



**DROITS DES PROFESSIONNELS DE LA SANTÉ :  
L'OBJECTION DE CONSCIENCE**

**Institut de droit de la santé  
Université de Neuchâtel**

**Nathalie BRUNNER  
sous la direction de Dominique SPRUMONT**

© by IDS, Neuchâtel  
Tous droits réservés pour tous pays

Institut de droit de la santé  
Université de Neuchâtel  
Avenue du 1<sup>er</sup>-Mars 26  
CH-2000 Neuchâtel

**Septembre 2001**

## Table des matières

<b>PREFACE DE L'OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE.....</b>	<b>4</b>
<b>1. INTRODUCTION.....</b>	<b>6</b>
1.2. NOTION ET DELIMITATIONS.....	7
1.2.1. <i>Conscience et objection de conscience en général.....</i>	7
1.2.2. <i>Exemples concrets.....</i>	9
1.2.3. <i>En droit.....</i>	10
<b>2. INTERETS ET DROITS FONDAMENTAUX EN JEU DU POINT DE VUE DES PROFESSIONNELS DE LA SANTE ET DES PATIENTS.....</b>	<b>11</b>
2.1. LIBERTE DE CONSCIENCE ET DE CROYANCE.....	11
2.2. DROITS DU PATIENT.....	12
2.2.1. <i>Droit aux soins ?.....</i>	12
2.2.2. <i>Libre choix et consentement du patient.....</i>	15
2.2.3. <i>Concrétisation.....</i>	16
2.3. RESTRICTIONS DE DROIT PUBLIC AUX DROITS FONDAMENTAUX.....	18
2.4. EFFET HORIZONTAL DES DROITS FONDAMENTAUX.....	20
<b>3. OBLIGATION OU LIBERTE DE DISPENSER LES SOINS ? ....</b>	<b>24</b>
3.2. PROFESSIONNELS DE LA SANTE DANS LE SECTEUR PRIVE.....	24
3.2.1. <i>Liberté contractuelle.....</i>	24
3.2.2. <i>Limitations de droit privé.....</i>	26
3.2.3. <i>Respect des obligations contractuelles.....</i>	27
3.2.3.1. <i>Conclusion du contrat.....</i>	27
3.2.3.2. <i>Obligations contractuelles et fin du mandat.....</i>	27
3.2.4. <i>Limitations de droit public cantonal.....</i>	29
3.2.5. <i>Limitations de droit public fédéral.....</i>	30
3.2.6. <i>En conclusion.....</i>	31
3.3. PROFESSIONNELS DE LA SANTE SOUMIS AU DROIT PUBLIC.....	31
3.3.1. <i>Obligation étatique de fournir les soins.....</i>	31
3.3.2. <i>Droits et obligations des agents de la fonction publique.....</i>	32
3.3.2.1. <i>Obligation de gestion.....</i>	33
3.3.2.2. <i>Obligation de neutralité et de dignité.....</i>	33
3.3.2.3. <i>Obligation de fidélité.....</i>	34

3.3.2.4. <i>Incidence des obligations des fonctionnaires sur l'exercice des libertés publiques.....</i>	34
---	----

<b>4. PROBLEMES SPECIFIQUES DANS LA RELATION EMPLOYEUR/EMPLOYE.....</b>	<b>36</b>
4.1. EMPLOYEUR PRIVE.....	36
4.2. EMPLOYEUR PUBLIC.....	38
<b>5. SYNTHESE.....</b>	<b>40</b>
<b>6. BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>42</b>

## Préface de l'Office fédéral de la justice

Le groupe de travail "droits du personnel médical", institué par le Département fédéral de justice et police (DFJP) au printemps 2001, avait pour mandat d'étudier la problématique du droit du personnel médical de refuser de participer à des interventions médicales pour des motifs d'éthique ou de croyance et d'examiner la nécessité de prendre des mesures face à cette problématique. Présidé par un sous-directeur de l'Office fédéral de la justice, le groupe de travail était entre autres composé de représentants des professions de la santé, des milieux scientifiques et universitaires, des autorités de la santé publique, émanant des différentes régions de Suisse. Il s'est fondé sur diverses expertises dont celle de l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel, publiée ici avec le consentement de l'Office fédéral de la Justice.

Comme en la matière il n'existe pas de statistiques ni de jurisprudence instructive, le groupe de travail n'a pas pu fournir, dans son rapport, des indications sur le nombre de cas dans lesquels des professionnels de la santé ont été confrontés, ces dernières années, à des conflits de conscience dans l'exercice de leur activité. De même, on ne dispose que de peu d'informations sur la manière dont ces conflits ont été surmontés et sur les conséquences pratiques et juridiques qui en ont résulté. On sait seulement que de tels conflits peuvent survenir dans presque tous les secteurs de la médecine et dans toutes les disciplines médicales. C'est cependant dans les secteurs des soins intensifs et des soins palliatifs destinés aux personnes en fin de vie (par exemple gériatrie, médecine urgentiste, oncologie) et dans le secteur des traitements de longue durée (dispensés par exemple aux personnes les plus gravement handicapées) que des conflits de conscience ont, de loin, le plus de chance de survenir. Il énumère aussi quelques disciplines médicales qui sont problématiques à cet égard : gynécologie (p. ex. interruption de grossesse, procréation médicalement assistée), génétique médicale et prélèvement d'organes à des fins de transplantation.

En se fondant sur les avis exprimés par divers experts, le groupe de travail recommande que l'on mette sur pied un projet dans le cadre duquel on élaborera, à l'intention des établissements de santé, un modèle dont ils pourront s'inspirer pour établir leur réglementation interne. On examine

actuellement quelle institution pourrait se charger de lancer, de coordonner et de financer un tel projet. La réglementation-type une fois achevée, les établissements ou les organisations qui en ont la charge pourront, sur cette base, élaborer et édicter leurs propres normes, taillées sur mesure, des normes qui permettent, dans toute la mesure du possible, de prévenir et de surmonter les conflits de conscience. Le groupe de travail estime aussi que, pour l'instant, il n'est pas nécessaire que la Confédération légifère. Les personnes qui, dans le cadre de l'exercice d'une profession du secteur de la santé, sont contractuellement ou légalement tenues de procéder à certains actes, peuvent, au cas où elles seraient confrontées à un conflit de conscience, refuser de s'exécuter en se prévalant de la liberté de conscience et de croyance garantie par la Constitution. Enfin, en droit privé, la protection de la personnalité - y compris la liberté de conscience et de croyance - est assurée par les dispositions pertinentes du Code civil et du Code des obligations<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Le rapport du groupe de travail du 12 mars 2002 peut être consulté à l'adresse internet suivante : <http://www.ofj.admin.ch/themen/divers/med-personal/bericht-gewissenskonflikte.pdf>.

## 1. Introduction

La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a déposé le 11 septembre 2000 une motion invitant le Conseil fédéral à prendre, d'entente avec les cantons, les mesures nécessaires afin de garantir au personnel médical le droit de refuser de participer à une interruption de grossesse, sous réserve du maintien d'un service minimal de la population<sup>2</sup>. Cette motion était notamment liée à l'obligation faite depuis 1995 aux élèves de l'école cantonale de sages-femmes de Zürich de s'engager sans restriction à participer à des avortements. La motion fut transformée en postulat par décision du Conseil des Etats du 28 novembre 2000. Afin d'y donner suite, le Département fédéral de Justice et Police a décidé, en date du 7 mars 2001 et en application de l'article 57 LOGA<sup>3</sup>, de mettre sur pied un groupe de travail sur la problématique de l'objection de conscience du personnel médical, la réflexion devant s'effectuer au regard de la liberté de conscience et croyance.

Au sein de ce groupe de travail, l'Institut de droit de la santé (IDS) de l'Université de Neuchâtel a été mandaté en vue d'effectuer une étude portant sur les points suivants :

1. Identification, sous un angle théorique, des problèmes juridiques liés à la question :

- Rappel du cadre normatif des relations patients-professionnels de la santé, au niveau fédéral et cantonal (partie de l'étude réalisée en collaboration avec l'Institut du Fédéralisme) ;
- Intérêts et droits fondamentaux en jeu du point de vue des professionnels de la santé, de leurs patients et de leurs employeurs ;
- Classification des problèmes juridiques liés à la question avec exemples concrets à l'appui.

2. Identification des sources disponibles en la matière (littérature, rapports, normes déontologiques, jurisprudence, dispositions légales).

Le présent rapport constitue le résultat de cette étude destinée au groupe de travail.

<sup>2</sup> Postulat 01.3056 (CN 93-434) - Interruption de grossesse. Droits du personnel médical.

<sup>3</sup> RS 172.010.

## 1.2. Notion et délimitations

### 1.2.1. Conscience et objection de conscience en général

Selon le message du Conseil fédéral du 22 juin 1994 concernant la loi fédérale sur le service civil<sup>4</sup>, la notion de conscience échappe à une définition absolue, de sorte que l'on ne peut la circonscrire que formellement :

"C'est la somme des valeurs définissant ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, ce qui est juste ou non, à quoi s'ajoute l'obligation contraignante pour l'individu d'agir en fonction de ces valeurs (...). La conscience est la perception subjective de la moralité d'un comportement individuel. C'est l'instance éthique intérieure devant laquelle les individus s'engagent envers eux-mêmes. La conscience est le siège des décisions morales prises en fonction des normes fondamentales que représentent les convictions individuelles, parmi lesquelles figure bien sûr le sentiment religieux".

Amenée à préciser cette notion<sup>5</sup>, la Commission de recours du Département fédéral de l'économie (DFE) a retenu que les définitions qu'en donnent les dictionnaires ne sont pas univoques, mais qu'il en ressort néanmoins que "la conscience s'exprime par une obligation intérieure et contraignante pour l'individu (...). Ce qui paraît décisif, c'est l'existence de convictions personnelles ayant un caractère normatif pour celui qui s'en prévaut, soit, en d'autres termes, des convictions qui exercent un effet contraignant sur le comportement (...). Les motifs de conscience peuvent aussi bien être des convictions religieuses, des raisons d'ordre éthique, moral ou humanitaire que des réflexions d'ordre politique et social inspirées par la raison et la logique".

Procédant à un examen des différentes formes de désobéissance dans les milieux de la santé, S. Audy<sup>6</sup> a cerné six caractéristiques essentielles pour qualifier une désobéissance d'objection de conscience : (1) elle nécessite la violation d'une loi ou d'un règlement, ce qui implique que l'auteur reconnaisse son geste comme étant illégal ou d'une légalité contestable ;

<sup>4</sup> Feuille fédérale 1994 III 1597, 1625.

<sup>5</sup> Décision de la Commission de recours DFE du 20 avril 2000 dans la cause K c/ l'Organe d'exécution du service civil, JAAC 64.126 et les références citées.

<sup>6</sup> Sonya Audy, *La désobéissance dans les milieux de la santé : petite nomenclature et tentative de justification éthique*.

(2) l'acte doit être public (non tenu secret), (3) non violent, (4) accompli en toute soumission (l'objecteur accepte que sa désobéissance puisse lui valoir des sanctions), (5) au nom de la conscience (convictions morales ou croyances religieuses), et (6) il est nécessaire que le but premier de l'objecteur soit de sauver sa conscience. Une bonne illustration de l'objection de conscience serait le refus par un professionnel, au nom de sa conscience, de pratiquer ou de participer à un avortement.

L'objection de conscience doit être différenciée d'autres figures voisines. Le "refus en conscience" ("conscientious refusal") présente les mêmes caractéristiques que l'objection de conscience, mais s'en distingue par son caractère non public, voire secret. L'auteur présume que son action sera toutefois connue. A titre d'exemple, S. Audy cite le cas du professionnel qui refuse, en conscience, d'administrer la dose prescrite d'une médication donnée parce qu'il craint pour la vie du patient. S. Audy retient que cette désobéissance est plus dangereuse que l'objection de conscience dans la mesure où elle manque de transparence.

La "désobéissance civile" est un acte qui exclut la défense d'intérêts personnels, mais est faite en guise de protestation dans le but de provoquer des changements d'ordre politique, sociologiques et/ou juridiques, afin de servir les intérêts de la communauté. S. Audy cite l'exemple d'un médecin procédant publiquement à un avortement alors que cette pratique était criminalisée, dans le but d'arriver à une dépenalisation de cet acte.

"L'insoumission cachée" ("evasive non-compliance") présente les mêmes caractéristiques que l'objection de conscience mais s'en éloigne de par son caractère secret et la volonté de se soustraire à une sanction. Ainsi un professionnel qui, au nom de sa conscience et après évaluation de la situation, décide de participer de façon directe ou indirecte à un geste non autorisé (euthanasie active, clitoridectomie), mais en cachant son geste et, partant, se soustrait à une sanction.

Enfin la "dissidence" trouve son élément-clé dans la non reconnaissance de la légitimité de l'ordre juridico-politique. En médecine, il s'agit d'une contestation des règles déontologiques établies par les associations professionnelles.

En revanche, le refus de fournir une prestation pour des raisons d'opportunité ne relève pas de ce concept. Par exemple, une divergence d'opinion sur une question d'ordre technique ou scientifique ne relève pas

de l'objection de conscience, pas plus qu'un désaccord sur une question de pratique professionnelle entre hommes de l'art se trouvant dans un rapport de subordination.

On peut déduire de ce qui précède que l'objection de conscience consiste en un refus de fournir un traitement, fondé sur des valeurs personnelles fondamentales de nature morale, religieuse ou éthique qui sont contraignantes pour le professionnel de la santé concerné<sup>7</sup>. Ce type de refus doit être clairement distingué des situations dans lesquelles il existe une divergence, quant au choix d'un traitement fondée sur des connaissances scientifiques ou une expérience professionnelle. Il est en effet fréquent, dans le domaine médical, que plusieurs traitements soient envisageables pour une certaine affection. Le fait qu'un professionnel de la santé ne soit pas d'accord quant à l'alternative à choisir dans un cas d'espèce ne constitue donc pas, *a priori*, un cas d'objection de conscience.

### 1.2.2. Exemples concrets

Outre à l'occasion d'actes médicaux spécifiquement et "traditionnellement" sensibles en eux-mêmes, en raison des problèmes moraux et/ou religieux qu'ils ne manquent pas de soulever (par exemple : fécondation par tiers donneur, stérilisation, transplantations, autopsie, euthanasie passive/active, acharnement thérapeutique, mutilations sexuelles, expérimentation, etc)<sup>8</sup> l'objection de conscience peut également se présenter sous d'autres facettes.

On pense en particulier aux difficultés qu'éprouvent les professionnels de la santé lorsque, dans les prises de décision concernant les soins à donner ou non à un enfant, la position des parents ne semble pas respecter au mieux le bien de ce dernier. Ou lorsque les indications des enfants ou d'un conjoint concernant le traitement à administrer ou non à leurs parents ou à leur conjoint en fin de vie ne paraissent pas conforme à la volonté de ces

<sup>7</sup> Dans ce sens, art. 19 du *Codice di deontologia medica* italien.

<sup>8</sup> L'ouvrage *La santé face aux droits de l'homme, à l'éthique et aux morales* du Réseau européen "médecine et droits de l'homme", donne un aperçu intéressant de nombreux cas de santé et de soins pouvant présenter des problèmes éthiques et moraux, vus en particulier sous l'angle de différentes grandes religions.

derniers, désormais incapables de manifester leur volonté. Ou encore lorsque les proches ne réussissent pas à s'entendre sur la suite du traitement à administrer à un patient incapable de discernement. On peut également évoquer les dilemmes éprouvés par les professionnels de la santé qui doutent de la sincérité de l'argumentation religieuse et/ou morale invoquée pour refuser un soin et qui ont l'impression, si ce n'est la conviction, que le libre-arbitre de leur patient a été étouffé. Ou enfin les soignants qui, après mûre réflexion, préfèrent accomplir un acte à la limite de la légalité, voire illégal, quand ils sont persuadés que sans leur intervention cet acte sera réalisé malgré tout, sans encadrement médical, donc sans aucune sécurité pour le patient.

### 1.2.3. En droit

Au-delà de la définition du concept, le fait qu'un professionnel de la santé puisse se prévaloir de l'objection de conscience soulève plusieurs questions juridiques que le présent rapport se propose de préciser. D'une part, le cas de conscience d'un professionnel de la santé qui pourrait l'amener à refuser de traiter un patient ou de lui prodiguer des soins particuliers est-il protégé par notre ordre juridique ? D'autre part, les patients qui se verraient refuser un traitement pour un motif d'objection de conscience peuvent-ils eux-mêmes se prévaloir d'un droit aux soins ou, du moins, du libre choix d'accepter ou de refuser un soin ?

Il convient en outre de pondérer les droits des professionnels de la santé et ceux des patients afin de déterminer plus concrètement quelle est la marge dont dispose chacun dans le choix d'un traitement, en d'autres termes quelle est l'incidence de l'objection de conscience dans l'exercice des professions de la santé.

Après avoir abordé ces questions sous l'angle des droits fondamentaux, les différents intérêts en jeu seront mis en balance en distinguant les cas où les rapports entre patients et professionnels de la santé sont régis par le droit privé ou par le droit public, puis dans le cadre spécifique de la relation employeur/employé.

## 2. Intérêts et droits fondamentaux en jeu du point de vue des professionnels de la santé et des patients

### 2.1. Liberté de conscience et de croyance

La liberté de conscience et de croyance, protégée par l'article 15 de la Constitution fédérale (art. 49 aCst), l'article 9 CEDH<sup>9</sup> et l'article 18 du Pacte ONU II<sup>10</sup>, comprend la liberté de croire ou non, de s'exprimer et de pratiquer ses convictions religieuses ou métaphysiques<sup>11</sup>. Il s'agit non seulement du droit d'avoir et de pratiquer une croyance ou une conception du monde mais aussi de l'interdiction de contraindre un individu à avoir une certaine croyance ou à accomplir certains actes religieux<sup>12</sup>. Le particulier peut en déduire le droit de se comporter, en principe, selon ses convictions, sans que l'Etat n'intervienne de façon injustifiée en édictant des règles limitant l'expression et la pratique de ces dernières<sup>13</sup>.

La sphère de protection de l'article 15 Cst est large, dans la mesure où elle comprend toutes les convictions et conceptions spirituelles ou intellectuelles relatives aux rapports entre l'homme et la divinité ou le transcendant<sup>14</sup>. Il faut toutefois que ces dernières aient une signification essentielle ou métaphysique et qu'elles correspondent à une vision globale du monde<sup>15</sup>. La liberté de conscience et de croyance ne protège dès lors pas tout sentiment ni tout comportement découlant de ce sentiment<sup>16</sup>.

Il peut ainsi arriver qu'un soignant se prévale d'un cas d'objection de conscience, découlant du droit fondamental à la liberté de conscience, pour refuser un patient ou de lui prodiguer un soin particulier. Or un patient qui

<sup>9</sup> RS 0.101.

<sup>10</sup> RS 0.103.2.

<sup>11</sup> ATF 119 la 178, JT 1995 I 290, 295 ss et les références citées ; U. Häfelin, W. Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, n° 408 ss, A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, n° 429 ss.

<sup>12</sup> ATF 116 la 178, JT 1992 I 2, 4 ; U. Häfelin, W. Haller, op. cit. n° 413 ss, U. Häfelin, *Commentaire de l'art. 49 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1974*, n° 52 ss ; A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, op. cit. n° 445 ss.

<sup>13</sup> ATF 123 I 296, 300 et les références citées ; 119 la 178, JT 1995 I 290, 295.

<sup>14</sup> FF 1997 I p. 158 ; ATF 123 I 296, 301 ; 119 la 178, JT 1995 I 290, 296 ; U. Häfelin, op. cit. n° 42 ss et les références citées.

<sup>15</sup> ATF 119 la 178, JT 1995 I 290, 295.

<sup>16</sup> ATF 116 la 316, JT 1992 I 2, 4.

se verrait refuser un traitement dans ces conditions pourrait-il lui-même se prévaloir d'un droit à bénéficier de soins ?

## 2.2. Droits du patient

### 2.2.1. Droit aux soins ?

Il n'existe pas de garantie constitutionnelle spécifique d'un droit aux soins au niveau fédéral. Dans un arrêt du 27 octobre 1995<sup>17</sup>, le Tribunal fédéral a néanmoins reconnu l'existence d'un droit constitutionnel non-écrit au minimum vital assurant à chacun les conditions minimales nécessaires au maintien d'une existence décente, telles que la nourriture, les vêtements et un logement. La nouvelle Constitution fédérale a également consacré ce droit à son article 12 : "quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine". Les services de santé, du moins ceux qui sont élémentaires, sont également couverts par ce droit dans la mesure où ils apparaissent indispensables au maintien d'une vie décente. Le droit aux soins médicaux essentiels est du reste mentionné dans le communiqué de presse du Tribunal fédéral publié à l'occasion de l'arrêt susmentionné<sup>18</sup>, qui a été confirmé ultérieurement<sup>19</sup>.

Le jugement de notre Haute Cour était fondé, partiellement, sur le fait que plusieurs constitutions cantonales incluaient d'ores et déjà un tel droit. En effet et par exemple, l'article 29 alinéa 1 de la Constitution cantonale bernoise stipule que "jede Person hat bei Notlagen Anspruch auf ein Obdach, auf die für ein menschenwürdiges Leben notwendigen Mittel und auf grundlegende medizinische Versorgung". L'article 13 alinéa 1 de la Constitution cantonale tessinoise postule pour sa part que "ogni persona nel bisogno ha diritto ad un alloggio, ai mezzi necessari per condurre un'esistenza conforme alle esigenze della dignità umana e alle cure mediche essenziali". A Neuchâtel, l'article 13 de la Constitution cantonale prévoit que "toute personne dans le besoin a droit à un logis, aux soins

médicaux nécessaires et aux moyens indispensables au maintien de sa dignité". Ce droit est du reste rappelé et précisé dans diverses législations cantonales sur la santé<sup>20</sup>.

La doctrine admet également que la couverture des besoins élémentaires telle qu'elle a été définie par le Tribunal fédéral comprend aussi, implicitement, celle des soins médicaux de base. Selon J.-F. Aubert<sup>21</sup> en particulier, l'énumération des besoins élémentaires de l'homme dans l'ATF 121 I 367 ne saurait être exhaustive, et de conclure que le droit à l'assistance doit s'étendre aux soins de santé. De même, R. Rhinow<sup>22</sup>, à l'instar de J. P. Müller<sup>23</sup>, retient que "gemeint sind elementare menschliche Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinische Versorgung", éléments nécessaires à l'exercice des autres droits fondamentaux<sup>24</sup>.

Le Tribunal fédéral<sup>25</sup> a également reconnu aux prisonniers un droit de recevoir des soins médicaux découlant de la liberté personnelle, avec une certaine latitude - même si elle est très relative - dans le choix de leur soignant. Dans ces conditions, il apparaîtrait comme contraire au principe d'égalité que ce droit ne puisse pas être étendu à chacun.

En outre, la Cour Européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs décisions au regard de l'article 3 CEDH<sup>26</sup> qui rappellent que, dans certaines circonstances, l'absence de soins peut constituer un traitement inhumain incompatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>27</sup>. Selon la Cour, l'article 3 CEDH "fait peser une obligation positive sur

<sup>20</sup> Par exemple, art. 2 et 21 de la Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995, art. 1 al. 2 et 25 de la Loi sanitaire jurassienne du 14 décembre 1990, art. 2 al. 1 de la loi fribourgeoise sur la santé du 16 novembre 1999, art. 16 de la Loi valaisanne sur la santé du 9 février 1996.

<sup>21</sup> J.-F. Aubert, Un droit constitutionnel aux soins ?, p. 4 ss.

<sup>22</sup> R. Rhinow, *Die Bundesverfassung 2000*, p. 340 ss.

<sup>23</sup> J. P. Müller, *Grundrechte in der Schweiz*, 3e éd., p. 172.

<sup>24</sup> Dans le même sens : M. Schott, *Patientenauswahl und Organallokation*, p. 82 ss ; O. Guilloid/D. Sprumont, *Le droit à la santé : un droit en émergence*, p. 350 ss ; P. Coullery, *Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen : ein Verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen*, in *AJP/PJA* 6/2001, p. 633.

<sup>25</sup> ATF 102 Ia 302, JT 1977 IV 158 (rés.) ; 106 Ia 277.

<sup>26</sup> RS 0.101, "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants".

<sup>27</sup> Par exemple, affaires *Hurtado c. Suisse* du 28 janvier 1994, D. c. Royaume-Uni du 3 juillet 1997, B.B. c. France du 7 septembre 1998, *Tatete. c. Suisse* du 6 juillet 2000.

<sup>17</sup> ATF 121 I 367, c. 2b, SJ 1996 p. 390.

<sup>18</sup> Cf. *Plädoyer* 6/1995 p. 60.

<sup>19</sup> ATF 122 I 101 ; 122 II 193.

l'Etat, afin de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté. Le manque de soins immédiats dans le cas d'espèce doit être qualifié de traitement inhumain<sup>28</sup>.

Si l'on peut déduire l'existence d'un droit aux soins de ce qui précède, il convient d'en déterminer la teneur et la portée. Le Tribunal fédéral a délimité le contenu du droit au minimum vital : "il se conçoit en lui-même comme une prestation minimale (aide en cas de détresse) garantie par la Constitution. Les dépenses étatiques qui en découlent sont reconnues, sur le plan cantonal, par la législation en matière d'aide sociale, de sorte qu'elles n'impliquent plus de décision de principe au sujet de la politique financière. Les conditions indissociables d'une existence décente sont facilement reconnaissables et peuvent être établies dans le cadre d'une procédure judiciaire". "La vie, que protège la Constitution, comprend l'ensemble des fonctions biologiques et psychiques caractérisant l'être humain. Cela implique notamment qu'il n'y a pas de vie humaine qui ne mérite d'être vécue".

Il en découle un devoir de protection de la vie par l'Etat, par exemple par le biais des dispositions du Code pénal protégeant la vie et l'intégrité corporelle<sup>29</sup> ou encore et par exemple, pour la santé psychique, des dispositions du code civil concernant la protection de la personnalité<sup>30</sup>.

Mais la jurisprudence admet également que le droit garanti à l'article 12 Cst fonde une prétention à des prestations positives de la part de l'Etat<sup>31</sup>, et s'étend ainsi également à la prise en charge de soins minimaux destinés à prévenir tout "état de mendicité indigne de la condition humaine".

Selon D. Sprumont<sup>32</sup>, le terme de "mendicité" s'étend à tout état dans lequel se trouverait une personne dans la nécessité de demander une aide dont elle aurait besoin (malade chronique, handicapé nécessitant un moyen auxiliaire, etc.), et l'auteur retient dès lors que "le droit à un minimum vital n'est donc pas restreint aux seuls soins d'urgence, mais garantit en principe

<sup>28</sup> JAAC 58 p. 86.

<sup>29</sup> Art. 111 à 136 CPS.

<sup>30</sup> Art. 28 ss CC.

<sup>31</sup> ATF 122 II 198 ; 122 I 104 ; A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, n° 1510 ss.

<sup>32</sup> D. Sprumont, *Le droit aux soins dans les bouleversements actuels du secteur de la santé*, p. 42.

le droit d'accès à tous les soins nécessaires en fonction de l'état de santé de la personne concernée, pour autant qu'ils soient disponibles".

## 2.2.2. Libre choix et consentement du patient

"D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la lésion des droits absolus, [un acte médical] doit être considéré comme illicite, à moins que l'illicéité ne soit supprimée par un fait justificatif. En matière médicale, le principal fait justificatif est le consentement du patient ; le médecin a l'obligation de renseigner convenablement ce dernier sur l'intervention envisagée"<sup>33</sup>.

Cette liberté de choix du patient trouve ses sources dans le droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst), les droits de la personnalité, (art. 27 ss CC), le contrat de mandat (art. 394 ss CO) et certaines lois sanitaires cantonales<sup>34</sup>. Par exemple, l'article 26 alinéa 1 de la loi sanitaire jurassienne stipule que "nul ne peut être contraint à recevoir des soins ou à subir des examens cliniques, sauf si des intérêts vitaux de la collectivité l'exigent" et l'article 30 alinéa 3 de la loi de santé soleuroise retient pour sa part que "die Patienten und Patientinnen haben das Recht auf Information und Selbstbestimmung".

Afin de pouvoir donner librement son consentement à un acte médical, qu'il soit diagnostique, thérapeutique ou prophylactique, le patient a le droit d'obtenir toute information utile de la part du professionnel de la santé. Ce dernier, qu'il agisse dans un cadre de droit privé ou public, a pour sa part une obligation de renseigner son patient de la façon la plus complète et de manière simple et intelligible sur le diagnostic et le pronostic, sur le traitement envisagé, ses chances de succès, les risques encourus, sa prise en charge ou non par les assurances, etc<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> ATF 117 Ib 197, JT 1992 I 214, 215 et les réf. citées.

<sup>34</sup> O. Guillod, *Le consentement éclairé du patient*, p. 37 ss, D. Manaï, *Les droits du patients face à la médecine contemporaine*, p. 125 ss, D. Bertrand, *Consentement à l'acte médical et refus de traitement*, p. 50 ss.

<sup>35</sup> Sur le sujet, O. Guillod, op. cit. p. 373 ss, D. Manaï, op. cit. p. 117 ss, C. Conti, *Die Malaise der ärztlichen Aufklärung*, p. 620 ss, M. Ney, *La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire*, p. 63 ss.



Notons qu'en parallèle, les lois sanitaires cantonales les plus récentes contiennent un catalogue des droits et devoirs des patients où l'on trouve des dispositions qui concrétisent tant le droit d'être informé<sup>36</sup> que le principe du consentement du patient<sup>37</sup>.

Dans la mesure où le patient doit donner son accord à tout acte médical, il a également le droit de refuser tout traitement, pour autant qu'il soit apte à prendre une telle décision<sup>38</sup>. Ainsi et par exemple, chacun est légitimé, au nom de sa liberté personnelle, à refuser un acharnement thérapeutique.

Pour prendre le cas particulier des témoins de Jéhovah, qui s'opposent à certains soins spécifiques, leur liberté personnelle comme leur liberté de croyance et de conscience les autorise à refuser ces traitements et nul ne peut les contraindre à les recevoir dans la mesure où ces traitements seraient profondément contraires à leurs convictions. La question de savoir si l'on doit admettre la prise en charge de soins "alternatifs" compatibles avec leurs préceptes moraux et religieux, mais au coût sans doute plus élevé que celui des traitements "traditionnels", est toutefois différente et reste encore ouverte.

### 2.2.3. Concrétisation

Si l'on reconnaît un droit au patient de demander à bénéficier de soins comme de les refuser, il convient d'examiner, en pratique, comment ces droits peuvent se concrétiser. "Il appartient en premier lieu à la collectivité compétente d'établir, dans sa législation, de quelle manière et dans quelles circonstances elle entend octroyer en pratique les prestations qui s'imposent. Le droit minimum reconnu par la Constitution n'intervient directement que lorsque les dispositions figurant dans les textes de loi s'avèrent insuffisantes"<sup>39</sup>.

Afin de garantir à l'ensemble de la population l'accès à des soins appropriés, adéquats et économiques, la loi fédérale sur l'assurance-

<sup>36</sup> Par exemple, art. 47 de la loi fribourgeoise sur la santé, art. 18 de la loi valaisanne sur la santé, art. 6 de la loi sanitaire tessinoise, art. 31 de la loi de santé soleuroise.

<sup>37</sup> Par exemple, art. 48 de la loi fribourgeoise sur la santé, art. 26 al. 2 de la loi sanitaire jurassienne.

<sup>38</sup> D. Manaï, *op. cit.* 125 ss.

<sup>39</sup> ATF 121 I 367, SJ 1996, p. 393.

maladie (LAMal)<sup>40</sup> impose à toute personne domiciliée en Suisse l'obligation d'être au bénéfice d'une assurance-maladie. Le corollaire de cette obligation devrait être le droit, pour l'assuré, de pouvoir prétendre à bénéficier des soins minimaux prévus dans la loi. Ceci doit toutefois être nuancé dans le sens où le catalogue des prestations prévu dans la LAMal ne confère pas directement un droit d'exiger et d'obtenir ces prestations, mais plutôt un droit au remboursement des soins effectivement fournis.

Dans le cas de l'interruption de grossesse par exemple, la femme qui requiert une telle intervention ne peut prétendre y avoir droit en dehors des conditions restrictives prévues par le Code pénal. En effet, nonobstant l'assouplissement de l'interprétation des dispositions réprimant cet acte, puis leur modification suite à la votation du 2 juin 2002<sup>41</sup>, l'interruption de grossesse reste pénalement répréhensible si elle n'est pas pratiquée au cours des douze semaines suivant le début des dernières règles, sur demande écrite de la femme qui invoque qu'elle se trouve en situation de détresse<sup>42</sup> ou, au-delà de la douzième semaine, si l'intervention ne vise pas à écarter le danger d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou d'un état de détresse profonde de la femme enceinte<sup>43</sup>. Vu ce qui précède, et même si elle est couverte par les assurances sociales, l'interruption de grossesse n'est pas (encore) acquise purement et simplement comme un droit.

A contrario, il existe des soins qui sont reconnus comme efficaces et appropriés d'un point de vue médical et qui ne présentent pas de réelles contradictions juridiques à ce qu'ils soient dispensés, mais qui ne sont pas compris dans le catalogue des prestations couvertes par la LAMal. C'est le cas, par exemple, des moyens contraceptifs ou de certaines méthodes de procréation médicalement assistée.

Il apparaît ainsi délicat en pratique de déterminer avec certitude dans quelle mesure un patient peut prétendre obtenir un soin déterminé. La réponse à cette question dépendra premièrement du caractère adéquat de ce traitement d'un point de vue médical et, deuxièmement, de sa disponibilité compte tenu des ressources existantes. Il faudra s'assurer que d'autres patients dans les mêmes circonstances se voient généralement prescrire un

<sup>40</sup> RS 832.10.

<sup>41</sup> Les articles 118, 119 et 120 nouveaux entreront en vigueur probablement d'ici à fin 2002.

<sup>42</sup> Art. 119 al. 2 CPS nouveau.

<sup>43</sup> Art. 119 al. 1 CPS nouveau.

tel soin sans que de nouvelles connaissances scientifiques ne viennent remettre en cause cette pratique. Plus un soin fait l'objet d'un consensus du point de vue médical, plus il existe une attente des patients de se le voir prescrire, plus il semble vraisemblable d'admettre que les patients peuvent prétendre y avoir droit.

Soulignons enfin que le projet de révision partielle de la LAMal<sup>44</sup> prévoit, en particulier, qu'avec "l'abandon du principe de couverture des coûts et le passage à un système de financement des prestations (...), l'application des mêmes règles de financement aux traitements dispensés dans un hôpital privé non subventionné se justifie également (...)"<sup>45</sup>. On pourrait en déduire, pour le moins en matière de traitements hospitaliers, que si un droit à certains soins devait être reconnu par le biais de la LAMal, il pourrait être revendiqué, au vu de cette modification législative, tant à l'égard de fournisseurs de soins de droit public que de droit privé.

### 2.3. Restrictions de droit public aux droits fondamentaux

L'Etat a la possibilité de limiter les droits et libertés individuels en respectant les conditions prévues à l'article 36 de la Constitution. Les restrictions aux droits fondamentaux doivent ainsi être prévues par une base légale, qui peut être une loi au sens formel pour les restrictions les plus graves ou une loi formelle relativement vague et indéterminée, ou encore une loi matérielle comme une ordonnance pour les atteintes plus légères<sup>46</sup>. Plus la norme restreint la liberté, plus elle doit être précise et prévoir elle-même les éléments essentiels de la réglementation, sans que cette exigence ne soit toutefois absolue<sup>47</sup>.

Non seulement les restrictions aux libertés doivent se fonder sur une base légale, plus ou moins dense selon l'intensité de l'atteinte portée à ces libertés, mais elles doivent également se justifier par un but d'intérêt

<sup>44</sup> Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 18 septembre 2000 relatif à l'adoption du Message du Conseil fédéral relatif à la révision partielle de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie, ainsi que ce dernier in FF 2001, p. 693 ss.

<sup>45</sup> Message, p. 731.

<sup>46</sup> FF 1997 I 197 ; ATF 125 I 326 ss ; 122 I 360, JT 1998 I 203 ; 112 I 161, JT 1987 IV 79 ; A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, op. cit. n° 183 ss.

<sup>47</sup> ATF 125 I 366 ; 123 I 112, 124 ; U. Häfelin, W. Haller, op. cit. n° 307 ss.

public. La notion d'intérêt public est à la fois variable et relative<sup>48</sup>. Elle recouvre une série de valeurs dites de police (ordre public, sécurité, santé, moralité, tranquillité publiques etc..) ou de valeurs sociales<sup>49</sup> comme la bonne foi dans les affaires<sup>50</sup>. Une des composantes de l'ordre public est la possibilité effective d'exercer paisiblement les droits fondamentaux, que la police a pour mission de défendre<sup>51</sup>. L'exercice des libertés peut dès lors également constituer un motif de restriction des libertés d'autrui.

Il est également nécessaire d'établir un rapport raisonnable entre le but d'intérêt public visé, le moyen choisi et la liberté impliquée par la restriction. Ce moyen doit être à même d'atteindre l'objectif d'intérêt public visé<sup>52</sup>, il ne doit pas exister d'autre mesure aussi efficace mais plus respectueuse de la liberté touchée<sup>53</sup> et, enfin, il doit être proportionné au sens étroit. La restriction, même nécessaire et adéquate, ne doit en effet pas peser plus lourd que le respect de la liberté<sup>54</sup>. Enfin, la restriction ne doit pas porter atteinte au noyau intangible de la liberté en question en la vidant de sa substance.

La liberté de conscience et de croyance peut être, à l'instar des autres droits fondamentaux, sujette à restrictions. L'article 9 alinéa 2 CEDH stipule que "la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui". L'article 18 alinéa 3 du Pacte ONU II retient lui aussi que la liberté religieuse ne peut faire l'objet que de restrictions quant à sa manifestation extérieure.

En effet, la Constitution fédérale prescrit que l'essence des droits fondamentaux est inviolable. La jurisprudence<sup>55</sup> comme la doctrine<sup>56</sup> reconnaissent l'existence d'un noyau dur de la liberté de conscience et de

<sup>48</sup> Sur la question, A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, op. cit. n° 204 ss et 216 ss ; U. Häfelin, W. Haller, op. cit. n° 313 ss

<sup>49</sup> FF 1997 I 197

<sup>50</sup> J.-F. Aubert, *Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, essai de synthèse*, p. 22.

<sup>51</sup> ATF 119 la 28.

<sup>52</sup> ATF 117 la 472, JT 1993 IV 192.

<sup>53</sup> ATF 124 I 107 ; 117 la 472, JT 1993 IV 192.

<sup>54</sup> Sur le sujet, A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, op. cit., n° 225 ss.

<sup>55</sup> Dès l'ATF 101 la 392, 397.

<sup>56</sup> U. Häfelin, op. cit. n° 124 ss ; A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, op. cit., n°481

croyance, qui est protégé de manière absolue contre toute ingérence de la part de l'Etat. Elle exempte "la sphère la plus intérieure de la liberté de pensée de toute intervention étatique" ; "la garantie constitutionnelle de cette sphère est absolue et exclut qu'une personne soit obligée d'observer un comportement qui exprime une conviction religieuse", mais ne couvre pas toute manifestation extérieure de la liberté religieuse.

En ce qui concerne la nécessité de la base légale, le Tribunal fédéral a un pouvoir de cognition différent selon que les atteintes à la liberté sont graves ou légères. Dans ce dernier cas, il ne se prononce que sous l'angle étroit de l'arbitraire quant à l'interprétation du droit cantonal<sup>57</sup>. La gravité de l'atteinte s'apprécie selon des critères objectifs, en faisant abstraction de la façon dont elle est ressentie par l'intéressé, ce qui peut s'avérer délicat dans la mesure où une règle imposée par une certaine foi ne correspond peut-être pas aux habitudes en vigueur dans le pays<sup>58</sup>.

Enfin, les atteintes à la liberté de conscience et de croyance doivent être proportionnées<sup>59</sup> et justifiées par la sauvegarde d'intérêts supérieurs à l'exercice de la liberté de conscience et de croyance. L'intérêt public et le respect des bonnes mœurs fondent une limite générale à l'exercice de cette dernière dans ses différents aspects. D'autres motifs, qui ne sont pas strictement d'ordre public, peuvent également justifier des atteintes, en particulier s'ils apparaissent comme des devoirs civiques qui ne rentrent pas dans la notion étroite de police<sup>60</sup>. Toutefois, il appartient pour l'essentiel au juge de déterminer, dans chaque cas d'espèce, la mesure de l'application de ces principes généraux.

#### 2.4. Effet horizontal des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux protègent l'individu contre l'Etat<sup>61</sup>. Leur rôle principal est de prémunir contre les interventions injustifiées de l'Etat

<sup>57</sup> ATF 119 Ia 178, JT 1995 I 290, 298 ; 115 Ia 122 ; 113 Ia 440, JT 1989 I 390 ; U. Häfelin, op. cit. n° 132 ss.

<sup>58</sup> ATF 119 Ia 178, JT 1995 I 290, 298. Sur la question, W. Kälin, *Grundrechte im Kulturkonflikt, Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft*, p. 135 ss.

<sup>59</sup> ATF 117 Ia 311, JT 1993 I 40, 43.

<sup>60</sup> U. Häfelin, W. Haller, op. cit. n° 435 ss, A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, op. cit., n° 477 ss, U. Häfelin, op. cit. N° 134 ss et les références citées.

<sup>61</sup> Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Paris-Neuchâtel, 1967-1982, vol. II p. 628.

lorsqu'il est titulaire de la souveraineté. En tant qu'ils fixent des limites à ne pas franchir, ils servent donc à équilibrer dans une certaine mesure le rapport hiérarchique existant entre l'Etat et l'individu. Aussi dit-on des droits fondamentaux qu'ils déploient un *effet vertical*. Cela signifie pour notre discours qu'un patient entré dans un établissement hospitalier public pourra se prévaloir, à l'égard du personnel soignant, des droits qui lui sont garantis par l'ordre constitutionnel, et en particulier, pour autant qu'il existe<sup>62</sup>, du droit aux soins. De même, le personnel soignant d'un hôpital public pourra se prévaloir de la liberté de conscience et de croyance à l'égard de l'Etat employeur pour refuser l'ordre reçu d'exécuter un acte médical qui heurterait ses principes moraux ou éthiques (cf. ci-après, point 4).

On le voit, c'est en droit public que les droits fondamentaux sont destinés à diffuser toutes leurs essences. La question de savoir s'ils déploient aussi des effets *horizontaux*, c'est à dire s'ils s'appliquent directement aux rapports entre particuliers, est en revanche controversée.

Considérant que les droits fondamentaux doivent trouver une répercussion dans l'ensemble de l'ordre juridique et pas seulement dans les relations de droit public, la majorité de la doctrine préconise la théorie de l'effet horizontal de ces droits, à tout le moins lorsque les particuliers sont sur un pied d'inégalité<sup>63</sup>. Dans la pratique toutefois, la question a été résolue par la négative. Sauf exception prévue par la Constitution fédérale (art. 8 al. 3 *in fine* relatif à l'égalité de salaire entre hommes et femmes) les droits garantis par l'ordre constitutionnel ne protègent pas le particulier contre les atteintes qui sont le fait d'autrui<sup>64</sup>. Certains cantons ont prévu dans leur constitution que les droits fondamentaux y consacrés déployaient des effets horizontaux<sup>65</sup>. Il faut toutefois reconnaître que dans la mesure où le droit cantonal, même constitutionnel, ne prime pas le droit fédéral, ces dispositions sont impropres à influencer sur le droit privé fédéral. L'effet horizontal qu'elles prévoient dans ce cadre est par conséquent exclu<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Cf. ci-avant, point 2.1.

<sup>63</sup> J. P. Müller, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, pp. 87-90.

<sup>64</sup> A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, op. cit. n° 117.

<sup>65</sup> Ainsi l'art. 14 al. 2 de la Constitution du Jura dispose que "chacun exerce ses droits fondamentaux en respectant ceux d'autrui" ; l'art. 20 de la Constitution argovienne prévoit quant à elle que les droits fondamentaux obligent les particuliers entre eux.

<sup>66</sup> J.-E. Rosset, *L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical*, p. 73.

S'ils ne s'appliquent pas directement aux relations de droit privé, les droits fondamentaux n'en déploient pas moins un effet horizontal indirect. En effet, en vertu de l'article 35 Cst, il incombe aux autorités de veiller à ce que les droits fondamentaux soient "réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique" (art. 35 al. 1 Cst), y compris "dans les relations qui lient les particuliers entre eux" (art. 35 al. 3 Cst). Le principe de l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux n'est pas nouveau, le Tribunal fédéral l'ayant déjà clairement admis en particulier dans l'arrêt sur le droit de grève<sup>67</sup>. Notre Haute Cour avait précisé à cette occasion qu'il incombait au juge civil d'interpréter les clauses générales et les notions légales imprécises conformément aux droits fondamentaux ("interprétation conforme à la constitution").

Le principe de l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux, désormais ancré à l'article 35 Cst<sup>68</sup>, signifie qu'il appartient en priorité au législateur d'aménager les rapports de droit privé dans l'esprit des droits fondamentaux et, dans la mesure où il aura rempli cette tâche, les effets horizontaux se trouveront naturellement produits par la seule exécution de la loi<sup>69</sup>. Si le législateur ne le fait pas ou s'il le fait imparfaitement, il appartient alors aux tribunaux d'interpréter la loi de manière conforme à la Constitution, voire de recourir directement aux droits fondamentaux pour combler une lacune (réelle ou improprement dite)<sup>70</sup>.

En droit médical privé, la question de l'effet horizontal des droits fondamentaux revêt une dimension particulière en raison de l'inadéquation des règles sur le mandat à la relation médicale. Le contrat de mandat se prête en effet mal à une relation de fait aussi déséquilibrée que celle qui existe entre le patient et le médecin, celui-ci se trouvant le plus souvent dans un rapport de dépendance analogue à celui du citoyen face à l'Etat dans un rapport de droit public<sup>71</sup>. Ce qui fait dire à un auteur que "si l'effet horizontal doit être admis, c'est en droit médical"<sup>72</sup>, d'autant qu'il n'existe

apparemment aucune raison d'appliquer des règles différentes selon que le patient est traité en milieu public ou privé.

<sup>67</sup> ATF 111 II 245.

<sup>68</sup> L'art. 35 al. 3 Cst ne peut être interprété comme véhiculant un effet horizontal direct, cf. M. Schott, *Patientenauswahl und Organallokation*, p. 101.

<sup>69</sup> J. P. Müller, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, p. 89.

<sup>70</sup> Cf. par exemple l'art. 371 CC, pour lequel le Tribunal fédéral a comblé une lacune en recourant directement à la liberté personnelle (ATF 109 II 8).

<sup>71</sup> J.-E. Rossel, op. cit., p. 72.

<sup>72</sup> J.-E. Rossel, op. cit., p. 73.

### 3. Obligation ou liberté de dispenser les soins ?

Au-delà d'un droit fondamental aux soins et de la "créance" à l'encontre des professionnels de la santé qui en découlerait, il existe plusieurs situations dans lesquelles le problème lié à l'exercice de ce droit se rencontrent.

Il est tout d'abord nécessaire de différencier les professionnels de la santé selon qu'ils exercent à titre privé ou en qualité d'employés soumis au droit public. Leurs droits et obligations respectifs ne sont en effet pas rigoureusement identiques et ne permettent dès lors pas de se prévaloir d'un cas d'objection de conscience aux mêmes conditions.

#### 3.2. Professionnels de la santé dans le secteur privé

##### 3.2.1. Liberté contractuelle

Le médecin ouvrant un cabinet de consultation manifeste par là son intention non équivoque des traiter des malades ; il offre ainsi ses services d'une manière générale au public<sup>73</sup>. Conserve-t-il toutefois le droit de refuser de passer contrat avec un patient qui désire obtenir des soins ? En d'autres termes, jouit-il d'une pleine liberté contractuelle ?

Plusieurs fondements constitutionnels étayent la liberté contractuelle, en particulier l'article 122 Cst (art. 64 aCst) - qui fonde la compétence de la Confédération pour légiférer en matière de droit privé -, la liberté économique prévue à l'article 27 Cst (art. 31 aCst) et, d'une manière plus générale, la liberté personnelle. L'article 19 alinéa 1 CO, concrétisation de la délégation de l'article 122 Cst susmentionné, confère aux parties à un contrat la possibilité de se créer des droits et obligations dans les limites de la loi, fixées au deuxième alinéa de cette disposition, et parmi lesquelles figurent les mœurs, l'ordre public et les droits de la personnalité. En outre, la liberté contractuelle peut être comprise dans la liberté personnelle qui protège toutes les libertés se caractérisant par des manifestations

<sup>73</sup> M.-H. Thélin, *La responsabilité civile du médecin*, p. 35.

élémentaires de l'épanouissement de la personnalité de l'être humain<sup>74</sup>. Cette liberté garantie au niveau constitutionnel peut dès lors être limitée par la liberté personnelle et les autres droits fondamentaux d'autrui<sup>75</sup>.

En fin de compte, chacun est libre - mais en principe seulement - de conclure un contrat ou de s'y refuser, que ce soit pour des raisons personnelles ou professionnelles. L'obligation de contracter, qui doit résulter de la loi ou s'imposer en vertu des bonnes mœurs, reste l'exception<sup>76</sup>.

Sur un plan de droit public, les législations cantonales relatives à l'exercice des professions de la santé comprennent diverses dispositions concrétisant et protégeant la liberté contractuelle des soignants. Ainsi et à l'instar du Code de déontologie de la FMH<sup>77</sup>, plusieurs lois cantonales prévoient expressément que les intéressés sont libres d'accepter ou non de prodiguer des soins à un malade<sup>78</sup>. Par exemple, selon la loi fribourgeoise sur la santé : "un ou une professionnel/le de la santé est libre d'accepter ou de refuser un patient ou une patiente, dans les limites déontologiques de sa profession", et à Genève, "nul ne peut obliger un praticien inscrit à traiter un patient, à effectuer un traitement ou à se charger d'une mission qu'il ne veut pas remplir"<sup>79</sup>.

Certaines d'entre elles contiennent, parfois en parallèle, des dispositions topiques au sujet de l'objection de conscience : dans la loi de santé bernoise, "les professionnels de la santé peuvent refuser de s'associer à un traitement contraire à leurs convictions éthiques ou religieuses", au Tessin, "nessun operatore sanitario può essere tenuto ad effettuare o partecipare a prestazioni o terapie incompatibili con le proprie convinzioni etiche o religiose", ou encore en Valais, "chaque professionnel de la santé a le droit

<sup>74</sup> ATF 80 II 26 ; 89 I 92 ; 97 I 45 ; FF 1997 I 149 ss.

<sup>75</sup> Sur le sujet, H. Schönle, *Les fondements constitutionnels de la liberté contractuelle*.

<sup>76</sup> M. Ney, *La responsabilité civile des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire*, p. 52 ss.

<sup>77</sup> Art. 5 du Code de déontologie de la FMH du 12 décembre 1996, entré en vigueur en 1997. Dans le même sens, art. 19 du Code de déontologie de l'ordre des médecins italien (rifiuto d'opera professionale).

<sup>78</sup> Voir à ce propos l'étude effectuée par l'Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg.

<sup>79</sup> Art. 84 de la loi fribourgeoise sur la santé du 16 novembre 1999, art. 10 al. 2 de la loi genevoise sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001.

de refuser de fournir des prestations contraires à ses convictions personnelles, de nature éthique ou religieuse<sup>80</sup>.

Néanmoins, plusieurs restrictions notables à la liberté contractuelle sont prévues dans ces mêmes législations, qui seront examinées ci-après sous point 3.2.4.

### 3.2.2. Limitations de droit privé

Il arrive que le droit privé impose un devoir de contracter si un refus devait entraîner une violation des droits de la personnalité ou enfreindre les bonnes mœurs. Le respect de ces dernières ne peut toutefois entraîner une obligation de contracter que dans des cas exceptionnels, à savoir quand un refus non justifié par des motifs pertinents viole ou met en danger des intérêts vitaux de la personne qu'il atteint. Le principe de la liberté contractuelle est également applicable aux biens de la personnalité. L'article 28 CC ne prescrit aucune obligation d'agir pour empêcher une atteinte aux biens personnels d'un tiers. Une telle obligation n'existe donc qu'à titre exceptionnel, quand une disposition légale exprime impose un acte ou qu'une attitude passive serait contraire aux mœurs<sup>81</sup>.

P. Engel évoque en particulier le cas du médecin qui serait le seul à exercer dans une région étendue et qui violerait le code de déontologie en refusant de porter secours à un malade en danger immédiat, ce qui fonderait ainsi l'application de l'article 41 CO<sup>82</sup>.

La liberté contractuelle implique aussi le libre choix du partenaire. Toutefois, un refus de contracter peut s'avérer illicite s'il est attentatoire aux droits de la personnalité de ce dernier. A cet égard, P. Engel cite l'exemple du client potentiel qui serait évincé pour des motifs d'ordre racial<sup>83</sup>.

Au vu de ce qui précède, l'on doit déduire qu'il est loisible aux professionnels de la santé de refuser, sur un plan purement contractuel, de

<sup>80</sup> Par exemple, art. 23 al. 3 de la loi bernoise sur la santé publique, art. 18 de la loi sanitaire tessinoise, art. 30 de la loi valaisanne sur la santé.

<sup>81</sup> ATF 80 II p. 37, JT 1955 I 142 ss.

<sup>82</sup> P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, p. 100 ss. ; dans le même sens, M.-H. Thélin, op. cit., p. 35, M. Ney, op. cit. p. 52 ss.

<sup>83</sup> P. Engel, op. cit. p. 102 ; ATF 80 II 37, JT 1955 I 142 ss.

traiter un patient, à l'exception des cas présentant une réelle urgence ou dans l'hypothèse où le refus apparaîtrait comme contraire aux bonnes mœurs ou attentatoire aux biens de la personnalité du patient éconduit. Dans les deux cas, il s'agit essentiellement d'un problème d'appréciation.

### 3.2.3. Respect des obligations contractuelles

#### 3.2.3.1. Conclusion du contrat

Pour l'essentiel, les contrats de soins sont considérés comme des contrats de mandat au sens des articles 394 ss CO, dans la mesure où la prestation caractéristique des professionnels de la santé est de fournir des soins, sans pour autant être en mesure de garantir un résultat. La confiance entre les parties joue un rôle primordial<sup>84</sup>.

En principe, celui qui accepte de conclure un contrat doit manifester sa volonté expressément ou tacitement. Sauf refus immédiat, le mandataire est toutefois réputé avoir accepté de contracter quand une personne s'est adressée à lui et que le mandat entre dans l'exercice de sa profession ou que le mandataire a offert publiquement ses services<sup>85</sup>. Selon les règles de la bonne foi, on devrait toutefois attendre du professionnel de la santé qui refuse de traiter un patient pour des raisons d'objection de conscience qu'il en informe immédiatement ce dernier et l'oriente sur les possibilités existantes de se faire prendre en charge dans un autre cadre, comme il y serait tenu, nous le verrons ci-après, si un contrat avait d'ores et déjà été conclu<sup>86</sup>.

#### 3.2.3.2. Obligations contractuelles et fin du mandat

Selon le principe "pacta sunt servanda", le soignant qui a accepté de traiter un patient est tenu d'exécuter sa prestation, en respectant plusieurs

<sup>84</sup> P. Engel, *Les contrats spéciaux*, p. 478 ss.

<sup>85</sup> Art. 395 CO. Cf. P. Tercier, *Les contrats spéciaux*, n° 3973 ss ; P. Engel, op. cit. p. 480 ss.

<sup>86</sup> L'art 23 al. 3 de la loi bernoise sur la santé publique prévoit une disposition topique enjoignant aux professionnels de la santé d'informer leurs patients de leur éventuel problème de conscience avant d'entamer tout traitement.

obligations. Parmi ces dernières, outre celle de rendre le service demandé selon les instructions du client, les obligations de diligence et de fidélité prévues à l'article 398 alinéa 2 CO ont un poids tout particulier. L'obligation de diligence détermine en effet pour le mandataire la manière d'exécuter le contrat. En matière médicale, au sens large, le mandataire doit agir en respectant les règles de l'art et déontologiques, qui correspondent aux standards qui ont cours dans la profession considérée. Un mandataire ne doit notamment accepter de se charger d'une affaire que s'il est en mesure de l'exécuter correctement<sup>87</sup>. L'obligation de fidélité, complément de l'obligation de diligence, impose au mandataire d'agir dans l'intérêt de son client et d'entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le favoriser. Cette obligation a de nombreuses applications, parmi lesquelles un devoir d'information sur le déroulement du contrat, en signalant au mandant les circonstances importantes susceptibles d'avoir une influence sur les instructions qu'il a données, un devoir de conseil sur le choix des mesures à prendre dans l'intérêt du mandant et le devoir d'éviter autant que possible tout conflit d'intérêts qui pourrait aboutir à la résolution du contrat<sup>88</sup>. Le code de déontologie de la FMH contient des règles similaires dans la mesure où il prescrit au médecin de veiller à maintenir, autant que possible, sa relation personnelle avec le patient, en fournissant l'assistance que nécessite son état de santé tout en assurant une information étendue<sup>89</sup>.

Le mandat prend fin par l'accomplissement des prestations prévues réciproquement ou pour les autres causes habituelles d'extinction des contrats. L'article 404 CO permet également une résiliation du mandat en tout temps, unilatéralement par chacune des parties. Cette règle s'applique sans réserve, et surtout dans le cadre de soins médicaux, en raison du caractère éminemment personnel de ce genre de contrats. Cependant, l'article 404 alinéa 2 CO impose un tempérament important à ce principe dans la mesure où il stipule que la résiliation ne doit pas intervenir pas en temps inopportun.

Est réputée survenir en temps inopportun une résiliation qui interviendrait dans des circonstances telles qu'elles causent à l'autre partie des

<sup>87</sup> P. Tercier, op. cit. N° 4012 ss ; P. Engel, op. cit. p. 499 ss.

<sup>88</sup> P. Tercier, op. cit. N° 4034 ss, F. Werro, *Le mandat et ses effets*, n° 586 ss.

<sup>89</sup> Art. 7 et 10 du Code de déontologie de la FMH.

désavantages particuliers<sup>90</sup>. En revanche, même lorsque la résiliation survient en temps inopportun, la partie qui résilie ne doit aucune réparation s'il existe de justes motifs<sup>91</sup>.

La notion de temps inopportun présente une importance particulière dans le cadre des contrats de soins. Les professionnels de la santé sont en effet tenus d'assurer la continuité du traitement s'ils ont commencé à traiter un malade. Ils sont certes autorisés à se départir du contrat, mais doivent prêter attention à ce que cela ne porte pas préjudice au patient. Ainsi, ils ne doivent pas cesser de prodiguer leurs soins à un moment critique du traitement, ce qui exclut bien évidemment toute résiliation dans les cas présentant une certaine urgence. Ils doivent également s'assurer que la continuité des soins puisse être assurée par d'autres professionnels ou fournir tous les renseignements utiles à cet égard<sup>92</sup>.

Certaines lois cantonales réglementant les professions de la santé contiennent des dispositions allant dans le même sens. Ainsi, la loi tessinoise enjoint au professionnel de la santé refusant une prestation pour cause d'objection de conscience de donner à son patient toutes les informations permettant d'obtenir les soins nécessaires auprès d'autres professionnels<sup>93</sup>.

#### 3.2.4. Limitations de droit public cantonal

Les législations cantonales réglementant l'exercice des professions de la santé accordent aux soignants, nous l'avons vu auparavant, une relativement grande marge de liberté dans leur choix de traiter un patient ou non. Néanmoins, elles leur imposent également plusieurs obligations, justifiées par des impératifs de santé publique, qui peuvent restreindre notablement cette liberté, et par là également la possibilité de se prévaloir de l'objection de conscience pour refuser de prodiguer des soins.

Ainsi ces lois prévoient-elles souvent une obligation de porter secours dans les cas d'urgence et/ou de catastrophes. Cette obligation s'impose comme

<sup>90</sup> P. Tercier, op. cit. N° 4135 ss.

<sup>91</sup> SJ 1998 p. 617.

<sup>92</sup> M. Ney, *La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires, notamment à raison de l'acte opératoire*, p. 59 ss.

<sup>93</sup> Art. 18 al. 3 de la loi sanitaire tessinoise.

un principe général, applicable à toutes les professions de la santé ou seulement à certaines d'entre elles, et peut aussi être prévue spécifiquement comme justificatif à une restriction de l'objection de conscience<sup>94</sup>.

Il arrive également que la liberté des professionnels de la santé soit limitée par l'obligation qui peut être imposée à ces derniers d'assurer un service de garde. Cette contrainte, qui s'applique essentiellement aux professions médicales (médecins, médecins-dentistes et pharmaciens), est aussi parfois imposée à toutes les professions dans certaines législations, comme c'est le cas à Fribourg<sup>95</sup>. Des dispenses à cette obligation sont parfois prévues, mais pour des motifs sans relation avec une éventuelle objection de conscience du professionnel de la santé (en particulier, les praticiens ayant atteint un certain âge peuvent être dispensés d'assumer un service de garde).

### 3.2.5. Limitations de droit public fédéral

Le Code pénal suisse<sup>96</sup> impose lui aussi, dans une certaine mesure, une obligation de soins - qui restreindrait ainsi également la possibilité de se prévaloir de sa liberté de conscience et de croyance pour refuser de traiter un patient - puisqu'il sanctionne l'omission de porter secours à son article 128. Cette disposition instaure en effet une obligation générale de porter assistance à autrui dans les cas d'urgence, sans pour autant fonder une position de garant. Les secours sont ceux que l'on peut raisonnablement attendre de l'auteur, au regard de l'ensemble des circonstances, sans qu'un résultat salvateur ne soit exigé<sup>97</sup>. Pour leur part, les cas d'urgence doivent être compris dans un sens restrictif, puisque l'article 128 CP stipule que la victime doit se trouver "en danger de mort imminent", par quoi l'on entend qu'il faut "la probabilité d'une mort certaine" ou que "le risque de mort

<sup>94</sup> Par exemple, art. 18 al. 4 de la loi sanitaire tessinoise, art. 28 al. 1 de la loi de santé argovienne, art. 96 de la loi de santé fribourgeoise, art. 69 de la loi de santé neuchâteloise, art. 12 al. 2 de la loi de santé zurichoise.

<sup>95</sup> Art. 95 de la loi de santé fribourgeoise, art. 28 al. 2 de la loi de santé argovienne, art. 68 de la loi de santé neuchâteloise, art. 24 al. 2 de la loi de santé soleuroise.

<sup>96</sup> RS 311.0.

<sup>97</sup> ATF 121 IV 18, 20 ; J. Rehberg, N. Schmid, *Straferecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, p. 41 ss. ; G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil 1*, p. 90 ss.

apparaisse si proche que le vie de la personne ne tient plus qu'à un fil"<sup>98</sup>. Si l'obligation de porter assistance s'impose principalement aux personnes présentes au moment des faits, elle peut s'étendre temporellement aux personnes appelées à l'aide, et parmi elles en particulier les professionnels de la santé (secouristes, médecins, etc.)<sup>99</sup>.

### 3.2.6. En conclusion

Au regard de ce qui précède, l'on constate que hormis les situations - somme toute peu nombreuses puisqu'elles se limitent essentiellement aux cas d'urgence - dans lesquelles les droits public et privé leur imposent une obligation de soins, les professionnels de la santé restent en règle générale libres d'accepter ou non de prodiguer certains soins, et ce même en-dehors de tout cas d'objection de conscience telle qu'elle a été définie. Cette liberté des professionnels de la santé est encore renforcée par la douzaine de législations sanitaires cantonales qui admettent expressément une forme ou l'autre d'objection de conscience de la part des professionnels de la santé<sup>100</sup>.

Toutefois, d'autres problèmes en relation avec cette liberté peuvent apparaître dans le cadre de la relation spécifique employeur/employé. Cette question sera abordée ci-après sous point 4.

## 3.3. Professionnels de la santé soumis au droit public

### 3.3.1. Obligation étatique de fournir les soins

Les diverses législations cantonales régissant le domaine de la santé imposent aux établissements sanitaires, qu'ils soient de droit public ou reconnus d'utilité publique, une obligation d'accueil et de soins<sup>101</sup>. Chaque patient peut ainsi prétendre à bénéficier d'un traitement adéquat, de sorte que ces établissements doivent être en mesure d'assumer cette tâche et par

<sup>98</sup> ATF 121 IV 18, 21.

<sup>99</sup> G. Stratenwerth, op. cit., p. 92 n° 69.

<sup>100</sup> Voir l'étude effectuée par l'Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg.

<sup>101</sup> Par exemple, art. 27 de la loi de santé soleuroise.



conséquent se doter des structures et du personnel nécessaires pour remplir leur fonction de service public.

### 3.3.2. Droits et obligations des agents de la fonction publique

Les fonctionnaires sont titulaires, comme chacun, des droits constitutionnels, mais dans une mesure qui peut être restreinte de par la nature particulière des tâches qu'ils ont à exécuter. Les fonctionnaires sont en effet soumis à un rapport de puissance publique spécial, auquel ils ont librement adhéré et auquel ils trouvent un intérêt, ce qui justifie qu'ils ne puissent bénéficier des libertés publiques que dans une mesure limitée. Si la base légale qui fonde ces restrictions n'a pas besoin d'être précise, le contenu de celles-ci doit être justifié par le but et la bonne marche de l'institution<sup>102</sup>. Le message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle Constitution fédérale<sup>103</sup> précise que "les droits fondamentaux des personnes liées à l'Etat par un rapport de droit spécial ne peuvent être restreints, de surcroît, que dans la mesure où l'exige l'intérêt public particulier qui a justifié l'établissement de ce rapport. Enfin, le respect des principes d'intérêt public et de proportionnalité sera d'autant plus rigoureux que l'atteinte aux intérêts du fonctionnaire est grave"<sup>104</sup>.

Les fonctionnaires doivent ainsi supporter les limitations à leurs droits qui sont objectivement en rapport avec l'exécution des tâches de service public dont ils sont chargés. En effet, leurs actes sont imputables à l'Etat et dotés de la puissance publique. D'autre part, le bon fonctionnement de l'administration comme la relation particulière d'emploi l'exigent<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, op. cit. n° 194 ss, relativisent toutefois les implications du "rapport de droit spécial" : "Même si la jurisprudence continue à affirmer occasionnellement que l'exécutif et l'administration jouissent d'une plus grande marge dans la définition des aménagements concrets de la liberté des personnes soumises à un rapport spécial avec l'Etat, cette marge ne se rapporte plus exclusivement à l'exigence de base légale".

<sup>103</sup> FF 1997 I 1, 198 et la jurisprudence citée.

<sup>104</sup> ATF 123 I 296, 303 ss et les références citées ; P. Moor, *Droit administratif*, n° 5.1.2.3., T. Eichenberger, *Die Rechtsstellung des Arztes am öffentlichen Spital*, p. 188 ss ; H. R. Schwarzenbach-Hanhart, *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrecht*, p. 254 ss

<sup>105</sup> B. Knapp, *La protection juridique des agents publics*, p. 394 ss.

### 3.3.2.1. Obligation de gestion

Parmi les obligations auxquelles sont astreints les fonctionnaires, l'obligation de gestion impose à ces derniers d'effectuer les tâches prévues par leur cahier des charges, personnellement et selon les ordres et instructions reçus par leur hiérarchie<sup>106</sup>. Dans la mesure où leurs actes sont imputables à l'Etat, les fonctionnaires ne peuvent agir en toute indépendance et se doivent de respecter les instructions reçues, même si elles ne paraissent pas opportunes. Il ne s'agit toutefois pas d'obéir à n'importe quel ordre qui pourrait leur être donné, mais de se comporter consciencieusement et raisonnablement. L'exécution personnelle des tâches doit s'effectuer avec diligence, en respectant la légalité comme l'intérêt public<sup>107</sup>.

### 3.3.2.2. Obligation de neutralité et de dignité

Les agents publics sont aussi astreints à une obligation de neutralité qui implique que tous les citoyens doivent être traités de la même manière et en toute objectivité<sup>108</sup>. L'obligation de dignité implique pour sa part que les fonctionnaires se comportent de façon telle que la population puisse avoir confiance dans l'administration chargée d'exécuter des tâches d'intérêt public<sup>109</sup>, de façon courtoise et correcte<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> T. Eichenberger, op. cit. p. 69, B. Knapp, op. cit., n° 3090 et 3104., H. R. Schwarzenbach-Hanhart, op. cit. p. 254 ss, P. Moor, op. cit. n° 5.3.2.1., T. Jaag, G. Müller, P. Tschannen, U. Zimmerli, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, p. 9 ss ; U. Häfelin, G. Müller, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, n° 1228.

<sup>107</sup> B. Knapp, op. cit. n° 3079 et 3090 ; U. Häfelin, G. Müller, op. cit. n° 1229 ss. Dans la mesure où l'étendue du devoir d'obéissance n'est pas clairement déterminée, ces auteurs reconnaissent aux fonctionnaires un certain droit à la critique et donc à ne pas exécuter aveuglément n'importe quelle tâche qui pourrait s'avérer illégale.

<sup>108</sup> B. Knapp, op. cit. n° 3092 ss, U. Häfelin, G. Müller, op. cit., n° 1236.

<sup>109</sup> T. Eichenberger, op. cit. p. 68 ss, B. Knapp, op. cit., n° 3095, H. R. Schwarzenbach-Hanhart, op. cit. p. 254 ss, T. Jaag, G. Müller, P. Tschannen, U. Zimmerli, op. cit. p. 9 ss.

<sup>110</sup> U. Häfelin, G. Müller, op. cit., n° 1236.

### 3.3.2.3. Obligation de fidélité

Enfin, le devoir de fidélité, conséquence normale de la relation d'emploi, impose aux fonctionnaires une obligation générale de faire tout ce qui est dans l'intérêt de leur employeur et de s'abstenir de tout ce qui pourrait nuire à cet intérêt<sup>111</sup>.

### 3.3.2.4. Incidence des obligations des fonctionnaires sur l'exercice des libertés publiques

L'ensemble de ces obligations implique que des limitations peuvent être posées à l'exercice des libertés publiques reconnues aux fonctionnaires, de façon parfois plus stricte qu'à l'égard de la population en général. Ces restrictions doivent toutefois être proportionnées et adaptées au but poursuivi, soit l'exécution adéquate des tâches confiées<sup>112</sup>. Il convient ainsi de procéder à une pondération entre les intérêts des fonctionnaires et la nécessité d'une bonne exécution des dites tâches, tout en tenant compte du fait que l'Etat se doit de respecter la personnalité et les opinions de ses agents<sup>113</sup>.

La liberté de conscience et de croyance, de même que la liberté d'opinion, sont protégées par la Constitution fédérale. On peut certes envisager de les restreindre dans une certaine mesure, mais il ne faudrait pas pour autant les vider de toute leur substance. En effet, on ne peut opposer de restrictions aux fonctionnaires que si l'exercice de ces libertés devait ébranler le rapport de confiance de la population ou de l'administration ou s'il était incompatible avec des tâches déterminées<sup>114</sup>. Dans ce cadre, on voit difficilement quelle objection de conscience ne serait pas digne d'être respectée au motif d'un intérêt supérieur des tâches étatiques à être remplies. D'ailleurs, il appartient à l'Etat employeur de prévoir suffisamment d'employés de sensibilités différentes pour permettre de

<sup>111</sup> B. Knapp, op. cit. n° 3095, U. Häfelin, G. Müller, op. cit. n°1240 ss.

<sup>112</sup> FF 1997 I 198.

<sup>24</sup> B. Knapp, op. cit. n° 3096 ss, P. Moor, op. cit. n° 5.3.3.1. ss.

<sup>114</sup> Moor cite l'exemple du gynécologue qui refuserait de procéder à une interruption légale de grossesse pour des raisons de conscience, en retenant qu'il y aurait objectivement une violation de son cahier des charges, mais pour des motifs qu'il retient être "excusables", ce qui justifierait un simple déplacement mais pas des mesures disciplinaires.

mener à bien la tâche étatique, ceci afin d'éviter, autant que possible, une atteinte à des droits individuels. Du reste, on attend de l'Etat qu'il soit pluraliste<sup>115</sup>. Enfin, les législations cantonales prévoyant spécifiquement un droit des soignants à refuser de traiter un patient ne le réservent pas aux professionnels travaillant dans un cadre de droit privé, ce qui vient corroborer ce qui est exposé ci-dessus.

<sup>115</sup> B. Knapp, op. cit. n° 5.3.3.3.

## 4. Problèmes spécifiques dans la relation employeur/employé

Le droit au respect des convictions personnelles peut s'avérer problématique dans le cadre de la relation de travail, qu'elle soit soumise au droit privé ou public. En effet, l'employeur est en droit d'attendre de son employé qu'il s'acquitte des tâches pour lesquelles il a été engagé. Or un employé peut-il être contraint à exécuter une tâche qui heurterait profondément ses convictions ? A nouveau, il convient de distinguer la situation en droit privé et en droit public.

### 4.1. Employeur privé

L'article 328 CO prévoit une règle générale de protection de la personnalité du travailleur, concrétisation au niveau du contrat de travail des articles 27 ss CC. Les biens protégés par le biais de cette disposition sont l'intégrité corporelle du travailleur, son intégrité psychique, sa dignité et son honneur, ses libertés individuelles, ses sphères intime et privée<sup>116</sup>. Selon le premier alinéa de cette disposition, il appartient à l'employeur de veiller à ce que l'employé puisse exécuter son travail dans des conditions qui respectent sa personnalité. Une atteinte à celle-ci n'est acceptable qu'à la condition d'être subsidiaire, proportionnelle et adéquate quant au but poursuivi. Elle doit représenter, pour l'employeur, le seul moyen d'obtenir l'exécution des obligations découlant, pour le travailleur, de son contrat de travail et ne doit entraîner pour ce dernier que des inconvénients dont l'étendue correspond à l'importance de la mesure. Elle doit pouvoir s'imposer au motif d'un intérêt supérieur de l'employeur, tel celui de l'entreprise en général<sup>117</sup>.

"L'employeur n'est pas fondé à exiger du travailleur une activité que sa morale ou sa conscience réprouve. Il doit s'efforcer d'avoir recours à un autre travailleur et, si cela n'est pas possible, il ne peut rendre le travailleur

<sup>116</sup> Sur le sujet, A.-L. Saillen, *La protection de la personnalité du travailleur au sens de l'art. 328 al. 1 CO*, p. 72 ss ; P. Engel, *Contrats de droit suisse*, p. 329 ss, M. Rehbinder, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, ad 328 OR, p. 1762 ss, F. Vischer, *Der Arbeitsvertrag*, p. 77 ss, M. Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht* N° 94 ss.

<sup>117</sup> RVJ 2000, pp. 181 et 182, et réf. citées.

responsable d'une inexécution que si l'activité en cause entre dans le cadre des obligations fixées dans son contrat de travail et si celui-là le savait ou devait de bonne foi y avoir pensé"<sup>118</sup>. En d'autres termes, un employé est légitimé à refuser d'accomplir une tâche qui le heurterait dans ses convictions. La loi bernoise prévoit à cet égard que le professionnel de la santé est tenu d'exposer clairement sa position à son employeur et de communiquer sans tarder sa réserve<sup>119</sup>.

Vu ces conditions extrêmement restrictives, peut-on envisager des mesures préventives lors de l'engagement afin d'éviter de telles situations ? En d'autres termes, est-il légitime de questionner un candidat à un emploi au sujet des convictions qui pourraient l'empêcher d'accomplir certaines tâches ? En vertu de l'article 328 b CO, qui comporte un renvoi général aux dispositions de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)<sup>120</sup>, l'employeur ne peut collecter et traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes de ce dernier à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Des questions concernant la religion ou la vision du monde d'un candidat ne peuvent être posées que si elles ont un rapport avec un but idéal poursuivi par le futur employeur. Dans la mesure où elles ne revêtent pas d'importance pour l'emploi concerné, les indications relatives à ces données ne doivent pas être recueillies<sup>121</sup>. Pour une partie de la doctrine, ces données dites sensibles<sup>122</sup> devraient même être exclues du cercle des données que l'employeur est habilité à récolter<sup>123</sup>. La LPD conditionne ainsi restrictivement la récolte de données sensibles relatives à un futur employé et il n'est pas aisé de déterminer dans chaque cas si des questions relatives aux convictions d'un candidat s'avèrent réellement

<sup>118</sup> A.-L. Saillen, op. cit., pp. 86 ss.

<sup>119</sup> Art. 23 al. 3.

<sup>120</sup> RS 235.1, en particulier art. 4 al. 3, qui prévoit que le traitement doit s'effectuer conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité.

<sup>121</sup> Guide pour le traitement de données personnelles dans le secteur du travail, Préposé fédéral à la protection des données, J.-L. Duc et O. Subilla, *Commentaire du contrat individuel de travail*, pp. 261 ss.

<sup>122</sup> Art. 3 lit. c LPD

<sup>123</sup> Tercier, *Les contrats spéciaux*, N° 2729 ; Engel, *Contrats de droit suisse*, éd. 2000, p. 333 ; J. Brühwiler, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, p. 201.

justifiées, donc légitimes. Une pondération réfléchie des intérêts en présence se révèle dès lors nécessaire<sup>124</sup>.

A titre d'exemple, une demande générale sur les convictions personnelles d'un candidat ne respecte pas le principe de la proportionnalité s'il est suffisant de demander au candidat de façon précise et non équivoque de se prononcer sur l'acceptation de fournir certains soins.

Ceci dit, il reste envisageable pour l'employeur de s'enquérir auprès d'un candidat à l'embauche de son acceptation de fournir des soins qui pourraient heurter sa sensibilité, sans pour autant l'interroger sur les motifs de ses réserves. Les questions à poser porteraient ainsi uniquement sur un catalogue de soins offerts dans l'établissement et sur la volonté de la personne de fournir ces soins dans le cadre de ses activités professionnelles. Du point de vue de l'employeur, il paraît pour le moins légitime de s'inquiéter de savoir si un employé est prêt à fournir les prestations qui relèvent de ses responsabilités et de sa fonction et de respecter ainsi ses engagements contractuels. Le fait de cacher une telle information pour des motifs d'objection de conscience semble ici passer en deuxième plan par rapport au principe de la bonne foi. Il y a en fait impossibilité de fait de réaliser les clauses du contrat et celui-ci paraît nul si l'employé devait ultérieurement changer d'opinion.

#### 4.2. Employeur public

Les restrictions à la liberté de conscience et de croyance des fonctionnaires dans l'exercice de leur charge ayant été abordées précédemment, il convient d'examiner si, comme nous l'avons fait en ce qui concerne les employés soumis au droit privé, il existe une possibilité d'interroger les candidats à une charge publique sur leurs convictions morales et/ou religieuses qui pourraient les amener à refuser d'accomplir certains actes pour cause d'objection de conscience.

<sup>124</sup> L'art. 18 al. 2 de la Loi tessinoise sur la promotion de la santé du 18 avril 1989 semble dès lors contrevenir à la LPD dans la mesure où il stipule sans nuance que le soignant « objecteur » doit faire état de sa condition avant un éventuel engagement.

La LPD ne s'applique qu'au traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectué par des personnes privées et des organes fédéraux<sup>125</sup>. Toutefois, les législations cantonales<sup>126</sup> contiennent également des dispositions concernant la protection des données, que ce soit dans une loi spécifique ou dans le cadre de lois traitant de protection de la personnalité. Ces dispositions reprennent en substance les grands principes contenus dans la LPD pour le traitement de données, en particulier la nécessité, la proportionnalité et la spécificité lors du traitement d'informations concernant, entre autre, les particuliers. Dans ces conditions, ce qui a été énoncé au sujet des informations qu'il est possible de recueillir en vue de la conclusion d'un contrat de travail de droit privé devrait également s'appliquer au droit public.

<sup>125</sup> Art. 2 al. 1 LPD

<sup>126</sup> Par exemple, art. 3 et 4 de la Loi neuchâteloise sur la protection de la personnalité du 14 décembre 1982, 6 al. 2 de la loi tessinoise sur la protection des données personnelles du 9 mars 1987, art. 4 de la loi zurichoise sur la protection des données.

## 5. Synthèse

Le droit pour un professionnel de la santé de se prévaloir d'un cas d'objection de conscience pour refuser de traiter un patient ou de procéder à certains actes médicaux spécifiques doit être reconnu et respecté, au même titre que le droit aux soins et à l'autodétermination des patients. Il n'est toutefois pas illimité et doit céder le pas face à l'intérêt prépondérant des patients à être soignés, ce qui est principalement vrai lors de situations d'urgence. On rappellera également la nécessité de maintenir un service minimal à la population qui est expressément reconnue dans la motion à l'origine du présent rapport.

Les employeurs, que ce soit dans un cadre de droit privé ou de droit public, doivent aussi tout mettre en œuvre afin de préserver la liberté de conscience et de croyance de leurs employés, en ne les contraignant pas à accomplir des actes contraires à leurs convictions profondes. Mais ils doivent également veiller à ce que les intérêts légitimes de leurs patients soient préservés et prendre toutes les mesures organisationnelles qui s'imposent dans ce but, notamment en prévoyant, si la taille de l'entreprise le permet (on pense là essentiellement aux structures de droit public ou reconnues d'intérêt public), suffisamment de personnel de sensibilités différentes afin d'offrir la palette de soins la plus étendue possible avec le personnel apte à l'exécuter.

Comme dans toute situation où des droits individuels se retrouvent en opposition, que l'on reconnaisse ou non la figure de l'effet horizontal direct de ces droits, chaque cas exigera de procéder *in concreto* à une pondération des différents intérêts en présence, cette pondération devant s'effectuer selon des critères et normes légaux variant en fonction du domaine juridique régissant le rapport concerné.

Les problèmes posés par l'objection de conscience dans le domaine de la santé ne trouvent pas de réponse uniforme à l'heure actuelle. Il existe toutefois une limite claire lorsque l'objection de conscience d'un professionnel de la santé s'oppose à un refus de traitement. Rien n'autorise le professionnel de la santé à imposer un soin qui est refusé par un patient, en dehors des dispositions étroites concernant la privation de liberté à des fins d'assistance et celles sur le traitement forcé. Dans ce cas toutefois, ce

n'est pas la conscience du professionnel qui l'autorise à agir, mais le meilleur intérêt du patient tel qu'il est protégé par l'ordre juridique.

## 6. Bibliographie

- AUBERT Gabriel, *La protection de l'exercice des droits constitutionnels dans le cadre des rapports de travail*, in Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique, mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève, Bâle, 1991.
- AUBERT Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Paris-Neuchâtel, 1967-1982.
- AUBERT Jean-François, *Un droit constitutionnel aux soins ?*, in acte de la 3<sup>e</sup> journée de droit de la santé, Neuchâtel, 1996.
- AUBERT Jean-François, *Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse : essai de synthèse*, in Mélanges W. Kägi, Zürich, 1979, p. 1 ss.
- AUDY Sonya, *La désobéissance dans les milieux de la santé : petite nomenclature et tentative de justification éthique*, in Au Chevet, bulletin de liaison du Réseau FRSQ (Fonds de la recherche en santé du Québec) de recherche en éthique clinique, n° 16, printemps 1996, p. 4 ss.
- AUER Andreas, *Le droit à des conditions minimales d'existence : un nouveau droit social ?*, in Mélanges Chs.-A. Junod, Genève, 1997, p. 27 ss.
- AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Berne, 2000.
- BESLER Eva Maria, *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, Fribourg, 2000.
- BERTRAND Dominique, *Consentement à l'acte médical et refus de traitement*, in Médecin et droit médical, Chêne-Bourg, 1999, p. 50 ss.
- BÖHRINGER Peter, *Arbeitsrecht*, Zürich, 2001.
- BRÜHWILER Jürg, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2e éd., Berne, Stuttgart, 1996.
- BRUNNER Christiane, BÜHLER Jean-Michel, WAEBER Jean-Bernard, *Commentaire du contrat de travail*, 2e éd., Lausanne, 1996.
- CHAPPUIS Fernand, *Le refus de servir (art. 81 du code pénal militaire)*, in SJZ-90-381.
- CONTI Christian, *Die Malaise der ärztlichen Aufklärung Zu den Grenzen ärztlicher Aufklärungspflichten und zu den Informationspflichten des Patienten*, in AJP-PJA-2000 p. 615 ss.
- CRETIAZ Joel, *De l'inexécution des obligations contractuelles du médecin : quelques aspects*, Tolochenaz, 1990.
- COULLERY Pascal, *Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen : ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen*, in AJP/PJA 6/2001, p. 632 ss.
- DE LEONARDIS Marie-Thérèse, *L'objection de conscience en droit public suisse, contribution à l'étude du droit constitutionnel et du droit pénal militaire*, Lausanne, 1990.
- DUC Jean-Louis, SUBILIA Olivier, *Commentaire du contrat individuel de travail*, Lausanne, 1998.
- EINCENBERGER Thomas, Eichenberger, *Die Rechtstellung des Arztes am öffentliche Spital*, Berne, Stuttgart, Vienne, 1995.
- ENGEL Pierre, *Contrats de droit suisse*, 2e éd., Berne, 2000.
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, 1997.
- GROSS Jost, *Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz*, Bern, 1987.
- GUILLOD Olivier, SPRUMONT Dominique, *Le droit à la santé : un droit en émergence*, in De la constitution, Mélanges en l'honneur de J.-F. Aubert, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1996, pp. 337 ss.
- GUILLOD Olivier, *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, Neuchâtel, 1986.
- GÜNTER Pierre-Yves, *La responsabilité du médecin en Suisse*, SJZ-89-93.
- GYSIN Charlotte, *Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz*, Genève, Bâle, 1999.
- HÄFELIN Ulrich, MÜLLER Georg, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3e éd., Zürich, 1998.
- HÄFELIN Ulrich, HALLER Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5e éd. Zürich, 2001.
- HÄFELIN Ulrich, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1974*, ad article 49, Bâle, 1987-1996.

- HANGARTNER Yvo, *Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe*, Zürich, 2000.
- HECKER Dorothee, *Die Vertragsabschlussfreiheit des Arztes bei gestörtem Vertrauensverhältnis zum Patienten*, in MedR Medizinrecht 2001, Heft 5, pp. 224 ss.
- HELBLING Peter, POLDENA Tomas (Hrsg.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne, 1999.
- HOFSTETTER Josef, *Le mandat et la gestion d'affaires*, in *Traité de droit privé suisse*, vol. VII, tome II, 1, Fribourg, 1994.
- HONSELL Heinrich, *Handbuch des Arztrechts*, Zürich, 1994.
- JAAG Tobias, MÜLLER Georg, TSCHANNEN Pierre, ZIMMERLI Ulrich, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 4e éd., Bâle, 2001.
- KÄLIN Walter, *Grundrechte im Kulturkonflikt, Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft*, Zürich, 2000.
- KATZ Jay, *The silent world of doctor and patient*, New York, 1984.
- KLEX-STRULLER Andreas, *Anerkennung eines selbstständigen Rechts auf Existenzsicherung als neues ungeschriebenes Recht der Bundesverfassung*, in AJP/PJA 1996, pp. 756 ss.
- KNAPP Blaise, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991.
- KNAPP Blaise, *La protection juridique des agents publics, Suisse*, in 10<sup>e</sup> colloque d'Avignon, juillet 1987, Institut international des Sciences administratives, pp. 389 ss.
- KOPP Otto, *Die Berufliche Hilfepflicht der Medizinalpersonen (Kontrahierungs- und Amtszwang)*, Immensee, 1955.
- LOMBARD Paul, MACAIGNE Pierre, OUDIN Bernard, *Le médecin devant ses juges*, Paris, 1973.
- MANAÏ Dominique, *Les droits du patients face à la médecine contemporaine*, Bâle, 1999.
- MANAÏ, *Le contrat de soins entre l'éthique et le droit*, in *Pacte convention contrat, mélanges en l'honneur du Prof. Bruno Schmidlin*, Bâle, 1998, pp. 301 ss.
- MANAÏ Dominique, *Le devoir d'information du médecin*, in *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, 1999, pp. 37 ss.
- MOOR Pierre, *Droit administratif*, vol. 3, Berne, 1992.

- MÜLLER Jörg Paul, *Grundrechte in der Schweiz*, 3e éd. Berne, 1999.
- MÜLLER Jörg Paul, *Soziale Grundrechte in der Verfassung ?*, 2e éd., Bâle, 1981.
- MÜLLER Jörg Paul, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, 1983.
- NEY Michel, *La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire*, Renens, 1979, pp. 52 ss.
- OFTINGER Karl, *Die Vertragsfreiheit*, in *Juristengenerationen und ihr Zeitgeist, Abhandlungen grosser Juristen aus zwei Jahrhunderten, zum 200jährigen Bestehen des Verlages Schulthess*, Zürich, 1991, pp. 289 ss.
- OTT Werner, *Responsabilité civile du médecin*, in FJS N° 846.
- PAYLLIER Pascal, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der Spitalärztlichen Aufklärung*, Zürich, 1999.
- POPP Peter, *Kommentar zum Militärgesetz vom 13. Juni 1927*, Besonderer Teil, St-Gall, 1992.
- PORTMANN Wolfgang, *Individualarbeitsrecht*, Zürich, 2000.
- PREPOSE FEDERAL A LA PROTECTION DES DONNEES, *Guide pour le traitement de données personnelles dans le secteur du travail*, Berne, 1994.
- RAMER Paul, RENNARD Josef, *Patientenrecht*, 2e éd., Zürich, 1993-1998.
- REHBERG Jörg, SCHMID Niklaus, *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 6e éd., Zürich, 1997.
- REHBINDER Manfred, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Art. 1-529 OR, 2e éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1996.
- REHBINDER Manfred, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne, 1999.
- RESEAU EUROPEEN "MEDECINE ET DROITS DE L'HOMME", *La santé face aux droits de l'homme, à l'éthique et aux morales, 120 cas pratiques*, Strasbourg, 1996.
- RESTELLINI Jean-Pierre, *Aspects médico-légaux de l'urgence*, in *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, 1999, pp. 95 ss.
- RHINOW René, *Die Bundesverfassung 2000*, Bâle, 2000.

- ROSSEL Jean-Emmanuel, *L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical*, in Aspects du droit médical, Fribourg, 1987, pp. 59 ss.
- ROSSINELLI Michel, *Aspects constitutionnels des droits des patients*, in Aspects du droit médical, Fribourg, 1987, pp. 49ss.
- RUMPF Jean-Daniel, *Médecins et patients dans les hôpitaux publics*, Tolochenaz, 1991.
- SAILLEN Anne-Lise, *La protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 alinéa 1 CO*, Lausanne, 1981.
- SCHÖNLE Herbert, *Les fondements constitutionnels de la liberté contractuelle*, in Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique, mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève, Bâle, pp. 61 ss.
- SCHOTT Markus, *Patientenauswahl und Organallokation*, Genève, Bâle, 2001.
- SCHÜRER Hans Ueli, *Arbeit und Recht*, 6e éd. Zürich, 2000.
- SPRUMONT Dominique, *Le droit aux soins dans les bouleversements actuels du secteur de la santé*, in Université Neuchâtel Information 132, pp. 39 ss.
- SCHWARZENBACH-HANHART Hans Rudolf, *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 11e éd., Berne, 1997.
- STRATENWERTH Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderes Teil 1, Straftaten gegen Individualinteressen*, 5e éd., Berne, 1995.
- TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Zürich, 1999.
- TERCIER Pierre, *Les contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., Zürich, 1995.
- THELIN Marc-Henri, *La responsabilité civile du médecin*, Lausanne, 1943.
- UMMEL Marinette, *L'interruption de grossesse*, in Médecin et droit médical, Chêne-Bourg, 1999, pp. 208 ss.
- VISCHER Frank *Der Arbeitsvertrag*, Bâle, Stuttgart, 1994.
- WERRO Franz, *La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l'américaine ?*, in Cahiers de l'Institut de droit de la santé, n° 2, Neuchâtel, 1996, pp. 3 ss.
- WERRO Franz, *Le mandat et ses effets*, Fribourg, 1993.