été refusée par l'autorité de levée. La mère et la fille de E.A. portent l'affaire au Tribunal fédéral en demandant l'annulation de la décision précitée de l'autorité de levée, la levée du secret médical du Professeur Dr C. à l'encontre de E.A., ainsi que l'accès au dossier médical.

[76] Le Tribunal fédéral commence son analyse en exposant le cadre normatif applicable au secret médical ainsi que ses enjeux (consid. 4.1 à 4.4); puis, il rappelle les deux principaux motifs justificatifs légaux permettant la révélation du secret médical (consid. 4.5.) et la pesée des intérêts y relative (consid. 4.5.3), avant d'arriver (consid. 5) au cas d'espèce.

[77] Le Tribunal constate en premier lieu que c'est le CMO de l'hôpital qui a déposé la demande, en se désignant comme directeur médical. Or, c'est le *détenteur* ou la *détentriche* du secret qui doit, personnellement, déposer une demande. Le Tribunal conclut à un vice de forme contraire à l'art. 321 ch.2 CP (consid. 5.2.1.-5.2.2.).

[78] Puis, le Tribunal fédéral rejette les griefs des requérantes au niveau de la pesée des intérêts (consid. 5.3). Les recourantes estiment avoir un intérêt légitime à avoir accès au dossier médi-

¹⁴⁶ Pour un examen de cette évolution, voir FRÉDÉRIC ERARD, Accès au dossier médical d'un tiers : quand avocats et médecins jouent les intermédiaires, in : Stéphane Grodecki/Miguel Oural/Grégoire Chappuis (édit.), La profession d'avocat en 2025 : quo vadis? Bâle 2025, p. 125 ss, p. 132 ss.

¹⁴⁷ Avis du Conseil fédéral à la motion 15.3873, MARGRIT KESSLER, « Pour une protection post mortem de la personnalité adaptée à notre temps. Droit de consulter les dossiers médicaux des défunts », 25.11.2015.

cal pour dissiper leur crainte que leur père, respectivement leur mari, n'ait été traité avec négligence afin de pouvoir, le cas échéant, éventuellement agir en responsabilité par des moyens extra-judiciaires. Toutefois, notre Haute Cour rappelle que ce seul intérêt des proches ne suffit pas à justifier une levée du secret médical, celle-ci exigeant un intérêt clairement prépondérant. En l'espèce, il n'existe aucune circonstance qui justifie que l'intérêt des proches prévale sensiblement sur celui du maintien à la confidentialité des données médicales. D'autre part, les autorités pénales ont ordonné une autopsie dans le cadre de la poursuite pénale et celle-ci n'a révélé aucun manquement au devoir de diligence, ni aucune faute professionnelle de la part des médecins traitants. A.A. et B.A. ont eu accès au dossier de l'enquête pénale. Leur besoin d'information, qui peut également jouer un rôle important dans le processus de deuil, a ainsi été satisfait. Dans le sens où les rapports et expertises n'ont pas révélé de faute, le Tribunal conclut donc qu'il n'y a pas d'intérêt clairement prépondérant à leur égard.

[79] La Cour termine son raisonnement en soulignant que l'intérêt des proches à obtenir des précisions sur la qualité des soins ne justifie pas, à lui seul, la levée du secret médical. Le fait que le mari, respectivement le père des recourantes ait subi une intervention chirurgicale de routine peu invasive n'implique pas de pondération différente des intérêts en cause, son décès étant, selon tout état de cause, directement lié à un anévrisme de l'aorte abdominale préexistant. Par ailleurs, le Tribunal fédéral rappelle que le fait que le défunt entretenait une relation étroite avec sa femme et sa fille ne suffit pas à lui seul à prétendre à une levée du secret médical. Selon le raisonnement de notre Haute Cour, il incombe au ou à la patient-e, conformément au cadre légal, de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de son décès, s'il ou elle souhaite que ses proches soient informé-e-s. Le fait que, de l'avis des plaignantes, peu de personnes le fassent ne change rien à cela (consid. 5.3.2). Le recours est, par conséquent, rejeté (consid. 5.3.3. et 6).

[80] Cet arrêt appelle plusieurs remarques de notre part. Tout d'abord, le vice de forme relevé par le Tribunal fédéral sur le fait que seul le médecin détenteur ou la médecin détentrice du secret médical a le droit de déposer une demande de levée auprès des autorités n'appelle aucune critique. En effet, ceci est cohérent avec la logique de l'art. 321 ch.2 CP qui tend à réprimer le ou la professionnel-le qui révèle sans droit un secret appris dans l'exercice de sa fonction. Dès lors, le strict respect de l'identité du détenteur ou de la détentrice du secret est nécessaire afin de ne pas détourner la norme pénale de son objectif d'incrimination d'un comportement spécifique et de ne pas la confondre avec les buts de la législation sur la protection des données, telle que présentée *supra*.

[81] Les zones d'ombre du présent arrêt se situent davantage au niveau de l'argumentaire du Tribunal fédéral quant à la pesée des intérêts effectuée jusqu'alors en jurisprudence. Il convient ici de relever plusieurs éléments :

[82] En premier lieu, le Tribunal fédéral estime que l'accès au rapport d'autopsie est suffisant, d'autant plus que celui-ci ne fait pas état de négligence ou de faute. S'il est, en effet, indispensable de ne pas vider de sens le secret médical et donc de pas accorder un droit d'accès complet et automatique aux proches du défunt, il est regrettable *de ne pas lire* dans l'argumentation des consid. 5.1 ss une allusion à cette pratique de la « lecture accompagnée » telle que tolérée dans les précédentes affaires et que nous avons présentée *supra*. Même si les recourantes ne l'avaient pas demandé, le Tribunal fédéral – *a fortiori* quand son arrêt est publié – aurait dû évoquer le droit d'accès médiatisé afin d'examiner la proportionnalité de cette demande, même s'il ne pouvait pas l'appliquer *in casu*. En effet, comme le souligne Tschumy, le rapport d'autopsie est, en pratique, transmis à un médecin choisi par les proches du défunt, en raison de la technicité de

son contenu¹⁴⁸. Dès lors, il serait logique et cohérent dans cette situation d'envisager, théoriquement du moins, cette possibilité. Que signifie ce silence de notre Haute Cour? Souhaite-t-elle, par la publication de cette décision, mettre fin à la pratique admise jusqu'alors de l'accès médiatisé? Ceci est, en effet, à craindre, car comme nous l'avons montré *supra*, « l'accès médiatisé » n'a jamais fait l'objet d'une publication aux ATF. Silence, oubli ou effacement de cette pratique? Pourtant, comme l'a montré ERARD dans sa contribution sur l'évolution des lectures accompagnées, cette solution est non seulement proportionnée, mais elle permet également de ne pas se retrouver face à des situations de blocage pour les proches lorsque le ou la médecin refuse de requérir la levée du secret médical auprès de l'autorité compétente.¹⁴⁹

[83] Avant de passer au second point de notre analyse, on notera au passage que, dans ce même considérant, le Tribunal estime l'accès au dossier pénal – contenant le rapport d'autopsie – comme satisfaisant le processus de deuil (« Ihrem Informationsbedürfnis, das auch im Trauerprozess eine wichtige Rolle spielen kann, wurde damit hinreichend Rechnung getragen » consid. 5.3.1). Cette phrase, même si le Tribunal ne l'explicite malheureusement pas, se veut une claire référence à l'arrêt du Tribunal fédéral, 2C_37/2018 du 15 août 2018. Toutefois, le fait d'en omettre la référence exacte donne à cet argument une connotation purement morale qui, à notre sens, n'a pas sa place dans une réflexion juridique. Cette phrase vient illustrer la tension morale qui est au cœur des réflexions sur le secret médical et que nous développerons *infra* section 4.1.

[84] En deuxième lieu, les recourantes font valoir qu'elles souhaitent écarter le soupçon de négligence avant de potentiellement mener une action civile ou en résolution extrajudiciaire. Leur argument est rejeté par le Tribunal fédéral, estimant que leur motivation ne constitue, dès lors, pas un intérêt prépondérant concret. De manière constante dans sa jurisprudence telle que présentée *supra* – et le cas présent n'y fait pas exception – on peut s'étonner du fait que le Tribunal fédéral ne protège plus la confidentialité des données de santé (même quand le maître du secret en fait expressément la demande, comme nous l'avons montré *supra* dans l'ATF 142 II 256) – lorsque le ou la professionnel·le de santé est directement accusé·e dans une procédure et qu'il ou elle doit alors, pour se défendre, demander une levée du secret (arrêt du Tribunal fédéral, 2C_215/2015 du 16 juin 2016, consid. 5.2, non publié à l'ATF 142 II 256) ou alors quand un·e avocat·e doit remplir son mandat envers sa cliente et pouvoir transmettre les informations contenues dans le dossier médical à sa cliente (arrêt du Tribunal fédéral, 2C_683/2022 du 5 janvier 2024). Il faut, par conséquent en déduire que c'est dans le cadre de procédures déjà engagées contre le professionnel ou quand un proche est accompagné·e par son avocat·e que le Tribunal fédéral estime l'intérêt à la divulgation des données de santé « clairement prépondérant ». Mais, comme dans le cas présent (ou comme ce fut le cas dans l'arrêt du Tribunal fédéral, 2C_37/2018 du 15 août 2018), la levée du secret n'est pas considérée prépondérante à la confidentialité des données quand elle est demandée en amont d'une action... Il est à craindre que, par cette jurisprudence constante, le Tribunal n'encourage les patient·e-s et leurs proches à directement engager des actions en responsabilité, sans pouvoir en évaluer ni la pertinence, ni les chances de succès par une consultation préalable du dossier. Ceci est d'autant plus délicat que le lien de causalité

¹⁴⁸ NICOLAS TSCHUMY, *Le corps humain après la mort – Le statut du cadavre en droit suisse*, Berne, 2022, p. 387–388.

¹⁴⁹ FRÉDÉRIC ERARD, *Accès au dossier médical d'un tiers : quand avocats et médecins jouent les intermédiaires*, in : Stéphane Grodecki/Miguel Oural/Grégoire Chappuis (édit.), *La profession d'avocat en 2025 : quo vadis?* Bâle 2025, p. 125 ss, p. 128 et 135.

en matière de responsabilité médicale est admis avec une très grande retenue au niveau fédéral (à ce sujet : l'arrêt TF, 4A_401/2023 du 15 mai 2024).

[85] En dernier lieu, il faut revenir sur le troisième argument avancé par le Tribunal fédéral, à savoir le fait qu'il incombe au patient ou à la patiente de prendre, avant son décès, toutes les dispositions nécessaires à la divulgation de ses données (consid. 5.3.2). Si, en effet, un consentement hypothétique risquerait de réduire le secret médical à néant, il faut être néanmoins prudent avec la dernière affirmation du Tribunal fédéral. Comme nous l'avons démontré *supra*, un consentement à la transmission de ses données de santé ne déploie ses effets après la mort qu'à certaines strictes conditions, par crainte de tomber dans l'engagement excessif (27 CC) et de risquer que la clause ne soit frappée de nullité. Dès lors, cette seule affirmation par notre Haute Cour doit être nuancée par la complexité de la mise en œuvre effective d'un consentement à la levée du secret médical qui déploierait ses effets *post-mortem*.

3.3. Synthèse intermédiaire : un apport de la jurisprudence aussi prospère que le tonneau des Danaïdes ?

[86] Si l'encadrement normatif, tant de la protection que de la levée du secret médical au-delà de la mort, peine à satisfaire les principes de sécurité, de prévisibilité, voire de légalité (c.f. *supra*), la jurisprudence, relativement fournie, nous laisse songeuse. Entre contorsionnisme, néant, création prétorienne et brouillard juridique, le Tribunal fédéral ne pare à l'incertitude inhérente à cet encadrement normatif. Comme nous l'avons vu, le système législatif qui encadre le secret médical en général est extrêmement fourni. Pourtant, il ne se suffit pas à lui-même, comme nous l'avons pointé, quand il s'agit de combler les lacunes de la protection normative *post-mortem* du secret médical. De manière, à notre sens, étonnante, le Tribunal fédéral n'a jamais fait d'appel au pouvoir législatif pour le rendre attentif à cette lacune (comme il l'a, par exemple, fait en matière d'assistance au suicide). Au contraire, il a développé – en matière de protection *post-mortem* – un droit de porter plainte aux parents par le devoir d'entretien au niveau civil. Depuis, notre Haute Cour n'a pas été amenée à réappliquer cette jurisprudence. Vaut-elle encore aujourd'hui ? Que penser de la solution doctrinale, présentée *supra*, qui s'appuie sur le raisonnement du Tribunal fédéral (ATF 118 IV 319 consid. 3) en reconnaissant une atteinte à la sphère privée d'un homme politique venant de décéder ? Les secondes qui suivent le décès font-elles encore partie de la sphère privée du ou de la patient-e vivant-e ? Le doute subsiste.

[87] Le cadre normatif de la levée du secret médical au-delà de la mort à l'égard des proches n'apportait, à l'exception des quelques réglementations cantonales, pas plus de clarté. Or, dans ce cas, la jurisprudence, par sa création prétorienne de l'accès médiatisé, apportait aux textes une solution à la fois proportionnée et respectant autant que faire se peut l'intérêt des parties. Pourtant, comme nous l'avons vu, l'ATF 152 I 65 ne reprend pas cette construction dans son raisonnement *in concreto*. Doit-on déduire du silence d'une jurisprudence publiée l'arrêt de cet « accès médiatisé » qui, lui, n'a jamais fait l'objet d'une publication aux ATF ? Était-ce un tonneau des Danaïdes ? Ou, au contraire, ce silence n'implique-t-il pas sa disparition ? Seul l'avenir jurisprudentiel nous le dira, mais dans le sillage de la doctrine spécialisée, nous espérons que cette création perdura.

4. L'encadrement du secret médical après le décès de *lege ferenda* : pistes de réflexions pour une réforme normative au prisme de la *Just culture* et de la Justice restaurative

[88] Considérant que la réglementation du secret médical *post-mortem* est avant tout une question qui doit être comprise dans une approche relationnelle du droit¹⁵⁰, nous présentons ci-dessous deux concepts qui permettent de donner corps à ces impératifs relationnels, à savoir la *Just culture* et la Justice restaurative. Comme nous le démontrerons, ces deux notions sont, selon nous, particulièrement porteuses de sens dans le contexte médical. Le défi auquel nous nous attèlerons dans les lignes qui suivent sera d'en démontrer l'importance et d'en tirer des enseignements pour penser une évolution *de lege ferenda* de la protection et de la levée secret médical *post-mortem* à l'égard des proches.

4.1. Les notions de *Just culture* et de Justice restaurative : quelle mobilisation dans le contexte médical ?

4.1.1. De la notion de *Just Culture*...

[89] On oppose traditionnellement la *Just culture* (culture juste) à la *Blame culture* (culture du blâme). Alors que cette dernière part du principe que les erreurs¹⁵¹ sont la conséquence d'enchaînements de fautes individuelles nécessitant une réaction punitive, la *Just culture* part du présupposé inverse, à savoir que les erreurs doivent être comprises de manière systémique. Par conséquent, la *Just culture* va tendre à promouvoir une culture de confiance ouverte dans laquelle les employé·e·s sont encouragé·e·s à communiquer et à signaler les erreurs et, ce sans craindre de répercussions négatives à la suite de leurs dénonciations. La responsabilité individuelle n'est pourtant pas niée, mais elle est limitée à la négligence grave et à l'intention.¹⁵² Le fondement d'une *Just Culture* repose donc sur la distinction claire des limites des comportements dits *acceptables*, respectivement *inacceptables*.¹⁵³ La *Just culture*, dont les travaux pionniers remontent à 1977 avec les recherches de JAMES REASON¹⁵⁴, est notamment promue et mobilisée dans des *High Reliability Organizations* (HROs) qui se caractérisent « par le fait qu'ils représentent un danger pour des biens juridiques de grande valeur (vie et intégrité corporelle), qu'ils mettent en un nombre potentiellement élevé de personnes et qu'ils impliquent une interactions complexe entre

¹⁵⁰ Sur cette approche, voir le récent ouvrage : Grégory Bligh/Emmanuel Jeuland (édit.), *Conceptions relationnelles du droit*, Paris 2026.

¹⁵¹ Nous utilisons dans le cadre de cette recherche le terme « erreur », mais nous sommes consciente que le terme « événement indésirable » est également utilisé au sein de la communauté scientifique (voir à ce sujet : YVES DONZALLAZ, *Traité de droit médical – Volume I. L'État, le médecin, les soignants et le patient : entre droit, éthique et règles de l'art*, Berne 2021, p. 57 ss). Les deux termes sont compris, dans ce texte, indifféremment.

¹⁵² Pour l'ensemble de la définition : THIERRY URWYLER, *Strafrecht als Risiko : Wie die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Fehlerkultur im Spital beeinträchtigt*, recht 2026, p. 86 ss, p. 91 ; HERBERT HÖCK, *Governance in Hochrisiko-Organisationen*, RR-VR 2/2026, p. 11 ss ; DANIEL HOHL, *Prüfen von Just Culture Meldungen auf rechtliche Relevanz*, ius.full 2025, p. 68 ss, p. 68 ; Conseil fédéral, *Rapport donnant suite au postulat 20.3463 (CAJ-E)* du 25 mai 2020, *Culture de l'erreur : possibilité et limites de son ancrage juridique*, 9 décembre 2022, Berne, p. 8 ss ; PHILIP BOYSEN, *Just Culture : A foundation for Balanced Accountability and Patient Safety*, *The Ochsner Journal* 13 :2013, p. 400 ss.

¹⁵³ DANIEL HOHL, *Prüfen von Just Culture Meldungen auf rechtliche Relevanz*, ius.full 2025, p. 68 ss, p. 68.

¹⁵⁴ DANIEL HOHL, *Prüfen von Just Culture Meldungen auf rechtliche Relevanz*, ius.full 2025, p. 68 ss, p. 68.

l'être humain et la technique (...) connaissant relativement peu d'accidents ou d'incidents ». ¹⁵⁵ On pensera notamment à l'aviation, aux centrales nucléaires ou encore aux hôpitaux. ¹⁵⁶ Contrairement à la Justice restaurative que nous aborderons ci-dessous, la *Just culture* ne vise pas en premier lieu à restaurer la relation entre la personne lésée et la personne autrice de l'infraction, mais davantage à accompagner et à encourager toutes les personnes qui, au sein d'une organisation, ont pu commettre une erreur afin d'identifier les risques systémiques et individuels qui en découlent et d'en tirer un enseignement pour l'avenir. ¹⁵⁷ Mais encore au-delà du signalement, la *Just culture* vise à encourager la prise de conscience chez les employé-e-s. ¹⁵⁸

4.1.2. ... à la notion de Justice restaurative

[90] Pour définir la Justice restaurative, nous allons comme *supra*, d'abord procéder à la délimitation de son contraire, soit la justice rétributive. Cette dernière « considère que le crime est une *offense contre l'État* et ses lois, qui se concentre sur l'établissement de la *faute commise dans le passé*, afin de mesurer la dose de *souffrance* à infliger à l'auteur ». ¹⁵⁹ À l'opposé, la Justice restaurative « envisage le crime comme une offense contre des gens et des relations ; dans cette conception, la justice (...) s'efforce d'identifier les besoins de chacun afin de trouver un remède à la situation, de réparer les dommages et de restaurer les relations ; elle encourage le dialogue et l'accord mutuel et donne à l'auteur et à la victime un rôle central ». ¹⁶⁰ « Cette forme de justice – relativement peu connue dans notre droit positif suisse ¹⁶¹, mais largement répandue dans d'autres cultures – est aussi métaphoriquement appelée *la justice de l'aiguille* ». ¹⁶² Si nous avons énuméré ci-dessus ses fonctions, la définir est parfois plus ardu, car il existe de nombreuses manières de la concevoir, et nous ne mentionnerons ici que celle d'HOWARD ZEHR, l'un des pères de la Justice restaurative : « La justice restaurative est un processus destiné à impliquer, autant qu'il est possible, ceux qui sont touchés par une infraction donnée et à identifier collectivement les torts ou dommages subis, les besoins et les obligations, afin de parvenir à une guérison et de redresser la situation autant qu'il est possible de le faire ». ¹⁶³ Différents processus, tels la médiation, les *conferencing* ou encore les *sentencing circles* sont considérés comme des processus de Justice restaurative. ¹⁶⁴

¹⁵⁵ Conseil fédéral, Rapport donnant suite au postulat 20.3463 (CAJ-E) du 25.05.2020, Culture de l'erreur : possibilité et limites de son ancrage juridique, Berne 9 décembre 2022, p. 9.

¹⁵⁶ HERBERT HÖCK, Governance in Hochrisiko-Organisationen, RR-VR 2/2026, p. 11 ss, p. 11.

¹⁵⁷ ANDREA LEIBOLD/ANNEMARIE FRIDRICH, Rapport, Just Culture im Schweizer Gesundheitswesen. Machbarkeitsstudie. Mandat confié par la Commission fédérale pour la Qualité (CFQ) à la Fondation Sécurité des patients Suisse, Berne 2024, Annexe 1 « Définition de la Just Culture dans le secret suisse de la santé », p. 2.

¹⁵⁸ PHILIP BOYSEN, Just Culture : A foundation for Balanced Accountability and Patient Safety, The Ochsner Journal 13 2013, p. 400 ss, p. 401.

¹⁵⁹ ANDRÉ KUHN, Sanctions pénales : est-ce bien la peine ? Et dans quelle mesure ? 3^e éd, Charmey 2019, p. 86

¹⁶⁰ ANDRÉ KUHN, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, RPS 135/2017, p. 235 ss, p. 252.

¹⁶¹ Pour un aperçu de l'état en droit positif suisse des règlements consensuels des différends en droit pénal suisse, voir : CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel des différends en droit pénal, RPS Vol. 139 (2020) II, p. 97 ss, p. 109 ss.

¹⁶² ANDRÉ KUHN, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, RPS 135/2017, p. 235 ss, p. 252.

¹⁶³ HOWARD ZEHR, La justice restaurative. Pour sortir des impasses de la logique punitive, trad. P. Renaud-Grosbras, Genève 2012, p. 62.

¹⁶⁴ Pour un aperçu de ces différents processus, voir : CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel des différends en droit pénal, RPS Vol. 139 (2020) II, p. 97 ss, p. 136 ss.

4.1.3. Quelle concrétisation dans le contexte médical? Entre attentes des victimes et reconnaissance d'un corps de métier à risque

4.1.3.1. L'utopie d'un monde médical infaillible

[91] « Pendant longtemps, le monde médical a vécu dans l'illusion du modèle de la médecine sans erreurs. La culture médicale traditionnelle se fondait effectivement sur l'idée qu'un bon médecin ne se trompait pas (...) Cette culture professionnelle fondée sur l'image d'un médecin omniscient et infaillible relevait naturellement de l'utopie (...). [Elle] incitait au silence sur [les] éventuels manquements et contribuait à l'opacité concernant le dysfonctionnement des soins hospitaliers ».¹⁶⁵ De ce monde infaillible naviguant entre images surréalistes et risques de « paternalisme »¹⁶⁶, l'hôpital est progressivement passé de « l'hospitalité » à l'« inhospitalité ».¹⁶⁷ Confronté-e-s à un mur du silence – conséquence de cette opacité décrite ci-dessus – les patient-e-s victimes d'une erreur médicale ont rarement des attentes de de nature purement financière. En vérité, plusieurs recherches ont démontré qu'ils et elles mettaient leur priorité premièrement sur une information complète, honnête et rapide, puis sur une explication de ce qui s'est passé dans un langage simple avec l'expression de regrets, d'excuses ou d'empathie et, enfin, la prévention de la récurrence.¹⁶⁸ Ce mur du silence va, au contraire, exacerber le désir de vengeance et l'engagement de poursuite pénale dépendra également de la force qui reste aux proches après l'épreuve qu'ils et elles auront traversés.¹⁶⁹

4.1.3.2. L'implantation de la *Just culture* dans le monde médical

[92] C'est la raison pour laquelle la *Just culture* a trouvé un écho tout particulier auprès du milieu médical. Outre la reconnaissance au corps médical, par là même, de la difficulté et du risque inhérents à leur métier qui nécessitent, dès lors, des traitements particuliers¹⁷⁰ (*a fortiori* dans un contexte de pénurie de médecins), les organisations de sécurité pour les patient-e-s ont considéré cette *Just culture* comme une occasion de prendre davantage en compte les attentes des personnes malades et de leurs proches.¹⁷¹

[93] Plusieurs motions parlementaires ont également encouragé les réflexions en matière de l'inclusion de la *Just culture* dans les systèmes de soins¹⁷², menant à un rapport du Conseil fédéral

¹⁶⁵ OLIVIER GUILLOD/FRÉDÉRIC ERARD, *Droit médical*, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 530.

¹⁶⁶ Nous mettons ce terme entre guillemets, car son utilisation mériterait, selon nous, des développements plus spécifiques que nous ne pouvons pas développer ici.

¹⁶⁷ Comme ceci a été magnifiquement démontré dans l'ouvrage de Béatrice Schaad (édit.), *(In)hospitalités hospitalières* Chêne-Bourg 2023.

¹⁶⁸ Conférence de MIRELA CACI, Communication de l'erreur en milieu hospitalier, Journée de droit médical, Université de Lausanne, 29 janvier 2026.

¹⁶⁹ THIERRY URWYLER, *Strafrecht als Risiko : Wie die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Fehlerkultur im Spital beeinträchtigt*, recht 2026, p. 86 ss, p. 96 ss.

¹⁷⁰ THIERRY URWYLER, *Strafrecht als Risiko : Wie die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Fehlerkultur im Spital beeinträchtigt*, recht 2026, p. 86 ss, p. 98.

¹⁷¹ ANDREA LEIBOLD/ANNEMARIE FRIDRICH, *Rapport, Just Culture im Schweizer Gesundheitswesen. Machbarkeitsstudie. Mandat confié par la Commission fédérale pour la Qualité (CFQ) à la Fondation Sécurité des patients Suisse*, Berne 2024.

¹⁷² CAJ-CE, Motion 20.3463 « Introduire la culture juste dans le droit suisse », 25 mai 2020. Pour un historique des différents objets parlementaires jusqu'en 2020, voir : Conseil fédéral, *Rapport donnant suite au postulat 20.3463 (CAJ-E) du 25.05.2020, Culture de l'erreur : possibilité et limites de son ancrage juridique*, Berne 9 décembre 2022, p. 6. Indirectement, d'autres objets parlementaires ont relancé les débats en la matière, on pensera notamment à

intitulé « Culture de l'erreur : possibilités et limites de son ancrage juridique ». Dans ce cadre-là, le Conseil fédéral envisage différentes possibilités de mise en place de la *Just culture* au sein de plusieurs milieux, tel celui des soins.¹⁷³ Si l'importance de l'apport analytique du Conseil fédéral ne doit pas être négligée, il faut pourtant regretter de lire : « la culture de l'erreur ne doit toutefois pas être mise en opposition avec le déroulement de procédures pénales, civiles et administratives. Lorsque des règles élémentaires ont été violées et qu'il y a eu une menace sérieuse pour des biens juridiques essentiels, le rétablissement de la situation conforme aux dispositions légales ou la compensation adéquate du dommage ne peut traditionnellement pas faire abstraction du déroulement de procédures judiciaires. L'attribution des responsabilités et l'application conforme à l'égalité de traitement des règles de droit (p. ex. par rapport à l'exercice uniforme de l'action publique) sont donc essentielles au bon fonctionnement de la société et de l'État. De plus, il y a lieu de veiller à ce que le système juridique, quel que soit le domaine juridique visé (pénal, civil ou administratif), fondé sur des droits et devoirs légaux ou contractuels, ne soit pas affaibli. Ces droits et devoirs, et les sanctions qui y sont associées, servent à ce que chacun connaisse ses responsabilités et en soit conscient, et qu'il s'efforce ainsi d'éviter au maximum de commettre des erreurs. Le système juridique a donc également une fonction préventive ».¹⁷⁴ À notre sens, cet avis du Conseil fédéral représente une impasse pour l'implantation de la *Just culture* qui, justement, vise à s'extraire du régime serpentin de la responsabilité individuelle pour prendre en compte la dimension systémique de l'erreur. Dès lors, le rapport du Conseil fédéral efface paradoxalement, en même temps qu'il l'exprime, la philosophie même de la *Just culture* qui nécessite de « *changing lenses* »¹⁷⁵ au niveau de la responsabilité individuelle.

[94] Par ailleurs, la Commission fédérale pour la Qualité (CFQ) a lancé une étude en collaboration avec la Fondation pour la sécurité des patients sur la faisabilité sur la *Just culture*. Les résultats ont été rendus publics en 2024.¹⁷⁶ De cette étude sont nées plusieurs recommandations pour implanter – aux niveaux tant *macro*, *meso* et *micro* – la *Just culture* au sein du système de santé suisse.¹⁷⁷ Parmi ces recommandations, on notera la création de bases légales pour un traitement juste de toutes les personnes impliquées, la définition de standards pour une implantation de la *Just culture* axée sur la sécurité des patient·e·s, un centre national de coordination pour la sécurité des patient·e·s ou encore la promotion de la *Just culture* au sein même de l'organisation de santé.

BAPTISTE HURNI, Postulat 23.3863 « Pour un véritable plan national de prévention contre les erreurs médicales en Suisse » du 15 juin 2023 ou encore FLAVIA WASSERFALLEN, Motion 23.3390 « Création d'un fonds pour les patients » du 17 mars 2023.

¹⁷³ Conseil fédéral, Rapport donnant suite au postulat 20.3463 (CAJ-E) du 25 mai 2020, Culture de l'erreur : possibilité et limites de son ancrage juridique, Berne 9 décembre 2022, p. 23 ss.

¹⁷⁴ Conseil fédéral, Rapport donnant suite au postulat 20.3463 (CAJ-E) du 25 mai 2020, Culture de l'erreur : possibilité et limites de son ancrage juridique, Berne 9 décembre 2022, p. 32.

¹⁷⁵ Expression empruntée à HOWARD ZEHR qui l'utilise dans un autre contexte, à savoir celui de la justice restaurative (HOWARD ZEHR, *Changing lenses : A new focus for crime and justice*, 3^e éd., Scottdale, 2005).

¹⁷⁶ ANDREA LEIBOLD/ANNEMARIE FRIDRICH, Rapport, Just Culture im Schweizer Gesundheitswesen. Machbarkeitsstudie. Mandat confié par la Commission fédérale pour la Qualité (CFQ) à la Fondation Sécurité des patients Suisse, Berne 2024.

¹⁷⁷ Nous ne pouvons détailler l'ensemble de ces mesures, mais encourageons le lecteur et la lectrice à consulter ANDREA LEIBOLD/ANNEMARIE FRIDRICH, Rapport, Just Culture im Schweizer Gesundheitswesen. Machbarkeitsstudie. Mandat confié par la Commission fédérale pour la Qualité (CFQ) à la Fondation Sécurité des patients Suisse, Berne 2024, p. 60 ss.

[95] Considérant que le droit pénal est l'un des facteurs les plus influents en matière d'effectivité de la *Just culture* au sein des organisations de santé¹⁷⁸, la doctrine pénaliste s'est également intéressée à l'inclusion de celle-ci et a proposé différents moyens de mise en œuvre. Ces avis étant particulièrement pertinents pour nos propres propositions *infra* section 4.3, nous en proposons ci-dessous une brève synthèse :

- *Dépénalisation de la négligence pour les infractions des art. 117 et 125 CP au profit de la seule incrimination pour faute lourde* par THIERRY URWYLER (2026)¹⁷⁹ : s'intéressant principalement à l'erreur médicale (117 et 125 CP), la thèse d'URWYLER repose sur l'hypothèse suivante : est-ce que l'étendue de la responsabilité pénale pour négligence compromet la sécurité des patient-e-s et devrait, par conséquent, être uniquement limitée à la faute lourde ? Après avoir, entre autres, démontré que la pénalisation n'est imposée ni par le droit international, ni par les droits fondamentaux et comparé les effets de la pénalisation d'une *Blame culture* à ceux de la *Just culture*, il parvient à la conclusion qu'une dépénalisation partielle des négligences légères et modérées seraient plus justifiées pour une mise en œuvre effective de la *Just culture* et, par là-même, de la sécurité des patient-e-s. À notre sens, l'approche d'URWYLER peut être rapprochée des théories dites abolitionnistes du droit pénal¹⁸⁰ qui ont deux principales sources de pensées, à savoir que « le droit pénal n'atteint pas les objectifs qu'il se fixe » et qu'« il est lui-même créateur de maux ». ¹⁸¹ URWYLER conclut ses propos en mettant toutefois en exergue le fait que la seule dépénalisation du droit médical ne peut suffire à mettre en œuvre une *Just culture*. En effet, celle-ci doit s'accompagner d'autres initiatives – au niveau à la fois du droit civil et de la psychologie du travail dans les soins – ainsi que par la création d'un fond d'indemnisation national, tel que pratiqué en Nouvelle-Zélande.¹⁸²

Notons au passage que la dépénalisation du droit médical n'est pas une initiative isolée et que plusieurs auteurs et autrices, à l'image de SANDRA HOTZ, se montrent favorables à la dépénalisation, notamment de l'assistance au suicide.¹⁸³

- *Exemption de la peine pour les fautes d'inattention mineures* par PETER MÜLLER (2020)¹⁸⁴ : MÜLLER part, quant à lui, de l'hypothèse que la pratique judiciaire qui présume que chacun est toujours capable d'agir avec prudence est irréaliste, d'autant plus dans les métiers à risque – tels l'aviation ou les métiers du soin – puisque « [k]leinste Unaufmerksamkeiten

¹⁷⁸ THIERRY URWYLER, *Strafrecht als Risiko : Wie die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Fehlerkultur im Spital beeinträchtigt*, recht 2026, p. 86 ss, p. 87 ; PETER MÜLLER, *Just Culture im Strafrecht. Straffreiheit im Interesse der Sicherheit ?* PJA 2020, p. 761 ss, p. 763.

¹⁷⁹ THIERRY URWYLER, *Strafrecht als Risiko : Wie die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Fehlerkultur im Spital beeinträchtigt*, recht 2026, p. 86 ss.

¹⁸⁰ À noter que le terme « abolitionnisme » peut avoir plusieurs acceptions, soit une abolition de la peine de mort, des prisons, du système pénal en général ou encore de la détention à perpétuité (voir à ce sujet : CHRISTIAN-NILS ROBERT, *L'abolition*, in : Collectif Octobre 2001 (édit.), *Comment sanctionner le crime*, Toulouse 2002, p. 35 ss., p. 47.

¹⁸¹ ANDRÉ KUHN, *De la criminologie radicale à l'abolitionnisme pénal*, in : Jörg Arnold/Françoise Villard-Genillod/Stefan Keller et al. (édit.), *Vom Scheiterhaufen zur Verwahrung – Umgang mit Minderheiten im Strafsystem. Du bûcher à l'internement – La place des minorités dans le système pénal*, p. 161 ss, p. 177.

¹⁸² Sur la question des fonds d'indemnisation, voir également l'avis favorable d'OLIVIER GUILLOD/FRÉDÉRIC ERARD, *Droit médical*, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 539 ss.

¹⁸³ SANDRA HOTZ, *The Swiss legal system on advance requests for assisted suicide from persons without the capacity of judgment*, *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie / Numéro 46 – 2026*, p. 61 ss, p. 66.

¹⁸⁴ PETER MÜLLER, *Just Culture im Strafrecht. Straffreiheit im Interesse der Sicherheit ?* PJA 2020, p. 761 ss.

(...) fatale Folgen haben [können].¹⁸⁵ Dès lors, il propose une exemption de sanction en cas d'inattention mineure, que celle-ci ait eu ou non des conséquences graves sur la personne. Il justifie sa position par le fait que « bei erheblichem Unrecht kann die Schuld dennoch gering sein ». ¹⁸⁶ Toutefois, il avance sa proposition avec prudence, sachant que l'exemption de peine peut être particulièrement mal acceptée, tant par la population que par la politique. C'est la raison pour laquelle d'autres auteurs et autrices, à l'instar de HOHL sont davantage favorables à une réduction des sanctions qu'à une véritable exemption de la peine.¹⁸⁷

[96] Avant de passer à l'examen de la (petite) place de la justice restaurative dans le domaine médical, il nous faut préciser ici, sans toutefois pouvoir nous y étendre, que d'autres initiatives, plus larges que la *Just culture*, sont favorisées dans le contexte des soins. On pensera notamment aux *Critical Incidents Reporting Systems* (CIRS) qui sont des systèmes de déclaration des incidents médico-hospitaliers, mais dont l'effectivité semble, malheureusement, douteuse.¹⁸⁸ En effet, ceux-ci reportent au mieux les « *near misses* », soit les incidents évités de justesse et, par conséquent, vont à l'encontre même de la philosophie de la *Just culture* qui voudrait que la gravité de la faute ne soit pas un obstacle à sa communication.¹⁸⁹

4.1.3.3. L'écho de la *Justice restaurative* ou des modes alternatifs de résolution de conflits dans le milieu médical

[97] Actuellement, le droit suisse ne laisse que trop peu de marge à la Justice restaurative et aux modes alternatifs de résolution de conflit, ne les autorisant que timidement à l'art. 316 CPP au travers de la conciliation¹⁹⁰, mais en limitant celle-ci aux infractions poursuivies sur plainte¹⁹¹, ce qui restreint le champ d'application à une quarantaine d'infractions seulement.¹⁹² Cette limitation paraît dénuée de sens, alors que plusieurs études montrent que ce sont justement les victimes d'infractions graves qui en ont le plus besoin et qui peuvent en retirer un plus grand soulagement.¹⁹³ Nous noterons au passage que cette catégorisation en *infractions graves* et en *petites infractions* « appartient typiquement à la classification traditionnelle du droit pénal *classique*,

¹⁸⁵ PETER MÜLLER, Just Culture im Strafrecht. Straffreiheit im Interesse der Sicherheit? PJA 2020, p. 761 ss, p. 761.

¹⁸⁶ PETER MÜLLER, Just Culture im Strafrecht. Straffreiheit im Interesse der Sicherheit? PJA 2020, p. 761 ss, p. 765.

¹⁸⁷ DANIEL HOHL, Prüfen von Just Culture Meldungen auf rechtliche Relevanz, ius.full 2025, p. 68 ss, p. 71.

¹⁸⁸ THIERRY URWYLER, Strafrecht als Risiko : Wie die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Fehlerkultur im Spital beeinträchtigt, recht 2026, p. 86 ss, p. 98 ss; OLIVIER GUILLOD/FRÉDÉRIC ERARD, Droit médical, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 531 ss

¹⁸⁹ Voir à ce propos : THIERRY URWYLER, Strafrecht als Risiko : Wie die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Fehlerkultur im Spital beeinträchtigt, recht 2026, p. 86 ss, p. 98 ss.

¹⁹⁰ La conciliation est un « processus de règlement consensuel des différends de nature pénale mené par le juge ou le procureur et opposant le lésé au prévenu » (CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel des différends en droit pénal, RPS Vol. 139 (2020) II, p. 97 ss, p. 109).

¹⁹¹ Toutefois, « contrairement à ce qu'indique le texte légal, le ministère public peut tenter la conciliation également lorsque la procédure ne concerne pas exclusivement des infractions poursuivies sur plainte. Seul le texte français de l'art. 316 al. 1 CPP fait mention de cet adjectif, de sorte que le Tribunal fédéral a confirmé que la tentative de conciliation était licite lorsque la procédure visait également des infractions poursuivies d'office » (CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel des différends en droit pénal, RPS Vol. 139 (2020) II, p. 97 ss, p. 110.).

¹⁹² Voir la liste : CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel des différends en droit pénal, RPS Vol. 139 (2020) II, p. 97 ss, p. 111.

¹⁹³ Plusieurs études montrent que ce sont, surtout, les victimes de violences graves – notamment sexuelles – qui apprécient le mieux la justice restaurative, voir parmi d'autres : JO-ANNE WEMMERS/ISABELLE PARENT/DIANE CASONI et al., Les expériences des victimes de violence sexuelle dans les programmes de justice réparatrice, Québec, Septembre 2023.

axé sur la culpabilité et la notion de gravité de la faute commise, alors que c'est justement de cette classification et de ce *formalisme* que veut se détacher la justice restaurative. Pour celle-ci, il ne devrait pas y avoir *a priori* de *petites* et de *non petites* (ou de *graves*) atteintes, puisque cette évaluation relève pleinement de l'appréciation et du ressenti de la victime elle-même ». ¹⁹⁴ En ce qui concerne une transposition en droit médical, on ne peut pas dès lors avancer que la conciliation y trouve une véritable place, le catalogue des infractions poursuivies sur plainte étant limité.

[98] En ce qui concerne la médiation, seul le droit pénal des mineurs le permet au niveau fédéral (17 PPMIn). ¹⁹⁵ La médiation peut se définir comme un « processus qui permet un échange, voire une (ou plusieurs) rencontre(s) entre le lésé d'une infraction pénale et l'auteur direct de cette infraction [; l']échange est encadré par un médiateur (ou facilitateur) impartial, extérieur au conflit et indépendant de l'appareil judiciaire ». ¹⁹⁶ C'est par cette petite porte d'entrée que la justice restaurative – plus largement les modes alternatifs de gestion des conflits – *aurait pu* trouver un écho (*un écho seulement !* ¹⁹⁷) dans le monde médical. En effet, la médiation est ancrée dans plusieurs législations cantonales de santé, à l'instar de celle du canton de Vaud qui a créé en 2004 le Bureau cantonal de médiation santé-handicap. ¹⁹⁸ Malheureusement sa portée est limitée, car il n'est compétent que pour les plaintes relatives à une violation des droits des patients ou des résidents consacrés par la LSP ou le CC (art. 15a al. 3 LSP-VD). Par conséquent, la médiation *pénale* – telle qu'elle serait souhaitée dans une perspective de justice restaurative – semble exclue. Ces espaces de médiation, ouverts tant aux professionnel-le-s ¹⁹⁹ de la santé qu'aux patient-e-s sont « dédiés à l'écoute, à l'expression de doléances, à la parole réparatrice » ²⁰⁰. Ils sont entièrement confidentiels ²⁰¹ et visent à restaurer le dialogue afin de passer de la « contradiction à la compréhension ». ²⁰² À l'instar des *buts* de la justice restaurative, les médiations hospitalières – par leur caractère extra-judiciaire – permettent de « rendre » le conflit aux parties ²⁰³, plus particulièrement aux victimes qui se sentent, malheureusement, souvent mal comprises par les autorités judiciaires dans les litiges médicaux, sentiment qui se traduit hélas concrètement par l'échec ré-

¹⁹⁴ NICOLAS QUELOZ, Les défis posés à la justice pénale et à la justice restaurative dans le cas des infractions graves, in : Nicolas Queloz/Catherine Jaccottet Tissot/Nils Kapferer et al. (édit.), *Changer de regard : la justice restaurative en cas d'infractions graves*, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 1 ss, p. 9.

¹⁹⁵ Sur son effectivité et sa mise en pratique, voir : ANDRÉ KUHN/MARIE DESAULES/THOMAS LEU, *État des lieux de la médiation pénale en Suisse*, Jusletter 13 décembre 2021.

¹⁹⁶ CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, Règlement consensuel des différends en droit pénal, RPS Vol. 139 (2020) II, p. 97 ss, p. 120.

¹⁹⁷ Comme il ne s'agit pas d'une médiation pénale, elle ne peut pas être considérée comme dans une perspective de justice restaurative, mais bien plutôt comme un mode alternatif de gestion des conflits.

¹⁹⁸ Art. 15a ss de la Loi du 29 mai 1985 sur la santé publique (LSP-VD ; RS/VS 800.01).

¹⁹⁹ À noter que le nombre de professionnel-le-s qui y font recours augmente sensiblement, voir : BÉATRICE SCHAAD, L'hôpital inhospitalier pour les patients et les professionnels, in : Salvatore Bevilacqua/Ralf Jox/Elena Martinez et al., (édit.), *Les exclus de la santé*, Chêne-Bourg 2026, p. 278 ss, p. 283.

²⁰⁰ CATHERINE VON ROTZ FASEL/CLAUDIA VON BALLMOOS, Médiation ou procédure judiciaire : régler les conflits autrement – Passer de la contradiction à la compréhension, in : Béatrice Schaad (édit.), *(In)hospitalités hospitalières'* Chêne-Bourg 2023, p. 76 ss, p. 78.

²⁰¹ BÉATRICE SCHAAD, L'hôpital inhospitalier pour les patients et les professionnels, in : Salvatore Bevilacqua/Ralf Jox/Elena Martinez et al., (édit.), *Les exclus de la santé*, Chêne-Bourg 2026, p. 278 ss, p. 283.

²⁰² CATHERINE VON ROTZ FASEL/CLAUDIA VON BALLMOOS, Médiation ou procédure judiciaire : régler les conflits autrement – Passer de la contradiction à la compréhension, in : Béatrice Schaad (édit.), *(In)hospitalités hospitalières'* Chêne-Bourg 2023, p. 76 ss, p. 76.

²⁰³ ANDRÉ KUHN/CAMILLE PERRIER, Quelle importance accordons-nous aux modes amiables de règlement des conflits?, in : Nadja Capus/Jean-Luc Bacher (édit.), *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, Berne 2010, p. 217 ss, p. 227.

gulier de la reconnaissance de responsabilité des hôpitaux devant le Tribunal fédéral (comme nous avons déjà pu le mentionner *supra*²⁰⁴)²⁰⁵.

4.2. La jurisprudence ayant trait au secret médical *post-mortem* : la témoin privilégiée de la Blame culture

4.2.1. L'absence de droit de porter plainte pour les tiers en cas de violation du secret médical *post-mortem* : une posture de défense face à l'attaque ?

[99] Comme nous l'avons examiné tout au long des sections 2.3.1 et 3.1, la loi ne confère pas aux proches un droit de porter plainte pour violation du secret médical après la mort du ou de la patient-e. Une ancienne jurisprudence admet tout au plus un droit fondé sur le devoir d'entretien des parents. Plusieurs auteurs et autrices (c.f. *supra* section 2.3.1) se sont insurgé-e-s contre cette figure chimérique d'un droit sans tête. Pourtant, notre comparaison avec l'ATF 142 II 256 (dans lequel, pour rappel, le droit de porter plainte en cas de refus de levée du secret médical avait été accordé à une médecin afin de consolider sa défense) semble témoigner de cette omniprésence de la *Blame culture* au sein du milieu médical. La défense d'une médecin contre l'attaque d'un proche de patient semble, aux yeux du Tribunal fédéral, justifier une levée du secret médical, alors que le contraire peine à convaincre. Comment comprendre cette extension de la plainte – créant, comme nous l'avons exprimée avec d'autres auteurs, une entorse problématique à l'art. 321 CP – sans la placer dans l'engrenage systémique de la culture de la faute ?

4.2.2. L'âpre chemin des proches pour avoir accès au dossier médical de la personne décédée : un mur du silence ?

[100] De la même manière, la *Blame culture* semble être l'ombre chinoise grandissant derrière l'accès au dossier médical d'une personne décédée. Tous les cas de jurisprudence que nous avons analysés et présentés se situent dans le contexte d'une erreur médicale. Des proches veulent, alors, pouvoir accéder au dossier médical de la défunte personne pour comprendre ce qui s'est passé. Or, de manière presque systématique, le Tribunal fédéral juge l'intérêt des proches non prépondérant quand aucune action n'est entreprise ou sérieusement envisagée avec l'aide d'un ou d'une avocat-e. Comprendre sans poursuivre juridiquement ne fonde, dès lors, pas de juste intérêt, alors que nous avons montré *supra* combien les proches souhaitent d'abord des excuses, une compréhension de la part du personnel médical et non pas une compensation pécuniaire. Tout au plus, le Tribunal fédéral fait mention, dans un arrêt, du processus de deuil qui peut être satisfait par l'accès au dossier. Mais, en aucun cas, il n'y confère une importance prépondérante qui permettrait de lever le secret médical. Plus encore, le *droit à la vérité* n'est, selon notre Haute Cour, pas supérieur à la levée du secret médical ! Comment ne pas, alors, comprendre les victimes estimant ce mur du silence comme antagoniste au monde du soin ? Comment ne pas partager leur frustration face à ce mur du silence qui se dresse devant elles ? Le dernier arrêt du Tribunal fédéral

²⁰⁴ Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral, 4A_401/2023 du 15 mai 2024.

²⁰⁵ Précisons ici afin d'être exhaustive que SIDNEY DEKKER a prolongé la notion de *Just culture* en milieu médical avec la perspective de « *Restorative Just Culture* » (SIDNEY DEKKER, *Restorative Just culture, From Disciplinary Action to Meaningful Accountability*, 4^e éd., Floride 2025) Nous avons fait le choix de ne pas en parler ici, car bien qu'étant extrêmement porteuse et intéressante, cette notion s'éloigne de la conception de Justice restaurative que nous avons développée jusqu'ici pour en proposer une lecture *sui generis*.

en la matière – ATF 152 I 65 – va jusqu’à avancer qu’il incombait au patient lui-même de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de son décès s’il souhaitait que ses proches soient informés? Les recourantes avançaient alors l’argument entièrement nié par notre Haute Cour que peu de personnes prenaient de telles dispositions. À notre sens, le Tribunal fédéral est empreint de *Blame culture* quand il adopte une telle position : il estime que tout-e patient-e devrait remplir ses directives anticipées, préparer en amont une expression de ses dernières volontés quant à une potentielle action en responsabilité *post-mortem*? Sachant que l’opération *in casu* était courante, peu à risque et bénigne, on ne peut que comprendre l’étonnement certain et la non-moins certaine frustration qui a dû accompagner la lecture de cette argumentation. De plus, comme nous l’avons démontré *supra*, la validité *post-mortem* d’un consentement à la levée du secret médical n’est pas garantie *de lege* et doit, selon la doctrine, respecter un nombre exigeant de conditions afin de ne pas verser dans l’engagement excessif. On ne peut, dès lors, estimer – comme l’a fait le Tribunal fédéral – que tout patient-e, *a fortiori* quand l’intervention est peu grave, soit aussi au fait des exigences supplémentaires qu’exige un consentement *post-mortem*. Certaines personnes averties consulteront peut-être le modèle des directives anticipées de la FMH²⁰⁶ qui suit partiellement l’avis d’ERARD/GUILLOD, tout en limitant les directives au seul nombre de personnes incluses dans le cercle de la levée du secret médical, mais non pas à la quantité des informations transmises... À cela s’ajoute que les directives anticipées souffrent fréquemment d’un manque de publicité...²⁰⁷ Ce qui signifie que même avec ces précautions – qui émanent déjà d’une personne extrêmement au fait – la volonté de la personne défunte n’est pas garantie de manière certaine. À notre sens, cette approche jurisprudentielle vise non pas à partager et à reconnaître les erreurs, mais bien à pousser au conflit. Et ceci est malheureusement inhérent à la *Blame culture*...

4.3. *De lege ferenda*... une lecture en dialogue entre *Just culture*, Justice restaurative et secret médical *post-mortem*

[101] S’appuyant sur le constat d’un manque d’encadrement normatif, d’une évolution jurisprudentielle incertaine, ainsi que sur les caractéristiques tant de la *Just culture* que de la Justice restaurative, nous proposons ci-dessous quelques pistes de réflexions – concernant principalement le droit pénal – pour *penser* une évolution normative en matière de secret médical *post-mortem*. Il faut toutefois garder à l’esprit deux éléments : en premier lieu, nous ne prétendons pas parvenir à transposer ci-dessous les modèles de *Just culture* ou de Justice restaurative dans nos propositions *de lege ferenda*, mais simplement de nous inspirer des caractéristiques et des apports de chacun de ces deux concepts pour proposer une évolution législative à partir de l’encadrement normatif *actuel*. Nous sommes, bien évidemment, consciente que ces deux cadres conceptuels nécessiteraient, pour s’implémenter véritablement, un changement de paradigme et de focale que notre droit positif ne connaît, par essence, pas. Par conséquent, nous serons particulièrement attentive à la cohérence du système législatif et, à l’instar de la doctrine pénaliste, restrictive quant à l’extension de la compréhension sémantique des termes utilisés. Deuxièmement, si nos propos sont, avant tout, juridiques, il n’en demeure pas moins qu’une pluralité de niveaux – par exemple, sur

²⁰⁶ Voir FMH, Modèle des Directives anticipées, p. 4 ss (disponible sous : <https://www.fmh.ch/files/pdf27/fmh-directives-anticipees-detaillee-fr.pdf>, consulté le 28 juin 2026).

²⁰⁷ Sur cette problématique, voir : KARIM LANG/FRÉDÉRIC ERARD, Publicité des directives anticipées : loin des yeux, loin des soins, RMA 2025, p. 355 ss.

le plan de la formation du personnel médical, des accompagnements psychologiques et managériales au sein des ressources humaines – devraient être levés pour parvenir à dépasser les écueils de la *Blame culture* inhérente au milieu médical.

4.3.1. En matière de protection du secret médical au-delà de la mort

[102] Comme nous l'avons constaté *supra*, il existe, *de lege lata*, une dichotomie peu compréhensible entre l'accès au droit de porter plainte selon qu'il s'agit d'un-e proche ou d'un-e médecin impliqué-e dans une procédure en responsabilité.

[103] L'apport de la *Just culture* nous invite à nous détacher d'une culture fondée sur la faute. Par conséquent, l'arrêt ayant étendu ce droit à la médecin ne devrait, à notre sens, pas faire jurisprudence. D'autre part, la Justice restaurative tend à se détacher de la systématique formelle du droit pour admettre que, filant les mots de QUELOZ, l'intensité d'une infraction dépendra du ressenti d'une victime. La Justice restaurative vise également à rétablir les liens sociaux en se concentrant sur le sentiment d'injustice provoqué chez une victime. Dès lors, celle-ci n'est pas « victime » ou « lésée » en vertu du droit positif, mais bien selon son appréciation d'injustice qu'il faudra tenter de contrebalancer.

[104] Ayant à l'esprit la proposition de TSCHUMY citée *supra* section 2.3.1, nous serions également opposée à une extension de la personnalité *post-mortem*. Celle-ci risquerait d'augmenter l'insécurité juridique et de donner aux prétentions juridiques une dimension hypothétique beaucoup trop incertaine. Par contre, comme il le propose, nous serions favorable à l'introduction dans le champ pénal et public de la « théorie de la protection de la mémoire ». Plusieurs instruments sont possibles pour légiférer dans ce sens. Mais, à notre sens, une telle protection serait très simplement assurée par l'ajout d'un alinéa supplémentaire à l'art. 321 CP. Celui-ci pourrait être formulé de la sorte :

^{1bis} La révélation demeure punissable alors même que le maître du secret est décédé, sur plainte des proches ou des familiers au sens de l'art. 110 al.1 et 2 CP

[105] Comme nous l'avons examiné *supra* section 2.2.2.1, ce nouvel alinéa devrait être compris comme l'est actuellement l'art. 321, soit comme un délit matériel – exigeant un résultat –, tel que proposé par une majorité de la doctrine. Par une telle formulation, le tiers extérieur à tout intérêt de la personne décédée serait dans l'incapacité d'exiger une levée du secret médical ; ceci afin que les intérêts tant publics que privés exposés dans la section 2.1, notamment le lien de confiance et la confiance publique dans l'exercice des professions de la santé soient respectés.

4.3.2. En matière d'accès au dossier médical *post-mortem* par les proches

[106] À la lecture tant de l'absence d'encadrement normatif spécifique que de la jurisprudence restrictive en matière d'accès au dossier médical *post-mortem*, on a pu constater *supra* 4.2.2. combien la *Blame culture* met un frein au droit des proches de connaître la vérité sur les circonstances de la mort d'un-e parent-e.

[107] Alors que la *Just culture* tend à encourager un partage des erreurs au sein des organisations hospitalières afin de comprendre ce qui y a mené à la fois sur le plan systémique et sur le plan individuel, la Justice restaurative vise à renouer le dialogue et à rendre le conflit entre les parties.

[108] La confidentialité des données et l'importance conférées à l'institution du secret médical ne doivent pas, pourtant, pâtir de cette volonté, louable, d'échanges des informations. Dans ce cas, le secret médical perdrait son sens. Par conséquent, trois voies de réformes législatives s'offrent à nous :

- *Extension de la médiation hospitalière au niveau fédéral avec une garantie de la confidentialité des débats* : Dans une médiation pénale, trois acteurs ou actrices interviennent : le médiateur ou médiatrice (également appelé-e facilitateur ou facilitatrice, il ou elle est choisi-e par les parties), la victime et la personne accusée par la victime. La confidentialité est un principe cardinal de la médiation, car elle assure aux médié-e-s qu'aucune information ne pourra être transmise lors d'une éventuelle procédure pénale ultérieure.²⁰⁸ Dans une telle configuration, les informations contenues dans le dossier médical d'une personne décédée devraient faire l'objet d'un examen par le médiateur ou la médiatrice qui pourrait, en tirer les informations pertinentes à confier aux parties. Ces informations seront également confidentielles et devraient, à notre sens, être considérées comme des preuves totalement inexploitable au sens de l'art. 141 al.1 CPP.

Cette première proposition s'appuie sur les systèmes de médiation hospitalière qui existent déjà dans certains cantons, mais vise à l'étendre au niveau fédéral (même si l'organisation devrait pouvoir rester aux mains des cantons, sachant que chaque structure hospitalière a ses propres caractéristiques identitaires qui ne peuvent être comprises de manière identique dans toute la Suisse). À notre sens, deux possibilités seraient possibles pour la mettre en œuvre au niveau fédéral : soit en l'intégrant au CPP comme une *procédure spéciale* (en effet, la *Just culture* a un sens particulier pour certains secteurs à haut risque, dès lors ces secteurs – l'aviation, la santé, etc. – devraient faire l'objet de législations sectorielles²⁰⁹ ; une disposition introduisant ainsi une procédure spéciale de médiation pour certains secteurs serait, à notre sens, particulièrement judicieuse) ou alors en créant une loi fédérale de santé. Cette dernière solution, bien qu'à notre sens nécessaire et heureuse face à la profusion de textes de *soft law* qui mettent à l'épreuve les principes démocratiques²¹⁰, doit toutefois être appréciée avec prudence tant les défis d'une telle législation sont importants. Une législation limitée aux principes – comportant *in casu* le principe de la médiation et de sa confidentialité – pourrait être une solution particulièrement intéressante à explorer.²¹¹

- *Adoption et uniformisation au niveau fédéral d'un accès médiatisé* : À l'image des cantons de Genève et du Valais concrétisant la jurisprudence non publiée rendue jusqu'en 2024 de l'accès médiatisé, il serait opportun de créer une disposition de la sorte au niveau fédéral. Comme dans la proposition précédente, une des possibilités serait de l'intégrer dans une loi fédérale de santé publique, avec les écueils soulevés *supra*. Un autre chemin possible serait d'intégrer cette disposition dans un article 321a CP.

²⁰⁸ ANDRÉ KUHN/MARIE DESAULES, La médiation pénale en Suisse, in : Mylène Jaccoud/Dan Kaminiski (édit.), L'(in)effectivité des médiations pénales. Approche internationale, Chêne-Bourg 2025, p. 17 ss, p. 22.

²⁰⁹ PETER MÜLLER, Just Culture im Strafrecht. Strafffreiheit im Interesse der Sicherheit? PJA 2020, p. 761 ss, p. 765.

²¹⁰ MÉLANIE LEVY, Harmonisation du droit cantonal en santé publique : typologie et enjeux de droit administratif, in : Frédéric Bernard/François Bellanger (édit.), L'harmonisation du droit cantonal, Genève/Zurich 2026 p. 87 ss, p. 125.

²¹¹ MÉLANIE LEVY, Harmonisation du droit cantonal en santé publique : typologie et enjeux de droit administratif, in : Frédéric Bernard/François Bellanger (édit.), L'harmonisation du droit cantonal, Genève/Zurich 2026 p. 87 ss, p. 126.

- *Décriminalisation du secret médical au niveau du Code pénal* : Cette dernière proposition s'inscrit dans le sillage de la proposition de deux auteurs de doctrine, à savoir URWYLER et ERARD. Comme nous l'avons montré *supra*, URWYLER propose une décriminalisation limitée à la négligence pour les art. 117 et 125 CP afin de mettre en œuvre de manière effective la *Just culture*. La question pourrait se poser de l'abolition de la « norme phare » de l'art. 321 CP. D'aucuns pourraient estimer cette abolition comme utopiste, puisque, comme nous l'avons montré dans la section 2.2., nombre des dispositions de droit administratif, disciplinaire, et privées y font un renvoi dynamique. Toutefois, ERARD propose dans sa thèse un scénario d'abandon du secret professionnel classique au profit d'un régime centré sur la protection des données.²¹² Il appuie son raisonnement en démontrant, à raison, le décalage profond entre la pratique des soins et les exigences d'accès aux données inhérentes aux évolutions technologiques. Sans nier la polémique que susciterait une telle réforme, elle permettrait de renverser la philosophie du secret médical en affirmant que toute donnée fait, en vérité, l'objet de communications. En matière de secret médical *post-mortem*, tel qu'il nous intéresse en l'espèce, une disposition inspirée du modèle de l'art. 41 de la loi de santé de Schaffhouse, telle que présentée *supra* 2.3.2, soit un consentement présumé à l'égard des proches. Si la transparence qui en découle pourrait, en effet, être en faveur de l'implantation d'une *Just culture*, nous craignons toutefois qu'elle ne brise trop le lien de confiance qui se doit d'être réciproque entre personnel médical et patient·e·s. Or, la confiance devrait être le guide principal pour supplanter la *Blame culture*.

5. Conclusion

[109] Arrivée au terme de cette recherche, nous avons pu mettre en évidence trois principaux résultats : premièrement le constat d'un encadrement normatif insuffisant, à la fois au niveau de la protection et de la levée du secret médical *post-mortem* à l'égard des proches puisqu'il repose de manière trop importante sur le seul cadre légal du secret médical *ante-mortem* ou sur quelques spécificités cantonales disparates (section 2); deuxièmement, nous avons mis en évidence l'incertitude créée par la jurisprudence, que ce soit au niveau de la levée ou de la protection du secret médical *post-mortem* (section 3); en troisième lieu, le dernier résultat de notre recherche a montré combien cet encadrement normatif et la jurisprudence reposent sur la *Blame culture*. Partant de ce dernier constat, nous avons essayé de dresser quelques pistes afin de penser une évolution normative.

[110] Le secret médical *post-mortem* est un sujet particulièrement délicat. Il illustre, comme nous l'avons montré, la tension entre l'exigence de l'opacité et le besoin de transparence qui est au cœur de tout conflit dans les relations patient·e – médecin. Pourtant, selon nous, l'équilibre qu'il faut trouver doit reposer sur la confiance et celle-ci ne peut s'épanouir que par un changement de focale qui se traduit, notamment, par une mutation de la *Blame culture* vers une *Just culture* en s'inspirant également des principes de Justice restaurative. Les préjudices que subissent les proches de patient·e·s décédé·e·s ne peuvent être mis sur un pied d'égalité avec ceux de la vie économique. Ils visent, avant tout, à rendre à la personne décédée un sentiment de dignité que

²¹² FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Zurich 2021, p. 554 ss.

seuls les proches survivant-e-s peuvent encore lui donner. Dès lors, penser une évolution du secret médical *post-mortem* avec les outils d'interprétation usuels du droit positif gèle les discussions, provoque frustrations et incompréhension des proches devant les autorités judiciaires. Il faut donc, à notre sens, repenser ce système à l'aune de principes alternatifs de modes de résolution des conflits afin de ne pas laisser une personne décéder sans avoir pu exprimer sa dignité, et ce dans l'indifférence du pouvoir législatif.

Annexes

Cadre normatif du secret médical (médecin, relation droit public) – Page 46

Secret médical post-mortem et place des proches – Page 47

CAMILLE LOUSCH, assistante-doctorante à la Chaire de droit civil et de droit de la santé (Prof. Sandra Hotz, collaboratrice scientifique pour le projet TRREE à l'Institut de droit de la santé et co-responsable du projet interfacultaire Droit & Littérature, Plume de Justice, Université de Neuchâtel.

SECRET MÉDICAL POST-MORTEM ET PLACE DES PROCHES

